Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 18 de enero de 2024.

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 (...) y (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 539/2023 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Sanidad el 10 de noviembre de 2023 (Registro de entrada de fecha 14 de noviembre de 2023) es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica.

2. La cuantía indemnizatoria solicitada, 152.000 euros, determina que la solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) 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). Está legitimada para solicitarlo la Sra. Consejera 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, resultan de aplicación además de la citada LPACAP, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la citada Ley de Ordenación Sanitaria de Canarias y la Ley 41/2002, de 14

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

de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

4. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (BOC, n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con los arts. 10.3 y 16.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

5. Se cumple el requisito de legitimación activa de los interesados, pues los daños sufridos por el presunto funcionamiento del servicio público sanitario se entienden irrogados en su esfera moral [art. 4.1.a) LPACAP], como consecuencia del fallecimiento de su esposo y padre, según se acredita en el expediente.

En cuanto a la legitimación activa, resulta necesario traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su Dictamen 66/2020, de 3 de marzo:

«4.1.1. Respecto a la posibilidad de reclamación por daños -patrimoniales y extrapatrimoniales- derivados del fallecimiento, se ha de indicar lo siguiente:

La doctrina y la jurisprudencia consideran de forma prácticamente unánime que la muerte en sí misma considerada no se indemniza (a quien la sufre), sino que lo que se indemniza es la pérdida neta que sufren aquellas personas que dependían económicamente de los ingresos de la víctima (daño patrimonial), así como el dolor, sufrimiento, aflicción, la pérdida de la compañía, de proyectos conjuntos, etc., que produce a los familiares y allegados la muerte de una familiar (daño no patrimonial).

El fallecimiento de una persona da lugar a daños patrimoniales y no patrimoniales, pero no los sufre el que muere, sino los familiares cercanos, de modo que la indemnización no la perciben iure hereditatis, sino iure proprio. Se trata de un criterio generalizado en el Derecho comparado europeo, en el que la privación de la vida, no se considera un daño a efectos de las normas que regulan la responsabilidad y no es indemnizable.

En nuestro ordenamiento jurídico, el criterio de que el perjudicado por la muerte no es quien muere, sino los parientes allegados, se recoge en el baremo previsto para las indemnizaciones que se deriven de accidentes de tráfico. En consecuencia, la privación de la vida no es indemnizable a quien fallece, y, por tanto, nada se puede transmitir a los herederos del que muere.

La jurisprudencia así lo viene señalando desde hace tiempo. En este sentido, las diversas Salas del Tribunal Supremo consideran hoy que están legitimadas para reclamar por la muerte de una persona quienes resulten personalmente perjudicados por ella, en cuanto dependían económicamente del fallecido o mantenían lazos afectivos con él, de modo que ejercen un derecho originario y no derivativo. La STS (Sala de lo Civil) de 1 de abril (RJ 2009/4131) señala lo siguiente: "es doctrina pacífica que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable ex iure proprio, al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del de cuius, por lo que la legitimación no corresponde a los herederos en cuanto tales, sino a los perjudicados por el fallecimiento, pues sólo los vivos son capaces de adquirir derechos".

4.1.2. Dicho lo anterior, se ha de añadir que, como muy bien señala la sentencia de 2 de octubre de 2013, de la Sala de los Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec.780/2006), " (...) 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 propio´, 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´" (...) ».

A la luz de la doctrina anteriormente expuesta, se entiende cumplido el requisito de legitimación activa de la esposa e hijo del fallecido para reclamar por derecho propio la indemnización de los daños derivados del óbito de su esposo y padre, respectivamente. Legitimación activa que no es puesta en entredicho por la propia Administración Pública sanitaria.

Finalmente, ha de señalarse que, en este caso, los interesados actúan mediante la representación debidamente acreditada de (...) (art. 5.3 LPACAP).

6. 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.

7. Se cumple el requisito de no extemporaneidad, ya que la acción se ha ejercitado por los interesados en el plazo de un año legalmente previsto en el art. 67 LPACAP, pues, si bien la reclamación se presentó el 18 de mayo de 2022 respecto de un daño cuyo alcance quedó determinado a la fecha del fallecimiento de (...), el 8 de octubre de 2016, se tramitaron Diligencias Previas n.º 2134/2017 que culminaron con el Auto de sobreseimiento Provisional de fecha 7 de junio de 2021, que fue ratificado por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria por Auto de 7 de diciembre de 2021, habiendo quedado interrumpida la prescripción de un año a que se refiere el art. 67 LPACAP, por el ejercicio de la acción penal, debiendo contar el plazo de un año de prescripción para el ejercicio del derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración Pública sanitaria desde la notificación del auto de la Audiencia Provincial que puso término al proceso penal.

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

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

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

Esa jurisprudencia consolida el criterio de que el plazo de prescripción no comienza a computarse, según el principio de la actio nata, sino a partir del momento en que la determinación de los daños es posible, y esta circunstancia sólo se perfecciona cuando se

tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción».

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

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

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

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

(...)

La Ley 4/99 (RCL 1999, 114, 329) ha modificado de modo sustancial el referido art. 146.2 de la Ley 30/92, (...) . Se ha eliminado pues, la referencia a que la exigencia de responsabilidad penal "no interrumpirá el plazo de prescripción". Por lo tanto, a partir de la aplicación de la nueva redacción de este precepto, no cabe duda de que el proceso penal tiene eficacia interruptiva con carácter general y ello pues aunque, en una interpretación literal, dicha eficacia interruptiva solo debía ser efectiva para el caso de que la determinación de los hechos sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial, esta viene siendo la regla general.

La jurisprudencia de esta Sala es clara en esta materia, por todas citaremos la sentencia de esta misma Sección de 18 de enero de 2006 donde se afirma:

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

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

En el presente expediente nos consta la fecha del Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria por el que se desestima el recurso de apelación, y se confirma el Auto de sobreseimiento Provisional de fecha 7 de junio de 2021, en las Diligencias Previas n.º 2134/2017, es de fecha 7 de diciembre de 2021, por lo que, si bien no consta en el expediente la fecha de notificación del mismo a los demandantes, en todo caso, sería de fecha posterior, por lo que, habiéndose interpuesto la reclamación de responsabilidad patrimonial el 18 de mayo de 2022, ésta estaría interpuesta en plazo.

II

Los reclamantes instan la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud (SCS), con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su esposo y padre, alegando en su escrito de reclamación los siguientes hechos:

«Primero.- (...) venía sufriendo dolor en el brazo izquierdo desde hacía varios años, motivo por el cual se vio obligado a acudir en reiteradas ocasiones, a varios centros del

Servicio Canario de Salud (Centro de Salud de Maspalomas, Centro de Especialidades de Vecindario, etc.), haciéndoles constar expresamente a todos los facultativos que le atendieron (traumatólogo, neurólogo, fisioterapeuta, etc.), el hecho de que un hermano suyo, con los mismos síntomas que él, había fallecido de cáncer hacía poco tiempo.

Esta advertencia no fue tenida en cuenta por ninguno de los citados facultativos, empeñados en achacar sus dolencias a la poliomielitis padecida en su infancia, relegándole a recibir fisioterapia y calmantes.

Debido a su progresivo deterioro con dolor y pérdida de peso, inflamación a la altura de la clavícula y de la mama, pidió (prácticamente suplicó), le practicasen una prueba determinante para descartar la formación de un cáncer, como era un simple TAC, siendo desoído.

Segundo.- Por fin, en el mes de febrero de 2.015 su médico de cabecera se decide realizarle una radiografía, en la que ella dice "no ver nada", pero la remite al servicio de radiología para que sea informada por el especialista.

Se acompaña como documento n.º 4 Informe del del Centro de Salud de Maspalomas de fecha de 12 de febrero de 2.015 en el que se afirma a la exploración (...) " en la Rx no se objetiva patología"

Estando a la espera de recibir información al respecto, en el mes de septiembre de 2.015 y al mostrar su malestar por la demora, se le informa telefónicamente que:

"la radiografía se había extraviado", pero "milagrosamente había aparecido".

En el informe que acompañaba a la prueba, el radiólogo "sospecha de cáncer" y proponía valoración mediante TAC (véase documento n.º 5 Informe de Radiología de fecha 23 de abril de 2.015).

A partir de ahí se le remite al neumólogo y posteriormente al servicio de oncología para tratamiento de quimioterapia, sin que hasta julio del año 2.016 hubiese sido visto ni por el primero designado (por tener la agenda muy completa al parecer) ni la segunda designada por estar de baja maternal.

El 16 de abril de 2.015 en visita a su Centro de Salud se insiste en el diagnóstico de "Tendinitis" y se hace interconsulta a traumatología para valoración y no se practica ninguna prueba (se adjunta como documento n.º 6 copia de dicha asistencia).

Es en el mes de septiembre de 2.015 cuando al parecer llega el informe de radiología a poder de la médico de cabecera.

En el mes de Octubre de 2.015 se le diagnóstica metástasis ósea.

El 9 de noviembre de 2.015 aún estaba a la espera de conocer los resultados de las pruebas necesarias para comenzar tratamiento de quimioterapia, decidiendo no esperar más y someterme a la misma (véase el informe que se adjunta como documento n.º 7).

Tercero.- Presentados varios escritos reclamando una explicación a lo sucedido, no recibió respuesta alguna por parte de los responsables del Servicio Canario de Salud, según se acredita mediante copia de los escritos que acompaño como documentos n.º 8 sobre los burofax enviados y reclamaciones presentadas ante el Servicio Canario de salud y ante la Oficina de Defensa de los Derechos de los Usuarios Sanitarios (ODDUS) sin obtener respuesta.

Cuarto.- Con el paso del tiempo y el error diagnóstico inicial, se agravó su estado de salud, a pesar de haber tenido que suplicar ser atendido, sin haberse realizado las pruebas necesarias para obtener el tratamiento precoz, lo cual no puede calificarse de un mero retraso en la asistencia sanitaria, sino que constituye a nuestro juicio, una desatención que le ha provocado un total desamparo, manifestándose éste en un empeoramiento de su salud, expectativas y calidad de vida.

Quinto.- Con motivo de lo expuesto, el día 17 de julio de 2.016 se presentó denuncia ante el juzgado de Instrucción número 8 de Las Palmas de Gran Canaria que incoó las Diligencias Previas n.º 3383/2016, el cual decidió en principio el sobreseimiento y archivo de las mismas, siendo corregido tal parecer por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria Sección Sexta, que estimando el recurso de esta parte, ordenó la continuación de las actuaciones (se adjunta como documento n.º 9 copia del Auto de fecha 9 de enero de 2.017).

Inhibidas las actuaciones al Juzgado de Instrucción número Tres de San Bartolomé de Tirajana se instruyeron las Diligencias Previas n.º 2134/2017 en el que fue parte el Servicio Canario de Salud, donde se practicó prueba pericial forense por las Dras. (...) y (...) de fecha 9 de abril de 2.021 (testimonio que se acompaña como documento nº-10), que culminaron con el Auto de sobreseimiento Provisional de fecha 7 de junio de 2.021 (testimonio que se une como documento nº-11, que fue ratificado por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria por Auto de 7 de diciembre de 2.021 (documento nº-12 que se acompaña).

(...) falleció el 8 de Octubre de 2.016 a la edad de 64 años, dejando viuda y huérfano a mis representados (véase inscripción del fallecimiento como documento n.º 13).

Sexto.- Que el resultado final, se debe a una deficiente asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de Salud, que le ha causado un evidente daño a mis representados que pretenden reclamar, y que cuantificamos en 102.000 euros para la viuda (más de 27 años de convivencia con la víctima) y 50.000 euros a favor del hijo de 27 años a la fecha del fallecimiento (se adjunta certificado de nacimiento de (...) como documento n.º 14), aplicando a título orientativo el baremo previsto para la indemnización de víctimas en accidentes de tráfico previsto en el RDLeg.8/2004 de 29 de Octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, conforme a la nueva redacción efectuada por 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 (Anexo Tabla 1A), que aun no siendo preceptivo en esta materia, así se ha venido utilizando por los Tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, máxime a raíz de su Disposición Adicional Tercera, que establece: "El sistema de valoración regulado en esta Ley servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria».

III

1. En este procedimiento el plazo de resolución está vencido, sin que se justifique la demora, lo que, sin perjuicio de los efectos y responsabilidades que ello comporte, no exime a la Administración de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

2. Desde el punto de vista formal, el presente procedimiento ha sido tramitado adecuadamente, constando las siguientes actuaciones:

- El 19 de mayo de 2022 se identifica el procedimiento y se insta a los reclamantes a mejorar su solicitud mediante la aportación de determinada documentación, de lo que reciben notificación en esa misma fecha, aportando lo requerido el 19 de mayo de 2022.

- Por Resolución de 31 de mayo de 2022, del Director del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación presentada, de lo que se acusa recibo por los interesados el 2 de junio de 2022.

- El 31 de mayo de 2022 se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), que lo emite el 16 de junio de 2023, tras haber recabado la documentación necesaria [Copia de la historia clínica del paciente obrante en Área de Salud de Gran Canaria, Copia de la historia clínica obrante en el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil (CHUIMI), informe emitido por la Dra. (...), Médico de Atención Primaria del Área de Salud de Gran Canaria, informe emitido por el Dr. (...), Jefe de Servicio de Radiodiagnóstico del CHUIMI, e informe emitido por la Dra. (...), Especialista de Área de Oncología del CHUIMI].

En el informe del SIP se concluye la existencia de responsabilidad patrimonial y se valora el daño producido en 56.079,67 euros, cantidad en la que se propone indemnizar a los reclamantes.

- Entretanto, los reclamantes interpusieron recurso contencioso-administrativo por desestimación presunta de su reclamación, lo que ha dado lugar a la

sustanciación del procedimiento ordinario n.º 164/2023, en el Juzgado Contencioso Administrativo n.º 1 de Las Palmas de Gran Canaria, en cuyo seno se solicita a la Administración el expediente administrativo, que es remitido a medida que se van evacuando los correspondientes trámites.

- Dados los términos de los informes del SIP, el 11 de octubre de 2023 se dicta Resolución por el Director del Servicio Canario de la Salud por la que se acuerda suspender el procedimiento general y continuar con el procedimiento simplificado, proponiendo la terminación convencional del procedimiento mediante la suscripción de acuerdo indemnizatorio en la cuantía señalada por el informe del SIP, lo que se notifica a los reclamantes el 14 de octubre de 2023.

- El 23 de octubre de 2023 los interesados presentan escrito de alegaciones manifestando su disconformidad con el acuerdo propuesto, oponiéndose a los términos del informe del SIP.

- El 2 de noviembre de 2023 se dicta Resolución por el Director del Servicio Canario de la Salud por la que se acuerda suspender el procedimiento simplificado y continuar por el procedimiento general, acordando la apertura de trámite de prueba, en el que se admiten las pruebas documentales propuestas por los interesados y se incorpora la documentación clínica recabada durante la instrucción y el informe del SIP. Siendo todas las pruebas documentales y obrando ya en el expediente, se declara concluso el trámite probatorio y se acuerda la continuación del procedimiento, lo que se notifica a los reclamantes el 6 de noviembre de 2023.

- Con fecha 3 de noviembre de 2023 se acuerda la apertura del trámite de vista y audiencia, lo que se notifica a los interesados el 6 de noviembre de 2023, presentando en esa misma fecha escrito de alegaciones por el que, tras reiterar los términos de la reclamación inicial, se manifiesta: «*además de lo ya alegado en el anterior escrito en cuanto a la mala praxis por error inicial y el enorme retraso en el diagnóstico, se está obviando por la Administración otra infracción a la lex artis, como lo es el hecho de que ha existido una infracción a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre Básica Reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.- artículos 2.6; 4.3; 8.1; 8.2; 8.3 y art. 10 del mismo texto legal*».

- El 9 de noviembre de 2023 se dicta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud Propuesta de Resolución en la que se estima parcialmente la reclamación de los interesados, que es remitida a este Consejo Consultivo.

IV

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución señala, tras transcribir parte de lo concluido en el informe del SIP, que ha quedado acreditado, en el caso que nos ocupa, tanto el daño como su relación de causalidad con el funcionamiento del Servicio, si bien, solo en cuanto a un porcentaje determinado por la verdadera pérdida de oportunidad del paciente, estimando parcialmente la reclamación de los interesados, en los términos indemnizatorios señalados en el informe del SIP.

2. Antes de entrar en el fondo del asunto es conveniente señalar los antecedentes que, según el informe del SIP, de 16 de junio de 2023, constan en la historia clínica del paciente, en relación con la asistencia que nos ocupa. En aquél se hace constar:

«1.- Según historia clínica, informes y documentación aportada por reclamantes, el paciente con fecha de nacimiento 24/07/1952, contaba con antecedentes entre los que destacan dislipemia, cardiopatía hipertensiva e isquémica, sometido a revascularización coronaria en noviembre/2011 con buena recuperación. Aneurisma de aorta abdominal desde 2012. Poliomielitis en la infancia con secuelas y efectos tardíos/ Síndrome post polio: en consulta de Atención Primaria de fecha 28/11/2006, consta disbalance de caderas y aumento de las molestias habituales, pérdida de fuerza en brazo izquierdo y parestesias ocasionales en muslo izquierdo. En fecha 13/10/2008, se describe dolor en pierna izquierda con pérdida de fuerza. En fecha 21/04/2009, se describe pérdida de fuerza en miembro inferior izquierdo y parestesia plantar. En fecha 06/09/2010 presentaba dolor y calambres en miembro inferior izquierdo, síntomas que se repiten a lo largo del tiempo. En octubre 2013, añade dolor en pierna derecha. En fecha 31/01/2014, consta tiene tratamiento pautado por Neurología. En fecha 11/04/2014, consta está en rehabilitación y le está funcionando bien (tratamiento que sigue hasta el 23/09/14, fecha en la que se cursa su alta por mejoría funcional). En fecha 11/09/2014, sigue con dolor/quemor en la pierna izquierda en tratamiento neuropático. También se describe insomnio transitorio con requerimientos temporales de medicación. Exfumador desde hace más de 20 años. En antecedentes familiares consta madre afecta de osteoporosis y padre fallecido por infarto de miocardio (no se describen otros antecedentes familiares).

2.- En fecha 03/10/2014, acude a consulta de Atención Primaria refiriendo dolor en hemitórax izquierdo con irradiación a brazo izquierdo, cuando realiza ejercicio físico de pectorales. No dolor durante la deambulación ni cuando realiza bicicleta. Tiene tratamiento para el dolor neuropático y para insomnio.

3.- Un mes más tarde, el 03/11/2014, acude a Médico de Familia por dolor en hombro izquierdo, se recoge nota mama (izquierda) ligeramente más inflamada, con sensación de dolor en la parte dorsal (zona posterior) del brazo izquierdo. A la exploración se describe dolor a la movilización del brazo izquierdo a nivel del tríceps. Con el diagnóstico de tendinitis, se le indica fisioterapia.

4.- En fecha 05/12/14, se realiza por parte de medicina y enfermería conjuntamente, control de patología de hipertensión arterial (HTA) y cardiopatía isquémica en la que en la exploración física no se detecta patología pulmonar. Enfermería detecta aumento de unos 3 kg de peso.

5.- En consulta de seguimiento periódico de Cardiología de fecha 19/12/14, en la entrevista el paciente refiere dolor tipo pinchazo de segundos de duración con los movimientos de la caja torácica, no lo nota al caminar (camina muchísimo hasta 20-30 km algunos días), solo con los movimientos amplios de hombros. No disnea. No palpitaciones, mareos ni síncopes.

6.- Acude a su Médico de Familia/Enfermería por otras causas sin mencionar dolor. En fecha 23/01/2015, refiere sigue con dolor en el tercio medio inferior del brazo izquierdo que ha ido en aumento. A la exploración se describe musculatura de brazo izquierdo atrofiada por su secuela de polio, dolor a la palpación de tríceps braquial izquierdo con limitación de movimiento del brazo (maniobra de apley) por encima de 90º. En la Rx de brazo izquierdo (húmero AP y L) no se objetivan lesiones. Tiene prescrita analgesia.

7.- En fecha 12/02/15, en consulta de Atención Primaria, refiere seguir con molestias en brazo izquierdo, limitación a la movilidad y dolor a nivel del tríceps. 8.- En exploración se describe dolor a la movilización del brazo izquierdo con aumento del dolor a nivel del tríceps (la médico aclara en su informe dolor que aumenta con la movilización y mejora con el reposo).

9.- Con el diagnóstico de efecto tardío de poliomielitis y tendinitis, se interconsulta de forma preferente a Rehabilitación describiendo que el paciente está afecto de secuelas de polio con mayor afectación de la parte izquierda (hemicuerpo izquierdo), que presenta dolor e impotencia funcional tanto en el brazo como en la pierna del lado izquierdos. Se le ha dado sesiones de rehabilitación previas mejorando con ellas y el neurólogo ha recomendado seguir con las mismas.

10.- En respuesta a la interconsulta el paciente es derivado a centro concertado para aplicación de medidas analgésicas descontracturantes y tonificación periescapular y hombro izquierdo.

11.- Ese día, también se interconsulta a Traumatología motivando la solicitud en el dolor y la limitación a la movilidad en el brazo izquierdo, sobre todo el tríceps braquial en paciente con secuelas antiguas de polio, que no mejora con tratamiento pautado.

12.- Asimismo, ese día la médico de familia indica Rx de tórax por programa de Riesgo Cardiovascular dado los antecedentes de cardiopatía del paciente (según ella misma aclara en su informe), y si bien no aprecia patología en la valoración, solicita interconsulta a Radiodiagnóstico para que informe dicha radiografía de tórax.

13.- En consulta de Atención Primaria de fecha 09/03/15, por otros motivos, el paciente refiere el Traumatólogo ha determinado la existencia de una tendinopatía insercional del supraespinoso izquierdo, contractura de romboide con tendencia al alatum por atrofia muscular secundaria a la polio, y, le ha tratado con infiltración local.

14.- En fecha 16/04/15, el paciente refiere sigue con dolor en el hombro izquierdo si bien alega haber mejorado con analgesia (pazital). Su médico de familia vuelve a realizar interconsulta a Traumatología para nueva valoración.

15.- En consulta de enfermería de 22/05/15 de control de riesgo cardiovascular, se refuerza dieta, es decir, el paciente no ha perdido peso, o, al menos, de forma significativa.

16.- En consulta de Neurología de 31/07/15, de seguimiento por Síndrome postpolio con dolor neuropático, el paciente refiere nunca ha tenido limitación para realizar sus tareas diarias, nota mejoría tras hacer ejercicio, deambulaba habitualmente unos 30 km diarios, pero ahora se nota más limitado. Cuando más le molesta es cuando está haciendo un ejercicio físico de forma mantenida. Mal descanso nocturno. En exploración se aprecia atrofia de miembro superior izquierdo y miembro inferior derecho con fuerza 3/5 marcha con paresia de dicho miembro (secuelas de polio). Arreflexia. No trastornos sensitivos asociados. Se le pauta ansiolítico nocturno.

17.- En consulta de Atención Primaria de 10/08/2015, previa a consulta de Rehabilitación se describe el paciente sigue con el problema del hombro, con síndrome miofascial del hombro izquierdo en relación con inestabilidad anteroposterior secundaria a atrofia muscular (post polio) y tendinopatía insercional del supraespinoso izquierdo, en resolución. Tiene medicación analgésica pautada.

18.- En consulta de Rehabilitación de ese día a la que acude motivado por síndrome postpolio, por el que ya había recibido fisioterapia el año anterior, queda anotado que, acude remitido por su médico de cabecera por dolor en brazo izquierdo desde hace 3 años, por el que está realizando rehabilitación privada en Euroklinic por síndrome miofacial en infraespinoso de hombro izquierdo y tendinopatía del supraespinoso, que mejora con manipulación cervical y descarga de musculatura periescapular. En la exploración del hombro izquierdo se aprecia balance articular pasivo libre, no superando los grados medios de forma activa. Balance muscular global 3-/5. Se describe contractura en supra e infraespinoso, trapecio y romboides. Dado discinesia escapular (alteración en la sincronización escápulo-torácica izquierda (secundario a atrofia postpolio), se indica tratamiento rehabilitador.

19.- En fecha 07/09/2015, en consulta de Atención Primaria, su esposa, que le acompaña, refiere que le nota inestabilidad en la marcha. El paciente describe que la inestabilidad es cuando se levanta. Describe el dolor (del brazo izquierdo), le despierta por la noche y también le aumenta con el ejercicio físico. En la exploración no se objetiva inestabilidad. En el brazo izquierdo se aprecia fuerza limitada secundario a la pérdida de musculatura por efecto de la polio. Dado exploración de la estabilidad y coordinación normales, y presencia de dolor neuropático en el brazo izquierdo que le despierta por la noche con aumento de pérdida de fuerza en los últimos meses, se le solicita estudio electromiográfico (prueba que se utiliza para determinar alteraciones en nervios, músculos o en la transmisión de señales de los nervios a los músculos), siendo la sospecha el avance del efecto tardío de poliomielitis.

20.- Según informe de la Médico de Familia, en fecha 11/09/2015, llega al casillero médico del Centro de Salud, el informe de Radiología de la Rx de tórax, solicitado el 12/02/2015. En el documento consta la radiografía ha sido remitida desde el Centro de Salud de Maspalomas el 12/02/2015, para su informe. Se realiza el informe de la misma en fecha 23/04/2015, en el mismo se describen cambios post quirúrgicos en esternón. Aumento de la densidad de bordes irregulares en hilio izquierdo sin aparente afectación ósea subyacente, siendo imprescindible comparar con estudios previos si los hubiese y en su defecto valoración mediante TAC para descartar tumoración de Pancoast.

21.- Según informe de la Médico de Familia, con los hallazgos del informe realiza interconsulta a Neumología y, en fecha 14/09/2015, es informado el paciente de los hallazgos, a la vez que la médico le comunica que acudirá al día siguiente al CHUIMI para hablar con Neumología para que se inicie el proceso de petición de TAC pulmonar. Queda referido por parte del paciente que ha tenido varios neumotórax en su juventud que no quiso se le intervinieran, constando además el proceso de dolor en brazo izquierdo lleva unos dos años de evolución.

22.- En consulta de Neumología de 23/09/15, el paciente describe dolor hombro y brazo izquierdo desde hace un año. Ahora se describe astenia y pérdida ponderal de unos 5 kg. No anorexia (no pérdida de apetito). No otra sintomatología. A la exploración la auscultación y pruebas de función respiratoria son normales. No se aprecian adenopatías palpables. Bultoma no doloroso preclavicular/pectoral izquierdo. No circulación colateral. Mama izquierda aumentada tamaño. Rx tórax: febrero 2015, lóbulo acygos, engrosamiento pleural biapical I>D, +/- sobreposición bultoma pared anterior. Esternotomía. Se solicitan pruebas diagnósticas necesarias.

23.- En fecha 28/09/15, se le realiza TAC de tórax con contraste que queda informado en fecha 06/10/15. Se realiza petición de prueba radiológica para completar estudio de extensión (cuello, abdomen superior y cráneo sin y con contraste), que se realizará el día lunes 19/10/2015.

24.- En consulta de Neumología de fecha 07/10/15, tras informe de radiología, se informa de masa tumoral en lóbulo superior izquierdo con afectación de pared ósea y extrapulmonar. Adenopatías mediastínicas. Lo que sugiere carcinoma broncogénico T4N3M0, además de lesiones residuales de tuberculosis. Se solicitan pruebas diagnósticas necesarias e interconsulta a Unidad de Cuidados Paliativos/ Oncología.

25.- En fecha 08/10/15, se le realiza estudio de gammagrafía ósea. Estudio compatible con metástasis óseas en 1º y 2º arcos costales izquierdos (09/10/15).

26.- En fecha 14/10/15, le es realizado por Neumología vídeobroncoscopia en el que se objetiva lóbulo superior izquierdo con bronquio segmentario apical que presenta disminución importante de la luz por compresión extrínseca pero sin lesión visible. Se recogen muestras para citología, microbiología y anatomía patológica.

27.- En fecha 15/10/15, acude su esposa a consulta de Atención Primaria comunicando el diagnóstico de cáncer de pulmón. Según consta en historia clínica e informe de Médico de Familia, en Atención Primaria se le continuó facilitando la asistencia requerida, desde ese nivel de atención.

28.- En fecha 19/10/15, se le realiza estudio de extensión (estadiaje de masa pulmonar izquierda): TAC de abdomen suspendido por reacción alérgica al contraste (en estudio previo). Se recomienda como alternativa la realización de Ecografía abdominal, que queda solicitada. TAC de cráneo sin contraste es de resultado normal (22/10/15).

29.- En fecha 20/10/15, es valorado en Unidad de Cuidados Paliativos. Se describe, el paciente conoce que tiene cáncer de pulmón y su pronóstico vital, pero quiere vivir sin dolor y sin actuaciones invasivas. Desea éxitus en su domicilio. Comenta síntomas relacionados con el brazo izquierdo. Tiene insomnio de mantenimiento crónico, reagudizado por el dolor del brazo. Niega pérdida de apetito, sudoración nocturna, disnea, tos, hemoptisis o fiebre.

30.- Conocedor de su enfermedad de cáncer, pendiente de valorarse plan terapéutico, el paciente presenta enfado porque su hermano falleció de cáncer de pulmón presentando sus propios síntomas por lo que él había demandado estudio que descartara el cáncer desde hace meses (si bien es la primera vez que ese antecedente consta en la historia clínica).

31.- El diagnóstico según estudios hasta el momento es de cáncer broncogénico T4N3M1 (metástasis óseas costales). Se pauta tratamiento para control de síntomas. Está pendiente de resultados de estudios de extensión abdominal y cerebral.

32.- El TAC de cráneo es de resultado normal (22/10/15).

33.- En fecha 23/10/15, inicia controles por Oncología. Dado que el paciente no se ha podido realizar el TAC abdomen por sospecha de alergia al contraste, se decide realización de PET-TC para definir mejor TNM (estadiaje). Se solicita estudio mutacional. Se explica a familiar y paciente situación actual y actitud a seguir según resultados.

34.- En consulta de Neumología de fecha 28/10/15, se describe PAAF de partes blandas (del bultoma torácico) es negativo. En biopsia por punción transbronquial (videobroncoscopia) de lóbulo superior izquierdo el resultado es de carcinoma pobremente diferenciado de célula no pequeña.

35.- La ecografía abdominal como alternativa al TAC (por reacción previa al contraste), es realizada el 29/10/15, con resultado normal.

36.- En fecha 04/11/2015, acude a consulta de seguimiento en Unidad de Cuidados Paliativos. Se ajusta medicación para control del dolor.

37.- En consulta de Oncología de fecha 09/11/15, el diagnóstico es de Adenocarcinoma de pulmón T4 N2 M1 Estadio IV b (metástasis óseas en 1º y 2º arcos costales izquierdos). Con los estudios realizados y pendiente de resultados de estudio mutacional, que luego resultó negativo, se decide iniciar quimioterapia (al día siguiente) con el consentimiento informado del paciente.

38.- En consulta en Unidad de Cuidados Paliativos de fecha 16/11/15, se describe el dolor está más controlado, persistiendo molestia axilar y cara interna de brazo izquierdo de componente neuropático e insomnio no controlado. Se ajusta medicación a los síntomas.

39.- En consulta en Unidad de Cuidados Paliativos de fecha 27/11/15, se describe está en tratamiento con quimioterapia. Dolor controlado con analgesia. Se ajusta medicación.

40.- En consulta en Unidad de Cuidados Paliativos de fecha 18/12/15, se describe está controlado (dolor e insomnio controlados con la medicación sin precisar rescates). Al igual que en consulta de fecha 08/01/16, donde lo único relevantes es la alteración del ritmo sueño vigilia.

41.- En consultas sucesivas se va ajustando la medicación a los síntomas ya fuera de la propia enfermedad o de los efectos secundarios de la quimioterapia.

42.- Se realiza seguimiento por Servicios de Oncología y Unidad de Cuidados Paliativos así como todas las actuaciones tanto diagnósticas como terapéuticas de su enfermedad cuya evolución fue progresando.

43.- En fecha 19/09/2016, en consulta de Unidad de Cuidados Paliativos, comunica que se va a Segovia, donde fallece el 08/10/2016 como consecuencia del progreso de su enfermedad».

3. Pues bien, a la vista de los referidos antecedentes clínicos del paciente, el informe del SIP, viene a concluir, entre otros aspectos, los dos esenciales en la resolución del caso que nos ocupa:

3.1. Por un lado, el relativo al retraso en el diagnóstico del paciente.

En este punto, señala el SIP:

«1.- El paciente con antecedentes de secuelas de poliomielitis en extremidades, tenía historia de consultas desde 2006 por dolor, pérdida de fuerza, parestesias, sobre todo en extremidades inferiores, las cuales a lo largo de su evolución se diagnosticaron como un síndrome postpolio, para lo cual recibía según requerimientos, tratamiento para el dolor neuropático y/o rehabilitación.

(...)

14.- De la información anterior se desprende que, el paciente con antecedentes de poliomielitis tenía una clínica que estaba dentro de lo que en los últimos años se había diagnosticado como efectos tardíos de la polio, dentro de un síndrome postpolio, que le afectaba más a miembros inferiores, pero que también ya desde 2006 había repercutido a nivel extremidad superior, constando pérdida de fuerza en el miembro superior izquierdo. Si vemos cada una de las consultas realizadas a partir de 03/10/14 (fecha en cuestión), los síntomas referidos por el paciente se enmarcaban dentro de ese contexto y las molestias/dolor referidos casi siempre al miembro superior izquierdo se justificaban dentro de un contexto de dolor tipo mecánico (dolor a la movilización del brazo, pinchazos de segundos de duración en caja torácica sólo con los movimientos amplios de los hombros, dolor cuando está haciendo ejercicio físico de forma mantenida. El dolor de características mecánicas relacionadas con el movimiento o el ejercicio, se justificaban por sus antecedentes en coherencia con las exploraciones físicas e incluso con una radiografía del brazo donde no había hallazgos significativos. Tampoco en las sucesivas consultas el paciente manifestó pérdida de apetito o de peso, astenia, fiebre o sudores nocturnos, tos, hemoptisis, clínica que hubiera orientado en la sospecha de otras patologías».

Ciertamente, esta conclusión es compartida por el propio informe pericial forense, y, precisamente por ello, el Auto de 7 de diciembre de 2021, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial, desestima la apelación de los demandantes, aquí reclamantes, argumentando:

«TERCERO: Así planteados los términos del debate y teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial mencionada considera la Sala que en el supuesto de autos no estamos ante un caso de imprudencia médica penalmente relevante por parte de los facultativos denunciados que atendieron al paciente fallecido, habida cuenta que nada indica que no actuaron de modo adecuado y con la diligencia debida que es propia y necesaria en el ejercicio de la práctica médica y el retraso en el diagnóstico correcto y definitivo de la patología que presentaba el paciente y su correspondiente tratamiento no resulta imputable a los mismos dada la existencia de una sintomatología y una patología previa que podía razonablemente confundir y en definitiva diferir el diagnóstico correcto de patología tumoral y su adecuado tratamiento terapéutico finalmente realizado sin éxito, tal y como concluye el completo y detallado informe pericial médico forense obrante a los folios 738 a 753 de autos. En este

sentido especial mención merece que el informe médico forense haga hincapié en la dificultad del diagnóstico dadas las circunstancias concurrentes, al tratarse de un tumor que por su forma de manifestarse tanto clínica como radiológica es una patología que fácilmente puede confundir.

Vemos pues que el dictamen pericial médico forense y la documental médica obrante en autos permiten descartar cualquier tipo de mala praxis por parte de las facultativos denunciados que atendieron al paciente fallecido, pues habida cuenta la claridad y contundencia de las conclusiones del referido informe pericial es patente que no existen datos objetivos ni indicios suficientes para considerar que estamos ante un error de diagnóstico inexcusable y penalmente relevante habida cuenta que el eventual desacierto de las/los facultativas/os denunciadas/os en el diagnóstico de la enfermedad del paciente mal puede entenderse como la equivocación inexcusable que exige la jurisprudencia porque: en primer, se practicaron todas la pruebas pautadas; y, en segundo lugar, la sintomatología que presentaba el enfermo no era inequívoca a la vista de su patología previa. Todo lo cual explica las dificultades inherentes al acierto del correspondiente diagnóstico diferencial y justifica prudentemente la actuación de las/os facultativas/os denunciadas/os.

Como no puede ser menos, la Sala no es insensible al dolor de los familiares por la pérdida del ser querido, pero ello no puede ni debe suponer la criminalización indiscriminada de los profesionales sanitarios que prestaron sus servicios para intentar su curación y asistieron a la paciente porque, por mucho que el resultado final ha sido la muerte del enfermo, ello sería esencialmente injusto partiendo de la falibilidad humana propia de los profesionales de la medicina y de las importantes dificultades inherentes a un diagnóstico diferencial prematuro especialmente complejo por las razones que concurren en el caso que nos ocupa».

Sin embargo, el informe forense destaca un elemento de los antecedentes del paciente que no figura en los expuestos en el informe del SIP, y que, sin embargo, consta a lo largo de su historia clínica y en el propio informe de la médico de familia que atendía al paciente, la Dra. (...), emitido el 7 de octubre de 2017, y es que el paciente era exfumador: desde los 13 a los 40 años.

Destaca, asimismo, este informe:

«Los factores de riesgo para casi todos los cánceres de pulmón son similares. Estos incluyen lo siguiente:

•De fumar

•Exposición secundaria al humo

•Exposición prolongada al asbesto

•Exposición al radón

•Exposición a elementos industriales (por ejemplo, oro, níquel)

Aunque un tumor de Pancoast es un tumor pulmonar, rara vez causa síntomas que generalmente están relacionados con los pulmones (por ejemplo, tos y dolor en el pecho). En cambio, causa síntomas (síndrome de Pancoast) relacionados con la invasión de los tejidos circundantes en su ubicación única en el ápice del pulmón. El síntoma inicial es dolor en el hombro que se irradia hacia la parte interna de la escápula (hueso grande, triangular y aplanado que se encuentra sobre las costillas de la espalda)».

Y, añade, como conclusiones médico-forenses:

«1.- Desde el día 3 de octubre de 2014, cuando por primera vez consta en su historial médico de Atención Primaria la existencia del dolor en hemitórax-brazo izquierdos hasta el diagnóstico correcto y definitivo de su enfermedad y el inicio del tratamiento correspondiente, transcurren aproximadamente unos 12 meses.

2.- Nos consta que el paciente ha acudido repetidamente a la asistencia primaria así como especializada referidas por sus molestias que han ido progresivamente empeorando, causándole a lo largo del intervalo de tiempo mencionado un lento decaimiento psico-físico.

3.- El principal problema en este caso, ha sido EL RETRASO en el DIAGNÓSTICO CORRECTO de su patología, que consideramos se haya producido por distintos motivos: (...) ».

A continuación, si bien justifica la inicial confusión de los síntomas del paciente con los propios de sus antecedentes clínicos de síndrome post-polio:

«Al presentar el peritado una patología previa que por sus características peculiares mencionadas, puede que haya en cierto modo despistado a los profesionales en el correcto enfoque del problema.

La sintomatología, la clínica y las pruebas complementarias realizadas han hecho atribuir los signos-síntomas del paciente al síndrome post-polio del que padecía desde hace años».

A lo que añade, no obstante:

«Por otra parte, hay que tener en cuenta la dificultad del diagnóstico en estas circunstancias, al tratarse de un tumor, que, por su forma de manifestarse tanto clínica como radiológica, es una patología que fácilmente puede confundir.

Como hemos analizado, puede simular una patología osteo-muscular o neurológica y, por lo tanto, si no se procede a un examen minucioso tanto clínico como de la radiografía de tórax, puede orientar hacia tratamientos inadecuados e inefectivos que solo hacen que este tipo de enfermedad se infradiagnostique o no se diagnostique para nada, como ocurrió en este caso, condicionando la posibilidad de un tratamiento radical y efectivo».

A pesar de eso, señala:

«Aun así, dada la familiaridad por tumor referida, la persistencia de la sintomatología, la falta de eficacia de los tratamientos y el progresivo empeoramiento del paciente, hubiese sido quizás oportuno pensar en otras posibilidades diagnósticas».

Sin embargo, en este caso, no se modificó el diagnóstico sino a la vista del informe emitido por el Servicio de Radiología del CHUIMI, recibido el 14 de septiembre de 2015.

Por tanto, en este punto, puede afirmarse una falta de conformidad de la actuación de los facultativos con la *lex artis*, pues, conocedores de los antecedentes como fumador del paciente, se mantuvieron en diagnósticos que, si bien eran acordes con su sintomatología dados sus antecedentes de polio, sin embargo, a pesar de su falta de respuesta a los tratamientos y progresivo empeoramiento, hubieron de orientarse hacia otro diagnóstico. Sin embargo, no solo no fue así, sino que manifiesta el informe del SIP que la radiografía que mostró la sospecha, luego confirmada del cáncer que padecía el paciente, se solicitó en el contexto de su patología coronaria, mostrando el resultado incidentalmente. A tal efecto, señala el informe del SIP:

«7.- En fecha 12/02/15, (...) según se recoge en historia clínica y argumenta la Médico de Familia, se le realiza Rx de tórax por programa de Riesgo Cardiovascular dado los antecedentes de cardiopatía isquémica del paciente, y si bien no aprecia patología en la valoración, se solicita interconsulta a Radiodiagnóstico para que informe dicha radiografía de tórax (12/02/15)».

Por todo ello, ya en este punto de la asistencia sanitaria se observa un «empecinamiento» en el diagnóstico inicial del paciente, sin planteamiento de su posible padecimiento, lo que hubiera permitido orientar otro diagnóstico y pruebas tendentes a su determinación y, posterior tratamiento.

3.2. Por otro lado, el relativo al retraso en la información de la radiografía realizada al paciente el 12 de febrero de 2015 y posterior retraso en su remisión a la Médico de Familia.

En este punto son unánimes las consideraciones del informe forense, del Auto de la Audiencia Provincial y del SIP, al considerar que estos retrasos determinaron una pérdida de oportunidad de curación del paciente.

En este sentido, el referido Auto, que es cosa juzgada, señala:

«CUARTO: Otra cosa sustancialmente distinta a la cuestión del diagnóstico es la tardanza o demora, también referida y especialmente destacada en el dictamen pericial médico forense, entre la realización de la radiografía torácica y la valoración de la misma por parte del servicio especializado (desde el 12/2/2015 al 23/4/2015) y luego entre la realización del informe radiológico y la llegada del mismo a su médico de familia (desde el 23/4/2015 al 14/9/2015). Siendo, en este caso, dichos retrasos o dilaciones de difícil explicación cuando en dicho informe se indica la sospecha de la existencia de una patología tumoral, aconsejándose la comparación con estudios previos o, en su defecto, la realización de otra prueba radiológica más específica (una tomografía) para descartar dicha posibilidad diagnóstica. Todo lo cual pudo tener decisiva incidencia en la evolución letal de la patología que presentaba el paciente, precisando los peritos forenses que dichos retrasos se entienden como "pérdida de oportunidad" que derivó con una alta probabilidad en el presente caso al fallecimiento del paciente, pues aunque sea imposible determinar con exactitud si se hubiera podido evitar la muerte con un diagnóstico correcto más precoz, si es cierto que, como cualquier patología y más siendo de tipo tumoral, cuanto más rápido es el diagnóstico, más posibilidades hay de tratamiento adecuado y por lo tanto de curación o al menos de un aumento de supervivencia».

En este sentido, el informe del SIP, si bien también reconoce esta tardanza en el diagnóstico y consiguiente pérdida de oportunidad, en cierto modo justifica tal tardanza, en sus conclusiones, al señalar:

«18.- Por otro lado, según se argumenta en el informe del Servicio de Radiodiagnóstico, en el año 2015 el equipo de rayos del centro de salud del paciente era analógico, eso exigía la remisión de la placa desde el centro de salud hasta el Servicio de Radiología para que esta fuera informada. Una vez realizado el informe en el programa RIS, estos se imprimían y se remitían desde el Servicio de Admisión al Centro de Salud desde el que se había solicitado el informe radiológico.

19.- Se conoce que, la radiografía de tórax fue realizada y remitida para su interpretación al Servicio de Radiología del CHUIMI, el día 12/02/15. La radiografía fue realizada en un contexto de programa de riesgo cardiovascular, es decir, no exigía ni fue solicitado se informara de forma urgente. Es por ello que, aunque pudiera parecer dilatado el período de respuesta, esta tal y como se había solicitado no exigía rapidez. Ahora bien, la radiografía fue interpretada en fecha 23/04/15, informándose de aumento de densidad de bordes irregulares en hilio izquierdo sin aparente afectación ósea subyacente, siendo imprescindible comparar con estudios previos si los hubiese y en su defecto valoración mediante TAC para descartar tumoración de Pancoast. Conocido este dato, no se justifica que el informe haya sido recibido por el Médico Atención Primaria en fecha 11/09/2015, casi cinco meses después de haber sido informada».

Sin embargo, este dato no se corresponde con la realidad, pues consta en la historia clínica de Atención Primaria del Paciente, de fecha 12 de febrero de 2015 que la radiografía fue solicitada de forma URGENTE (página 518 EA), lo que implica que el retraso en la información de la misma y su remisión a la médico de familia también debieron ser urgentes, máxime, una vez informada, a la vista de los resultados de sospecha de cáncer.

En cuanto a este punto, señala el informe forense:

«Se realiza una radiografía de tórax el 12 de febrero de 2015 y el médico de cabecera pide la valoración de la misma por el especialista en Radiología.

Por lo visto, esta radiografía, procedente desde el Centro de Salud de Maspalomas llega y se informa por parte del Servicio de radiología del Complejo Hospitalario Materno-Infantil el 23 de abril de 2015.

Esto implica que el radiólogo está valorando en ese momento una situación de 2 meses anteriores y que por lo tanto puede haber evolucionado.

En el informe de dicha radiografía consta: " (...) aumento de densidad de bordes irregulares en hilio izquierdo sin aparente afectación ósea subyacente siendo imprescindible comparar con estudios previos si los hubiese y en su defecto valoración mediante TC para descartar TUMORACION DE PANCOAST".

Efectivamente, como podemos comprobar en una radiografía de tórax posterior realizada en el mes de mayo de 2016 por su médico de familia para descartar una complicación bronquítica, figura en el informe de la misma: "masa ya conocida en polo superior de hemitórax izquierdo con importante redistribución vascular".

Con alta probabilidad se trata por lo tanto de un tumor de Pancoast, aunque la confirmación procede de la tomografía realizada el 28/9/2015 que objetiva efectivamente la existencia de un tumor en el lóbulo superior del pulmón izquierdo con además un componente perihiliar izquierdo. Este tumor se define luego, tras análisis histológico, como un probable adenocarcinoma pobremente diferenciado o un carcinoma de células no pequeñas pobremente diferenciado, representando la poca diferenciación del mismo un indicio de mal pronóstico.

El peritado finalmente inicia el día 10 de noviembre de 2015 el tratamiento quimioterápico con CDDP-Alimta al 100%.

CABE DESTACAR QUE en el momento en el que se llega por primera vez al diagnóstico de la patología que afecta al peritado y responsable luego de su fallecimiento, la estadificación del tumor corresponde a un T4N2M1EIV, eso quiere decir un cáncer muy avanzado a nivel local y sistémico».

Por ello, los dos retrasos existentes desde el 12 de febrero de 2015, fecha de realización de la radiografía, hasta el 23 de abril de 2015, fecha en la que fue informada, y entre la fecha de información y el 14 de septiembre de 2015, son igualmente injustificables y relevantes en orden a la agravación de la patología del paciente, lo que determinó que al tiempo de su diagnóstico definitivo, el 28 de septiembre de 2015 se encontrara ya en un estadio muy avanzado.

En virtud de todo ello, el informe del SIP, en coherencia con el informe forense destaca en sus conclusiones:

«26.- Con respecto al pronóstico el Síndrome de Pancoast, por definición se presenta en un estadio mínimo IIB, pues el tumor de Pancoast es un T3 en la clasificación TNM. (tamaño del tumor, nódulos linfáticos, metástasis).

27.- Según estudios y el propio informe pericial aportado, la supervivencia a los cinco años varía en función del estadio del tumor, así para los estadios IIB (T3 NO MO) es del 45 % y del 15 % para estadios superiores. La presencia de un tumor T4 (de cualquier tamaño que invada estructuras específicas), N2 o N3 (adenopatías con una localización específica) tienen un peor pronóstico, así como también lo es la presencia de metástasis a distancia M1 (estadio IV). En cuanto a la histología del tumor la poca diferenciación del tumor encontrado al paciente también está asociada a un peor pronóstico.

28.- Tenidos en cuenta todos estos aspectos, consideramos el período de tiempo transcurrido entre la realización de la radiografía de tórax (12/02/15) y el conocimiento del resultado por el paciente en fecha 14/09/15, pudo haber incidido en un peor pronóstico de su enfermedad, y, por tanto, valoramos pérdida de oportunidad».

Por todo ello, cuantifica el daño de la siguiente manera:

«En respuesta a baremo presentado por reclamantes:

Realizamos propuesta conforme a RDL 8/2004, de 29 de octubre, BOE núm. 267, de 5 de noviembre de 2004, páginas 36662 a 36695, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, y sus cuantías para el año 2014, año del que parte el hecho por el que se reclama.

Indemnizaciones básicas por muerte (incluidos daños morales). Tabla I: Grupo I:

Al cónyuge: 115.035,21 €

Hijo mayor de 25 años: 9.586,26 €

Total = 124.621,47 €

Dado que se estima que la supervivencia a los cinco años para un tumor de Pancoast en estadio inicial IIB (T3 NO MO) es del 45 %, proponemos la cantidad total de 56.079,67 €».

Dado lo expuesto en el informe del SIP, la Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación de la interesada, pues concurre nexo de causalidad entre el daño por el que se reclama y el funcionamiento del Servicio, si bien, en los términos indemnizatorios expuestos en aquélla, inferiores a lo solicitado por los interesados.

4. Frente a ello, alegan los interesados en su escrito de 23 de octubre de 2023:

«Que a tales efectos, esta parte debe alegar, que estamos de acuerdo en lo referente a la transformación del procedimiento de general a simplificado, aunque no así, en la cuantía indemnizatoria propuesta, por cuanto la misma parte de una apreciación totalmente subjetiva del servicio de inspección y prestaciones, "basada" en una hipotética supervivencia de un 45% a los cinco años del esposo y padre de mis representados.

No estamos conformes tampoco con la alega "pérdida de oportunidad", pues en este caso estamos ante una infracción a la lex artis.

El afectado, debido a su progresivo deterioro, con dolor y pérdida de peso, inflamación a la altura de la clavícula y de la mama, pidió (prácticamente suplicó), le practicasen una prueba determinante para descartar la formación de un cáncer, como era un simple TAC, siendo desoído.

Por fin, en el mes de febrero de 2.015 su médico de cabecera se decide realizarle una radiografía, en la que dice "no ver nada", pero la remite al servicio de radiología para que sea informada por el especialista.

Estando a la espera de recibir información al respecto, en el mes de septiembre de 2.015 y al mostrar su malestar por la demora, aparece el informe del radiólogo, que manifiesta: "sospecha de cáncer" y proponía valoración mediante TAC (véase al folio 9 del expediente el Informe de Radiología de fecha 23 de abril de 2.015).

A partir de ahí, se le remite al neumólogo y posteriormente al servicio de oncología para tratamiento de quimioterapia, sin que hasta julio del año 2.016 hubiese sido visto ni por el primero designado (por tener la agenda muy completa al parecer), ni por la segunda nombrada por estar de baja maternal.

En el mes de Octubre de 2.015 se le diagnóstica metástasis ósea.

El 9 de noviembre de 2.015, aún estaba a la espera de conocer los resultados de las pruebas necesarias para comenzar tratamiento de quimioterapia, decidiendo no esperar más y someterse a la misma (véase el informe obrante al folio 53 del expediente).

(...) falleció el 8 de Octubre de 2.016 a la edad de 64 años, dejando viuda y huérfano a mis representados.

Con el paso del tiempo y el error diagnóstico inicial, se agravó su estado de salud, a pesar de haber tenido que suplicar ser atendido (su hermano había fallecido con sus mismos síntomas de cáncer, de ahí su insistencia y temor), sin haberse realizado las pruebas necesarias para obtener el tratamiento precoz, lo cual no puede calificarse de un mero retraso en la asistencia sanitaria, sino que constituye a nuestro juicio, una desatención que vulnera la lex artis, que le provocó un total desamparo, un empeoramiento de su salud, y de sus expectativas y calidad de vida.

Partiendo de los hechos anteriores, y ya en la dimensión jurídica del nexo causal y su relevancia jurídica, es decir, respecto de la cuestión de ¿qué hubiera sucedido si las cosas se hubieran hecho bien?, el jurista entra en el terreno de la hipótesis y no en el de los hechos, y no es conforme a la idea de justicia que quien actuó apartándose de la medicina estándar, se pueda beneficiar de la incertidumbre que conlleva sus actos.

La resolución ha de estimar íntegramente la reclamación, porque no se debe atenuar la responsabilidad en aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad terapéutica que se alega de contrario, pues en el orden contencioso administrativo la doctrina ad hoc de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, es que dicha doctrina se configura como una alternativa a la quiebra de la lex artis, cosa que nada tiene que ver con el caso que nos trae, en el que no es controvertido como se ha expuesto, que hubo un retraso relevante de diagnóstico y tratamiento. Solamente en el caso en que la Administración hubiera demostrado la ruptura del nexo causal -muy al contrario- cabría desestimar lo pedido. Lo que no cabe -según el TS- es apreciar una asistencia médica contraria a la lex artis relacionada con la muerte y no indemnizar el daño ad integrum (en este sentido no está de más citar la reciente STSJ Andalucía -Granada- de 23/09/21)

No puede acogerse la aplicación de esta teoría, pues ninguna prueba se ha aportado ni practicado, ni por la Administración ni por ningún otro, a efectos de acreditar que, de haberse actuado de forma diligente, el Sr. (...) aun así, habría fallecido».

5. Pues bien, ciertamente, los reclamantes distinguen entre la falta de adecuación de la actuación médica a la ***lex artis*** y la pérdida de oportunidad, lo que no es correcto. La pérdida de oportunidad es la concreción de un daño derivado, precisamente, de la falta de adecuación a la ***lex artis*** de la actuación médica, que es lo que en la Propuesta de Resolución, conforme al informe del SIP, se contempla.

Ahora bien, se ha limitado el informe del SIP y, acogiendo el mismo, la Propuesta de Resolución, a determinar que la falta de adecuación de la asistencia prestada al paciente se basa en el retraso en la información y posterior remisión a la médica de familia, el 14 de septiembre de 2015, de la radiografía de tórax realizada al paciente el 12 de febrero de 2015. Se valora el perjuicio sufrido en este lapso de tiempo,

consistente en la pérdida de oportunidad de curación, en función del tipo de cáncer sufrido por el paciente y las estadísticas de curación y supervivencia a los cinco años. A tal efecto señala:

«25.- Tras su estudio el paciente presentaba Adenocarcinoma de pulmón T4 N2 M1 Estadio IV b (metástasis óseas costales), siendo histológicamente un carcinoma pobremente diferenciado de célula no pequeña.

26.- Con respecto al pronóstico el Síndrome de Pancoast, por definición se presenta en un estadio mínimo IIB, pues el tumor de Pancoast es un T3 en la clasificación TNM. (tamaño del tumor, nódulos linfáticos, metástasis).

27.- Según estudios y el propio informe pericial aportado, la supervivencia a los cinco años varía en función del estadio del tumor, así para los estadios IIB (T3 NO MO) es del 45 % y del 15 % para estadios superiores. La presencia de un tumor T4 (de cualquier tamaño que invada estructuras específicas), N2 o N3 (adenopatías con una localización específica) tienen un peor pronóstico, así como también lo es la presencia de metástasis a distancia M1 (estadio IV). En cuanto a la histología del tumor la poca diferenciación del tumor encontrado al paciente también está asociada a un peor pronóstico.

28.- Tenidos en cuenta todos estos aspectos, consideramos el período de tiempo transcurrido entre la realización de la radiografía de tórax (12/02/15) y el conocimiento del resultado por el paciente en fecha 14/09/15, pudo haber incidido en un peor pronóstico de su enfermedad, y, por tanto, valoramos pérdida de oportunidad».

Sin embargo, soslaya este informe las demás consideraciones realizadas en el informe forense, pues las señaladas en el informe del SIP son referidas a los hallazgos en el informe radiológico, cuando ya está en estadio muy avanzado el cáncer, pero no se refiere a todas las consideraciones realizadas en el informe forense, que señala, por un lado:

«Los carcinomas (tumores cancerosos) en el surco pulmonar superior producen el síndrome de Pancoast, que se caracteriza por dolor en el hombro y en la parte interna del brazo y la mano. Los tumores pancoast tienden a extenderse al tejido que los rodea en la etapa temprana de la enfermedad. Mientras el cáncer no haya hecho metástasis (diseminación) e involucrado a los ganglios linfáticos regionales (estructuras pequeñas en forma de frijol que se encuentran en todo el cuerpo), estos tumores pueden tratarse con éxito».

A lo que añade:

«Con respecto al pronóstico el síndrome de Pancoast por definición se presenta en un estadio mínimo de 11B, pues el tumor de Pancoast es un T3 en la clasificación TNM.

Los factores de mal pronóstico en el síndrome de Pancoast son:

- Pérdida de peso mayor de 5%.

- Afectación vertebral.

- Afectación vascular o supraclavicular.

- Estadios IIIA o superior (N2,N3 o M1).

La supervivencia a los 5 años varía en función del estadio del tumor, así para los estadios 118 (T3 NO MO) es de 45 y de 15% para estadios superiores. La presencia de un T4 (tumor de cualquier tamaño que afecta al mediastino, corazón, grandes vasos, tráquea, carina, esófago o cuerpos vertebrales, derrame pleural maligno o nódulos tumorales pulmonares separados del original en el mismo lóbulo) o la afectación ganglionar mediastínica N2 (adenopatías mediastínicas ipsilaterales o subcarinales) o N3 (adenopatías mediastínicas bilaterales o contralaterales, supraclaviculares o escalénicos) suponen un peor pronóstico. Otro factor de mal pronóstico es la presencia de metástasis a distancia M1 (estadio IV), siendo el sistema nervioso central (SNC) uno de los sitios más frecuentes de metástasis a distancia.

También hay que tener en cuenta la histología, ya que los carcinomas de células pequeñas tienen un crecimiento más rápido así como por otra parte la poca diferenciación de cualquier carcinoma es asociada a un peor prognóstico (como en este caso).

Por tanto, antes de plantear la posibilidad de cirugía es imprescindible descartar la presencia de metástasis del SNC, mediante la realización de una TC o RM craneal. Asimismo, parece recomendable realizar una PET y/o una mediastinoscopia para descartar la presencia de adenopatías mediastínicas N2/N3 antes de considerar la resección del tumor, puesto que los casos M1, N2/N3 no son candidatos a la cirugía por la pobre supervivencia (0% a los 5 años).

En los casos resecables (T N0-1 MO) el uso de la quimiorradioterapia combinada neoadyuvante seguido de la resección del tumor parece ser la mejor opción terapéutica, con una menor tasa de recurrencia local y una mejor supervivencia. Con esta modalidad terapéutica la supervivencia a los 2 años es de 50-70%.

En los casos de afectación de los cuerpos vertebrales puede ser útil recurrir a terapias más agresivas».

Estas consideraciones nos llevan a que existe una confluencia de falta de adecuación a la ***lex artis*** de la asistencia sanitaria prestada al paciente, confluencia que, conjuntamente, produjo el resultado fatal por el que reclaman los interesados.

Así, en primer lugar, tal y como expusimos en el apartado 3.1 del Fundamento V que nos ocupa, además del retraso en la información de la radiografía de 12 de febrero de 2015 y remisión de esta información el 14 de septiembre de 2015, y amén

de la «justificación» en los diagnósticos iniciales del paciente, en consonancia con sus antecedentes de polio, no puede dejar de destacarse un «empecinamiento» en estos diagnósticos, luego demostrados erróneos, a la vista de la falta de respuesta a los tratamientos y su progresivo empeoramiento, máxime, teniendo en cuenta que se trataba de un paciente que había sido fumador desde los 13 a los 40 años. Y ello, incluso obviando, por no haber pruebas en la historia clínica hasta que el paciente es conocedor de su enfermedad, según informe del SIP, la persistencia de la familia y del propio paciente en el antecedente de muerte por cáncer de pulmón de un hermano que tenía los mismos síntomas.

Así, recordemos que el informe forense destaca:

« (...) dada la familiaridad por tumor referida, la persistencia de la sintomatología, la falta de eficacia de los tratamientos y el progresivo empeoramiento del paciente, hubiese sido quizás oportuno pensar en otras posibilidades diagnósticas».

Por ello, entendemos que los reclamantes, respecto de este punto, deben ser indemnizados por el retraso en el diagnóstico, más allá de la tardanza en la información y remisión de la radiografía, pues no fueron puestos a su alcance todos los medios diagnósticos y terapéuticos, dado el estado de la ciencia, ante la persistencia y agravación de los síntomas del paciente, sin respuesta a los tratamientos instaurados y con sus antecedentes de casi 30 años de fumador.

Ello llevó a que, una vez realizada la radiografía, a cuyo retraso en cuanto a la información y remisión de ésta a la médica de familia se refiere únicamente la indemnización propuesta, ya el cáncer había avanzado a un estadio en el que el pronóstico de supervivencia había disminuido drásticamente.

Por todo ello, entendemos que la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, procediendo indemnizar a los reclamantes tanto por una falta de adecuación a la *lex artis* de la atención sanitaria en orden a los diagnósticos y pruebas a realizar antes de la radiografía de 12 de febrero de 2015, como por esta falta de adecuación a la *lex artis* derivada de los retrasos en la información de la radiografía referida y remisión de esta información a su médico de familia, lo que se agrava por el hecho de tratarse de una radiografía solicitada de forma urgente, cuyos resultados, ya en el momento de realizarse, tardíamente, eran de un estadio muy avanzado de la enfermedad. A este estadio, cuyo porcentaje de supervivencia fundamenta la cuantía propuesta, no se habría llegado de haberse planteado otro diagnóstico y realizado anteriormente pruebas en orden al mismo, dados los

antecedentes de fumador del paciente y su clínica, característica del cáncer sufrido, pues, aunque también lo fueran de la polio, ya no respondía a los múltiples tratamientos dispensados para ello y, sin embargo, empeoraba paulatinamente orientando el diagnóstico final.

Por todo ello, entendemos que corresponde a los reclamantes el abono de la indemnización total calculada en el informe del SIP (124.621,47 €), sin que quepa disminuirla en función del porcentaje de supervivencia calculado por éste, dado que en este cálculo se soslayan inadecuadas actuaciones médicas que sí son puestas de manifiesto en el informe forense, tal y como se ha señalado en el presente Dictamen. Tal cuantía, en todo caso, deberá ser actualizada de acuerdo con el art. 34.3 LRJSP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, pues procede estimar la reclamación de los interesados, indemnizándolos en los términos expuestos en el Fundamento IV.5 del presente Dictamen.