



**Junta de
Castilla y León**
Consejería de Sanidad

Carlos Sardinero García
ABOGADO
C/ ALBERTO AGUILERA 34 - ENTREPLANTA F
28015 - MADRID
TEL.: 91 686 91 60 - 91 448 96 92

EXPEDIENTE RP 2019/132

ORDEN DE LA CONSEJERÍA DE SANIDAD POR LA QUE SE RESUELVE LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE FECHA 28 DE JUNIO DE 2019 FORMULADA POR LA ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA A DON

Vista la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por D. (fallecido en el curso del procedimiento) por el retraso en el diagnóstico de un cáncer pulmonar, en la que solicita se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria y su derecho a una indemnización, siendo los siguientes sus:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. nacido el 22/05/1960 (57 años de edad en el momento de los hechos), fue derivado por su médico de cabecera al Servicio de Urgencias del Hospital el día 22/05/2017 por un episodio de mareo con cortejo vegetativo. También refería epigastralgia y heces melánicas de siete días de evolución. La analítica realizada mostraba datos de anemia, con Hematíes: 3,24, Hemoglobina: 9,6 y Hematocrito: 29,1%. Fue diagnosticado de Hemorragia Digestiva Alta (HDA) e ingresado en el Servicio de Digestivo donde se realizó una gastroscopia que revelaba esofagitis grado II y duodenitis congestiva y erosiva. Fue dado de alta el 24 de mayo con indicación de realizar seguimiento en Consultas Externas.

El 15/08/2017, a las 23.56 horas, acude de nuevo a Urgencias del hospital por presentar desde hacía 3 horas "mareo intenso tipo inestabilidad, malestar general, sudoración, sensación disneica y nauseosa y dolor abdominal". Esta clínica, según figura en el Informe de Urgencias, era similar a la acontecida en el ingreso del mes de mayo. El paciente presentaba palidez siendo el resto de exploración por aparatos normal. TA: 126/85, Tª: 36.5°, FC: 72, Sat. Oxígeno: 95%. Se realizó analítica y radiografía de tórax PA y LAT anotándose "Sin hallazgos valorables". DIAGNOSTICO: Probable HDA con episodio presincojal asociado. Plan: se decide ingreso hospitalario para observación. El paciente estuvo ingresado en el Servicio de Digestivo hasta el día 28 de Agosto.

En el informe de alta de digestivo (28/08/2017) se lee, a modo de resumen: "El paciente ingresa por sospecha de HDA sin datos de exteriorización pero importante repercusión clínica con hipotensión sintomática y anemia de 4 puntos de HB. Tacto rectal normal; se pone enema en donde se objetivan restos melánicos. TC sin hallazgos así como el estudio endoscópico; además dado el antecedente de melenas en mayo con estudio endoscópico normal, salvo bulbitis erosiva, se solicita cápsula endoscópica, que se realiza en Hospital Clínico. El paciente se estabiliza con mejoría de los niveles tensionales y HB estabilizada en 9,9 g. Última deposición con restos melánicos el 21/08/2017. No nueva anemia. En vista de la estabilidad y los resultados, se decide alta y revisión en consulta con test de aliento. No queda clara la causa del sangrado, a pesar de las pruebas pertinentes. Acudir a realización de test de aliento el día 18/10/2017 a las 10:30h en ayunas al Hospital



**Junta de
Castilla y León**

Consejería de Sanidad

Provincial de (consulta enfermería Digestivo, 2ª planta). Solicitar cita revisión en consultas de aparato digestivo para 27/10/2017 (Dra.

El 29/6/2018, D. se encontraba montando en bicicleta cuando, tal como refiere en su reclamación, "la musculatura de su mano se contrajo de manera involuntaria, empezando a tener fuertes espasmos en el brazo, durante aproximadamente 15 minutos, repitiéndose el episodio tiempo después", por lo que acudió a Urgencias del hospital de En la anamnesis: Varón de 58 años que acude por presentar sensación de entumecimiento y rigidez, que se continua con movimientos involuntarios de extremidad tipo clonismos, pérdida de fuerza de extremidad superior y facial ipsilateral. No refiere otra clínica aguda acompañante. TA: 127/83; Tª: 37.0°C; FC: 90 l.p.m.; Sat%; O 93%. La exploración neurológica es normal. Se realiza Rx de Tórax, y TAC Craneal. De esta segunda prueba resulta: "Múltiples lesiones ocupantes de espacio, nodulares, con relace en anillo e importante edema digitiforme asociado. Se localizan en el lóbulo parietal superior izquierdo (8mm), frontal superior derecha (18mm) y temporal izquierda (11mm). Existen otros focos hipodensos subcorticales, de similar características al edema perilesional de las antes descritas, frontal superior izquierdo y occipital derecho, donde no ha sido posible la visualización de lesión asociada, pudiese ser debido a su pequeño tamaño. Los hallazgos son compatibles con metástasis cerebrales. Línea media centrada y sistema ventricular de tamaño normal".

En la Rx de Tórax se muestra una "masa en segmento posterobasal de LID de aproximadamente 40mm de diámetro máximo, que ha crecido de tamaño respecto a la Rx de tórax del 2017 y compatible con neoplasia pulmonar". El diagnóstico es de "Neoplasia pulmonar (LSD), con metástasis cerebrales".

Se procede a su ingreso hospitalario con el diagnóstico de clínica neurológica, sospecha de Neoplasia pulmonar (LSD), con metástasis cerebrales (E IV) en estudio y crisis comiciales focales con paresia de Todd secundaria a lesiones cerebrales, se solicita TAC de tórax, Fibrobroncoscopia, Cepillado bronquial y Punción transbronquial.

TAC de tórax con contraste (3/07/18). Conclusión: Hallazgos sugestivos como primera posibilidad de proceso neofornativo pulmonar primario, en cuyo caso se trataría de un estadio T3N2M1, según los criterios propuestos para la 8ª edición de la clasificación TNM. Engrosamiento nodular de la glándula suprarrenal derecha y nódulo sólido de 2 cm dependiente de la izquierda, hallazgos que no se observaban en TC previo de 2017, por lo que no se puede descartar diseminación metastásica.

Fibrobroncoscopia. (06/07/2018): nose observaron lesiones endobronquiales.

Cepillado bronquial. Sin signos de malignidad.

Punción ciega transbronquial. (6/07/18): Citología: positiva para células tumorales (epiteliales) malignas. Frotis sugestivos de Carcinoma no oat-cell con rasgos morfológicos e inmunofenotipo sugestivo de ADENOCARCINOMA.

En el informe de alta de Neumología (6/07/18):

-Diagnóstico Principal: Sospecha de neoplasia pulmonar (LSD) con metástasis cerebrales. Probable estadio IV.

-Diagnóstico Secundario: Crisis comiciales focales con paresia de Todd secundaria a lesiones cerebrales.

Con los resultados obtenidos se deriva al Servicio de Oncología. En la consulta el paciente refiere que irá a Madrid a comenzar tratamiento. Se recomienda tratamiento radioterápico holocraneal.

Con el diagnóstico de Adenocarcinoma de pulmón estadio IV (metástasis cerebrales y suprarrenal) D. acude al servicio de Oncología del Hospital ser incluido dentro de un Ensayo Clínico. Había recibido RT holocraneal desde el 27/7/18 a 16/8/18 con buena tolerancia.



**Junta de
Castilla y León**
Consejería de Sanidad

En septiembre de 2018 inicia primera línea de tratamiento con Cisplatino + Permetrexed + Nivo + Ipilimumab. Último ciclo el 29/1/2019, tras el cual se comprueba progresión de la enfermedad. En febrero de 2019 inicia Ensayo Clínico BO-112 (Nivolumab + Vector).
D. falleció el 10/07/2020.

SEGUNDO.- Mediante escrito de 28/06/2019, se formula reclamación de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Reclama por un error en el diagnóstico de una neoplasia pulmonar visible en una radiografía de tórax lo que ocasionó un retraso en dicho diagnóstico y posterior metástasis cerebral con tratamiento únicamente paliativo. Aporta informe médico-pericial del Dr. de 25/06/2019. Señala:

"En este escenario de un tumor pulmonar de 30-40 mm en agosto de 2017 podría no haber existido en ese momento afectación ganglionar a ningún nivel (N0) o bien podría haberse dado ya una afectación ganglionar local a nivel hilar (N1), más improbable es que hubiera tenido ya de una afectación mediastínica ipsilateral (N2) situación en la que se diagnosticó 10 meses más tarde. Este perito lo considera improbable puesto que lo habitual de un cáncer de pulmón es una progresión y diseminación consecutiva a las estaciones ganglionares locales (hiliares) para pasar posteriormente a las regionales (mediastínicas) y las metástasis a distancia. Si en junio de 2018 ya había diseminación regional mediastínica y a distancia cerebral, suprarrenal, pulmonar contralateral lo más probable es que 10 meses antes estuviera en una etapa bastante más precoz. En esta estimación el paciente pudiera haber presentado en agosto de 2017 un tumor cT2N0-IM0 que correspondería a los estadios IB/IIA/IIB frente al estadio IV que finalmente se presentó en junio de 2018. La supervivencia estimada 5 años de un cáncer de pulmón estadio IB es del 55%, del estadio IIA del 50% y del IIB del 40%. La supervivencia estimada de los pacientes en estadio IV es menor del 5%".

Pretende una indemnización provisional de 187.053, 59 euros por lesiones temporales y secuelas.

TERCERO.- Al expediente se ha incorporado los informes de unidades médicas y profesionales que se relacionan seguidamente:

- Informe de 2/08/2019, del Dr. de Servicio de Urgencias del
- Informe de 7/08/2019, de la Dra. de la Unidad de Aparato Digestivo
- Informe de 1/08/2019, de la Dra. del Servicio de Oncología Médica del
- Informe de la Inspección Médica de 19/06/2020.
- Informe de 14/12/2020, del Dr. especialista en Neumología, aportado por la
- Informe de 29/08/2021, de la Dra. aportado por la Compañía
- Historia Clínica del paciente.

CUARTO.- Mediante escrito de 7/07/2021, D.ª y D. como herederos de D. , comunican el fallecimiento de su



**Junta de
Castilla y León**
Consejería de Sanidad

cónyuge y padre y se subrogan en el presente procedimiento. Así mismo, presentan reclamación como perjudicados por el fallecimiento de D. Concretan la indemnización solicitada en 29.901,28 euros como sucesores procesales mortis causa de la reclamación presentada por D. y en 359.116,24 euros con motivo de su fallecimiento.

Facilitado el trámite de audiencia, se formulan alegaciones el 27/12/2021 en las que se manifiesta que todos los informes incorporados al expediente confirman la infracción de la ley art. Se recogen también, sin aparente crítica, las conclusiones del IVDC evacuado por la Dra. Se advierte finalmente que la ausencia de las imágenes completas del TAC realizado en el año 2017 no pueden perjudicar a los reclamantes al tratarse de un incumplimiento de las obligaciones de custodia de la historia clínica que competen a la Administración.

QUINTO.- Con fecha 18/01/2023 se formula Propuesta de Orden de estimación parcial por el Servicio de Inspección y Evaluación de Centros de la Dirección General de Calidad e Infraestructuras Sanitarias.

SEXTO.- El 23/01/2023, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa que considera conforme a derecho la Propuesta de Orden.

SÉPTIMO.- En fecha 23/02/2023 se emite Dictamen nº 67/2023 por el Consejo Consultivo de Castilla y León favorable a la estimación parcial de la reclamación al considerar una pérdida de oportunidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Corresponde al Consejero de Sanidad la resolución de los expedientes de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, en relación con el artículo 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

II.- La reclamación se formula por persona interesada y dentro del plazo que el art. 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre establece: *"Los interesados podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daño de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas"*.

La reclamación inicial presentada por D. es de 28/06/2019. El diagnóstico de neoplasia de pulmón estadio IV se alcanzó en julio de 2018. Posteriormente se produjo el 10/07/2020 el fallecimiento de D. presentándose escrito de subrogación y nueva reclamación el 7/07/2021.



**Junta de
Castilla y León**
Consejería de Sanidad

Carlos Sardinero García
ABOGADO
C/ ALBERTO AGUILERA 34 - ENTREPLANTA F
28015 - MADRID
TEL.: 91 686 91 60 - 91 448 96 92

III.- La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es de carácter directo y objetiva — para la procedencia de la indemnización no se requiere que se incurra en culpa o dolo —, sin embargo, el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva, no implica deducir la existencia de un deber general de las Administraciones públicas de indemnizar cualquier daño que pueda imputarse causalmente al funcionamiento de sus servicios.

En este sentido, la sentencia de la Sala Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000 declara que el artículo 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común (actual artículo 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) *"ha venido a consagrar legislativamente la construcción doctrinal y jurisprudencial sobre Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, al establecer que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar"*.

Así pues, con carácter previo, es necesario comprobar si concurren todos los requisitos que viene exigiendo la doctrina jurisprudencial para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de los servicios de asistencia sanitaria.

El Tribunal Supremo ha indicado que para que nazca dicha responsabilidad es necesaria una actividad administrativa (por acción u omisión, material o jurídica), un resultado dañoso no justificado y relación de causa a efecto entre aquella y esta, incumbiendo su prueba a quien reclama, a la vez que es imputable a la Administración la carga referente a la existencia de la fuerza mayor cuando se alega como causa de exoneración.

IV.- Como señala la Jurisprudencia, por ejemplo, en la Sentencia de 21/12/2020 de la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, LA LEY 204509/2020, la medición de la corrección de la praxis médica debe hacerse a la luz del criterio de las *lex artis ad hoc*. Así:

Más en concreto, en reclamaciones derivadas de prestaciones sanitarias, la jurisprudencia viene declarando 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" - sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril, 3 y 13 de julio y 30 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2008 y 29 de junio de 2010 -, por lo que "la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible" -entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 16 de mayo de 2005-.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012 declaraba: "(...) debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en



**Junta de
Castilla y León**
Consejería de Sanidad

ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concorra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2009, recurso 9484/08, con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año).

Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la lex artis (...)"

Así se expresa también, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18/11/2015 (LA LEY 190720/2015):

"A lo expuesto cabe añadir, al hacer referencia la reclamación a una falta de atención médica, como viene señalando esta Sala en reiteradas sentencias, la consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, según la cual, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que conduciría 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 cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud 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. Así pues, solo en el caso de que se produzca una infracción de dicha Lex artis responde la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberán ser soportados por el perjudicado. La existencia de este criterio de la Lex Artis se basa en el principio jurisprudencial de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación se concreta en prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo.

Estamos ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida; criterio que es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad, exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción del respetado criterio; prescindir del mismo conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad que podría declararse con la única exigencia de existir una lesión efectiva, sin necesidad de demostración de la infracción del criterio de normalidad."

Por último, aunque haya tenido un mayor reflejo en la jurisprudencia civil, debe destacarse que lo que se sanciona es la desidia o falta de utilización de todos los medios protocolizados para el diagnóstico o tratamiento del paciente, existiendo un deber de realizar las pruebas apropiadas para cerciorarse del diagnóstico, siendo lo decisivo no tanto la equivocación del diagnóstico, sino en la falta de diligencia profesional de no agotar los medios clínicos a su alcance para establecer con ellos un diagnóstico, si no absolutamente certero, sí al menos acercarse o aproximarse a él y en todo caso que no pueda imputársele al profesional ni el olvido ni la desidia en el correcto ejercicio profesional al no



**Junta de
Castilla y León**
Consejería de Sanidad

reclamar ni analizar los elementos de investigación de que en la institución en que prestan sus servicios, disponen, entendiendo que esta actividad debe prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateos de medios y esfuerzos.

Todos los informes incorporados asumen un error en la lectura de la radiografía realizada el 15/08/2017 al no considerar ni profundizar por ello en el estudio de una masa visible en la imagen y que se correspondería con una neoplasia de pulmón. Así se manifiesta por la inspectora médico en su informe: *"A la vista de lo actuado y de lo expuesto se considera que en el Servicio de Urgencias del hospital de se siguieron los Protocolos respecto a la patología de HDA por la que D.*

acudió a dicho servicio el 22 de mayo y 16 de agosto de 2017. También se considera que ha quedado demostrado que en la RX realizada el 16-8-2017 existía una masa en el pulmón derecho que no fue detectada, ni en el Servicio de Urgencias ni en el de Digestivo, lo que ha supuesto una pérdida de oportunidad en cuanto a realizar tratamientos que habrían supuesto un aumento de la esperanza de vida para el paciente, dado el estadio inicial en que se encontraba el tumor en ese momento".

Así se expresa también el informe del Dr. *"En la atención médica practicada al paciente en agosto de 2017, que tenía como objeto valorar una patología abdominal, se le practica una radiografía de tórax, que no fue informada por radiólogo. Los médicos que atendieron al paciente se centraron en la valoración de otros patrones radiológicos que permitieran ayudarles en su estudio de una patología abdominal, y no valoraron la existencia de la lesión pulmonar, que es más visible en la proyección anteroposterior que en la lateral. A pesar de estar en lóbulo superior derecho y proyectarse sobre otras estructuras óseas, es cierto que una valoración detenida de esta radiografía tendría que haber alertado de la necesidad de realizar un estudio dirigido, máxime con la historia de tabaquismo referida por el paciente.*

Es decir, el cáncer de pulmón diagnosticado en junio de 2018 ya estaba presente en agosto de 2017..."

Respecto a la posible ausencia de imágenes completas del TAC cerebral de junio de 2018 no tiene a nuestro juicio trascendencia en el presente procedimiento dado que se ha asumido la existencia de metástasis en cerebro lo que da lugar al estadio IV no discutido junto a una consideración tampoco discutida de que el paciente, 10 meses antes, además, no presentaba síntomas neurológicos ni las imágenes del TAC abdominal evidenciaron patología a ese nivel, por lo que se ha asumido que no existían ni las metástasis cerebrales ni suprarrenales en 2017.

La asistencia ha sido contraria a la lex artis, con las consecuencia de un retraso en el abordaje de un tumor que, en palabras del informe del Dr. *aportado en la reclamación, "esta demora diagnóstica de 10 meses influyó de forma determinante en el crecimiento y diseminación del tumor pulmonar hasta afectar el cerebro, el pulmón contralateral y la glándula suprarrenal, lo que suponía un diagnóstico en estadio IV, situación considerada incurable con supervivencia estimada a 5 años menor del 5% y sólo subsidiaria de tratamientos oncológicos paliativos.*

En definitiva, haber pasado por alto dicha imagen radiológica en agosto de 2017 comprometió las posibilidades de curación del paciente al haber experimentado una progresión/crecimiento del tumor en esos 10 meses. Se podría estimar esta merma en sus posibilidades de supervivencia considerando que el paciente es muy probable que presentará en agosto de 2017 un tumor pulmonar en estadio IB-IIA-IIIB con unas expectativas de vida a 5 años del 55-50-40% frente al estadio IV como el que finalmente presentó el paciente con posibilidades de supervivencia a menores del 5%".

V.- Usualmente se utiliza para la determinación del daño el baremo establecido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las



**Junta de
Castilla y León**
Consejería de Sanidad

Carlos Sardinero García
ABOGADO
C/ ALBERTO AGUILERA 34 - ENTREPLANTA F
28015 - MADRID
TEL.: 91 686 91 60 - 91 448 96 92

personas en accidentes de circulación. Este baremo, además, es utilizado con carácter orientativo y no vinculante, conforme al criterio jurisprudencial reflejado, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de noviembre de 2002 (LA LEY 194445/2002) que, recogiendo la doctrina establecida por el Tribunal Supremo determina que "En todo caso, y como ya ha indicado esta Sección en otras ocasiones (así, Ss. 12 Feb.--recurso 326/1994--, 30 Abr.--recurso 516/1995-- y 15 Oct.--recurso 1053/1994-- de 1997) cabe convenir que la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial".

Tanto en el informe aportado con la reclamación como en el informe de Valoración del Daño Corporal se considera la existencia de una **pérdida de oportunidad** terapéutica. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 6 de marzo de 2015 (LA LEY 21117/2015) aclara cómo debe interpretarse (los subrayados y negrita son nuestros):

En lo que respecta a la llamada doctrina de la pérdida de oportunidad, la misma ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en las Sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, así como en las de 4 y 12 de julio de 2007, y más recientemente en las SSTs de 23 de enero, 3 de julio, 20 y 27 de noviembre, ó 3 de diciembre de 2012, 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.

Sobre esta cuestión la STS de 12 de julio de 2007, tras declarar que "hubo un error de diagnóstico al no valorarse adecuadamente que el paciente sufría un infarto, error que se produjo por una evidente mala praxis médica, al no tener en cuenta padecimientos de aquel, que hubieran debido ser necesariamente considerados por su gravedad, en función de los síntomas con los que aquel acude a la consulta médica", añade que "Al no diagnosticarse en forma, por esa mala praxis médica, la crisis que sufrió el marido de la recurrente, remitiéndole a su domicilio sin un tratamiento adecuado, con independencia de cuáles hubiesen sido los resultados finales de ese tratamiento, se le generó la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual es imposible médicamente saber como dice el informe de la médico forense, si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado", entendiéndose la STS de 12 de marzo de 2007 que, en estos casos, es a la Administración a la que incumbe probar que, en su caso y con independencia del tratamiento seguido, se hubiese producido el daño finalmente ocasionado por ser de todo punto inevitable.

(...)

Las SSTs de 22 de mayo, 11 de junio, 9 de octubre y 21 de diciembre de 2012 recuerdan que la "pérdida de oportunidad", como señala la STS de 19 de octubre de 2011, «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 éste mismo».



**Junta de
Castilla y León**
Consejería de Sanidad

Así pues (STS de 3 de diciembre de 2012), en la fijación de la indemnización a conceder, en su caso, la doctrina de la pérdida de oportunidad parte de que sea posible afirmar que la actuación médica privó de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, 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. La STS de 27 de Noviembre del 2012, con cita de la de 19 de junio de 2012, reitera dicha doctrina sobre que la información acerca de las posibilidades reales de curación constituye un elemento sustancial en la doctrina denominada "pérdida de oportunidad" por lo que, en su caso, la suma indemnizatoria debe atemperarse a su existencia o no.

Esta doctrina se ha reiterado en la más reciente STS de 14 de octubre de 2014, recurso: 2499/2013, cuando señala que « A) Según la jurisprudencia de esta Sala, la 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 éste (STS de 19 de octubre de 2011 (LA LEY 205.709/2011), recurso de casación nº 5.893/2006).

Similar razonamiento hace la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 3/06/2016 (LA LEY 157910/2016):

'En definitiva no se han puesto todos los medios y no se sabe si lo omitido hubiese podido mejorar la salud del paciente'. Por tanto, lo único que aquí nos toca decidir es el importe de la indemnización que correspondería por ello.

Sobre ello, como hemos recogido en anteriores sentencias, tiene dicho el Tribunal Supremo acerca de la pérdida de oportunidad indemnizable, entre otras, en sentencia de 23 de septiembre de 2010, Sala 3ª, Sección 4ª, recurso 863/2008, lo siguiente:

Esta privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" - sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez, recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001, 4429/2004 y 5927/2007- se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, [no] por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias.

TERCERO.- Indemnización.- Ciertamente el problema es la traducción a números de esa indemnización por daño moral, en definitiva, el dolor que ha de producir el saber que las cosas, sin que haya certeza, podrían haber sido de otro modo en caso de emplearse esos medios omitidos, que es en lo que consiste esa pérdida de oportunidad.

Se trata de establecer una indemnización por justa estimación. Y la Sala entiende que el efecto resarcitorio puede lograrse, dentro de las limitaciones que supone la aplicación de un baremo como el del seguro obligatorio de la Ley del Automóvil, que representa la capacidad de respuesta del sistema ante el infortunio, mediante un porcentaje aplicado sobre la parte de indemnización que le correspondería en caso de que el fallecimiento hubiese sido el daño ligado causalmente a la omisión médica.



**Junta de
Castilla y León**

Consejería de Sanidad

En cuanto al porcentaje debe tener en cuenta la efectiva pérdida de oportunidad en la que se ha traducido la mala práctica médica."

Creemos adecuado partir de las estimaciones que efectúa el Dr. [] respecto a la supervivencia estimada. No asumimos lo expuesto en el informe de la Dra. [] (que parte también de los porcentajes recogidos en el informe del Dr. [] respecto a que si se hubiera diagnosticado en agosto de 2017 (10 meses antes), la supervivencia estimada estaría en una horquilla entre el 55% y el 40% estableciendo una media de un 48%. Dado que no es posible concretar si el paciente se encontraba en un estadio IB, IIA o IIB, debemos partir de estadía más favorable para el paciente y reconocer esa supervivencia del 55%.

A su vez, la supervivencia estimada en el momento en que se hizo el diagnóstico se estima inferior al 5%. Siendo este último porcentaje tan pequeño, no vamos a considerarlo en esta ocasión de cara a restar ambos porcentajes de supervivencia. Asumimos por ello el referido porcentaje del 55% como pérdida de oportunidad que debemos aplicar a las diferentes partidas indemnizatorias planteadas en la reclamación y sobre las que parece existir conformidad en el informe de VDC. Así, tenemos:

Respecto de la indemnización pretendida mortis causa no resulta precisa la forma de cálculo utilizada en el escrito de 7/07/2021 (pág. 245 expte) ni la justificación de las secuelas recogiendo una serie de cifras que parecen partir del escrito inicial de reclamación formulado por D. [] para después aplicar una reducción porcentual siguiendo al parecer el artículo 45 de la Ley 35/2015. Lo cierto es que, aunque puede presumirse sin dificultad una afectación psicológica, no se aporta una justificación de las secuelas reclamadas (aparentemente 15 puntos por trastorno depresivo). Lo mismo cabe decir del perjuicio personal por pérdida de calidad de vida muy grave en el que, aunque pueda presumirse sin dificultad su importancia, no se fundamenta ni su extensión ni se identifican los cálculos realizados después para su minoración. La cantidad reclamada asciende a 29.901,28 euros que integra tanto lo reclamado como lesiones temporales como lo relativo a secuelas. Esta cifra (antes de la aplicación de la reducción que se ha indicado por pérdida de oportunidad) ha sido asumida también por el informe de VDC de la Dra. [] perito experto en VDC derivada de RC sanitaria. No se ha hecho por parte de los reclamantes mayor esfuerzo argumental o probatorio ni se ha cuestionado dicho informe por lo que, atendiendo a la dificultad para su concreción y al carácter orientativo del baremo, asumimos de inicio esa cantidad respecto a la sucesión procesal de los daños reclamados inicialmente por D. []

Respecto de la indemnización pretendida por los perjudicados por el fallecimiento de D. [] tampoco resultan claros los criterios establecidos para la cuantificación pretendida. Se solicitan:

- A.D.^a [] cónyuge: 178.263,94 €
- Hijo mayor de 30 años (D. []): 20.778,22€
- Hijo/a menor de 30: 71.181,75 €
- Hijo/a menor de 30: 88.899,75 €

Se desconoce también que actualización del baremo han utilizado. Parece que la de 2015 por la reclamación de 400€ como perjuicio patrimonial básico si bien luego no se corresponden el resto de las cantidades. Sí se observa la aplicación de las tablas 1.B y 1.C respecto al perjuicio personal y perjuicio patrimonial así como las relativas al lucro cesante de cónyuge e hijos aplicando a su vez las reglas de ajuste de cuota del artículo 87. Se asume también la cuantía en el informe aportado por la Aseguradora (antes de aplicar la pérdida de oportunidad) por lo que partimos también de dichas cuantías teniendo en cuenta el carácter orientativo del baremo.



**Junta de
Castilla y León**
Consejería de Sanidad

Finalmente, como se ha expuesto, vamos a aplicar un porcentaje de pérdida de oportunidad de un 55%. No obstante, teniendo en cuenta que se trata de resarcir el daño moral producido (posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera) no se va a hacer tampoco una aplicación absolutamente matemática sino el reconocimiento de una indemnización a tanto alzado por el perjuicio ocasionado, **actualizada** a la fecha de la resolución:

- Como sucesores mortis causa, dado que no se ha especificado reparto, se reconoce una indemnización de 17.000 euros a la comunidad hereditaria.
- AD.^a 100.000€
- Hijo mayor de 30 años (D.): 13.000 €
- Hijo/a menor de 30 (D.^a): 40.000 €
- Hijo/a menor de 30 (D.): 50.000 €

Sobre la base de lo precedentemente expuesto, esta Consejería **RESUELVE, DE ACUERDO CON EL DICTAMEN DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN:**

ESTIMAR PARCIALMENTE las reclamaciones interpuestas por D. (seguida posteriormente por sus herederos) y por D.^a y D. reconociendo una indemnización de 220.000 euros, según lo expuesto en el fundamento V.

Contra la presente Orden, que agota la vía administrativa, se podrá interponer recurso de reposición ante la Consejería de Sanidad en el plazo de un mes o recurso contencioso-administrativo ante la Sala del mismo nombre del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid, o bien podrá optar por la Sala de Burgos (únicamente si el demandante tiene su domicilio en las provincias de Ávila, Burgos, Segovia o Soria), en el plazo de dos meses, conforme a lo establecido en los artículos 10, 14 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. El plazo se computará a partir del día siguiente al de recepción de la notificación de esta resolución.

EL CONSEJERO,

Firmado por:

En la fecha 09.03.2023 08:22:10 CET
Cargo:..

Carlos Sardinero García
ABOGADO
C/ ALBERTO AGUILERA 34 - ENTREPLANTA F
28015 - MADRID
TEL.: 91 686 91 60 - 91 448 96 92

SARDINERO ABOGADOS