



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 309/2014

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 10 de noviembre de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excmra. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 27 de agosto de 2013, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, luego sustituido por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. 294/13), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 26 de septiembre de 2007, x, en representación de x, cuyo poder notarial adjunta, presentó un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS), en el que expresa que en junio de 2006, su representado acudió al Servicio de Urología del hospital "Reina Sofía" por padecer molestias al orinar y, tras realizarle varias pruebas, fue tratado con antibióticos, anticolinérgicos y alfa-bloqueantes. Al persistir y agravarse los síntomas, en mayo de 2007 acudió al Servicio de Urología del hospital "Morales Meseguer", donde le fue diagnosticado rápidamente un cáncer de vejiga en fase avanzada y le fue practicada una resección transuretral de vejiga y una cistectomía radical. Alega que en el primero de los hospitales se cometió un claro error de diagnóstico y que, a pesar de haber intentado obtener copia de la historia clínica en dicho hospital, no le ha sido posible. Termina solicitando que se tenga por iniciado procedimiento de responsabilidad patrimonial y que se recaben las historias clínicas correspondientes a las asistencias a su representado en los citados hospitales.

SEGUNDO.- El 9 de octubre de 2007, el Director Gerente del SMS dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, que fue notificada a los interesados. Así mismo, en tal fecha se solicitó a los citados hospitales copia de la correspondiente historia clínica e informe de los facultativos que atendieron al paciente.

TERCERO.- Mediante oficio de 29 de octubre de 2007, desde el hospital "Reina Sofía" se remitió la documentación solicitada, incluyendo un informe, del 26 anterior, del Dr. x, Médico Adjunto de su Servicio de Urología, que expresa lo siguiente

"Paciente de 44 años de edad cuando acude a la consulta de urología el 05/06/2006. Entre sus antecedentes destaca no alergias medicamentosas, dislipemia, hemorroidectomía, síndrome de ansiedad crónica, enolismo y fumador importante. Conductor de vehículos de profesión.

Relata síndrome miccional irritativo de cuatro meses de evolución con aumento de la urgencia miccional diurna y urgencia sin incontinencia. Frecuencia miccional nocturna de una vez. Nunca hematuria. Había tomado ciprofloxacino sin mejoría clínica. Se le pone tratamiento sintomático de su clínica con anticolinérgicos y se solicita:

1.- Analítica de orina: sedimento normal.

2.- PSA: 0,33 mg/ml.

3.- Ecografía (realizada 4 meses después): riñones y vejiga sin hallazgos patológicos. Próstata de 3 x 3,1 x 3,3 cm.

4.- *Flujometría: volumen: 334 ml. Flujo máximo de 18 ml/sg.*

En la nueva visita a consulta, el 10/10/2006, el paciente relata que la clínica es repetitiva y autolimitada, acompañándose últimamente de eyaculalgia. Tanto los síntomas como los resultados obtenidos de las pruebas realizadas hacen pensar en un cuadro funcional muscular de la musculatura perineal (además se debe recordar que, en su profesión, dicha zona sufre un microtraumatismo continuado), con aumento del tono muscular local que no permite un buen vaciado vesical. Es por eso que se inicia tratamiento con bloqueantes de los receptores alfa de la zona inferior vesical y proximal de uretra prostática, que permiten una relajación de la musculatura de dicha zona. Para comprobar que no existe una patología orgánica oculta a la ecografía y valorar "de visu" todo el aparato urinario bajo, se solicita uretrocistoscopia, que se realiza un mes después y que es informada como: uretra muy congestiva y sangrante al tacto. Cuello vesical normal. Vejiga sin alteraciones. No se ve tumoración.

El paciente abandona la sala de exploraciones tras la cistoscopia con la alta sospecha por parte del urólogo que le realizó la exploración de que se trate de una uretritis infecciosa, motivo por el que le propone tratamiento con antibióticos empíricos y antiinflamatorios durante un mes.

Es visto de nuevo en consulta el 30/11/2006: persiste la clínica miccional irritativa, aunque con una ligera mejoría tras el tratamiento antibiótico empírico. Como el cuello vesical es informado como normal (no estenótico) y puesto que no había habido mejoría clínica con el bloqueo alfa-adrenérgico, se repone tratamiento con anticolinérgicos a una dosis mayor y se solicita un exudado uretral y urocultivo para valorar una posible causa infecciosa que no hubiera respondido a la antibioterapia empírica, con resultado negativo para ambos estudios. Se comprueba el resultado de una citología de orina tomada durante la uretrocistoscopia, que es informada por el patólogo como positiva a células neoplásicas de bajo grado de malignidad. Como quiera que la mayoría de los patólogos están de acuerdo en que estas mínimas alteraciones citológicas pueden ser artefactos, se decide confirmación de la displasia citológica de orina mediante una nueva citología de orina de micción espontánea, la cual resulta normal.

Al haberse descartado una causa infecciosa o tumoral, se refuerza la hipótesis de causa funcional muscular y se solicitan los estudios encaminados al estudio de la neuromusculatura pélvica mediante Resonancia Magnética Nuclear de columna lumbosacra, Potenciales Evocados de los nervios perineales por parte del servicio de Neurofisiología y un Estudio Urodinámico por parte del Urodinamista de nuestro Servicio. No volvió a consulta".

Consta en la historia clínica que se citó al paciente para el 18 de septiembre de 2007 a fin de realizar las citadas pruebas, no acudiendo a la consulta (f. 241 exp.).

CUARTO.- En oficio de 30 de octubre de 2007, el Director Gerente del citado hospital comunica, frente a lo expresado por el reclamante respecto de la imposibilidad de haber obtenido la historia clínica, que consta que un representante de aquél la solicitó el 25 de septiembre de 2007, siéndole entregada el 2 de octubre siguiente.

QUINTO.- Mediante oficio de 22 de noviembre de 2007, desde el hospital "Morales Meseguer" se remite la documentación solicitada, incluyendo un informe del Dr. x, que expresa lo siguiente:

"Paciente de 45 años visto por primera vez en nuestro Centro el día 14 de Mayo de 2007, con antecedentes de Hemorroides intervenida, Hipercolesterolemia sin tratamiento. No DM. No HTA. No alergias conocidas. Fumador 1,5 paquetes/día. En tto. con Orfidal y Dogmatil. Hematuria ocasional intermitente. No Cólicos. No ITUs según refiere.

Acude a Consulta por clínica irritativa desde hacía 14 meses según relataba, con chorro débil, no disuria, entrecortado, urgencia miccional y sensación de vacuidad incompleta. Frecuencia Miccional Nocturna de 7 a 8 ocasiones, Frecuencia Miccional Diurna cada hora. Acompaña Analítica de sangre con PSA de 0,71. Colesterol de 253 y sin otro hallazgo significativo, analítica de orina que era negativo y Cultivo negativo.

Ante dicho cuadro se solicita Citología urinaria x 3, Cultivo de Tuberculosis (TBC) (Lowestein/Zhiel-Nielsen), estudio urodinámico que estará en función de los hallazgos de las pruebas y Uretrocistoscopia.

Los resultados fueron:

- *Citología x 3 (22/05/2007): intenso infiltrado inflamatorio con hallazgos citológicos sospechoso de neoplasia urotelial de alto grado citológico e "In situ".*

- Cultivo urinario y Tinción de Auramina (cultivo de TBC) fue negativo a las 8 semanas de incubación.

Ante dichos hallazgos, que se vieron el día 1 de Junio de 2007, se realizó Uretrocistoscopia el día 06/06/2007, encontrando lesiones eritematosas difusas en cúpula, caras laterales, claramente sugestiva de Carcinoma In Situ (CIS), con áreas incipientes, proliferativas de alto grado en cúpula. Ante dichos hallazgos se propone Biopsia Múltiple Normalizada (BMN) vesical y Resección Trans Uretral (RTU) de vejiga para estudio de lesiones, que se practica tras valoración anestésica el día 14 de Junio de 2007 (siendo alta el día 18 de Junio de 2007), informando el patólogo (20/06/2007) de Carcinoma transicional de vejiga, grado citológico, estadio B con áreas de mucosa vesical revestida por carcinoma in situ. En secciones de uretra prostática se encuentran áreas de carcinoma urotelial "in situ".

Tras la cirugía de RTU TM vesical + BMN realizada el 14 de Junio de 2007 y tras su alta tuvo que acudir a Urgencias por caída de escaleras el día 27 de Junio, permaneciendo ingresado hasta el día 29 de junio con resolución del cuadro.

Tras la valoración del cuadro se decide como propuesta la realización de CISTOPROSTATECTOMIA RADICAL + URETRECTOMIA + LINFADENECTOMIA ILIOOBTURATRIZ BILATERAL AMPLIADA + APENDICECTOMIA PROFILÁCTICA + DERIVACIÓN URINARIA TIPO BRICKER-WALLACE I el día 3 de Julio de 2007 (siendo alta el día 16/07/2007). El informe de Anatomía Patológica que llegó durante su estancia hospitalaria informa: Carcinoma urotelial de alto grado, invasivo que infiltra capa muscular (pT2), Carcinoma urotelial in situ, que afecta a vejiga, márgenes ureterales y uretra prostática con extensión a ducto y glándula prostática. Hiperplasia prostática, vesículas seminales y ductos deferentes libres de tumor. Carcinoma urotelial metastásico en 2 de los 10 ganglios de la cadena leobturatriz izquierda, en dos de los siete ganglios aislados. Apendicectomía. Se solicitó TC para valorar extensión.

Se hizo valoración por parte del Servicio de Oncología y se decide inicio de Quimioterapia por parte de dicho Servicio, teniendo algún episodio de fiebre neutropénica, tratado por ello.

Desde el punto de vista funcional urológico está en seguimiento estrecho (última visita el día 10/09/2007) con Citología por Urostomía y TC abdominopélvico de control (que también lo ha solicitado Oncología) para valorar al paciente de forma permanente.

Así se hace este informe de ACTUACIÓN UROLÓGICA hasta la fecha".

SEXTO.- Mediante oficio de 30 de noviembre de 2007 se requiere al reclamante para que proponga los medios de prueba que considere oportuno, presentando éste un escrito al efecto el 21 de diciembre de 2007.

SÉPTIMO.- A la vista de dicho escrito, la instrucción solicitó al citado hospital la aportación de determinados documentos y la aclaración de algunos extremos allí planteados por el reclamante. Mediante oficio de 5 de febrero de 2008, el Director Gerente de dicho centro remitió la siguiente documentación:

- Copia del protocolo de actuación del Servicio de Anatomía Patológica para la realización de estudios citológicos.
- Informe de 25 de enero de 2008, del Jefe de Servicio de Anatomía Patológica, que indica lo siguiente:

"En relación con el expediente de responsabilidad patrimonial nº 655/07 a nombre de x, le adjunto el protocolo de actuación en la práctica de estudios citológicos, del Servicio de Anatomía Patológica del Hospital General Universitario Reina Sofía de Murcia.

En el mismo se puede apreciar que el RESUMEN DIAGNÓSTICO va acompañado de unas OBSERVACIONES, en las que aconsejamos: 1. repetición de estudio citológico. 2. Recogida y envío de material en mejores condiciones y 3. comprobación anatomo-patológica.

En el caso que nos ocupa nos encontramos en el archivo dos estudios citológicos de orina de x:

1. Registro 06C4584 diagnosticado de positivo para células malignas, compatible con neoplasia transicional papilar. Diagnóstico realizado por el prof. Dr. x, Jefe de Sección del Servicio de Anatomía Patológica.

2. Registro 07C753 diagnosticado de negativo para células malignas. Diagnóstico realizado por el Dr. x, Facultativo Especialista de Anatomía Patológica. Revisados ambos estudios citológicos mediante la recuperación de las preparaciones del archivo se confirman y ratifican ambos diagnósticos.

Finalmente, queremos manifestar que cualquier diagnóstico citológico de malignidad nunca es concluyente y debe ir siempre ratificado mediante biopsia".

- Informe de 4 de febrero de 2008, del Jefe de Servicio de Urología, que señala lo siguiente:

"El paciente x acude a la unidad de endoscopia urológica enviado por consultas externas de Urología por presentar un síndrome miccional caracterizado por dolor pelviano, dolor suprapúbico y polaquiuria, siendo los demás estudios negativos, se le remite para uretrocistoscopia, en la cual se puede constatar una uretra anterior muy congestiva, una uretra posterior igualmente congestiva hiperémica y muy sangrante al contacto del cistoscopio. La vejiga es igualmente congestiva de configuración normal, no constatándose la presencia de tumor exofítico intraluminar, teniendo a su vez un cuello vesical de aspecto normal.

No obstante, debido al aspecto congestivo y sangrante al tacto con el cistoscopio, se le realiza un barbotaje vesical (lavado de vejiga con suero), extrayéndose dicha muestra de lavado para estudio citológico y recomendándole al paciente tratamiento antibiótico, antiinflamatorio y consulta de revisión en consultas externas de Urología.

El resultado de este estudio citológico por lavado vesical resultó ser compatible con neoplasia transicional papilar de bajo grado.

Este diagnóstico no fue confirmado en un nuevo estudio citológico realizado en la primera revisión posterior en consultas externas, puesto que esta segunda citología se informó como negativa para células malignas.

La citología es una prueba diagnóstica de sospecha y es patólogo-dependiente y puede estar artefactada por diversos procesos como: infecciones agudas o crónica, litiasis y procesos inflamatorios en general, por lo tanto, la denominación de bajo grado no implica la obligatoriedad de una biopsia de tejido donde no se observa tumoración exofítica".

OCTAVO.- Solicitado informe a la Inspección Médica de la Consejería consultante, fue emitido el 2 de noviembre de 2011, que concluye:

"1. Varón de 45 años de edad que consulta por Síndrome irritativo miccional en Servicio de Urología del HURS (Hospital Universitario "Reina Sofía").

2. El Servicio de Urología del HURS realiza exploraciones y pruebas diagnósticas adecuadas con resudados no concluyentes para patología tumoral y a lo largo de un largo periodo de aproximadamente 11 meses no establece un diagnóstico definitivo del paciente.

3. No hay error de diagnóstico por parte del Servicio de Urología del HURS, ya que no llega a establecer un diagnóstico definitivo, aunque el diagnóstico diferencial se alarga en exceso.

4. El paciente acude a Servicio de Urología de HUMM (Hospital Universitario "Morales Meseguer") que ante hematuria (signo que no aparece en la documentación clínica del Servicio de Urología del HURS) dispone la misma secuencia de pruebas diagnósticas que son concluyentes para patología tumoral de vejiga y establece diagnóstico definitivo y tratamiento.

5. Sí hay retraso en el diagnóstico definitivo, que se produce en Servicio de Urología del HUMM, en el que se realiza citología tres meses después de la última y Uretrocistoscopia aproximadamente siete meses después de la anterior, que son concluyentes para neoplasia en estadio B.

6. Puede existir pérdida de oportunidad diagnóstica y terapéutica".

NOVENO.- El 2 de julio de 2012, x, en representación de x, de la que señala que actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad x, y, presenta un escrito en el que viene a expresar que tales representados suceden en el presente procedimiento a x (ex marido y padre de aquéllos, respectivamente), por causa del fallecimiento de éste, invocando a tal efecto el artículo 31.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), manifestando que a tal efecto se personan en este procedimiento, *"solicitando, al tiempo, la ampliación de la reclamación, además de lo ya expuesto, a los daños de toda índole que como consecuencia del fallecimiento de su padre y esposo, han sufrido mis representados".*

Adjunta a dicho escrito copia de la siguiente documentación: poder de representación otorgado en su favor por la señora x; certificado de defunción de x el 2 de agosto de 2009; certificado del Registro de Últimas Voluntades, donde consta como único testamento del citado uno otorgado el 29 de febrero de 2008, ante el Notario x; y testamento de tal fecha y ante dicho Notario otorgado por el señor x, en el que lega a su citada cónyuge el usufructo universal y vitalicio de su herencia e instituye como herederos únicos y universales, por partes iguales, a sus citados hijos.

DÉCIMO.- Requerida la historia clínica del paciente en el nivel de Atención Primaria, fue remitida mediante oficio de 22 de noviembre de 2012 del Director Gerente del Área de Salud VII.

UNDÉCIMO.- Remitida a la Inspección Médica dicha documentación a efectos de su valoración, el 22 de abril de 2013 emite informe en el que expresa que se ratifica el emitido el 2 de noviembre de 2011.

DUODÉCIMO.- Mediante oficio de 10 de mayo de 2013, la instrucción solicita a la aseguradora del SMS que emita informe sobre la valoración del daño causado por la asistencia sanitaria en cuestión, ante la posible pérdida de oportunidad diagnóstica y terapéutica, siendo emitido el siguiente 29, en el que expresa lo siguiente:

"Es posible prever la probabilidad de recidiva después de la operación, con arreglo al estadio histopatológico, la presencia o ausencia de invasión linfática o vascular y la propagación a los ganglios. En las personas que muestran recidivas, éstas surgen con una mediana de un año (intervalo, 0.04 a 11.1 años). Los resultados a largo plazo varían con el estadio histopatológico y el cuadro histológico.

El número de ganglios linfáticos extirpados también tiene utilidad pronostica para saber si el tumor había llegado o no a los ganglios.

La supervivencia tumor específica del carcinoma vesical superficial es elevada. De los diferentes estudios se observa que la supervivencia a 5 años oscila entre el 75%-95%.

SUPERVIVENCIA DESPUÉS DE OPERACIONES CONTRA CÁNCER VESICAL

Estadio patológico Supervivencia a 5 años, % Supervivencia a 10 años. %

T2.N0 89 87

(...)

En el caso que nos ocupa, en la uretrocistoscopia realizada el 17/11/06 el estudio citológico se mostró compatible con una neoplasia transicional papilar de bajo grado. En ausencia de otros estudios, cabe considerar que el paciente estaba en un estadio superficial con una supervivencia a 5 años del 95%. En Mayo de 2007, cuando acude al H. Morales Meseguer, ante la presencia de una citología sospechosa de carcinoma "in situ"/ neoplasia urotelial de alto grado, se reinicia estudio, que lleva a determinar que estamos ante un carcinoma invasor de alto grado, que infiltra muscular (pT2) y presenta afectación ganglionar (2/10). Esto implica un deterioro (del) pronóstico del 35% frente al 95% que podría haber presentado 1 año antes. Esta diferencia de pronóstico es la que debe asumirse, lo que implica una pérdida de oportunidad de un 60% (95-35%) en relación con la supervivencia del perjudicado".

A continuación, el informe aplica el baremo sobre valoración de daños en materia de tráfico para calcular la indemnización que correspondería a la esposa e hijos por el fallecimiento de su respectivo esposo y padre. A tal efecto, sobre la cantidad de 210.267,07 en que se valorarían los daños en caso de indemnizarse al 100%, determina como posible indemnización el 60% de dicha cifra, en correspondencia con el estimado 60% de supervivencia en que previamente ha estimado la pérdida de oportunidad, es decir, 126.160,24 euros.

DECIMOTERCERO.- Mediante oficio de 4 de julio de 2013 se acuerda un trámite de audiencia y vista del expediente para los interesados, compareciendo el 22 siguiente un representante de los reclamantes a este último efecto, presentando alegaciones el 24 de julio de 2013, en las que, en síntesis, expresa lo siguiente.

I. En primer lugar, reitera su afirmación inicial de que la asistencia sanitaria prestada al paciente en el hospital "Reina Sofía" fue defectuosa en cuanto hubo un retraso diagnóstico y terapéutico del cáncer de vejiga que padecía cuando acudió a dicho centro en junio de 2006, retraso que implicó, por un lado, que aquél tuviera que someterse en julio de 2007 a una cirugía muy agresiva (resección total de vejiga, próstata y apéndice, y parcial de uretra y cadena ganglionar linfática), a una derivación urinaria con bolsa colectora externa tipo Bricker-Wallace), con el consiguiente perjuicio estético, y que sufriera impotencia, quedando en situación de incapacidad permanente absoluta; por otro, que dicho retraso redujo sus posibilidades de supervivencia, pues falleció por causa de metástasis del referido cáncer, en agosto de 2009.

A tal efecto, aporta un informe médico, de 22 de febrero de 2012, de un especialista en Medicina Legal y Forense, en el que, tras analizar los hechos y realizar diversas consideraciones médicas, concluye lo siguiente:

"PRIMERA.- Que el paciente x fue atendido en el Servicio de Urología del Hospital "Reina Sofía" de Murcia en numerosas ocasiones entre el día 5 de junio de 2006 y el 24 de mayo de 2007, sometiéndose a todas las exploraciones y tratamientos prescritos por los facultativos de dicho hospital.

SEGUNDA.- Se evidencian varias deficiencias en la referida asistencia y especialmente, error e incapacidad diagnóstica de un proceso tumoral común, cáncer de vejiga. Diagnosticándose en su lugar: Posible disfunción vesical en espera de confirmación. El diagnóstico correcto no se alcanza en ningún momento en el hospital "Reina Sofía" en más de un año de asistencia.

TERCERA.- Como consecuencia de dicho error diagnóstico, se prescribió reiteradamente tratamiento sintomático que solo sirvió para enmascarar la enfermedad.

CUARTA.- No se siguieron las recomendaciones para el diagnóstico del cáncer de vejiga de las Guías Clínicas (Protocolos) de la Asociación Europea de Urología, adoptados por la Asociación Española, ni los del NCCN (Centro Integral del Cáncer) norteamericano.

QUINTA.- Como consecuencia de dichas deficiencias el diagnóstico y el tratamiento se retrasaron más de un año.

SEXTA.- Esta demora motivó una cirugía sumamente mutiladora que dejó gravísimas secuelas y que las probabilidades de curación del proceso maligno fueran prácticamente nulas, produciéndose el fallecimiento del paciente el día 2 de agosto de 2009.

SÉPTIMA.- Un diagnóstico correcto y precoz un año antes hubiese mejorado su pronóstico para la curación de paciente y menores secuelas de las que sufrió desde el tratamiento quirúrgico en julio de 2007 hasta su fallecimiento en agosto de 2009".

II. En segundo lugar, y en cuanto a las indemnizaciones reclamadas, afirma que del citado informe médico se extrae que, de no haberse dado el indicado retraso diagnóstico y terapéutico, se estima en un 80% el porcentaje de probabilidad de que no se hubieran producido las secuelas a que se refiere ni la muerte del paciente, lo que ha de tenerse en cuenta a estos efectos; a partir de ello (es decir, considerando una detacción de un 20% del total indemnizatorio que en otro caso hubiera procedido), se formulan las pretensiones resarcitorias del siguiente modo:

1. Con carácter principal, y en la consideración de que el baremo que rige en materia de accidentes de tráfico no es aplicable al presente caso, la viuda e hijos del paciente solicitan: a) en calidad de herederos de éste, por las secuelas padecidas en vida y el daño moral sufrido por el mismo a la vista de la pérdida de oportunidad terapéutica acaecida, la cantidad de 500.000 euros; b) a título propio, por el daño moral inherente al fallecimiento

de su esposo y padre, la cantidad de 180.000 euros. Total: 680.000 euros.

2. Subsidiariamente, para el caso de que se aplicase el indicado baremo, solicitan lo siguiente (con abstracción inicial del porcentaje del 80% reseñado con anterioridad, que aplican al final de su valoración):

A) En calidad de herederos del paciente, por las secuelas y la situación de incapacidad permanente absoluta que padeció en vida:

- Por secuelas: Impotencia (20 puntos), extirpación radical de vejiga (60 puntos, por analogía con la extirpación total de colon), derivación urinaria con bolsa colectora externa (50 puntos, por analogía con el supuesto previsto en caso de heces) y por su perjuicio estético bastante importante (30 puntos). Por estos conceptos reclaman 269.434,34 euros más un incremento del 10% como factor de corrección económica (total 296.377,77 euros).

- Por la situación de incapacidad permanente absoluta: 185.764,70 euros.

B) A título propio, por los daños morales inherentes al fallecimiento de su esposo y padre (con dos hijos menores de edad), incluyendo un 10% de incremento como factor de corrección económica): 224.775,30 euros.

Sumadas las tres anteriores cantidades, al total le aplica el porcentaje del 80% en que se cifra la incidencia de la pérdida de oportunidad diagnóstica y terapéutica, dando como resultado final la cantidad de 565.534,23 euros.

DECIMOCUARTO.- El 26 de julio de 2013 se formula propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación; en síntesis, por considerar, de acuerdo con el informe de la Inspección Médica, que existió un indebido retraso diagnóstico y terapéutico en la asistencia sanitaria al paciente en el hospital "Reina Sofía", implicando una pérdida de oportunidad terapéutica que, de acuerdo con el informe de la aseguradora del SMS, debe cifrarse en un 60%; porcentaje que, aplicado a los daños morales sufridos por los reclamantes derivados del fallecimiento del paciente, valorados conforme al baremo aplicable en materia de accidentes de circulación según el cálculo realizado por la citada compañía, da como resultado la cantidad de 126.160,24 euros, que se reconoce como indemnización.

DECIMOQUINTO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. Resulta esencial destacar que en el seno del presente procedimiento se han formulado dos reclamaciones distintas, en cuanto distinto es el sujeto dañado y la causa de pedir que late en ellas:

A) En primer lugar, el paciente (bajo representación) presentó el 26 de septiembre de 2007 una reclamación por los daños sufridos a consecuencia del alegado error de diagnóstico cometido en el hospital "Reina Sofía", error que estimaba que había dado lugar a que un año después, en el hospital "Morales Meseguer", tuvieran que realizarle una resección transuretral de vejiga y una cistectomía radical. Aun cuando no lo manifestara expresamente, podía considerarse que reclamaba indemnización por las secuelas derivadas de tales intervenciones. No consta en el expediente ningún otro escrito del paciente que complementase o concretase lo anterior.

B) En segundo lugar, el 2 de julio de 2012, fallecido el paciente el 2 de agosto de 2009, su viuda, en nombre propio y en representación de los dos hijos menores de edad que tuvo con aquél, presenta, bajo representación, el escrito reseñado en el Antecedente Noveno, en el que, como allí se dijo, se viene a expresar que los comparecientes, herederos de aquél, suceden en el presente procedimiento a su marido y padre, por causa del fallecimiento de éste, invocando a tal efecto el artículo 31.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), solicitando el representante de los comparecientes que se les tuviera por personados en el procedimiento (se deduce que en sustitución de su causahabiente) y "solicitando, al tiempo, la ampliación de la reclamación, además de lo ya expuesto (se deduce que se refiere a lo reclamado en su día por el señor x) a los daños de toda índole que como consecuencia del fallecimiento de su padre y esposo, han sufrido mis representados". Es decir, que en tal escrito los comparecientes vienen, por un lado, a continuar, a título de sucesión hereditaria ("iure hereditatis"), con la reclamación presentada en su día por el paciente para resarcirse por las secuelas causadas por la actuación sanitaria cuestionada; y, por otro, reclaman "ex novo", y a título personal ("iure proprio") por el daño moral que les causó el fallecimiento de su esposo y padre.

Se trata, como se dice, de reclamaciones y pretensiones distintas, porque en la primera el dañado es el paciente, que reclamó por las secuelas que padeció a causa del alegado retraso diagnóstico y terapéutico, si bien su fallecimiento implica que su reclamación pueda ser continuada por sus herederos, ex artículo 31.3 LPAC, al ser transmisible "*mortis causa*" el crédito que nació en favor de aquél cuando se le produjeron los daños por los que reclamó (STS, del Pleno de su Sala 1^a, de 13 de septiembre de 2012, de posterior análisis); en la segunda reclamación, la esposa e hijos del paciente reclaman a título propio, en su condición de directos perjudicados por un daño moral, el inherente al fallecimiento de su familiar, que es distinto del anterior. Dicha diferente naturaleza de las acciones resarcitorias es asimismo puesta de manifiesto por la citada STS.

A la vista de ello, debe decirse que los comparecientes tienen, por una parte, legitimación derivativa para proseguir la reclamación de su causahabiente, por las secuelas que, pudiendo imputarse en mayor o menor medida al retraso diagnóstico y terapéutico, fueron sufridas por aquél durante el periodo de tiempo que las padeció (lo que influirá en la valoración de estos daños, como asimismo señala dicha STS y se analizará en su momento); y, por otra parte, tienen legitimación directa para reclamar por los daños, propios, inherentes al fallecimiento de éste, asimismo en la medida en que el óbito sea imputable a la defectuosa asistencia sanitaria.

A este respecto, en fin, conviene traer a colación lo expresado en la citada STS:

"En el presente caso, el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense, por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos, puesto que no se extingue por su fallecimiento, conforme el artículo 659 del CC. Como señala la sentencia de 10 de diciembre de 2009, a partir de entonces existe una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva, tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde ese momento a integrar su patrimonio hereditario, con lo que serán sus herederos, en este caso sus padres, los que ostentan derecho -iure hereditatis-, y por tanto, legitimación para exigir a la aseguradora su obligación de indemnizar lo que el causante sufrió efectivamente y pudo recibir en vida (...), como legitimación tienen también, aunque no la actúen en este caso, como perjudicados por el fallecimiento que resulta del mismo accidente -iure proprio-, puesto que se trata de daños distintos y compatibles".

Por su parte, la Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella las reclamaciones e imputarse los daños al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. En cuanto al plazo de ejercicio de las distintas pretensiones resarcitorias, lo anteriormente expuesto da lugar a una doble consideración: por una parte, no hay reparo que oponer a la pretensión resarcitoria deducida inicialmente por el paciente, ya que las secuelas por las que solicitó indemnización (sin cuantificación alguna) se produjeron en julio de 2007 y la reclamación de aquél se presentó en septiembre siguiente. Sin embargo, la reclamación presentada a título propio por la esposa e hijos, por causa del fallecimiento de su familiar, resulta extemporánea, pues el óbito se produjo el 2 de agosto de 2009 y dicha reclamación se presentó el 2 de julio de 2012, es decir, habiendo transcurrido el plazo de un año previsto a tal efecto en el artículo 142.5 LPAC.

III. En lo referente al procedimiento, debe decirse que el hecho de que la instrucción no haya considerado indemnizables, a los herederos del paciente, los daños (las secuelas) cuyo resarcimiento, como se dijo, debe

entenderse reclamado por éste en su escrito inicial, implica que no se haya recabado el parecer de la Inspección Médica ni de la aseguradora del SMS sobre la determinación y valoración de las secuelas que hayan de imputarse al retraso diagnóstico y terapéutico que dicha Inspección, en su informe de 2 de noviembre de 2011, reconoce haberse producido en relación con la asistencia sanitaria prestada al paciente en el hospital "Reina Sofía". Por su parte, el informe emitido por la aseguradora del SMS sólo se refiere a la indemnización por el fallecimiento del paciente, reclamación sobre la que ya hemos dicho que debe considerarse prescrita.

A partir de lo anterior, y como se desarrollará en la Consideración Cuarta, procede realizar determinadas actuaciones instructoras complementarias a fin de que pueda contrastarse la valoración realizada por los reclamantes (en el escrito reseñado en el Antecedente Decimotercero y en el informe pericial que adjuntan) sobre las secuelas que consideran indemnizables y sus factores de corrección, así como sobre el porcentaje en que ha de cifrarse la pérdida de oportunidad terapéutica, pero en relación, no con el fallecimiento del paciente, sino sobre la producción de las referidas secuelas. A estos efectos, se echa en falta el que tras la aportación por los reclamantes de su informe pericial éste no se le trasladara a la Inspección Médica para que ampliara su inicial informe, lo que resulta en todo caso necesario, vista la índole de las cuestiones planteadas.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria. Consideraciones generales.

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE: "*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 en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*". Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce "*el derecho a la protección de la salud*", desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.
- Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.
- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los razonablemente posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación de éste ha de regirse por la denominada "*lex artis ad hoc*", o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03, entre muchos otros, de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la "*lex artis ad hoc*" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta en el caso de que se trate, 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. La "*lex artis*", por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad

predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

Así, la STS, Sala 3^a, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *"ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente"*.

Asimismo, la STS, Sala 3^a, de 23 de marzo de 2011, expresa que *"la actividad sanitaria no permite exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, ya que su función ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria, utilizando al efecto los medios y conocimientos que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir en todo caso la curación del paciente"*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1^a, de 24 de mayo de 1999, entiende que *"los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida"*.

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la *"lex artis"* responde la Administración de los daños causados que puedan imputarse a dicha actuación infractora, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la *"lex artis"*; responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse en estos casos u otros análogos.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999).

En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervenientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que se reclama indemnización. Determinación de los daños a considerar. Indebido retraso diagnóstico de la patología del paciente que implica una pérdida de oportunidad terapéutica sobre la misma.

I. Cuestión inicial: la determinación de los daños a considerar.

Conforme se expuso en la Consideración Segunda, los daños sobre los que debe realizarse el análisis de su relación de causalidad con el eventual funcionamiento anormal de los servicios públicos sanitarios son las secuelas padecidas por el paciente en vida que deban ser imputadas a dicho anormal funcionamiento, pero no los daños padecidos a título propio por su esposa e hijos, cuya reclamación ha de considerarse prescrita, según lo razonado en su momento.

Dichas secuelas vienen a ser concretadas por aquéllos en el escrito reseñado en el Antecedente Decimotercero, en el que, entre otros extremos, manifiestan su voluntad de continuar, a título hereditario, con la reclamación presentada en su día por su causahabiente, que se refería a determinadas secuelas que imputaba a un indebido retraso diagnóstico y terapéutico de los servicios del hospital "Reina Sofía". Interesa destacar que, en el mencionado escrito, los interesados reclaman con carácter principal una cantidad a tanto alzado por tales conceptos, sin más motivación que la invocación de los graves perjuicios sufridos por el paciente.

Subsidiariamente, valoran determinadas secuelas conforme al baremo aplicable en materia de accidentes de tráfico, para el supuesto de que éste se considerase utilizable en el presente caso, incluyendo a estos efectos la aplicación de varios factores de corrección de su tabla IV (incremento del 10% en atención a los ingresos de la víctima y una cantidad adicional por su afirmada situación de incapacidad permanente absoluta durante el tiempo que vivió tras la producción de las mencionadas secuelas). Además, manifiestan de modo expreso que no reclaman indemnización por el período de incapacidad temporal sufrido por el paciente a causa del tratamiento quirúrgico y quimioterapéutico realizado tras el diagnóstico de su patología. Todo ello deberá tenerse en cuenta a efectos de la determinación de la indemnización que procediese, además de los parámetros o criterios de ponderación que se señalarán más adelante.

II. El anormal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y su relación de causalidad con los daños antes reseñados.

Conforme con lo expuesto en la precedente Consideración, ha de darse una especial relevancia probatoria al informe emitido por la Inspección Médica, en el que viene a reconocer un indebido retraso de los servicios del hospital "Reina Sofía" en cuanto al diagnóstico y, en consecuencia, el tratamiento, de la patología (cáncer de vejiga) que aquejaba al paciente cuando acudió a dicho centro, por lo que sufrió una pérdida de oportunidad en el tratamiento de aquella.

En el Dictamen de este Consejo Jurídico nº 107/14, de 23 de abril, expresamos lo siguiente:

"Partiendo, pues, de la constatación de una pérdida de oportunidad terapéutica, hay que recordar que este Órgano Consultivo ha examinado en diferentes supuestos la incidencia de la pérdida de oportunidad por insuficiencia de medios, diagnósticos y tratamientos tardíos para afrontar con éxito una determinada patología, reconociendo en ocasiones la procedencia de la indemnización cuando las actuaciones u omisiones del funcionamiento público sanitario han dado lugar a la frustración de una oportunidad seria y fundada de sobrevivencia, sanación o disminución del alcance del daño (entre otros, Dictámenes núms. 71/2006, 35/2008, 14/2011 y 144/2013)."

La consecuencia de la aplicación de esta doctrina es que se indemniza no el daño final, sino el porcentaje de oportunidades de obtener una curación en tiempo oportuno, como recoge la STS, Sala 3^a, de 4 de julio de 2007. (...)

Como reiteradamente ha señalado este Consejo Jurídico, las dificultades para realizar una valoración precisa del daño objeto de resarcimiento han motivado que los Tribunales opten en numerosas ocasiones por aplicar baremos orientativos, con la ventaja que proporciona una opción que permite al juzgador la objetivación al máximo de la indemnización reparatoria del perjuicio, sin que ello signifique, una vez tomado en consideración dicho baremo, que aquellos otros conceptos que no se encuentren comprendidos en él, o que lo estén en una medida insuficiente y escasamente acorde y proporcionada con la entidad del perjuicio, deban ser descartados o minusvalorados. En este sentido, el sistema de valoración de daños en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3^a, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del afectado en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño (por todos, nuestro Dictamen núm. 69/2004).

(...) la consecuencia de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades es que se indemniza no el daño final, sino el porcentaje de oportunidad, como sostiene la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 15 de octubre de 2003: "Por tanto, lo que debe ser objeto de reparación es, solamente, la pérdida de la oportunidad de que con un tratamiento más acorde a la *lex artis* se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud de la paciente ahora recurrente; el hecho de que se valore, exclusivamente, esta circunstancia obliga a que el importe de la indemnización deba acomodarse a esta circunstancia y que se modere proporcionalmente con el fin de que la cantidad en la que se fije la indemnización valore en exclusiva este concepto indemnizatorio"; también, como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de abril de 2002: "pérdida de oportunidades o expectativas de curación, lo que significa que no es pertinente condenar a la Administración sanitaria como si el daño íntegro fuera atribuible a la misma, sino en una proporción resultante de una valoración aproximativa de las probabilidades de éxito que se hubiesen derivado del tratamiento correspondiente a un diagnóstico adecuado".

De esta manera, a partir de la existencia de un indebido retraso diagnóstico en la asistencia sanitaria pública que se haya estimado causante de una pérdida de oportunidad terapéutica sobre una determinada patología del paciente, los daños que deban ser considerados indemnizables, por imputarse, en mayor o menor medida, a dicho retraso diagnóstico o, en su caso, terapéutico, han de determinarse utilizando un parámetro o criterio porcentual, basado en un juicio probabilístico realizado por los profesionales médicos a partir de criterios estadísticos aplicados a las circunstancias del caso concreto, aun teniendo en cuenta la comprensible dificultad que entraña tal juicio técnico, vistas las inevitables limitaciones de la ciencia médica. Para determinar de forma razonada el porcentaje en que debe fijarse la pérdida de oportunidad terapéutica es esencial, entre otros extremos (como determinar con la mayor precisión posible la situación de base del paciente), que se establezca de forma razonablemente aproximada la fecha en que, de acuerdo con la correcta "*lex artis ad hoc*", los servicios sanitarios cuestionados hubieran debido llegar al diagnóstico correcto y comenzar el tratamiento adecuado, para luego contrastarla con la fecha en que se realizó efectivamente el adecuado diagnóstico o tratamiento. Con arreglo a lo anterior y a criterios estadísticos sobre progresión de la enfermedad, ha de procederse a una estimación porcentual relativa a la probable evitación o minoración de los daños que hubiera sufrido el paciente en el caso de que en su día se hubiera actuado con pleno respeto a la "*lex artis ad hoc*".

Aplicado ello al caso que nos ocupa, el informe de la Inspección Médica reconoce la existencia de un retraso diagnóstico generador de una pérdida de oportunidad terapéutica sobre la patología del paciente, por lo que se constata un anormal funcionamiento de los servicios sanitarios, si bien no incluye un análisis sobre la incidencia probabilística y porcentual de dicha pérdida de oportunidad en relación con los daños que deben ser objeto de consideración, en los términos señalados en el anterior epígrafe I.

III. La determinación y valoración de los daños indemnizables.

1. La determinación de las secuelas imputables al retraso diagnóstico, su valoración y la fijación del porcentaje en que deba cifrarse la pérdida de oportunidad terapéutica acaecida.

En nuestro Dictamen 107/14, antes parcialmente transrito, añadíamos lo siguiente:

"Asimismo, en nuestro Dictamen 71/2006 se señaló que la valoración de la pérdida de oportunidades, necesariamente compleja, ha de basarse en criterios orientativos y equitativos.

A la hora de determinar la indemnización, este caso presenta unas singularidades que motivan que la tradicional dificultad inherente a estos supuestos se vea notablemente aumentada, en especial por la ausencia en el expediente de un análisis de la incidencia de la omisión de las pruebas diagnósticas en la evolución de la dolencia cardíaca del paciente. (...)

Así pues, como se ha señalado en varios Dictámenes de este Consejo (por todos, el 184/2006), el *quantum indemnizatorio* puede ser determinado por el órgano instructor, sin necesidad de recabar nuevo Dictamen de este Órgano Consultivo, con los siguientes criterios:

1.º *Solicitar a la Inspección Médica, con traslado de nuestro Dictamen, que valore las probabilidades de éxito que se hubieran derivado de la aplicación de los medios diagnósticos antes señalados, teniendo en cuenta la concurrencia de otros factores intrínsecos que pudieron haber coadyuvado al fatal desenlace.*

2.º Una vez determinado dicho porcentaje el mismo se aplicará sobre las cantidades que corresponderían a la reclamante por aplicación del sistema de valoración de daños y perjuicios (tabla I) causados a las personas en accidentes de circulación....".

Con las matizaciones que resultan del hecho de que, en nuestro caso, la determinación porcentual o probabilística de la pérdida de oportunidad ha de efectuarse en relación con las secuelas padecidas por el paciente en vida que se consideren indemnizables (por referencia a las tablas III, IV y VI del baremo aplicable, según lo que luego se dirá) y no, según se ha visto, en relación con el daño de su fallecimiento (cuya reclamación indemnizatoria está prescrita) y del hecho de que las secuelas deben valorarse, además de por otros factores, en necesaria consideración al tiempo en que el paciente efectivamente las padeció en vida, según se desarrollará después, las conclusiones de dicho Dictamen pueden trasladarse, en lo sustancial, al presente supuesto, por las siguientes razones.

En primer lugar, debe decirse que el informe de la aseguradora del SMS no resulta suficiente a efectos de valorar los daños porque, como se dijo en su momento, analiza la pérdida de oportunidad terapéutica (fijando su relevancia en un 60%) en relación con un daño, el fallecimiento del paciente, que no puede ser aquí considerado a efectos indemnizatorios por la razón ya expuesta. Por ello, debería darse la oportunidad a dicha entidad para que analizase la incidencia del retraso diagnóstico y terapéutico en relación con las secuelas a que se refieren los reclamantes en el escrito reseñado en el Antecedente Decimotercero, ya que no puede admitirse, al menos de principio y sin un análisis *"ad hoc"*, que el referido porcentaje, calculado para el resultado de muerte, sea también forzosamente aplicable para la producción de las secuelas a considerar (vgr., en la medida en que la resección de vejiga, la derivación urinaria y sus consecuencias funcionales sean secuelas posibles incluso en casos de diagnóstico precoz del cáncer, de modo que el retraso diagnóstico y terapéutico padecido pudiera incidir en las probabilidades de evitar alguna o todas de dichas secuelas con una menor intensidad que en las de evitar el fallecimiento del paciente). Debe destacarse que en los Dictámenes de este Consejo Jurídico nº 321/12 y 76/14 se refleja que la aseguradora del SMS realiza la evaluación probabilística de la pérdida de oportunidad terapéutica en relación con las secuelas a considerar en dichos casos, lo que debería hacerse también en el presente, para que así la Inspección Médica emitiera su parecer a la vista tanto de dicho informe como del ya presentado por los reclamantes.

Sobre este último, debe resaltarse que afirma, con referencia a los protocolos de la Asociación Europea de Urología (que no aporta), que el retraso diagnóstico y terapéutico padecido implicó una pérdida de oportunidad tanto para evitar la producción de determinadas secuelas padecidas por el paciente en vida (derivadas de la agresividad de la cirugía que, afirma, el retraso diagnóstico obligó a realizar) como para evitar su fallecimiento. Debe destacarse en este punto la contradicción en que parece incurrir el informe en cuanto al lapso de tiempo en que cifra el retraso diagnóstico, pues en sus conclusiones lo cifra en *"más de un año"* y, sin embargo, de sus consideraciones se desprende que el retraso fue de unos siete meses, pues afirma que en el mes de noviembre de 2006 (el día 16 o a lo más tardar el 30) debió haberse realizado en el hospital *"Reina Sofía"* una nueva uretrocistoscopia, con biopsia (por la existencia previa de microhematuria en la orina), lo que hubiera llevado entonces al diagnóstico de cáncer de vejiga; prueba y diagnóstico que se realizó el 6 de junio de 2007 en el hospital *"Morales Meseguer"*. Aunque de dicho informe se desprende que esa diferencia de tiempo no es significativa a los efectos de que se trata (afirma que un retraso de más de 90 días implica un incremento de riesgo de metástasis del 52 al 81%), ello debería analizarse tanto por la aseguradora del SMS como, en todo caso, por la Inspección Médica, en relación con las secuelas por las que se reclama indemnización.

Sin embargo, el informe de la Inspección Médica no aborda en qué medida debe cifrarse la pérdida de oportunidad sufrida por el paciente y su incidencia en la producción de dichas secuelas (tampoco, por cierto, respecto del fallecimiento del paciente), ni tampoco, obviamente, sobre su valoración.

Ello requiere, en todo caso, y sin perjuicio de que se otorgue un trámite al efecto a la aseguradora del SMS, solicitar de dicha Inspección un informe específico en el que determine: a) las secuelas que deban imputarse al retraso diagnóstico y terapéutico padecido, y proceder a su valoración (se plantean dudas acerca de si han de valorarse por separado las tres secuelas fisiológicas alegadas -aparte en todo caso la de carácter estético-, como hacen los reclamantes, pues entre las reglas generales de valoración establecidas en la Tabla VI del baremo se prevé la de que *"no se valorarán las secuelas que estén incluidas y/o se deriven de otra, aunque estén descritas de forma independiente"*); b) asimismo, y aunque no conste una formal declaración de incapacidad del paciente a efectos laborales, debe determinar estimativamente en qué situación de incapacidad, de las previstas en la tabla IV del baremo, se habría podido incluir al paciente desde su intervención quirúrgica hasta su fallecimiento, para así

realizar luego una estimación de la cantidad a indemnizar por tal concepto; c) finalmente, ha de determinar el porcentaje en que deba cifrarse la pérdida de oportunidad terapéutica, derivada del retraso diagnóstico reconocido, en relación con las mencionadas secuelas, pues dicho porcentaje será necesario para su posterior proyección sobre el "quantum" indemnizatorio.

2. La ponderación de las secuelas en atención al tiempo en que efectivamente las padeció el paciente.

A) Sin perjuicio de lo anterior, el presente caso presenta la singularidad de que, al reclamarse indemnización, deducida finalmente por los correspondientes herederos, por las secuelas padecidas por su causahabiente en vida, habiendo fallecido éste por causa al menos parcialmente imputable al anormal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, la más reciente y relevante jurisprudencia, cristalizada en la ya citada sentencia del Pleno de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2012 (según la autorizada doctrina que ha abordado especial y extensamente la valoración del daño en supuestos como el que nos ocupa), sienta un criterio que conecta plenamente con el esencial requisito, establecido en el artículo 139.2 LPAC, de que el daño a resarcir debe ser efectivo, es decir, real, y no meramente hipotético o de futuro.

Las consideraciones de tal sentencia, que seguidamente se transcribirán, deben ser trasladadas al supuesto que nos ocupa teniendo en cuenta que la referencia que allí se hace al "accidente" (de tráfico, hecho generador de la responsabilidad y los consiguientes daños), debe entenderse hecha, en nuestro caso, al retraso diagnóstico y terapéutico acaecido (que es aquí el hecho generador de la responsabilidad, debiendo evaluarse probabilísticamente qué daños causó tal retraso, como ya se vió). Por otra parte, el que en dicha sentencia se aborde un supuesto de accidente de circulación, que impone una aplicación rigurosa (pero con ciertos matices, como demostrará aquélla) del baremo existente en la materia, no impide extender a otros ámbitos distintos lo esencial de su doctrina, si bien, como se dijo en su momento, en éstos la aplicación del baremo es un medio relevante del que se parte para conseguir una imprescindible motivación del "quantum" indemnizatorio, sin perjuicio, pues, de las correcciones que la aplicación de dicho baremo pueda demandar cada caso concreto, asimismo motivadamente.

A los efectos ahora analizados, de dicha STS se destaca lo siguiente:

"Se trata de un fallecimiento que trae causa del propio accidente y es un efecto más del mismo, contemplado como tal en la ley. Por tanto, debe ser considerado a todos los efectos relacionados con la fijación de la indemnización, tanto en sí mismo (daños a familiares), como en relación con el alcance de la lesión permanente sufrida. Ahora bien, como la ley solo regula el fallecimiento, pero no su incidencia sobre el resto del daño, aunque no la excluye, como en el caso anterior, debe resolverse la laguna legal aplicando los principios de compatibilidad de indemnizaciones por distintos conceptos (incapacidad temporal, lesión permanente y daño a los familiares por fallecimiento) y proporcionalidad de la indemnización por lesión permanente con respecto al tiempo que medió desde el accidente hasta la muerte, durante la cual ésta se ha sufrido (sic).

Las consecuencias lesivas ya no atienden al futuro, porque desaparecieron con el fallecimiento, por lo que aquellos parámetros temporales y personales considerados en abstracto (se refiere a la aplicación pura y simple de las tablas III, IV y VI del baremo) dejan de serlo porque se conocen los perjuicios, reales y ciertos, que ha sufrido desde la fecha del siniestro y que no quedan absorbidos por la muerte posterior, por cuanto tienen entidad propia e independiente y han generado hasta ese momento unos perjuicios evidentes a la víctima, susceptibles de reparación en un sistema que indemniza el daño corporal en razón de la edad y a las expectativas de vida del lesionado, y estas expectativas no se han cumplido por el fallecimiento anticipado de la víctima debido al accidente de tráfico. Salvo el daño que resulta del fallecimiento, compatible con los anteriores, pero que no se reclama, ya no hay incertidumbre alguna sobre la duración de las lesiones y secuelas, por lo que el crédito resarcitorio que se transmite por herencia deberá hacerse en razón del tiempo transcurrido desde el accidente hasta su fallecimiento (del causahabiente, se entiende), y no por lo que le hubiera correspondido de haber vivido conforme a las expectativas normales de un joven de quince años, puesto que aquello que se presumía como incierto (el tiempo en que la víctima hubiera sufrido las secuelas del accidente según la expectativa de vida de una persona conforme a las referidas tablas del baremo) dejó de serlo a partir de ese trágico momento (el fallecimiento).

QUINTO.- Constituye un principio básico del SLV que, a efectos de aplicar las tablas, la edad de la víctima sea la del siniestro (Artículo Primero, 3, del Anexo) con independencia del tiempo de vida que le quede, de manera que, por lo que respecta a la indemnización básica por las lesiones permanentes o secuelas para las de una misma

entidad o puntuación, la indemnización de la víctima varía en relación inversamente proporcional a su edad al momento del accidente (a más edad, la cuantía correspondiente a secuelas de la misma entidad o puntuación, disminuye). En esta tesis, parece lógico ajustar la cantidad que el SLV reconoce, en cuanto lo hace en contemplación a los años que tenía cuando se produjo el siniestro respecto de los que le quedarían por vivir, y fijar la indemnización atendiendo al tiempo efectivo que transcurrió hasta su fallecimiento, pues fue este espacio temporal durante el cual la víctima sufrió la secuela".

Aplicando lo anterior a las secuelas padecidas en vida del accidentado y sus factores de corrección, la sentencia establece lo siguiente:

"(i) La indemnización básica por lesiones permanentes se fija en 2765 euros, a razón de 2705 euros por las secuelas fisiológicas y 60 por las estéticas. Este resultado se obtiene tras ponderar respectivamente las sumas que la ley (Tabla III) reconoce a una víctima de menos de 20 años, con arreglo a lo que debería ser su expectativa normal de vida, correspondientes a 100 puntos de secuelas fisiológicas (...) y a 25 puntos de perjuicios estéticos (...) en relación con el tiempo concreto (aproximadamente 5 meses) que la víctima debió de convivir con ese daño (las lesiones permanentes le fueron concretadas en febrero y murió en julio de 2007).

(ii) De igual forma, debe ponderarse también, en atención al tiempo transcurrido desde el alta definitiva al fallecimiento, la indemnización correspondiente a los diferentes factores correctores de la Tabla IV por los que se reclama, valorando las consecuencias de la no prolongación en el tiempo de la situación de minusvalía para la víctima y sus familiares (...), porque se ha de suponer que a partir del fallecimiento cesan para la víctima los sufrimientos y perjuicios de todo tipo ligados a su minusvalía, y porque los únicos daños morales para sus familiares van a ser los que les produjo su muerte, que ya encuentran adecuado resarcimiento en la indemnización correspondiente a este concepto, que no es objeto de este pleito. En su virtud, la correspondiente a daños morales complementarios, cuyo máximo previsto fue rebajado a 80511,76 por el Juzgado, se concede proporcionalmente al tiempo del padecimiento de las graves secuelas, en la suma de 150 euros. Las indemnizaciones por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez se reducen desde el máximo reconocido en primera instancia hasta la cantidad de 1000 euros, sin que haya lugar a conceder indemnización en concepto de daños morales a familiares al haber sido rechazada dicha pretensión por el Juzgado y no haberse combatido este pronunciamiento en apelación. Finalmente, se reconoce sobre la indemnización básica por secuelas una indemnización correctora de los perjuicios económicos del 10%, por tratarse de víctima en edad laboral que no justifica ingresos".

Ahora bien, a la cantidad total resultante la sentencia añade un 10%, con este razonamiento:

"Sin duda, esta indemnización no puede quedar reducida a la proporción que impone una simple regla aritmética. El impacto que unas lesiones de esta naturaleza han producido en un corto espacio de tiempo a los bienes básicos de un joven de 15 años de edad no puede indemnizarse únicamente en función de unas expectativas de vida truncadas prematuramente con motivo del accidente. Es cierto que la remuneración del daño moral ya viene incluida en la determinación de los días de baja y las secuelas, y la edad de la víctima se tiene en cuenta a la hora de otorgar el valor del punto. Lo que no se tiene en cuenta es esa mayor concentración de dolor, sufrimiento y afectación, inmediato e imprevisible, causado a quien, a raíz del accidente, ha estado obligado a convivir durante un corto espacio de tiempo con unas gravísimas lesiones, razones todas ellas que permiten incrementar en un 10% la indemnización que proporcionalmente le corresponde conforme a las reglas propias del sistema de valoración".

B) Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, y a partir de la determinación por la Inspección Médica de las secuelas que sean imputables al retraso diagnóstico y terapéutico conforme a lo expresado en su momento, deben establecerse así los criterios a utilizar para calcular la indemnización:

En primer lugar, una vez determinadas por la Inspección las secuelas que deben considerarse a los efectos indemnizatorios, y habiendo sido valoradas inicialmente por aplicación del valor del punto correspondiente a una persona de entre 41 a 55 años (según el baremo aplicable a daños causados en 2007), resultará la cantidad que, por lesiones permanentes, hubiera correspondido al paciente durante un periodo de expectativa normal de vida de unos 35 años adicionales (así se desprende de la tabla "Esperanza de vida a determinadas edades", referida a 2012, publicada por el Instituto Nacional de Estadística -www.ine.es- respecto de un hombre de 40 años, considerando que, en nuestro caso, el paciente tenía 45 años cuando se le causaron las secuelas). Dicha cantidad habrá de reducirse proporcionalmente al tiempo efectivo de supervivencia del paciente, es decir, a unos 2 años, que fueron aproximadamente los transcurridos entre la producción de las secuelas de que se trata y su

fallecimiento.

A la cantidad resultante habrá de añadirse un 10% como resarcimiento por la especial concentración de padecimientos (sobre todo psíquicos) sufridos durante los referidos dos años, dadas las características del caso, y ello por analogía con lo aplicado por la referida STS. Además, deberá aplicarse otro incremento de un 10% como factor de corrección por perjuicios económicos y, finalmente, una cantidad adicional por la situación de incapacidad permanente que se considere; cantidad estimada prudencialmente a la vista del informe de la Inspección Médica y ponderando que el paciente sufrió dicha incapacidad durante los referidos 2 años (importe que debería estar dentro del margen previsto para este concepto en la tabla IV del baremo).

Finalmente, a la cantidad resultante de todo lo anterior habrá de aplicarse el porcentaje en que la Inspección Médica haya fijado la pérdida de oportunidad terapéutica, ya que, como se dijo en su momento, en estos casos tal es el mecanismo que permite ponderar adecuadamente la incidencia del retraso diagnóstico en la producción de los daños que hayan de ser objeto de indemnización. Y todo ello sin perjuicio de la actualización final de la cantidad así obtenida, conforme a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En el presente procedimiento se han formulado dos reclamaciones distintas: a) la formulada por la esposa e hijos del paciente en la que solicitan "*iure proprio*" indemnización por el fallecimiento de su familiar, que ha de considerarse extemporánea por las razones expresadas en la Consideración Segunda, I y II, de este Dictamen; b) la formulada por aquéllos a título de sucesión "*mortis causa*" e "*iure hereditatis*", por continuación de la reclamación formulada en su día por el paciente y causahabiente de los mismos, solicitando indemnización por las secuelas padecidas en vida de éste, que ha de estimarse parcialmente, pues existe relación de causalidad jurídicamente adecuada entre los daños inherentes a dichas secuelas y el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos cuestionados, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta de este Dictamen.

SEGUNDA.- Para la determinación y valoración de los daños a indemnizar habrá que proceder y atenerse a los criterios expresados en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

TERCERA.- En consecuencia, en la medida en que la propuesta de resolución es estimatoria parcial de la reclamación formulada por la esposa e hijos del paciente en solicitud de indemnización por los daños morales inherentes al fallecimiento de éste, dicha propuesta se informa desfavorablemente, sin perjuicio de lo indicado en las precedentes Conclusiones.

No obstante, V.E. resolverá.