Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 3 4 / 2 0 2 6

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 21 de abril de 2026.

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 a (...) como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 87/2026 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Sanidad el 7 de marzo de 2026 -con registro de entrada en este Consejo Consultivo el 10 de marzo-, tiene por objeto la Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación formulada por (...) por el fallecimiento de su madre (...), ocasionado, presuntamente por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

2. La cuantía indemnizatoria solicitada (95.988,37 €) 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 (LCCC) 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 LCCC.

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, como hijo de la fallecida, ostenta la condición de interesado, en cuanto titulares de un interés legítimo [art. 4.1.a) LPACAP y art. 32.1 la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP)], como familiar directo 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 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 hijo de la fallecida está legitimado exclusivamente por el daño moral que la muerte de su madre le ha causado.

4.2. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, concretamente al Servicio Canario de LA 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 de la LPACAP, por cuanto el fallecimiento se produce el 20 de septiembre de 2022, por lo que habiéndose formulado la reclamación el 19 de septiembre de 2023, la misma se ha interpuesto dentro del plazo de un año legalmente establecido.

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 superado el plazo de seis meses que, para su resolución, establece el art. 91.3 LPACAP, al haber transcurrido más de dos años desde la reclamación sin que la misma haya sido resuelta de manera expresa.

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

El reclamante insta la incoación del procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, que cuantifican en el importe de 95.988,37 euros, por el fallecimiento de su madre el día 20 de septiembre de 2022 en el Hospital Dr. José Molina de Orosa por Adenocarcinoma de pulmón, estadio IV (afectación cerebral), sustentando dicha acción de responsabilidad patrimonial en la existencia de una indebida asistencia sanitaria por retraso en el diagnóstico de la enfermedad y en el tratamiento adecuado sobre la base de los siguientes hechos, extraídos de la reclamación:

- (...) *«desde el día 22 de diciembre de 2020, su madre, (...), visita su Centro de Salud para solicitar un análisis de sangre con inclusión de marcadores tumorales pues se había hecho análisis en laboratorio privado y habían dado un resultado elevado: "La paciente se realizaba controles de CEA anuales dado que una vez se lo hizo por privado hace años y al estar alto 15, siempre se ha controlado. (...)*

La prueba solicitada se realiza el 11 de enero de 2021. En la consulta telefónica del 26 de enero que solicita la paciente para conocer los resultados, le indican que el antígeno carcinoembrionario (CEA) presenta un resultado anormal: 14,3 ng/ml cuando los parámetros normales se sitúan entre 0 y 5. Ya, en ese momento, casi triplicaba los valores considerados habituales (...) .

Ante dichos valores anormalmente elevados, la facultativa solicita estudio de sangre oculta en heces el día 26 de enero. La prueba se realiza el 29 del mismo mes dando un resultado negativo. El 4 de febrero la paciente solicita consulta presencial para conocer los resultados de dicha prueba en la que es informada del resultado negativo de la misma.

El 4 de marzo, un mes después de la anterior cita, la paciente, por consulta telefónica, vuelve a solicitar análisis de sangre "para control de marcadores inmorales: última AS CEA elevado". La analítica se realiza el 8 de marzo. En las observaciones de la solicitud la médica

de Atención Primaria especifica: "solicito CEA.3 y CEA 125". En la consulta telefónica del 18 de marzo la paciente es informada de los resultados de los marcadores que, ahora, se han elevado a 15,90 ng/ml. Además, la doctora hace referencia a sus antecedentes familiares en línea materna de cáncer de mama y de un control a los 3 meses que no consta que se haya llevado a cabo (...) .

El 25 de marzo, en consulta telefónica, la paciente informa de que padece de diarreas (éstas serán recurrentes a lo largo de todo el proceso) y de que ha perdido 2 Kg de peso en 1 mes. El mismo día la facultativa cursa la solicitud NORMAL de nuevo control del CEA. La cita para la analítica se la dan para el día 16 de abril, más de 3 semanas después. Realizada la prueba el valor que arroja es de 16,7 ng/ml. La paciente es informada en cita presencial de dicho resultado el 27 de abril.

Es este el momento de indicar que, habiéndose elevado el CEA en 3 análisis consecutivos, en enero, marzo y abril de 2021; no volverá a solicitarse su evolución hasta el 25 de febrero de 2022, cuando le dan cita NORMAL para marzo de 2022, 11 meses después del último control del CEA.

Solicitada la analítica el 25 de febrero de 2022 de forma NORMAL para control de CEA, esta se realiza el 9 de marzo, cuando el resultado del CEA se ha triplicado con respecto al análisis anterior (16,7), dando un resultado de 45,9 ng/ml. Más de un 900 % de los valores considerados normales (O y 5 ng/ml).

Ante los alarmantes resultados desde el mismo laboratorio alertan al facultativo de Atención Primaria, por llamada telefónica, de los valores observados Es decir que habiendo tenido un progreso de los marcadores tumorales CEA cuya evolución fue:

Fecha Valor CEA

11 - 01 - 2021 14,30 ng/ml

11 -03-2021 15,90 "

16-04-2021 16,70 "

Con una evidente elevación de los marcadores, con los antecedentes familiares y personales y con un proceso diarreico con pérdida de peso; no se vuelve a estudiar el valor hasta marzo de 2022, cuando el resultado ya hace saltar todas las alarmas:

09 - 03 - 2022 45,90 ng/ml

A partir de ese momento, casi un año después del progresivo aumento del CEA, se pusieron en marcha todos los protocolos de actuación, con las solicitudes de interconsultas y la solicitud de una simple radiografía de tórax. Solicitada de forma PREFERENTE el 10 de marzo de 2022 y realizada al día siguiente, 11 de marzo, ese mismo día es valorada por el

especialista que en su informe especifica: "Se objetiva aumento de densidad pseudonodular en proyección posteroanterior, localizado en LII, sugestivo de proceso neoplásico (...)

Las pruebas posteriores: TAC, Biopsias, Resonancias, PAAF, (...) no hacen sino concretar y explicitar el diagnóstico: ADENOCARCINOMA DE PULMÓN, ESTADIO IV (AFECTACIÓN CEREBRAL), que una simple radiografía, solicitada por el facultativo de Atención Primaria había detectado. Como queda reflejado en el Informe de TC de Tórax con contraste del 14 de marzo de 2022: "E/f rx simple se objetiva probable neoplasia del Lir\ Abundamos en ello, una SIMPLE RADIOGRAFÍA, había detectado el cáncer. (...) "

La gravedad de la enfermedad, detectada más de un año después de que empezara a dar los primeros síntomas con la progresiva elevación del valor del Antígeno Carcinoembrionario (CEA) resultaba evidente. Encontrándose en estadio IV y con metástasis cerebrales. Todas las terapias pautadas por el Servicio de Oncología del Hospital Dr. José Molina Orosa, (Quimioterapia y pautada Radioterapia) no pudieran desplegar sus efectos curativos. Hemos de señalar que la radioterapia también se dilató en llevarse a cabo y finalmente no pudo ser aplicada. Falleciendo, finalmente, la paciente (...), madre de este recurrente, el 20 de septiembre de dicho año 2022.A los 6 meses del diagnóstico de la enfermedad.

No queremos dejar pasar la ocasión de mencionar el Informe del Servicio de neumología del hospital de referencia que en fecha 4 de mayo de 2022, especifica: "En rx simple se objetiva probable displasia del LII. Y más adelante: ^^Realizo IC preferente a oncología en un intento por disminuir la demora dado que está citada en mi consulta el 6 de abrir y "31/03: ME VEO OBLIGADO A INFORMAR A LA PACIENTE TELEFÓNICAMENTE DADO QUE HAN VUELTO A DEMORAR LA CITA POR CONSULTA, AHORA HASTA EL 04/05!!!!????????????? Este documento evidencia la alarma del especialista por los retrasos. Se adjunta copia como DOCUMENTO NÚMERO OCHO.

Analizando la evolución de los hechos, entiende esta parte que la circunstancia de que la facultativa de Atención Primaria solicitara las pruebas de marcadores tumorales repetidamente, en los primeros meses del año 2021, aparte de por lo informado por la paciente de que tenía los marcadores elevados, es porque sospechaba, de un posible origen en tumoración maligna, como causante de esa elevación del CEA. Así se desprende del hecho de que solicitara, en enero de 2021, el estudio de sangre oculta en heces, pero una vez este análisis resultó negativo, no siguió investigando el posible origen de la elevación progresiva del Antígeno Carcinoembrionario. Una simple radiografía podría haber detectado la causa de ese síntoma. No se comprende que con esa sospecha y los antecedentes de la paciente NO siguiera investigando el origen del descontrol del CEA».

Se solicita una indemnización por importe de 95.988,37 €.

III

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

1. El procedimiento comenzó mediante la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial el día 19 de septiembre de 2023 por (...) hijo de la fallecida, en los términos y por los motivos expresados en el fundamento anterior.

Adjunta documentación clínica acreditativa de los hechos alegados.

2. Con fecha de 22 de septiembre por la Administración se requiere al interesado a fin de que se mejore la reclamación presentada, sin que fuera posible la práctica de la notificación en el domicilio indicado por el reclamante, publicándose en el BOE con fecha 24 de octubre

3. Mediante Resolución de la Secretaria General del SCS de 28 de noviembre de 2023 se admite la reclamación formulada y se solicitan los informes preceptivos y la historia clínica de la paciente fallecida. Se notifica al reclamante el 7 de diciembre de 2023.

4. El 23 de abril de 2025 el Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) remite la Historia Clínica y los informes recabados:

- Historia clínica obrante en Atención Primaria.

- Historia clínica obrante en Atención Especializada- Hospital Universitario Dr. José Molina Orosa.

- Informe del SIP de 23 de abril de 2025.

- Informe del Director de la Zona Básica de Salud de Tías de fecha 14 de diciembre de 2023.

- Informe del Jefe de Sección del Servicio de Oncología del Hospital Universitario José Molina Orosa de fecha 19 de diciembre de 2023

5. El 14 de mayo de 2025 se notifica al reclamante escrito por el que se otorga el plazo de diez días a fin de que proponga los medios probatorios que estimen pertinentes.

6. El 27 de mayo de 2025 el reclamante presenta escrito de proposición de prueba, en el que se especifica como medios probatorios, la historia clínica de la

fallecida. Testificales de familiares, amigos y compañeros y pericial médica (no aporta informe pericial).

7. Se acuerda admitir la prueba Documental y testifical propuesta por la reclamante, practicándose la testifical por escrito. Por parte de la Administración se incorpora a efectos probatorios la documentación recabada por el instructor.

8. Ultimada la instrucción del procedimiento se acordó, el preceptivo trámite de audiencia al interesado, formulando alegaciones con fecha 12 de enero, ratificando en todos sus extremos la reclamación presentada.

9. No se solicita el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias [según se justifica en la Propuesta de Resolución], al tratarse de una reclamación por responsabilidad patrimonial en la que se suscitan cuestiones de Derecho previamente resueltas en anteriores reclamaciones ya informadas por el Servicio Jurídico ex art. 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

10. Con fecha 14 de julio de 2025 por la Secretaria General, como órgano instructor, se formula Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación por no concurrir los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

11. Mediante oficio de 7 de marzo de 2026, con registro de entrada en este Consejo Consultivo el 10 de marzo, se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias ex art. 81.2 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC.

IV

1. La responsabilidad de las Administraciones Públicas tiene su base 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 de capítulo IV del Título preliminar de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, 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, 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. 6.ª, recurso n.º 1308/2012, 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 con 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. 4.ª, recurso n.º 4397/2010 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.

Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras). Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la lex artis, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP).

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. Sentada la anterior doctrina y aplicándola al caso que nos ocupa, a los efectos de analizar si en el presente caso se ha producido infracción de la *lex artis ad hoc* en la atención dispensada a la paciente que se alega en la reclamación y el obligado nexo causal entre esa actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido, es preciso partir, del relato fáctico referido a la asistencia sanitaria dispensada por el SCS extraído de la historia clínica, del informe emitido por el Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del SCS, de los informes emitidos por los diferentes Servicios que intervinieron en la atención a la paciente, así como de la documentación aportada por el reclamante durante la tramitación del procedimiento.

De este modo, resultan de interés para la emisión del presente Dictamen los siguientes hechos, que se extraen del expediente administrativo remitido:

- (...), de 44 años, con antecedentes de abuso de tabaco, acude a su Centro de salud de Tías, el día 22 de diciembre de 2020 para solicitar analítica de sangre con marcadores tumorales, sin sintomatología específica, por antecedentes oncológicos familiares.

- Se realiza analítica de 11 de enero de 2021, el valor del Antígeno Carcinoembrionario (CEA) fue de 14,3 ng/ml. Siendo el rango normal entre 0-5.

- El 26 de enero de 2021 en consulta telefónica se le comunican los resultados de la analítica, señalando que todo es normal, salvo CEA de 14,3. La paciente refiere diarreas desde hace meses. Consta que la paciente manifiesta que no tiene

antecedentes familiares de cáncer de colon y que es fumadora. Su Médico de familia solicita SOH (sangre oculta en heces).

- El 29 de enero de 2021 se realiza el estudio de heces, con resultado negativo.

- El 4 de febrero de 2021 acude a consulta presencial en su Centro de salud, para recoger los resultados del estudio SOH, comunicando a la paciente el resultado negativo de la prueba. La paciente reconoce no estar siguiendo una dieta adecuada, es poco rica en sólidos, y que es a raíz de ahí cuando se inician las diarreas. Su Médico le pauta mejorar la dieta y si en 1 mes persisten las diarreas acudir nuevamente a consulta.

- El 4 de marzo de 2021 se produce nueva consulta telefónica con Médico de Familia para solicitar analítica de sangre para control de marcadores tumorales, pues en la última analítica el CEA es elevado. También refiere escozor al orinar y se solicita urocultivo y analítica.

- Se realiza analítica de 8 de marzo de 2021, el valor del Antígeno Carcinoembrionario (CEA) fue de 15,9 ng/ml (0-5).

- El 18 de marzo de 2021 en consulta telefónica se comunican los resultados de la analítica. Y se hace constar en la Anamnesis: *«paciente fumadora, no sintomatología digestiva, ni biliar. No consumo de OH. No patología pulmonar conocida. 1. Paciente con sintomatología urinaria en el momento de la petición de analítica con urocultivo positivo para E. coli. Pauto fosfomicina DU.*

2. Paciente con mastectomía bilateral profiláctica por antecedentes familiares en línea materna de cáncer de mama. Seguimiento de CEA: ha aumentado respecto a la analítica anterior (CEA) 15,90».

Se propone a la paciente abandono del tabaco y control en 3 meses.

- El 25 de marzo de 2021 en consulta telefónica la paciente indica que han mejorado las diarreas y desde el mes de febrero ha perdido 2 kg. Se solicita nuevo control de CEA.

- El 16 de abril de 2021 se realiza analítica arrojando un resultado del Antígeno Carcinoembrionario (CEA) de 16,7 ng/ml.

- El 27 de abril de 2021 en cita presencial se le comunican los resultados de la analítica. La paciente refiere que continua con meteorismo y diarreas. Se pauta medicación frente a las diarreas y si persisten en 15 días, volver a consulta.

- El 14 de mayo de 2021 en cita telefónica refiere que continúa con meteorismo y diarreas. Se solicita cita con Digestivo indicando que la paciente lleva dos meses con diarreas y meteorismo y que presenta marcadores tumorales CEA de 16,70 ng/ml.

- El 7 de julio de 2021 se realiza colonoscopia incompleta por mala tolerancia y se cita nuevamente el 16 de febrero de 2022 para realización de colonoscopia, en este caso se lleva a cabo la colonoscopia completa. El resultado de la prueba fue favorable, con resultado negativo de cáncer colorrectal y cáncer gástrico, informando de los resultados en consulta de 9 de agosto de 2022.

- El 12 de enero de 2022 solicita a cita presencial con su Médico de Familia y no acude a la consulta.

- El 25 de febrero de 2022 acude a consulta con su Médico de Familia en la que indica que le realizaron la colonoscopia hace dos semanas y está pendiente de valoración y resultados. Acudió a ginecólogo privado. Lleva con CEA elevado desde hace 1 año y le piden nuevo control.

- El 9 de marzo de 2022 se realiza analítica y el resultado es Antígeno Carcinoembrionario (CEA) de 45,9 ng/ml.

- El 10 de marzo de 2022 el Médico de Familia ante los resultados de CEA solicita interconsulta a Digestivo con carácter preferente, indicando que la paciente se ha realizado recientemente una colonoscopia y aún está pendiente de informe, que lleva un año con CEA elevado y que la última analítica el valor es de 45,9. Remite para revisión de resultado de colonoscopia para ver si es necesario derivar a otro Servicio.

Se solicita también a Radiología, una RX de tórax con carácter preferente, e interconsulta preferente a Medicina Interna por CEA elevado, que no parece de origen digestivo.

- En Rx simple se objetiva probable neoplasia del LII. Se cita para TC preferente para su caracterización.

- El 14 marzo de 2022 se realiza TAC de Tórax con contraste en el que se concluye: Masa en segmento lateral basal del LII compatible con tumor primario con afectación ganglionar mediastínica bilateral. Estadio propuesto T2b N3. Afectación intersticial tipo bronquiolitis.

- El 16 de marzo de 2022 acude a consulta de Neumología. Completamente asintomática desde el punto de vista respiratorio. Explica resultados de PPCC y actitud a partir de ahora, mostrándose de acuerdo. Queda ingresada y se solicita TAC de cráneo. Explica detenida y detalladamente a la paciente la sospecha diagnóstica dado que demanda dicha información.

- 18 de marzo de 2022 nueva consulta en Neumología En los días posteriores se realiza broncoscopia y PAAF.

- TAC craneal (20/03/2022) : Metástasis parieto-occipital derecha (46 x 27,4 x 32,8 mm) con amplias áreas de degeneración quístico-necrótica, realce anular irregular e infiltración dural de la cisura interhemisférica y hemitentorio derecho adyacentes, así como de la superficie ependimaria del atrio ventricular y el cuerpo posterior/esplenio del cuerpo calloso. INTERESA VALORAR SI SE TRATASE DE SOLO UNA METÁSTASIS CEREBRAL, YA QUE SE PODRÍAN DAR TRATAMIENTOS DIRIGIDOS CON RADIOTERAPIA.

- El 24 de marzo se realiza BAG pulmonar. Carcinoma no célula pequeña del pulmón (adenocarcinoma invasivo mucinoso). El Neumólogo anota: *REALIZO IC PREFERENTE A ONCOLOGÍA EN UN INTENTO POR DISMINUIR LA DEMORA DADO QUE ESTÁ CITADA EN MI CONSULTA EL 6 de abril.*

- El 31 de marzo de 2022 en el Servicio de Neumología se anota: ME VEO OBLIGADO A INFORMAR A LA PACIENTE TELEFÓNICAMENTE DADO QUE HAN VUELTO A DEMORAR LA CITA POR CONSULTA, AHORA HASTA EL 04/05!!??????????????????????????

- Acude al Servicio de Oncología para tratamiento de Quimioterapia, que se inicia el 8 de abril de 2022, 1.ª línea de tratamiento citostático para enfermedad avanzada.

- RM DE CEREBRO CON CONTRASTE del 11.04.2022. Conclusión: Masa occipital derecha compatible con metástasis y micro metástasis temporal izquierda Bernuy Guevara, Coralina Melissa Adenocarcinoma de pulmón estadio IV (Afectación cerebral)

- El 20 de septiembre de 2022 se produce el fallecimiento a los 45 años por adenocarcinoma de pulmón estadio IV con metástasis intracraneales y deterioro neurológico secundario a hemorragia intracraneal.

3. El reclamante, hijo de la fallecida, sustenta la acción de responsabilidad patrimonial en la existencia de una indebida asistencia sanitaria por retraso en el diagnóstico de la enfermedad y en el tratamiento adecuado.

Sentados, así, los hechos relevantes relativos a la asistencia sanitaria extraídos de la documentación clínica incorporada al expediente y analizadas objetivamente las circunstancias acaecidas, aplicando la doctrina legal y jurisprudencial relativa a la responsabilidad patrimonial en el ámbito de la asistencia sanitaria, este Consejo Consultivo considera que existió retraso en la asistencia sanitaria.

Como ya se ha indicado, en el ámbito de la asistencia sanitaria, nos encontramos ante una obligación de medios y no de resultados, por lo que en este caso, al Facultativo no se le podrá exigir la curación del cáncer del paciente, sino que efectúe las precisas pruebas y los controles necesarios para poder emitir un diagnóstico adecuado, y tempestivo y evitar y reducir al mínimo posible el acaecimiento de resultados lesivos para la salud.

En el presente caso, del análisis de la historia clínica y de los informes podemos extraer las siguientes valoraciones y conclusiones:

En el período comprendido entre el 22 de diciembre de 2020 al 14 de marzo de 2022, la paciente presentaba una elevación del Antígeno Carcinoembrionario (CEA) con un aumento progresivo en distintas analíticas:

- 11 de enero de 2021- 14,3 ng/m

- 8 de marzo 2021- 15,9 ng/ml

- 16 de abril de 2021- 16,70 ng/ml

- 9 de marzo de 2022 - 45,9 ng/ml.

Durante ese periodo permaneció asintomática desde el punto de vista respiratorio, sólo presentaba síntomas digestivos, motivo por el cual inicialmente se realiza SOH con resultado negativo y ante la persistencia de los síntomas fue derivada a Digestivo para la realización de colonoscopia.

Según informa el Servicio de Oncología, el marcador tumoral CEA no suele utilizarse en el diagnóstico de una neoplasia pulmonar, sino en los tumores intestinales ya diagnosticados como factor pronostico, detección de recurrencia.

Según informa el SIP: *«El antígeno carcinoembrionario (CEA), aunque puede encontrarse elevado en ciertas neoplasias, no es un marcador útil para el cribado ni para el diagnóstico precoz del cáncer de pulmón. Así lo recogen las guías clínicas de la European Society for Medical. Oncology (ESMO) y las guías SEOM-GECP [1][2], que desaconsejan su uso como herramienta diagnóstica inicial. Además, LabTests Online, fuente reconocida para*

interpretación de pruebas clínicas, indica que su uso principal es en el seguimiento de pacientes ya diagnosticados [3].

En este caso, los valores registrados en 2021 fueron solo moderadamente elevados, sin síntomas respiratorios ni exploración física anómala. No existía justificación clínica para realizar pruebas radiológicas ni derivaciones en ese momento. Cuando el CEA ascendió a 45,9 ng/ml, se actuó de forma inmediata y adecuada, solicitando radiografía de tórax y, tras el hallazgo, se activó el circuito de atención especializada».

En efecto, una cosa es que el marcador tumoral CEA no sea la prueba de referencia o la indicada para el cribado o el diagnóstico precoz de cáncer de pulmón, es decir, la más idónea para su detección, y otra es que ante un resultado de CEA elevado, se deba investigar la causa, indicando las pruebas pertinentes sin demora, al objeto de establecer el origen de dicha elevación. Del mismo modo, si bien inicialmente, a tenor de la clínica que presentaba la paciente, la sospecha se orientó hacia un tumor intestinal, existió un retraso en la realización de la colonoscopia (en el Hospital se estableció como prioridad normal, cuando la interconsulta desde AP fue de carácter preferente) que impidió que se descartara cáncer colorrectal de manera más temprana y orientar las pruebas hacia otro posible diagnóstico, sobre todo, en una paciente joven que tenía antecedentes oncológicos familiares y abuso de tabaco.

Del expediente remitido a este Consejo se constata el retraso en la realización de las pruebas por parte del Servicio de Digestivo, pues consta en la historia clínica que el 14 de mayo de 2021 su Médico de Familia, ante la persistencia de los síntomas digestivos (meteorismo y diarreas), solicita cita con Digestivo indicando en la petición que la paciente lleva dos meses con diarreas y meteorismo y que presenta marcadores tumorales CEA de 16,70 ng/ml. El 7 de julio de 2021 se realiza colonoscopia incompleta por mala tolerancia y se cita nuevamente con prioridad ordinaria. La cita para la colonoscopia tiene lugar 6 meses después, el 16 de febrero de 2022, en una paciente con una elevación progresiva de los marcadores tumorales. El resultado de la prueba fue favorable, con resultado negativo de cáncer colorrectal y cáncer gástrico. Si bien el informe de la colonoscopia estaba el 16 de febrero de 2022 y el de anatomía patológica el 22 de febrero de 2022, no se informa de los resultados hasta la consulta de 9 de agosto de 2022. Por tanto, desde que fue indicada la prueba para descartar un cáncer colorrectal (14 de mayo de 2021) hasta que la misma se realiza (16 de febrero de 2022) transcurrieron un total de 9 meses. Ese retraso en la realización de la prueba impidió orientar la sospecha diagnóstica hacia otro posible tipo de cáncer, con el evidente retraso en la realización de otras

pruebas (*v.gr.* rayo X de tórax, TAC de tórax, etc.) que hubieran permitido un tratamiento más precoz de su enfermedad, máxime a la vista de los antecedentes personales y del abuso del tabaco por parte de la paciente.

Por tanto, la inicial sospecha de diagnóstico de un posible cáncer colorrectal es correcta a la vista de los síntomas que presentaba la paciente, ahora bien, si la colonoscopia se hubiera realizado en un tiempo razonable y categorizada en los términos solicitados de preferente por el médico de Atención Primaria se hubiera podido descartar el diagnóstico inicial, e indicar otras pruebas para establecer el origen de la elevación de los marcadores tumorales. Teniendo en cuenta que era fumadora, se hubiera podido realizar una RX de tórax o TC de Tórax. Por todo ello, bien se puede concluir que existió retraso en la realización de las pruebas diagnósticas al alcance del servicio sanitario, que supuso una pérdida de oportunidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud.

Se estima por este Consejo no conforme a la *lex artis ad hoc* el retraso de la práctica de pruebas diagnósticas, en la medida en que tal dilación ha implicado una demora en la determinación del diagnóstico correcto, con el consecuente retraso del tratamiento médico adecuado.

Puede apreciarse, por tanto, un defecto en los medios empleados que permite apreciar un retraso en el diagnóstico, y que, aunque no sea posible afirmar cuales hubieran sido las consecuencias concretas de un diagnóstico más temprano si da lugar a una pérdida de oportunidad terapéutica.

4. La existencia de actuaciones contrarias a la *lex artis* descritas, suponen la necesidad de analizar la relación de causalidad entre ellas y el resultado lesivo, en este caso el fallecimiento de la paciente y madre del reclamante.

En muchas ocasiones no puede afirmarse con absoluta certeza que el retraso ha sido la causa del desenlace producido. En este contexto es donde entra en escena la doctrina de la pérdida de oportunidad. Por definición, la oportunidad o posibilidad de obtener un resultado nunca puede ser la certeza de conseguirlo, por lo que esta doctrina construye una particular modalidad de daño en el que coexiste un elemento de incertidumbre, que le acerca en gran medida a la noción de expectativa.

La pérdida de oportunidad se configura como una alternativa en supuestos —muy frecuentes en el ámbito médico— en los que no resultaba posible determinar de forma cierta un nexo causal directo y suficiente. En este sentido se trataría de una

regla de imputación causal alternativa a la tradicional resultante de las cláusulas generales de responsabilidad, que atiende al grado de probabilidad. Y es que, en definitiva, como afirma la STS de 21 de diciembre de 2012 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*».

La pérdida de oportunidad ha sido tratada por el TS estableciendo que *«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 como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste».*

Por otra parte, es constante la Jurisprudencia que señala que *« (…) 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».*

Por ello, el daño no es el material sino el daño moral, que se determina en torno al grado de probabilidad de que el resultado hubiera sido distinto de haberse actuado de otra forma, y en este caso, la indemnización debe ser inferior al daño material.

Debemos tener en cuenta que el cáncer que padecía la madre del reclamante era un cáncer de pulmón de células no pequeñas, que crece y se disemina de manera menos agresiva que el cáncer de pulmón de células pequeñas, por lo que cuanto antes se haga un diagnóstico mejor será el pronóstico de supervivencia. Por otra parte, era un adenocarcinoma invasivo mucinoso de mayor tasa de supervivencia que otros tipos de cáncer de pulmón El adenocarcinoma tiene mayor tasa de supervivencia que otros tipos de cáncer de pulmón, pero al ser invasivo puede diseminarse por lo que afecta al pronóstico.

El SIP en su informe afirma: *«El adenocarcinoma mucinoso invasivo de pulmón, según Travis et al. y otras fuentes bibliográficas especializadas, es conocido por su comportamiento infiltrativo y la dificultad de detección en fases iniciales [4]. Esto apoya la idea de que, incluso con un seguimiento clínico continuado, el diagnóstico precoz puede no ser posible».*

Según la evaluación del programa de cribado de cáncer de pulmón del Servicio Canario de la Salud *«El cáncer de pulmón (CP) es el cáncer con mayor mortalidad en España. Presenta síntomas muy inespecíficos y suele aparecer cuando la enfermedad se ha*

extendido, lo que dificulta su diagnóstico en fases iniciales. El retraso en el diagnóstico disminuye significativamente la supervivencia, ya que esta se reduce a medida que la enfermedad avanza. Disponer de una prueba para detectar la enfermedad en una fase temprana ayudaría a mejorar los resultados de salud, facilitando el diagnóstico y tratamiento precoz, lo que evitaría la progresión de la enfermedad y mejoraría la supervivencia. Esta prueba podría consistir en un cribado. Actualmente, para realizar el cribado se valora utilizar una prueba de imagen, la tomografía computarizada con una baja dosis de radiación (TCBD). Entre los múltiples factores que pueden favorecer la aparición del CP destaca el consumo de tabaco, ya que a medida que aumenta el número de cigarrillos y el tiempo que sé es fumador, el riesgo de desarrollar CP aumenta. Por tanto, el hábito tabáquico podría utilizarse para seleccionar a las personas a las que se invitaría a participar en el cribado.

Alrededor del 80% de los tumores pulmonares pueden clasificarse como carcinomas de células no pequeñas (CPCNP) y el 15% como carcinomas de células pequeñas o microcíticos (CPCP) que se caracterizan por su alta agresividad y crecimiento rápido. Los síntomas del CP son inespecíficos y suelen aparecer cuando la enfermedad ya se ha diseminado, lo que dificulta su diagnóstico precoz».

En este caso cuando se diagnostica el cáncer de pulmón, estaba en estadio IV con metástasis intracraneales. Se aprecia un retraso de unos 9 o 10 meses, durante los cuales se perdió la oportunidad terapéutica de un tratamiento más precoz que hubiera evitado o al menos ralentizado la evolución de la enfermedad. El diagnóstico tuvo lugar cuando la enfermedad se encontraba muy avanzada, perdiendo la oportunidad de que el cáncer de pulmón que padecía fuese diagnosticado en una fase anterior impidiendo, en consecuencia, que la paciente se hubiera beneficiado de un tratamiento oncológico más temprano.

El reclamante calcula la indemnización conforme al Baremo de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que cuantifica en el importe de 95.988,37 €.

Teniendo en cuanta todas las circunstancias producidas, antecedentes de la paciente, ausencia de sintomatología propia del cáncer pulmonar, la edad de la paciente (45 años), la edad de su hijo (21 años), hoy reclamante y su vínculo y dependencia económica de su madre, se estima proporcional una compensación del 40% de la indemnización reclamada, que ascendería al importe de 38.395,34 €. Sin perjuicio de su actualización conforme a lo dispuesto en el art. 34.3 LRJSP.

Sobre la pérdida de oportunidad en casos de cáncer de pulmón podemos citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, Sentencia 405/2016 de 8 jul. 2016, Rec. 388/2014, que concluye:

«la vista de los antecedentes patológicos del paciente, de los síntomas y signos clínicos que presentó durante la asistencia médica prestada, aprecia esta Sala la infracción de la lex artis ad hoc por errores de diagnóstico por omisión y demora del diagnóstico definitivo sin que, con anterioridad y pese a la existencia de datos clínicos y signos de sospecha se agotaran los medios disponibles para la obtención de un diagnóstico diferencial que hubiera permitido abordar el tratamiento del cáncer, aunque, ciertamente, el resultado no era precisable científicamente, pero, al menos, la probabilidad de un resultado distinto o mejor queda fuera de duda tal como, con precisión y fundamento, analiza y aprecia el citado informe pericial en cuya aclaraciones rechaza la imposibilidad de obtención de un resultado mejor, probablemente, de sobrevivencia o curación, sin poder hacer mayor precisión sobre el particular al desconocer el estado del tumor al inicio de la asistencia pero a la vista de su acreditada evolución posterior.

Es, por consiguiente, apreciable la privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la "pérdida de oportunidad" [sentencias de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01, FJ 2.º) y 26 de junio de 2008 , ya citada, FJ 6.º], constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina(circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una "falta de servicio".

Pérdida de oportunidad, que, atendidos la edad del paciente, sus antecedentes patológicos, la existencia de síntomas y signos que requerían el empleo de los medios adecuados para llegar a un diagnóstico diferencial, y la probabilidad de obtención de un resultado mejor, debe ser indemnizada mediante el 40% de las cantidades reclamadas a falta de datos y apreciaciones precisas sobre tal probabilidad, y, por tanto, a favor de (…) 44.583,53 euros, y a favor de cada uno de los hijos 3.715,29 euros».

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina no conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria, por cuanto se considera que debió estimarse parcialmente la reclamación de responsabilidad

patrimonial, reconociendo una indemnización por pérdida de oportunidad, tal como se razona en el Fundamento IV del presente Dictamen.