Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 28 de septiembre de 2023.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera 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 (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 357/2023 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 7 de julio de 2022 a instancia de la representación de (...), y luego (...), por los presuntos daños ocasionados como consecuencia de la asistencia sanitaria que le fue prestada por el Servicio Canario de la Salud a su madre (...), que fallece el 12 de agosto.

2. La reclamante solicitada una indemnización superior a 6.000 euros (en el presente caso, se reclaman inicialmente 164.550,54 euros), cantidad que determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la titular de la Consejería para solicitarlo, según los arts. 11.1.D, e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

[*] **Ponente: Sr. Belda Quintana.**

También son de aplicación la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; la 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y no extemporaneidad de la reclamación.

En lo que se refiere a la legitimación activa, la reclamante ostenta la condición de interesada en el procedimiento al haber sufrido supuestamente un daño como consecuencia del funcionamiento sanitario [art. 4.1, letra a) LPACAP, en relación con el art. 32 LRJSP].

Consta en el expediente la intervención de la interesada mediante representante debidamente acreditado (art. 5.1 y 3 LPACAP).

Además, durante la tramitación del procedimiento se produce el fallecimiento de la interesada, sucediéndola como tal su hija y única heredera, conforme a lo dispuesto en el art. 5.3 LPACAP.

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.

4. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de 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.

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

5. Se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación de responsabilidad patrimonial, pues ésta se presentó el 6 de julio de 2022, en relación con la asistencia prestada durante los años 2019 a 2022. La reclamación se interpone, por tanto, dentro del plazo del año a que se refiere el art. 67.1 LPACAP.

6. No se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del procedimiento que impidan un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

No obstante, se aprecia que se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aún expirado este, y sin perjuicio de los efectos administrativos y, en su caso, económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

II

1. La sucesión de hechos alegada por la interesada es la siguiente:

«(...), el día 11 de diciembre de 2019 acude al Hospital Insular refiriendo hemoptisis activa de tres meses de evolución, atribuida a neumonía de lóbulo superior izquierdo. A pesar de tratamiento antibiótico prolongado, no existe mejoría del cuadro, persistiendo imagen de consolidación con broncograma aéreo y esputos hemoptoicos a pesar de encontrarse sin fiebre ni otros síntomas.

Se realiza Tomografía por Emisión de Positrones (PET) donde se describe una lesión nodular en língula hipercaptante, ante estos hallazgos se decide cirugía. Se realiza lobectomia superior izquierda por Videotoracoscopia el 16 enero de 2020. La Anatomía patológica informa de carcinoma pleomórfico constituido por carcinoma de células grandes (40 %) y adenocarcinoma con patrón papilar (10 %) y sólido (50 %) compatible con origen pulmonar en una lesión tumoral subpleural que mide 2,6 × 2,5 × 1,5 cm. Se halla en íntima relación con la pleura sin clara infiltración de esta. Se identifica importante diseminación aerógena.

Primera revisión Postquirúrgica en febrero de 2020, donde por parte del Servicio de Salud se dispone: "Seguimiento por nuestra parte, clínicamente muy bien, cito en un mes con Rx de tórax de control".

Segunda revisión Postquirúrgica en marzo de 2020, se contacta telefónicamente con la paciente, no se describe ni se hace mención a la radiografía de tórax. "debido a la alerta sanitaria se contacta telefónicamente con la paciente, se encuentra bien, ha sido en dos meses y medio".

Tercera revisión Postquirúrgica en diciembre de 2021, "Paciente que no fue avisada en junio de 2020 por motivo de la pandemia (...) No ha sido vista desde entonces". Como consecuencia de este hecho, se produce una pérdida de oportunidad para nuestra patrocinada que, da lugar a las siguientes conclusiones que son objeto de estudio en la pericial que se adjunta:

PRIMERA.- Existe una falta de seguimiento clínico de la paciente durante más 20 meses (desde la revisión en marzo 2020 hasta diciembre 2021).

SEGUNDA.- Este seguimiento (por elevado riesgo de progresión del cáncer) debería de haber incluido según las guías clínicas:

Control clínico estrecho para vigilancia de síntomas de posible progresión de la enfermedad.

Control radiológico anual para descartar la progresión de la enfermedad.

TERCERA.- Con esta falta de seguimiento la progresión de la enfermedad no ha sido detectada.

CUARTA.- De haberse descubierto, las opciones terapéuticas coadyuvantes que se podrían haber instaurado para el manejo clínico del cáncer de pulmón no microcítico localmente avanzado, son la quimioterapia y la radioterapia. Ninguna de ellas realizadas.

La pérdida de oportunidad ocasionada por el mal funcionamiento del Servicio Canario de Salud en el seguimiento, control y revisión de (...), da como resultado el estado actual de nuestra patrocinada, la progresión acelerada de la enfermedad y sus consecuencias. Aspectos que, en circunstancias normales hubiesen permitido hacer uso de alternativas que mejorasen su calidad de vida, aspectos que resultan irrecuperables en su estado actual.

Por todo lo anterior, se solicita la apertura de expediente administrativo para la determinación de responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de Salud por su mal funcionamiento, a consecuencia de la pérdida de oportunidad generada en nuestra patrocinada por el no seguimiento, control y supervisión de su enfermedad».

2. Admitida a trámite la reclamación formulada, con fecha 18 de octubre de 2022 se comunica, por el Servicio de Inspección y Prestaciones, el fallecimiento de la paciente el 12 de agosto de 2022.

El 11 de noviembre de 2022 por la letrada se comunica la personación de la hija de la reclamante única heredera y, con fecha 2 de marzo de 2023, presenta la acreditación de su representación.

3. El Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), a la vista de la documentación clínica que consta en el expediente (historia clínica e informe del Servicio de Cirugía Torácica del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil -CHUIMI-), informa lo siguiente:

«A.- Reclamante mujer con fecha de nacimiento 24.03.55.

Damos por reproducido el informe emitido por el Servicio de Cirugía torácica del CHUIMI.

B.- No obstante lo anterior efectuaremos algunas precisiones siendo que el objeto de la reclamación se fundamenta en la falta de seguimiento clínico de la paciente durante más 20 meses (desde la revisión en marzo 2020 hasta diciembre 2021).

C.- A cargo del Servicio de Cirugía Torácica, el 16.01.20 se realiza, bajo anestesia general, lobectomía (resección lóbulo pulmonar) superior izquierda videotoracoscópica .

La anatomía patológica resultante fue carcinoma pleomórfico pulmonar (carcinoma de células gigantes (40%), adenocarcinoma con patrón papilar (10%) y sólido (50%)) compatible con origen pulmonar, en una lesión tumoral subpleural que mide 2.6x2.5x1.5 cm. y respeta bordes quirúrgicos. Se halla en íntima relación con la pleura sin clara infiltración de esta. Se identifica importante extensión aerógena. No se identifican imágenes de invasión vascular ni de infiltración neural.

D.- Tras el contacto el 25.03.20 en consulta de Cirugía torácica, en la fecha 19 de junio de 2020 por el Servicio de Cirugía Torácica se solicitó TAC de control.

Si bien no se refleja en la Historia clínica atención a la paciente, tampoco consta sintomatología nueva que aconsejara indicar otra prueba diagnóstica de control, sino seguir la guía solicitando TAC de control de su neoplasia a realizar antes de seis meses.

El TAC de tórax-abdomen-pelvis con contraste se practica en la fecha 18.01.21 y entre otras circunstancias se aprecia:

(...)

" (...) Cambios secundarios a lobectomía superior izquierda sin signos de recidiva tumoral. Se observa, eso sí, una masa densidad partes blandas para aórtico izquierdo de 32 x 26 mm que si bien interpreto en contexto residual sugiero complementar con PET (...) "

E.- Por tanto, nos encontramos con una paciente, sin sintomatología asociada a carcinoma pulmonar, que en TAC no se observa recaída tumoral, si bien se valora la conveniencia de realizar PET.

El PET hace posible caracterizar metabólicamente los ganglios linfáticos hiliares y Mediastínicos mejor que cualquier otra técnica de imagen.

El cáncer de pulmón en fase inicial no produce síntomas. En fase avanzada, los síntomas más frecuentes son: Tos. Dificultad respiratoria. Dolor torácico. Tos con sangre. Voz ronca. Infecciones pulmonares frecuentes. Sensación de cansancio.

Adelgazamiento sin causa aparente

F.- Es a partir de esta fecha 18.01.21 cuando entendemos que se ha podido producir la falta de seguimiento de su proceso oncológico por la especialidad que asumía el control evolutivo, el Servicio de Cirugía Torácica.

No obstante, si consideramos, como refiere el informe del especialista en Cirugía de tórax que " (...) Sólo procedía de acuerdo a la mejor práctica clínica, una nueva revisión en consultas para 6 meses después aproximadamente (...) (...) " que tampoco se realizó, entendemos que en junio de 2021, la cita o para realizar el PET o para conocer el inicio de sintomatología añadida: cefaleas, ronquera (...) nos conduce a pensar que efectivamente existió una falta de seguimiento, que si bien no fue la responsable de la evolución sufrida sí que minoró las posibilidades de una expectativa de vida superior.

G.- Ello sin perjuicio del seguimiento realizado por otras especialidades: Ginecología: 09.02.21. No acude al seguimiento por antecedentes de adenocarcinoma de endometrio en 2012.

Endocrinología, en consultas para control de función tiroidea por hipotiroidismo post I-131 en las fechas:

30.03.21: consta " (...) Neo pulmón, operada en 2020 y en remisión según refiere (...) "

17.11.21: ecografía de cuello

25.11.21: es remitida a ORL por ronquera.

Neurología, 10.09.21 remitida en agosto desde Atención primaria.

" (...) Mujer de 66 años refiere cefalea que comenzó hace 4 meses. Lo localiza en región fronto-temporal izda y periorbitaria que irradia a cervical, que al principio fue tipo descarga y ahora persiste como tipo opresivo. Se solicita Resonancia magnética craneal (...) "

O.R.L: 9.12.21. Presenta ronquera desde julio, que no ha mejorado. Inapetencia y pérdida de peso asociada. Refiere disfonía alternante desde julio 2021.

Se observa cuerda vocal izquierda paralizada en línea media. Se pide TAC cuello-tóraxabdomen-pelvis preferente.

Cirugía Torácica 17.12.21.

CONCLUSIONES

1.- Siguiendo las Recomendaciones SEPAR de diagnóstico y tratamiento del cáncer de pulmón de células no pequeñas / Arch Bronconeumol. 2016;52 (Supl 1):2-62 " (...) No existe protocolo alguno de seguimiento universalmente aceptado dirigido a pacientes tratados con intención curativa de un CPCNP. El objetivo fundamental de una guía de seguimiento debería ser detectar precozmente las complicaciones derivadas del tratamiento, identificar las recurrencias o recidivas tumorales y la aparición de un segundo tumor, prolongar la supervivencia de estos pacientes y, finalmente, mejorar los diferentes indicadores de calidad de vida. En la literatura médica, salvo una revisión sistemática, no hay estudios prospectivos aleatorizados que definan con precisión los diferentes aspectos del seguimiento como son la duración más adecuada de este, la frecuencia y el tipo de exploraciones o pruebas que deben

ser realizadas; tampoco hay evidencia científica de que la detección precoz y el tratamiento de las recidivas mejoren el pronóstico de la enfermedad (...) ".

2.- A la vista de la historia clínica y la sucesión de hechos clínicos, de la sintomatología manifestada, y de los medios puestos a su disposición, si consideramos como refiere el informe del especialista en Cirugía de tórax que " (...) Sólo procedía de acuerdo a la mejor práctica clínica, una nueva revisión en consultas para 6 meses después aproximadamente (...) ", revisión que tampoco se realizó, entendemos que desde junio de 2021, la cita o para realizar la exploración adicional (PET) o para conocer el inicio de sintomatología añadida: cefaleas, ronquera (...) y adoptar medidas diagnósticas nos indica que existió una falta de seguimiento, que si bien no fue la responsable de la evolución sufrida sí que minoró las posibilidades de una expectativa de vida superior.

3.- Por lo expuesto se propone indemnización en este caso de naturaleza moral porque consiste en la incertidumbre acerca de la posibilidad de haber obtenido otros resultados si se hubiera realizado control por la especialidad concernida Cirugía Torácica en junio de 2021, pautando pruebas diagnósticas y tratamiento desde que aparecieron los síntomas de la recaída en el mes de junio 2021. Por ello se estima adecuada la cantidad de 30.000 euros».

4. Mediante Resolución 784/23 de 7 de marzo de 2023 del Director del Servicio Canario de la Salud, se suspende el procedimiento general de responsabilidad patrimonial y se acordó el inicio de procedimiento simplificado proponiendo a la interesada la terminación convencional del mismo.

La interesada, manifiesta su no conformidad con la cuantía indemnizatoria propuesta señalando entre otros extremos que *«por la Administración no se ha fijado criterio o elemento objetivo para la determinación de la cuantía que se ofrece por valor de 30.000,00€.*

Teniendo en cuenta lo anterior, debemos proporcionar la cuantían indemnizatoria a pagar por el SCS a razón del daño efectivamente provocado, cuya cifra no pueda ser considerada desproporcionada ni arbitraria. En este caso, no por sólo 6 meses de falta de atención, sino a razón de más de 20 meses de efectiva falta de atención sanitaria imputable a un mal funcionamiento del servicio sanitario responsabilidad de la Administración Pública.

Entendido que el daño a indemnizar por el SCS encuentra su base en la falta de atención de más de 20 meses, la generación de incertidumbre sobre tratamientos alternativos y sus resultados, así como el daño emocional causado.

Siendo que, durante más de 20 meses la paciente se vio privada de toda atención por parte del Servicio Canario de Salud, valora esta parte el daño a ser indemnizado por el mal funcionamiento del Servicio Canario de Salud en la cantidad de 125.000,00€».

5. Ante las citadas alegaciones se solicitó informe complementario del Servicio de Inspección y Prestaciones que fue emitido con fecha 26 de marzo con el siguiente contenido:

«1.- En cuanto a la afirmación " (...) por la Administración no se ha fijado criterio o elemento objetivo para la determinación de la cuantía (...) ".

Se propuso indemnización de 30.000 € en este caso de naturaleza moral derivado de la inquietud que la reclamante pudo tener sobre la posibilidad de haber recibido una atención sanitaria precoz sobre la fecha en que efectivamente se produjo, siendo que la posibilidad real de superar la enfermedad era del 6%.

Hacemos mención al informe emitido por el Servicio de Cirugía Torácica cuando expone: " (...) De esta forma, en el caso concreto de (...), de acuerdo a su estadío real, con el mejor seguimiento y tratamiento posible de su enfermedad las posibilidades de supervivencia a los 5 años eran sólo del 6% (...) ." .

2.- De otro modo, siguiendo la Ley 35/2015, el criterio de indemnización por causa de muerte ascendería a 27.425,26 €:

- Perjuicio personal básico Tabla 1.A Hija mayor de 30 años: 21.940,21 €

- Perjuicio personal particular Tabla 1.B + 25% por ser la perjudicada única en su categoría: 5.485,05 €

TOTAL: 27.425,26 €.

3.- En relación al apartado E de nuestro informe previo y vinculado con el TAC practicado el 18.01.21 se expuso: " (...) Por tanto, nos encontramos con una paciente, sin sintomatología asociada a carcinoma pulmonar, que en TAC no se observa recaída tumoral, si bien se valora la conveniencia de realizar PET."

Por tanto, en esa fecha no se observa recaída tumoral y carecía de síntomas.

A este respecto se expone por la reclamante en la Alegación: SEGUNDO. – En cuanto a la afirmación de, "sin sintomatología asociada", debemos diferir radicalmente.

Motivado principalmente en que, en efecto, sí existe una aparición de síntomas clínicos como es la disfonía, y la disnea a moderados esfuerzos, hechos que tiene reflejo objetivo en la propia historia clínica.

Se aclara que la disfonía es de aparición en julio 2021 y la disnea a moderados esfuerzos se observa en la consulta de 4 de febrero de 2022, por tanto posteriores al TAC de 18.01.21 y a la situación clínica que presentaba la paciente (...) en dicha fecha. Partimos de una circunstancia conocida con paciente exfumadora a la que se había resecado un lóbulo pulmonar, ello justifica per se una disnea basal de la que no consta agudización de la misma hasta la consulta de 4 de febrero de 2022.

4.- Reiteramos el contenido del informe ya emitido».

6. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación formulada por la representación de (...), sucesora «*mortis causa*» de (...), al concurrir los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración, reconociendo su derecho a percibir una indemnización por importe de treinta mil euros (30.000 €), cantidad que será actualizada de acuerdo con el Índice de Garantía de Competitividad.

III

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta estima parcialmente la reclamación formulada reconociendo la cantidad indemnizatoria de 30.000 euros por daño moral derivado de la inquietud que la reclamante pudo tener sobre la posibilidad de haber recibido una atención sanitaria precoz sobre la fecha en que efectivamente se produjo.

Se concluye que existió una falta de seguimiento, que si bien no fue la responsable de la evolución sufrida sí que minoró las posibilidades de una expectativa de vida superior.

El SIP no considera procedente indemnizar por 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 del PET y su realización, ya que, de acuerdo a su estado real, con el mejor seguimiento y tratamiento posible de su enfermedad, las posibilidades de supervivencia a los 5 años eran sólo del 6%.

2. 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, 69/2019, de 28 de febrero y 257/2023, de 8 de junio), 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).

3. Examinada la documentación obrante en el expediente se considera que el retraso, al menos, desde enero de 2021 para adoptar medidas diagnósticas nos indica que existió una falta de seguimiento, lo que constituye una práctica irregular del funcionamiento del servicio público sanitario, y aunque, según reconoce el propio SCS en la PR, *«el seguimiento clínico deficiente no fue determinante de la evolución tórpida de la enfermedad sino aquella naturaleza agresiva de la misma»*, esto sí pudo minorar las posibilidades de una expectativa de vida superior, lo que, en definitiva, constituye una pérdida de oportunidad.

En efecto, en el informe del SIP se reconoce que se ha podido producir esta falta de seguimiento desde enero de 2021, en los siguientes términos:

«F.- Es a partir de esta fecha 18.01.21 cuando entendemos que se ha podido producir la falta de seguimiento de su proceso oncológico por la especialidad que asumía el control evolutivo, el Servicio de Cirugía Torácica.

No obstante, si consideramos, como refiere el informe del especialista en Cirugía de tórax que " (...) Sólo procedía de acuerdo a la mejor práctica clínica, una nueva revisión en consultas para 6 meses después aproximadamente (...) " que tampoco se realizó, entendemos que en junio de 2021, la cita o para realizar el PET o para conocer el inicio de sintomatología añadida: cefaleas, ronquera (...) nos conduce a pensar que efectivamente existió una falta de seguimiento, que si bien no fue la responsable de la evolución sufrida sí que minoró las posibilidades de una expectativa de vida superior. (...) ».

Es decir, el SIP reconoce la falta de seguimiento desde enero de 2021, pero trata de justificar que la siguiente revisión sería en junio de 2021 y, por tanto, es desde aquí desde donde debe computarse la falta de seguimiento durante los siguientes 6 meses.

Sin embargo, por una parte, tras el TAC realizado el 18 de enero de 2021 no fue vista ni citada para una evaluación médica del resultado de tal prueba diagnóstica, y, por otra, en el resultado de tal prueba se dice que se observa *«una masa densidad partes blandas para aórtico izquierdo de 32 x 26 mm que si bien interpreto en contexto residual sugiero complementar con PET (...) »*, no constando que esta prueba debiera realizarse a los 6 meses, sino como complemento al propio TAC. Por tanto, es desde enero de 2021 desde cuando debiera haberse realizado el PET y el seguimiento médico de la enfermedad oncológica que se omitió, constituyendo esta ausencia de tratamiento una pérdida de oportunidad terapéutica que «*minoró las posibilidades de una expectativa de vida superior»,* tal y como reconoce el propio SIP.

4. Como hemos manifestado en diversas ocasiones (entre otros, Dictámenes 287/2017, de 6 de septiembre, 450/2017, de 5 de diciembre, 324/2018, de 17 de julio, 239/2019, de 20 de junio, y 287/2019, de 30 de julio), desde la Sentencia de 10 de octubre de 1998 el Tribunal Supremo ha iniciado una línea jurisprudencial, hoy ya plenamente 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. Concretamente, se ha pronunciado en los siguientes términos:

«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 6.ª, de 23 de octubre de 2007, rec. casación n.º 6676/2003).

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 4.ª, de 21 de diciembre de 2015, FJ 1.º, rec. Casación n.º 1247/2014).

Asimismo, sobre la pérdida de oportunidad, la STS de 21 de diciembre de 2015 (RJ 2016\55) o 16 de febrero de 2011 (RJ 2011,1490), argumenta 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*».

5. La Propuesta de Resolución, de acuerdo con el informe del SIP, reconoce un daño moral de 30.000 euros. Solicitada aclaración para que explicara los criterios utilizados en la determinación de dicha cantidad, el SIP no altera la cuantía indemnizatoria, pues entiende que el daño es de naturaleza moral derivado de la inquietud que la reclamante pudo tener sobre la posibilidad de haber recibido una atención sanitaria precoz sobre la fecha en que efectivamente se produjo, siendo, según el servicio que la trató, que la posibilidad real de superar la enfermedad era del 6%.

Además, invoca la Ley 35/2015, el criterio de indemnización por causa de muerte ascendería a 27.425,26 €:

- Perjuicio personal básico Tabla 1.A Hija mayor de 30 años: 21.940,21 €

- Perjuicio personal particular Tabla 1.B + 25% por ser la perjudicada única en su categoría: 5.485,05 €

TOTAL: 27.425,26 €.

No obstante, como la indemnización por el daño moral que ha supuesto la pérdida de oportunidad durante 6 meses (desde junio a diciembre de 2021) se ha valorado por el propio SCS en 30.000 euros, la que debe corresponder desde enero a diciembre de 2021 -esto es, 12 meses- debe ser el doble de dicha cantidad, es decir, 60.000 euros.

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 -la pérdida de oportunidad-, según reconoce la Propuesta de Resolución. Por tanto, la cuantía indemnizatoria que le corresponde a su hija ahora como sucesora «*mortis causa*» se extiende a los 60.000 euros citados y no a la establecida por la Administración (30.000 euros), con la actualización e intereses correspondientes previstos en el art. 34.3 LRJSP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que estima parcialmente la reclamación de la interesada, al concurrir los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración, se considera que no es conforme a Derecho, debiendo estimarse en los términos y cuantía señalados en el Fundamento III.3.