Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 3 0 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 17 de diciembre 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 (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 689/2024 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 4 de noviembre de 2024 (con registro de entrada en este Consejo Consultivo el 5 de noviembre de 2024), se solicita por la Excma. Sra. Consejera de Sanidad la emisión de dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación formulada por (...) por los daños supuestamente causados por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La cuantía de 230.297,93 € reclamada determina la preceptividad del dictamen, 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. 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.

[*] **Ponente: Sra. Luengo Orol.**

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.

4. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

4.1. El reclamante, esposo de la fallecida, ostenta la condición de interesado, en cuanto titular de un interés legítimo [art. 4.1.a) LPACAP y art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)], como familiar de la persona fallecida a consecuencia, supuestamente, del funcionamiento del servicio público sanitario.

Sobre la legitimación activa de los herederos del fallecido, en el Dictamen 245/2015, de 6 de julio, se recoge, entre otros, nuestra reiterada doctrina sobre este asunto, que es plenamente aplicable al supuesto analizado. Así señalamos en el citado dictamen:

«La obligación de indemnizar el daño producido por la acción u omisión de un sujeto no surge del hecho causante, sino de su resultado lesivo que es el daño y que es lo que hay que resarcir. El primero sin el segundo no engendra responsabilidad patrimonial, por lo que en reclamaciones de la naturaleza de la presente esa responsabilidad surge siempre del hecho de la muerte, por lo que al extinguirse por ella la personalidad de la víctima, esta no adquiere en vida ningún derecho a ser indemnizada que, integrado en su patrimonio, transmite luego mortis causa. Sólo los vivos son capaces de adquirir derechos y únicamente son transmisibles por vía hereditaria los derechos que al momento del fallecimiento del causante se hallasen integrados en su patrimonio. De ahí que si en nuestro Ordenamiento se contempla un derecho a indemnización por causa de muerte (art. 113 del Código Penal en relación con los arts. 138 a 143 y 621.2 del mismo, art. 1.902 del Código Civil, apartado 1º.5 del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor, etc.), su titularidad no es derivativa mortis causa ya que, como se ha visto, no puede sucederse en algo que no ha ingresado en el patrimonio del causante sino que es un derecho que se adquiere originariamente y que, por ende, es

ejercitable ex iure propio por aquellos que han sido perjudicados por la muerte de la víctima.

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

En la presente reclamación, los interesados no han alegado ningún perjuicio económico que les haya irrogado el óbito de su deudo, por lo que están legitimados exclusivamente por el daño moral que la muerte de aquel les ha causado" (Doctrina reiterada en los DDCC 405/2015, 228/2020, 232/2020 y 562/2020)».

Por tanto, aplicada la citada doctrina al presente caso, el esposo de la fallecida está legitimado exclusivamente por el daño moral que la muerte de su esposa le ha causado.

4.2. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, concretamente al Servicio Canario de Salud, organismo autónomo de dicha Administración, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. La reclamación se entiende interpuesta dentro del plazo de un año legalmente establecido en el art. 67.1, párrafo primero LPACAP.

6. El plazo para la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial es de seis meses; transcurridos los cuales, si no se notificara al interesado resolución expresa, se produciría silencio en sentido desestimatorio [art. 91.3 LPACAP]. No obstante, la Administración está obligada a resolver y notificar a los interesados todos los procedimientos de manera expresa [art. 21 LPACAP]. En el presente supuesto, se ha de tener en cuenta que el procedimiento se inició el día 12 de abril de 2023 por el procedimiento ordinario, pero por Resolución n.º 734/2024, de 21 de octubre, de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, se suspende el procedimiento general de responsabilidad patrimonial y se acuerda su continuación por los trámites del procedimiento simplificado, lo que implica que debe ser resuelto

en treinta días a contar desde el siguiente al que se notifique al interesado el acuerdo de tramitación simplificada. Habiéndose notificado el día 22 de octubre de 2024, ha transcurrido el indicado plazo para la tramitación simplificada del procedimiento.

Es doctrina reiterada de este Consejo Consultivo que la demora producida no impide, sin embargo, la resolución del procedimiento; pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 21.1 y 24.3.b) LPACAP [DDCC 120/2015, de 9 de abril y 270/2019, de 11 de julio, entre otros].

II

La reclamación de responsabilidad patrimonial se sustenta en los siguientes antecedentes de hecho que, en síntesis, se extraen de la reclamación formulada por el interesado:

- Con fecha 3 de marzo de 2020, (...) acude a su Centro de Salud por clínica digestiva. Diagnostican hernia abdominal y se solicita ecografía, sin constancia de que se hiciera en esa fecha.

- El día 9 de junio de 2020, se realiza analítica con sangre oculta en heces, que dan como resultado de 90 ng/ml. A pesar de que en pacientes con sintomatología, es necesario realizar colonoscopia a partir de 50 ng/ml, a ella no se la solicitaron.

- El 13 de septiembre de 2021, acude a consulta con su médico de familia por dolor abdominal a la palpación en fosa ilíaca izquierda (FII) e hipogastrio, y dispepsia, que se interpreta como de origen biliar. Se diagnostica de posible enfermedad diverticular no complicada.

- El 29 de septiembre de 2021, se realiza ecografía abdominal, con resultado de quistes renal y hepático y esteatosis hepática, que no explican el origen de la clínica.

- El 20 de noviembre de 2021, acude a urgencias por dolor abdominal y vómitos postprandiales. Se pauta tratamiento sin estudios complementarios. Acude de nuevo el día 22 por el mismo motivo, y se diagnostica de dispepsia.

- El día 24 de noviembre de 2021, acude de nuevo a su Centro de Salud por dolor en epigastrio y vómitos. Se solicita colonoscopia, gastroscopia y analítica. A pesar de que mantiene el diagnóstico de dispepsia, se solicita valoración de cáncer colorrectal por dolor abdominal, diarreas alternas con estreñimiento de más de 6 semanas de evolución. De años de evolución.

- Los resultados de la analítica aparecen el 19 de enero de 2022, siendo la sangre oculta en heces de 1.000 ng/ml (se considera positivo a partir de 100 ng/ml).

- Ante estos resultados y el cuadro de dispepsia de años de evolución, agravados los últimos seis meses, su médico de cabecera reitera solicitud de colonoscopia preferente.

- El 19 de mayo de 2022 se realiza Gastroscopia, se diagnostica de gastritis antral sin que se realice la colonoscopia. Ella continúa con dolor abdominal.

- El 13 de junio de 2022, ingresa en el Hospital Universitario de Canarias por empeoramiento de su cuadro clínico, sin que se haya realizado la colonoscopia. Se diagnostica de anemia microcítica, síndrome constitucional con pérdida de más de 6 kg de peso, y síndrome emético posiblemente por suboclusión intestinal.

- El 22 de junio de 2022 se realiza colonoscopia y se diagnostica adenocarcinoma de colon derecho. Se da el alta el día 27 del mismo mes y año sin realizar intervención quirúrgica.

- El 13 de julio de 2022 es intervenida de Adenocarcinoma pobremente diferenciado G3 en ciego/válvula ileocecal, pT4aN1bM1c.

- Tras valoración por el comité de tumores, se programa tratamiento oncológico para el 23 de agosto de 2023, el cual no se pudo administrar por empeoramiento de la paciente.

- Con fecha 4 de septiembre de 2023, (...) fallece en su domicilio, con asistencia del servicio de atención domiciliaria.

El objeto de reclamación es por tanto:

- La demora en el diagnóstico definitivo.

- La pérdida de oportunidad en relación con su expectativa de supervivencia.

Cuantifica la indemnización solicitada en 230.297,93 euros, y subsidiariamente en la cantidad de 200.000 € por daño moral.

III

Los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

1.- El procedimiento se inicia mediante la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada el día 12 de abril de 2023 por (...)

Junto con la reclamación aporta, además de documentación clínica, informe pericial elaborado por el Dr. (...), Especialista en Oncología Radioterapéutica.

2.- Por Resolución de 14 de abril de 2023 de la Directora del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación formulada.

3.- En la fase de instrucción se solicitaron y se emitieron los siguientes informes:

- Informe de fecha de 26 de septiembre de 2024, emitido por la Inspectora Médica adscrita al Servicio de Inspección y Prestaciones en el que se propone una indemnización por importe de 56.537,929 € por pérdida de oportunidad.

- Informe del Dr. (...), facultativo de Atención Primaria, de 19 de abril de 2023.

- Consta en el expediente la Historia Clínica de (...) correspondiente tanto al ámbito de Atención Primaria como de Atención Especializada (Complejo Hospitalario Universitario de Canarias).

4.- Mediante Resolución n.º 734/2024, de fecha de 21 de octubre, de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, se suspende el procedimiento general de responsabilidad patrimonial y se acuerda su continuación por los trámites del procedimiento simplificado, proponiendo al reclamante la terminación convencional del procedimiento mediante la suscripción de un acuerdo indemnizatorio por importe total de 56.600,12 €.

5.- El 22 de octubre de 2024 se notifica al reclamante la anterior resolución a fin de que en el plazo de cinco días manifieste su conformidad o no con la terminación convencional del procedimiento mediante la suscripción del correspondiente acuerdo indemnizatorio o efectúen, en su caso, las alegaciones que tengan por conveniente.

6.- Con fecha de registro de entrada de 28 de octubre de 2024, por la representación legal del interesado se presenta escrito manifestando su conformidad a la terminación convencional mediante la suscripción de un acuerdo indemnizatorio por importe de 56.600,12 €.

7.- El 29 de octubre de 2024 se dicta Propuesta de Acuerdo indemnizatorio por la Secretaria General del Servicio Canario de Salud, en virtud de la cual el Servicio Canario de la Salud reconoce el derecho del reclamante a percibir una indemnización por importe de 56.600,12 €.

IV

1. La responsabilidad de las Administraciones Públicas, en el Ordenamiento Jurídico Español, tiene su base en el principio genérico de la tutela efectiva, art. 24 de la Constitución o de manera específica en el art. 106.2 del Texto Constitucional, al disponer que los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo casos de fuerza mayor, siempre que sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

La remisión que se contiene en el precepto constitucional nos conduce, actualmente, a la aplicación del capítulo IV del Título preliminar LRJSP, cuyo art. 32 dispone:

«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

A partir de dicha regulación constitucional y legal la jurisprudencia ha venido a establecer los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la siguiente formulación que encontramos expuesta, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 5 de diciembre de 2014 (Sec. 6ª, recurso n.º 1308/2012, Roj STS 4942/2014 , FJ 3):

«la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta».

En el concreto ámbito de la asistencia sanitaria, los principios que rigen la responsabilidad patrimonial de la Administración se recogen, entre otras muchas, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 (Sec. 4ª, recurso n.º 4397/2010, Roj STS 2494/2015, FJ 5), que se expresa del siguiente modo:

«"En relación con la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, ha señalado este Tribunal con reiteración (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 4229/2011 y 4 de julio de 2013, recaída en el recurso de casación núm. 2187/2010) que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados".

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la lex artis y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, hemos señalado (Sentencias de 2 de enero de 2012, recaída en el recurso de casación núm. 3156/2010 y de 27 de abril de 2015, recurso de casación núm. 2114/2013 que, en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido, cabe entender conculcada la lex artis, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal"».

Por tanto, en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, el criterio básico utilizado es el de la *Lex Artis*, de suerte que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados: La obligación del médico es prestar la debida asistencia y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo.

Por ello, la *Lex Artis*, constituye el parámetro de actuación de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos imponiendo al profesional la obligación y el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida.

Finalmente, como hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todos, Dictamen 124/2024, de 12 de marzo), según el actual art. 32.1 LRJSP –similar al anterior art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,- requisito indispensable para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone.

Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

2. En el presente caso, la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el interesado, concreta la existencia de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de su esposa, en el hecho de que existió un retraso en el diagnóstico del cáncer de colon que padecía su esposa lo que provocó una pérdida de oportunidad en relación con su expectativa de supervivencia.

Pues bien, el SIP tras el examen completo de la historia clínica emite informe del que se extrae lo siguiente:

a) Sobre los síntomas que, según el reclamante, comenzaron en el mes de marzo de 2020, en el informe del SIP se señala que *«"al remitirnos a la historia clínica de atención primaria se objetiva que en ese momento la paciente consultó por un dolor periumbilical que relacionaba con aumentos de presión abdominal como al realizar ejercicios de abdominales en el gimnasio. Ante la clínica presentada en ese momento la sospecha diagnóstica fue una hernia de pared abdominal por lo que se solicitó ecografía" (...) por lo que la actitud de su MAP fue correcta solicitando la prueba de imagen al presentar una exploración que le confería dudas.*

"El 09/06/2020 la paciente tuvo cita con su MAP quién deja constancia en la historia clínica de que sospecha descompensación de su trastorno bipolar por lo que recomendó

ajuste de su tratamiento crónico y solicitó analítica de control con litemia. Por tanto, se solicitó la analítica con el objetivo de ajustar el tratamiento crónico de la paciente, que no presentaba en ese momento sintomatología digestiva. En la analítica se añadió el test SOHi como cribado poblacional (programa preventivo para detección de precoz de enfermedad, esto es, antes de que aparezca sintomatología). En este programa la población objetivo son hombres y mujeres entre los 50 y 69 años, la prueba de cribado es la sangre oculta en heces con un intervalo entre exploraciones de dos años [4]. En ese momento la paciente tenía 60 años por lo que cumplía criterios para realizar este test de cribado lo cuál se enfatiza al encontrar en el resultado de la analítica un comentario del laboratorio que aclara que esta prueba se realizó como test de cribado y no como prueba diagnóstica"».

Se alega en la reclamación que en la analítica realizada a la paciente en junio de 2020 se obtuvo un resultado del test SOHi 90 ng/ml y que por tanto era subsidiaria de ser estudiada con colonoscopia, porque ante un resultado de test SOHi ≥ 50 ng/ml en pacientes sintomáticos está indicado solicitar una colonoscopia.

Pero el SIP considera al respecto que *«en ese momento la paciente se encontraba asintomática desde el punto de vista digestivo y en la analítica no aparecieron signos que hicieran sospechar patología subyacente (no anemia) por lo que ante un resultado del test SOHi 90 ng/ml., considerado normal en personas asintomáticas entre 0-100 ng/ml, no procedía solicitar colonoscopia según las guías clínicas y protocolos disponibles».*

Por tanto, concluye que el resultado de 90 ng/ml era un resultado normal para personas asintomáticas desde el punto de vista digestivo. Y que en marzo de 2020 la paciente presentaba clínica compatible con hernia de pared abdominal sin otra sintomatología que hiciera sospechar patología digestiva subyacente, actuando en consecuencia con solicitud de ecografía de abdomen realizada en septiembre de 2021 sin hallazgos relevantes.

b) En septiembre de 2021, quince meses después de la analítica realizada en junio de 2020, consultó por síntomas digestivos inespecíficos altos (dispepsia) y bajos (dolor en FII e hipogastrio), con una exploración física en la que destacaba únicamente el dolor en las localizaciones descritas. Consta anotado en la historia clínica de Atención Primaria relativo a la consulta de 13 de septiembre de 2021 se ha intentado en 2 ocasiones hace eco abdominal ante sospecha de colelitiacis y no se ha hecho (...) en la exploración física presenta dolor en FII y en hipogastrio (...) (posible enfermedad diverticular no complicada (...)) colelitiacis. Se realizó el 29 de septiembre ecografía de abdomen que objetiva quiste renal simple, quiste hepático, esteatosis hepática.

Por tanto los síntomas digestivos comienzan en septiembre de 2021.

c) A los dos meses, el 20 de noviembre de 2021, acudió al servicio de urgencias de atención primaria por un cuadro de dolor abdominal de meses de evolución, que refiere sobre todo a nivel del epigastrio y vómitos alimenticios, sin diarreas ni otra sintomatología asociada. Solamente había consultado por sintomatología digestiva en una ocasión, hacía dos meses. Sin embargo, a los cuatro días de haber sido valorada en el servicio de urgencias acudió a consulta de su MAP que decidió solicitar estudio completo en base a la clínica referida: analítica, gastroscopia por presencia de síntomas digestivos altos (dispepsia, vómitos) y colonoscopia por presencia de síntomas digestivos bajos (dolor abdominal en FII- hipogastrio, sin otra clínica asociada, aunque en el motivo de la solicitud se indica «*Vigilancia cáncer colorrectal diarrea de un periodo de tiempo igual o > 6 semanas de evolución*»).

La paciente se realizó la analítica solicitada a los dos meses, en enero de 2022, en la que se vio un valor del test de SOH >1000 ng/ml por lo que su MAP reiteró la solicitud de la colonoscopia preferente.

La paciente no tuvo contacto con los servicios públicos de salud en los siguientes 4 meses, de lo que se deduce que se mantuvo asintomática y estable durante este tiempo. Fue en mayo de 2022 cuando volvió a consultar por dolor abdominal en el servicio de urgencias y posteriormente en consulta de su MAP, que deja registrado el 24/05/2022 que aporta informe de gastroscopia realizada el 19 de mayo de 2022 donde se objetiva leve gastritis antral y pendiente de colonoscopia, que la paciente bebe alcohol a diario, por lo que se le dan recomendaciones higiénico-dietéticas.

d) El 14/06/2022 ingresó en el Servicio de Digestivo por dolor abdominal, vómitos, síndrome constitucional y anemia microcítica. Desde la última valoración por su MAP el 24/05/2022 hasta su valoración en el servicio de urgencias hospitalario el 14/06/2022 había pasado menos de un mes, evidenciando un evidente empeoramiento en ese tiempo.

Atendiendo a la cronología de las consultas médicas se observa que en septiembre de 2021 consultó por primera vez por dolor en FII e hipogastrio realizándose ecografía de abdomen sin hallazgos relevantes. A los dos meses, en noviembre de 2021, presentó dolor abdominal y vómitos por lo que se solicitó estudio completo (analítica, gastroscopia y colonoscopia). Desde entonces hasta pasados 6 meses no vuelve a consultar, presentando en mayo de 2022 dolor abdominal. Sin que hubiese pasado un mes completo, en junio de 2022, acudió al servicio de urgencias

hospitalaria decidiendo en ese momento ingreso por síndrome constitucional y anemia microcítica a estudio.

Según el SIP, se puede objetivar la rápida progresión de la enfermedad en una paciente que consultó en pocas ocasiones, siendo atendida en cada valoración de acuerdo a la sintomatología presentada. En enero de 2022 no presentaba anemia y en mayo de 2022 no había comentado en Atención Primaria alternancia del hábito deposicional entre diarreas-estreñimiento ni tampoco pérdida de peso, síntomas que ya estaban presentes en el momento del ingreso en junio de 2022. Durante el ingreso se realizó el estudio en base a la sintomatología descrita, estableciéndose el diagnóstico de adenocarcinoma de colon pobremente diferenciado, G3, ciego/válvula ileocecal pT4aN1bM1c.

Según consta en el informe del SIP, en el caso de la paciente estamos ante un adenocarcinoma pobremente diferenciado/alto grado, siendo los que tienen tendencia a crecer y propagarse más rápidamente.

El SIP explica que en función de la clasificación TNM (T según tamaño y afectación de capas del tubo digestivo; N según exista o no afectación ganglionar; M presencia o no metástasis) se definen los estadios: 0 limitado a la capa interna, 1 extensión entre capa interna y muscular, 2 invade capa muscular, 3 extensión hasta ganglios cercanos, 4 diseminación a otros órganos. El caso descrito se encuentra en este último estadio por existir afectación de órganos a distancia.

La tasa de supervivencia a los 5 años depende del estadio en el que se encuentre: 90 % cuando se encuentra en la pared intestinal (Estadio 1), 70-80 % cuando se extiende a través de la pared intestinal (Estadio 2), 30-50 % cuando se ha propagado a ganglios linfáticos abdominales (Estadio 3), menos del 20 % cuando se ha diseminado a otros órganos (Estadio 4).

Las características biológicas del propio tumor de alto grado junto a los factores de riesgo modificables (tabaquismo y alcoholismo) presentes en la etiopatogenia de la patología descrita pueden dar una explicación al acelerado empeoramiento que presentó la paciente. En momento del diagnóstico se encontraba en un estadio 4, lo que suponía una supervivencia a los 5 años menor al 20 %.

Finalmente el SIP analiza la repercusión que pudo tener en el resultado final el retraso en la realización de la colonoscopia, pues se reclama que no haber realizado la colonoscopia solicitada por su MAP con carácter preferente, supuso el diagnóstico en estadio avanzado y su evolución hasta el fallecimiento.

La citada colonoscopia fue solicitada el 20 de noviembre de 2021, reiterada en enero de 2022 con carácter preferente y no fue realizada hasta el 22 de junio de 2022 tras su ingreso hospitalario por el evidente y rápido deterioro. Por tanto, se tardaron 7 meses en realizar este prueba diagnóstica.

En el informe del SIP se indica que en el caso de la paciente se encuentran presentes dos características que pudieron influir en la evolución acelerada de la patología, una de ellas dependiente del propio tumor que fue descrito como pobremente diferenciado/alto grado y otra más relacionada con la paciente como fueron la presencia de factores de riesgo modificables (enolismo y el tabaquismo).

Además un estudio retrospectivo mostró que los intervalos diagnósticos más largos no se asocian con una peor supervivencia en los pacientes con cáncer de colon, lo que sumado a las referencias anteriores pueden llevar a concluir que la realización de la colonoscopia unos meses antes podía no haber cambiado la evolución presentada, en la que pudieron influir las características del propio tumor con tendencia al rápido crecimiento y diseminación, y los factores de riesgo modificables de la paciente.

No obstante, el SIP concluye que atendiendo a los factores descritos que pudieron influir en la rápida progresión de la enfermedad, de haberse realizado la colonoscopia solicitada siete meses antes del diagnóstico podía haberse encontrado en un estadio 2-3 con una supervivencia media a los 5 años en torno al 55 %. De esto se deduce que se ha incurrido en una pérdida de oportunidad, reduciéndose la posibilidad de supervivencia a los 5 años en un 35 % (la diferencia entre el 55 % de posibilidad de supervivencia si se hubiese diagnosticado antes y el 20 % de posibilidad de supervivencia que tenía en el momento del diagnóstico).

En consecuencia, propone el reconocimiento de una indemnización por la oportunidad perdida. Por tanto la indemnización no se concede de manera total (que ascendería al importe de 161.536,94 € según baremo de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre), sino que se calcula en función de la probabilidad estimada del éxito del tratamiento que el paciente no pudo recibir. En este caso un 35 %. Esto es, por el retraso en practicar la colonoscopia y el impacto en la supervivencia de la paciente que se traduce en una disminución del 35 % en la supervivencia de la paciente como consecuencia de la progresión de la enfermedad en este periodo de tiempo.

Por tanto, la indemnización propuesta siguiendo el principio descrito sería: 56.537,929 €.

3. Sobre la doctrina de la pérdida de oportunidad como único título de imputación del daño al Servicio Canario de la Salud, procede indicar que la razón de la acogida por parte de la Jurisprudencia de esta doctrina se mueve en distinto plano que el de la «*lex artis*». Concretamente, se sitúa en el terreno de la incertidumbre, como, entre tantas otras, señalan las Sentencias de 19 de octubre de 2011 (RC 5893/2006) y de 22 de mayo de 2012 (RC 2755/2010) del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo: *«la denominada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de este mismo».*

Y en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (RC 1593/2008):

«La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente. (FD 7º)».

En definitiva, como afirma la Sentencia de 21 de diciembre de 2012 (RC 4229/2011) la doctrina de la pérdida de oportunidad *«existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma».*

En este sentido cumple señalar que se trata de una regla de imputación causal alternativa a la tradicional resultante de las cláusulas generales de responsabilidad («*un régimen especial de imputación probabilística*», atendiendo a lo establecido por la Sala Primera de este Tribunal: Sentencia de 16 de enero de 2012).

4. Proyectadas estas consideraciones sobre el caso que nos ocupa, resulta así que si no se hubiese incurrido en lo que se tiene por «*retraso diagnóstico*», hubiese podido ello redundar en términos hipotéticos en la mejoría del estado de salud de la paciente. Pero, del mismo modo, tampoco está asegurado que de haber dispensado el tratamiento adecuado con mayor premura, el resultado hubiera sido diferente, por las características biológicas del propio tumor que presentaba. Así el propio SIP sitúa en términos remotos tal grado de probabilidad, a tenor de las circunstancias concurrentes.

5. Finalmente, respecto a la cuantía indemnizatoria reconocida, debemos partir de lo dispuesto en el art. 86.5 LPACAP que establece *«En los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público».*

Y el art. 34.3 LRJSP señala: *«La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas».*

Pues bien de tales preceptos se deriva que aunque se pueda llegar a un acuerdo indemnizatorio, la indemnización que se fije deberá cumplir con lo previsto en el art. 34 citado, por tanto dentro de ese acto convencional, existen elementos reglados que no pueden ser desconocidos por la Administración a la hora de formalizar el acuerdo.

Dicho lo anterior se advierte que la indemnización reconocida por importe de 56.600,12 euros, si bien ha sido actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, pues la cuantía establecida por el SIP en su informe no contiene la necesaria actualización, no obstante, no se incluyen los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

A la suma indicada en la propuesta de acuerdo, deben añadirse los intereses legales desde el día en que se presentó la reclamación administrativa.

6. Para concluir se advierten dos errores en la propuesta de acuerdo sometida a Dictamen.

Por una parte, en el antecedente primero existe un error en la cuantía indemnizatoria reclamada por el interesado que asciende a 230.297,93 euros y no a 130.297,93 euros. Este error en la cuantía que también aparecía en la Resolución de admisión a trámite de la reclamación, ya fue advertido durante la tramitación del procedimiento por el propio reclamante en escrito presentado el 2 de mayo de 2023 (folio 64) y la propia Administración reconoce su existencia en la comunicación realizada el día 4 de mayo de 2023 cuando se indica *«Comprobado error en la cuantificación solicitada, la misma se rectificará en el momento procedimental oportuno, no siendo relevante en este momento su corrección, al no tratarse de un acto que ponga fin al procedimiento».* Sin embargo, en la propuesta no se procede a corregir dicho error.

En segundo lugar, se advierte otro error en la identificación del reclamante en la parte resolutiva de la propuesta, pues literalmente dice:

«PROPONGO

PRIMERO: La terminación convencional del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado a instancia de (...), mediante la suscripción de un acuerdo indemnizatorio por importe de CINCUENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS EUROS CON DOCE CÉNTIMOS (56.600,12 €.)».

El procedimiento de responsabilidad patrimonial que nos ocupa fue iniciado a instancia de (...), de modo que deberá ser corregido en la resolución o en el acuerdo que ponga fin al procedimiento.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina conforme a derecho la Propuesta de Acuerdo indemnizatorio. No obstante, deberá tenerse en cuenta lo indicado en el Fundamento IV apartado 6, sobre la corrección de errores materiales en relación con el importe de la indemnización solicitada por el interesado y la identificación de esta persona en la parte resolutiva de la propuesta de acuerdo, cuando se formalice el acuerdo indemnizatorio que ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial.