



ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 12 de noviembre de 2004 D. M. T. C. presentó un escrito dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS) en solicitud de indemnización por daños y perjuicios causados a su persona por la deficiente asistencia sanitaria dispensada por dicho Ente. En síntesis, manifiesta que en fecha 18 de julio de 2003 acudió a su Médico de Familia por presentar tumoración a nivel de región pretibial derecha, refiriendo traumatismo de unos meses de evolución, tratado con Varidasa y Trombocid, habiendo observado un progresivo en la zona descrita. Dicho Médico la remite al Traumatólogo de Zona que, con fecha 30 de julio de 2003, le diagnostica hematoma pretibial organizado y procede en la consulta a su drenaje quirúrgico y mechado, prescribiéndole tratamiento antibiótico y analgésico. Ante la evolución tórpida de su dolencia a pesar de las curas locales, se decide su ingreso en el Hospital de Molina el 14 de octubre de 2003 para evacuación de hematoma organizado, lo que se efectúa, dejándose drenaje y manteniendo curas periódicas.

Al no desaparecer el problema, con fecha 26 de diciembre de 2003 acude el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, donde se le diagnostica "*bulldoma pretibial derecho*" y, tras aplicar vendaje compresivo, se le recomienda revisión por su Traumatólogo de Zona.

En fecha 5 de febrero de 2004 vuelve al citado Servicio de Urgencias (es un error, pues acudió al Servicio de Traumatología de dicho Hospital), donde, sigue diciendo, se hace referencia a la ausencia de estudio anatomo-patológico de la tumoración con ocasión de la intervención de 14 de octubre de 2003 en el Hospital de Molina, a su crecimiento progresivo, la ausencia en TAC de afectación ósea y la necesidad de Punción y Aspiración con Aguja Fina (PAAF) para su correcto diagnóstico. El estudio anatomo-patológico, de fecha 10 de febrero de 2004, resulta positivo para sarcoma sugestivo de corresponder a fibrohistiocitoma maligno mixoide, por lo que es intervenida en dicho Hospital el 16 de febrero de 2004, procediéndose a exéresis de piel y tumor en una sola pieza y de región anterior de tibia, por posible infiltración, remitiéndose los fragmentos para estudio anatomo-patológico, que confirma el citado diagnóstico (16 de febrero de 2004 y 25 de febrero de 2004). Ante esta patología, y con estudio gammagráfico (4 de marzo de 2004) positivo para acúmulos focales en 1/3 inferior de fémur y superior de tibia, con ausencia de otros focos sugestivos de metástasis, y TAC dudoso (5 de marzo de 2004), se decide tratamiento con amputación y quimioterapia. En este mismo sentido se pronunció el Servicio de Traumatología de la Clínica Universitaria de Navarra (al que acudió autorizada por el SMS), aunque con el matiz de la posibilidad de tratamiento de quimioterapia anterior a la valoración del quirúrgico.

Con fecha 22 de marzo de 2004 se procedió a la amputación de la pierna a nivel 1/3 distal de fémur derecho.

En fecha 12 de junio de 2004 consultó por tumoración inguinal, programándose para resección, con TAC de 24 de junio de 2004 positivo para masa, que comprime vasos femorales y flemón en muñón. El 25 de junio de 2004 se procede a la resección. El estudio anatomo-patológico de 30 de junio de 2004 confirmó metástasis. Manifestaba la reclamante en su escrito que en la

actualidad presentaba amputación de su miembro inferior derecho a nivel de 1/3 medio distal de fémur y una tumoración inguinal derecha de unos 5 cm., compatible con recidiva (la segunda) de metástasis de fibrohistiocitoma maligno, lo que achaca a una demora innecesaria en el diagnóstico, motivada por no haber realizado las elementales pruebas complementarias (estudio anatomo-patológico) imprescindibles para el adecuado tratamiento de la patología. Dicho retraso en el diagnóstico retrasa a su vez el tratamiento y ensombrece el pronóstico. Para obtener el diagnóstico definitivo de una lesión tumoral se ha de partir de la sospecha de la misma por anamnesis y exploración, se continúa con pruebas de laboratorio y radiología convencional, puede ser necesario TAC y RNM, y se finaliza con la biopsia, prueba ésta que no se realizó y que fue la causa de un resultado que se podía haber evitado.

Finalmente, la reclamante cuantifica así la indemnización que solicita (206.893,66 euros):

"-Amputación de M.I. derecho 60 puntos.

-Perjuicio estético importante 24 puntos.

84 puntos a razón de 1.875,352 euros/punto 157.529,97 euros.

Factor de corrección que supone un incremento del 10% por encontrarse la lesionada en edad laboral 15.752,96 euros.

-Días hospitalarios (de 14/10/03 a 15/10/03; de 15/2/04 a 5/3/04; de 21/3/04 a 29/3/04; de 24/6/04 a 28/6/04; de 25/10/04 a 2/11/04): 40 días a razón de 56,384 euros/día 2.255,36 euros.

-Días impeditivos (de 15/10/03 a 8/11/04): 356 días a razón de 45,813 euros/día 16.046,339 euros.

Factor de corrección por Incapacidad Permanente Total: 15.046, 339 euros".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, el 22 de noviembre de 2004 la instructora requiere de la Gerencia de Atención Primaria del SMS, del Centro de Especialidades " Doctor Quesada Sanz", de Murcia, del Hospital de Molina y del Hospital "Virgen de la Arrixaca" las correspondientes historias clínicas e informes de los facultativos que en cada centro atendieron a la paciente.

TERCERO.- Remitidas las historias clínicas, los informes requeridos que fueron evacuados son los siguientes:

-Informe de diciembre de 2004 del Dr. S. C., que expone así los hechos: "esta paciente acudió a consulta por primera vez el 30-7-03 por traumatismo en región pretibial derecha ocurrida el 19-6-03 según indica su médico de cabecera en el recuadro de episodios activos.

Fue atendida por mi Ayudante, la Dra. S. L., quien diagnosticó hematoma pretibial organizado y procedió a su drenaje en la misma consulta y tratamiento antibiótico profiláctico.

El día 1-8-03 es revisada y la Doctora reseña su buena evolución.

El día 26-8-03 se drena sangre por segunda vez y es realizado estudio radiográfico que no muestra lesión. En siguientes curas los días 27, 28 y 29 de agosto se indica la buena evolución.

El día 1 de septiembre de 2003 la veo por primera vez tras mi regreso de vacaciones, y ante la mejoría le suspendo el tratamiento antibiótico profiláctico.

Dado que se producen nuevos rellenos del hematoma, que en ningún caso sobrepasó el tamaño de una nuez, se opta por la apertura total del mismo y su evacuación en quirófano, intervención que practicamos la Dra. S. L. y yo el 14 de octubre de 2003 en el Hospital de Molina. En el acto quirúrgico se extrajeron únicamente coágulos de sangre, no encontrándose ninguna lesión subyacente.

En el postoperatorio y ante la recidiva se comienza tratamiento con Caprofides Hemostático, que se mantuvo durante unos días y fue suspendido el 14 de noviembre de 2003 ante la buena evolución y disminución del mismo. Tras esta fecha no volvimos a tratar a la paciente dado que no volvió a acudir, lo que nos hizo pensar que había curado".

Finaliza su informe concluyendo que "el diagnóstico inicial de hematoma y en consecuencia el tratamiento aplicado fue a mí parecer correcto. Es imposible sospechar la presencia de una lesión tumoral cuando tras un traumatismo aparece un bultoma fluctuante sobre el lugar de la lesión cuyo drenaje da por resultado la presencia de sangre líquida y coágulos. (...) A nivel ambulatorio no realizamos biopsias y si lo hubiéramos creído necesario lo habríamos hecho a nivel hospitalario, aunque como ya he referido con anterioridad cuando procedimos a la limpieza quirúrgica del hematoma no encontramos ninguna lesión susceptible de ser biopsada".

-Informe del Dr. C. M., de fecha 5 de enero de 2005, que señala lo siguiente:

"Paciente de 61 años, que acude a consulta de Traumatología del Hospital U. "Virgen de la Arrixaca" el día 5-2-04, por una tumoración blanda del tamaño de una manzana en cara anterior de la parte proximal de la pierna dcha., con cicatriz de intervención anterior. Refiere como antecedente una contusión en dicha zona de la pierna en Junio-03, y tratada en Octubre-03 con diagnóstico de hematoma pretibial, mediante drenaje quirúrgico, con posterior crecimiento progresivo. Adjunto estudio de TAC, que informa de tumoración de partes blandas sin afectación ósea. Solicito estudio de biopsia por punción y Rx. de pierna. El día 12 de Febrero-04 vuelve a Consulta. El informe de la biopsia es de "Fibrohistiocitoma maligno". Propongo tratamiento quirúrgico de resección tumoral. La paciente es intervenida el 16 de Febrero mediante resección de la tumoración, incluyendo la piel que la recubre y la cicatriz anterior. El tumor está muy adherido a la cara anterior de la tibia, resecando una lámina de tejido óseo. El defecto cutáneo se cierra mediante incisión lateral de descarga e injerto libre de piel, por parte de cirugía plástica. El informe posterior de Anatomía Patológica es de "Fibrohistiocitoma maligno variedad mixoide, que afecta a piel, dista 1mm de límite quirúrgico de resección, e infiltra los fragmentos óseos remitidos". Con esta situación de afectación ósea por el tumor, y previa valoración con el Servicio de Oncología, se decide tratamiento radical mediante amputación por muslo y posterior quimioterapia. Se realiza estudio de extensión con gammagrafía ósea y TAC de tórax y abdomen y Ecografía hepática, no encontrando metástasis a distancia. El día 22 de Marzo-04 es intervenida realizando amputación por muslo dcho., siguiendo posteriormente tratamiento de Quimioterapia y revisión en Consultas. El día 10 de Junio-04, en una revisión de consulta, se descubre una adenopatía inguinal dcha., solicito biopsia por punción, que informa de "ganglio linfático positivo para metástasis de fibrohistiocitoma maligno". Propongo tratamiento de resección, siendo intervenida el día 25-6-04, encontrando una masa de 7 cm. de tamaño adherida a la arteria femoral, realizando extirpación de la masa tumoral. El estudio anatomo-patológico confirma metástasis de fibrohistiocitoma maligno. El 16 de Septiembre-04 en una revisión de consulta presenta nueva recidiva inguinal dcha. Solicito estudio con biopsia, TAC abdominal, Resonancia nuclear magnética y arteriografía, que confirman la existencia de recidiva metastásica sin infiltración vascular. La biopsia confirma la recidiva tumoral. Consultado el caso con radiología, cirugía general y cirugía vascular, Oncología y Radioterapia, se decide nueva intervención para resección, siendo intervenida el día 25 de Octubre-04 conjuntamente con cirugía general (Dr. R.) y posterior tratamiento de quimioterapia y radioterapia.

El día 15 de Diciembre-04 acude a urgencias del Hospital "Virgen de la Arrixaca" por caída hace 3 días, siendo diagnosticada de fractura patológica de húmero dcho., e intervenida el día siguiente (16 de Diciembre) con mechado de agujas centromedular. Durante su estancia hospitalaria se hace estudio con TAC de tórax y abdomen con informe de "Nódulo pulmonar paracardíaco dcho., masa de partes blandas con afectación vertebral D 10 y costilla adyacente. Masa inguinal dcha. de 8 cm. Nódulo subcutáneo inguinal dcho.". Actualmente se encuentra pendiente de tratamiento de radioterapia".

CUARTO.- Otorgado a los interesados (reclamante y compañía aseguradora del SMS) un

trámite para proposición y práctica de pruebas, el 3 de marzo de 2005 la reclamante presenta escrito adjuntando informe de los Dres. A. C. y G. H. de 15 de octubre de 2004 en el que, tras exponer los antecedentes, concluye lo siguiente:

"-La paciente consultó por primera vez (documentada) con Médico de Familia el 18-VII-03, que la remitió a Traumatólogo de zona.

-El 30-VII-03 se procedió por parte de Traumatólogo a drenaje y mechado, no constando que se realizara estudio radiológico ni anatomo-patológico.

-Fue reintervenida en Hospital de Molina el 14-XI-04, no constando tampoco que se realizaran los estudios complementarios referidos anteriormente.

-Con fecha 5-11-04 es reconocida por el Servicio de Traumatología del Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca". En dicho reconocimiento se especifica que no ha habido examen histológico con anterioridad, solicitándose TAC y PAAF que diagnostica la patología.

-Tras una primera intervención el 16-11-04 (extirpación en una sola pieza y curetaje), se decide amputación (22-11-04). Posteriormente es intervenida de metástasis a nivel inguinal (25-VI-04). En la actualidad pendiente de reintervención.

Entendemos que existió una demora innecesaria en el diagnóstico de la paciente, motivada por no haber realizado las elementales pruebas complementarias (estudio anatomo-patológico) imprescindibles para el adecuado tratamiento de su patología. Dicho retraso en el diagnóstico, retrasa a su vez el tratamiento y ensombrece el pronóstico.

En la actualidad la paciente presenta como secuela la amputación de M.I. derecho (50-60 puntos) y perjuicio estético importante (19-24 puntos), estando además incapacitada para la realización de actividades que requieran bipedestación o deambulación".

QUINTO.- Con fecha 11 de abril de 2005, D. J. J. S. T., hijo de la reclamante, presenta escrito manifestando que, ante el fallecimiento de la misma el 5 de marzo anterior, se persona en el procedimiento *"como perjudicado y subrogado en la posición de mi madre"*, para lo cual aporta certificado de su nacimiento, del matrimonio de sus padres y de defunción de su madre.

SEXTO.-Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS el 21 de marzo de 2005, es remitido con fecha 15 de diciembre de 2005, el cual concluye:

"1. La paciente Dña. M. T. C., desde que consulta en atención primaria, padece una "lesión" que produce aumento de partes blandas objetivado radiológicamente.

2. Existió un retraso en la realización de exploraciones complementarias para llegar al diagnóstico definitivo, ante la ausencia de la "sospecha clínica" necesaria para iniciar el estudio.

3. El factor tiempo (la no realización de un diagnóstico precoz) pudo condicionar la evolución y el desarrollo del proceso causado por el fibrohistiocitoma maligno, tumor muy agresivo, de mal pronóstico y que metastatiza con frecuencia.

PROPIUESTA

Por todo lo anteriormente expuesto, y salvo mejor criterio se propone la estimación de la presente reclamación indemnizatoria".

SÉPTIMO.- Otorgado a los interesados el preceptivo trámite de audiencia, el señor S. T. presenta alegaciones en las que se limita a mostrar su conformidad con el informe de Inspección Médica, solicitando que se dicte acuerdo indemnizatorio de conformidad con dichas alegaciones.

OCTAVO.- Mediante oficio de 18 de mayo de 2006, la instructora requiere al interesado que acredite documentalmente la supervivencia del cónyuge de la fallecida, atendiendo dicha requerimiento mediante escrito presentado el 31 de mayo de 2006, adjuntando fe de vida de D. F. S. C. y un Acta de Notoriedad y Declaración de Herederos de la fallecida otorgada el 7 de abril de 2005 ante la Notaria Doña A. M. A. P. a instancia del citado cónyuge viudo, en la que

se declaran herederos legales "*ab intestato*" a los hijos de la fallecida allí consignados, a saber, el interesado y sus hermanos F.-J., A.-M. y M. S. T., sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente al citado cónyuge viudo.

NOVENO.-El 6 de junio de 2006 se formula propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, acogiendo el parecer del informe emitido por la Inspección Médica, considerando procedente indemnizar en la cantidad de 7.332,52 euros, conforme a lo establecido en el baremo aprobado por la Ley 30/1995, de Responsabilidad Civil y Seguro de Vehículos a Motor, para el fallecimiento de víctima con cónyuge e hijo mayor de 25 años, atendida la edad de aquélla, en la cuantía correspondiente al año 2003, por ser el "*año en que se produjo la deficiente asistencia sanitaria al no haber realizado las pruebas complementarias que hubieran permitido un diagnóstico precoz*", cantidad "*a pagar al único hijo que se ha subrogado en la posición de su madre y que ha actuado en su propio nombre*".

DÉCIMO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 27 de junio de 2006, el Secretario General de la Consejería de Sanidad, por delegación de la Consejera, solicita nuestro preceptivo Dictamen, 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, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de marzo, reguladora de este Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Procedimiento y plazo.

I. A la vista del expediente remitido, puede concluirse que se ha seguido sustancialmente lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y su reglamento de desarrollo en la materia que nos ocupa (RD 429/1993, de 26 de marzo).

II. La reclamación se ha interpuesto en el plazo de un año desde la producción de las lesiones por las que se reclama (la secuela consistente en la amputación de una pierna y el periodo de incapacidad temporal a que se refiere el escrito de reclamación), conforme con lo establecido en el artículo 142.5 LPAC.

TERCERA.- Legitimación.

En lo que se refiere a la legitimación de quien reclama, es necesario realizar una detallada Consideración, dadas las peculiaridades del caso (reclamante inicial fallecida en el curso del procedimiento y posterior comparecencia de uno de sus hijos), a la vista especialmente de que, en lo que se refiere al fondo de la reclamación, tanto la Inspección Médica del SMS como la propuesta de resolución consideran que la misma ha de estimarse (a salvo lo relativo al "*quantum*" indemnizatorio).

I. Segundo se desprende del expediente remitido, la reclamación es interpuesta por la persona lesionada directamente por la actuación administrativa, es decir, por la víctima, que reclama por las lesiones que en aquel momento estima consolidadas e imputables a dicha actuación, a saber, un determinado periodo de incapacidad temporal (por estancias hospitalarias y días impeditivos, incluyendo en estos últimos todos los hospitalarios, en una duplicidad en todo caso improcedente) y una secuela que considera ya estabilizada a la fecha de dicha reclamación (amputación de una pierna a nivel del muslo). Posteriormente a dicha reclamación, uno de sus hijos presenta escrito en el que manifiesta literalmente lo siguiente:

"Que con fecha 5-3-05, se produjo el desgraciado fallecimiento de mi madre M. T. C., cuya solicitud inicial de Indemnización por daños y perjuicios, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, por deficiente asistencia sanitaria, sigue su tramitación, con el número de expediente más arriba referenciado 431/04, por lo que mediante el presente escrito, vengo a personarme como perjudicado y subrogándome en la posición de mi madre, acreditando los extremos relatados con anterioridad, con la aportación de los siguientes documentos:

- 1.- Certificado de defunción de mi madre, M. T. C. (Documento nº 1).
- 2.- Certificado de matrimonio de mis padres, M. T. C. y F. S. C. (Documento nº 2).
- 3.- Certificado de nacimiento propio, J. J. S. T. (Documento nº 3).

Por lo expuesto,

SOLICITO: Que tenga por presentado este escrito y documentos que se acompañan, lo admita y así mismo se me tenga por personado como perjudicado y subrogado como parte en el presente procedimiento, por los hechos alegados con anterioridad".

En concordancia con dichas manifestaciones, en su posterior escrito final de alegaciones, evacuado previo otorgamiento del preceptivo trámite de audiencia, el compareciente se limita a mostrarse de acuerdo con el parecer de la Inspección Médica (que dictaminó en su día sobre los hechos alegados por la reclamante en su escrito inicial, sin consideración alguna, pues, sobre el fallecimiento posterior de la misma, que dicha Inspección parece que no conocía) y a solicitar que se dicte resolución o acuerdo indemnizatorio de acuerdo con tales alegaciones. Estas circunstancias, es decir, la simple comparecencia de una persona en un procedimiento ya iniciado, sin modificar en nada la causa de pedir que sustenta la reclamación de que se trata, antes al contrario, habiéndose remitido en su escrito de comparecencia a los "*hechos alegados con anterioridad*", no imputando el fallecimiento de la inicial reclamante al funcionamiento de los servicios públicos (y, en consecuencia, no reclamando indemnización alguna por tal hecho, como sí se hizo, por contra, en el caso objeto de nuestro Dictamen 148/2006, vid. su Antecedente Noveno y Consideración Segunda), imponen considerar que, mediante su comparecencia y solicitud subrogatoria, el interesado no está reclamando otra cosa que lo que le era debido a su madre, es decir, que reclama a título sucesorio "*mortis causa*" y no como perjudicado, a pesar de emplear también dicha expresión, que por sí misma no conforma una pretensión resarcitoria si no se anuda a un hecho o sustrato material que la sustente (aquí, la imputación del fallecimiento). De este modo, al mantenerse como únicos hechos imputables al funcionamiento administrativo los que constitúan causa de pedir para la reclamante inicial, sólo puede aceptarse del compareciente una legitimación activa "*iure hereditatis*", lo que significa que continúa con la reclamación de la madre a título de heredero y causahabiente de la misma, pretendiendo hacer efectivos los derechos indemnizatorios de aquélla, para lo cual la sucesión procesal (aquí procedural, dada la índole administrativa de las actuaciones) es una técnica instrumental de la sucesión o transmisión del derecho sustantivo subyacente, como se desprende del artículo 31.3 LPAC al disponer que "*cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento*". Más adelante se abordará el hecho y las consecuencias de que, al no constar la aceptación de la herencia, pero sí una declaración notarial de herederos "*ab intestato*" (junto a sus hermanos), la legitimación del interesado sólo es admisible si su pretensión resarcitoria se considera ejercitada en beneficio de la comunidad hereditaria resultante.

II. Planteada así la cuestión, es claro que la admisión de la legitimación activa "*iure hereditatis*" del señor S. T., como acreditado heredero legítimo "*ab intestato*" de la reclamante inicial, pasa por determinar si el derecho indemnizatorio que presuntamente ostentaba su

causante y que fue reclamado por la misma se extinguío con el fallecimiento de ésta, o si, por el contrario, pervive y es transmisible "*mortis causa*" a sus herederos, ello sin perjuicio de los derechos indemnizatorios que puedan tener éstos no ya como herederos, sino, como se dijo al principio, como perjudicados y reclamantes "*iure proprio*" por el fallecimiento de su madre, y que no consta que hayan reclamado.

A la vista de la jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado, ha de concluirse a favor de la no extinción "*mortis causa*" de los derechos indemnizatorios generados por los daños que el anormal funcionamiento administrativo pudo causar a la reclamante, así como la aptitud de tales derechos (reclamados, pero no reconocidos al momento del fallecimiento de la víctima) para ingresar en su herencia, a favor de la comunidad hereditaria resultante.

En efecto, el Dictamen del Consejo de Estado de 20 de junio de 2002 señala primeramente que "*la presente solicitud de responsabilidad patrimonial no responde a la muerte del causante por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, supuesto en el que la figura del heredero es sustituida por la del perjudicado, heredero o no, ya que la indemnización -o el derecho a la misma- no habría podido ingresar en el patrimonio del fallecido*". Al tratarse, en cambio, de una reclamación del heredero de la víctima por los quebrantos sufridos por ésta en vida, aborda la cuestión planteada afirmando que "*aceptada como punto de partida la transmisión hereditaria de cuantos derechos de carácter obligacional no sean personalísimos, no hay razón alguna para exceptuar los nacidos al amparo de los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, puesto que carecen de aquellas connotaciones, al igual que sucede con la responsabilidad extracontractual en términos exclusivamente civiles. Por lo demás, estamos en presencia de verdaderos derechos y, en cualquier supuesto, la distinción entre éstos y las simples expectativas no varía con el cambio de titularidad -si se permite la expresión-, de forma que el éxito o fracaso de la reclamación no depende de la legitimidad formal para el ejercicio de la acción*".

En el mismo sentido se viene pronunciando la doctrina de otros órganos consultivos análogos (Dictámenes nº 97/01, 223, 238 y 291/03 y 321/04 del Consejo Consultivo Andaluz, y 359/01 y 173/03 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, entre otros).

De igual modo se viene pronunciando la Jurisprudencia. Así, en el orden civil, la SAP de Asturias de 9 de abril de 2002 señala que se trata de una rancia polémica no resuelta definitivamente por la doctrina, cual es qué deben entenderse por derechos personalísimos y si el derecho al resarcimiento del daño sufrido en el propio cuerpo lo es, y que "*si bien puede afirmarse que el derecho a la integridad física es un derecho inherente a la personalidad, la cuestión que aquí se debate no es ésa, sino la de si el derecho al resarcimiento derivado del daño causado por la conducta negligente de otro y de la contravención del principio del deber de no dañar, es derecho de contenido patrimonial o no cuando de daños personales se trata*", llegando a una conclusión afirmativa, entre otras razones, por disposiciones como la del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, que reconoce legitimación para ejercitar la acción directa tanto al perjudicado como a sus herederos, considerando la Sala que "*ninguna necesidad habría de referirse a los herederos si no es que se da por presupuesto la patrimonialidad del derecho al resarcimiento*". A la misma conclusión llega la Sala 1^a del Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de junio de 2004 con simple invocación de los artículos 657 y siguientes del Código Civil, considerando que la reclamación indemnizatoria "*comprende el concepto de heredera de la actora respecto a su hija fallecida, a su vez perjudicada por la muerte de su marido*" (siendo este último el hecho culposo que generaba indemnización).

Por su parte, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, respecto de una pretendida

responsabilidad civil "ex delicto", afirma lo siguiente en su sentencia de 7 de diciembre de 1998: "Es cierto que en este caso el derecho a percibir la indemnización acordada se le asignó a la madre política de la víctima del delito, no en razón de su cualidad de perjudicada, sino de su titulación como heredera del patrimonio de su hija, ésta sí perjudicada. De ahí que la doctrina jurisprudencial que distingue entre heredero y perjudicado no sea aplicable al presente supuesto, pues su peculiar situación -producto de la mera cronología de los acontecimientos sucesorios desencadenados a raíz del fallecimiento que genera el perjuicio- no puede, en razón de la naturaleza del daño o del cauce procesal utilizado para reclamarlo, favorecer un pronunciamiento acorde con la tesis de quien recurre en casación una vez que, demostrado el perjuicio, el derecho a ser indemnizado nació desde el momento en que se produjo el daño generador de aquél y tal derecho, en cuanto incorporado al patrimonio de su titular, era susceptible de ser transmitido a los herederos de acuerdo con los términos del artículo 105 CP vigente en el momento de los hechos y, a cuya virtud, se prolongaba a los herederos del perjudicado la obligación de indemnizar y la acción para reclamarla en su caso dentro de la vía penal. Con el reconocimiento del daño moral y la cualidad de perjudicada a la esposa de la víctima del delito quedó constituido un derecho que, con independencia del momento de su cuantificación, poseía aptitud para ser integrado en el patrimonio de la persona concreta que sufrió o padeció aquel perjuicio".

Por último, en la jurisdicción contencioso-administrativa destaca la STSJ de Navarra de 17 de octubre de 2003, que aborda un supuesto análogo al que nos ocupa, manteniendo la misma doctrina ya expresada, con argumentos que, por su grado de detalle, conviene reproducir, no obstante su extensión:

"A) Si bien es cierto que con la jurisprudencia citada en el escrito de apelación del Letrado de la Administración foral la indemnización en caso de fallecimiento a favor de los perjudicados por el fallecimiento de una persona, se fijan "iure proprio", por el perjuicio personal causado a quien se encontraba con un lazo de parentesco, afectivo o de convivencia con la fallecida y que precisamente por la muerte de aquella persona sufre un daño susceptible de indemnización, la existencia de tal perjuicio no es incompatible con la existencia de un derecho hereditario a obtener, conforme a las normas hereditarias generales, artículo 659 del Código Civil, los derechos que hubieran correspondido a la fallecida, en este caso como causante hereditario de los perjudicados. Es decir, que conceptualmente pueden existir unas mismas personas con una doble condición: la de perjudicados y la de herederos, no existiendo incompatibilidad alguna entre ambos supuestos.

B) En el caso analizado existió un daño personal a la fallecida, que le ocasionó un importante sufrimiento por la no detección por los servicios sanitarios del cáncer que culminó con su muerte. Tal derecho era resarcible a la propia perjudicada, la fallecida, la cual había solicitado el reconocimiento del derecho de forma personal, habiendo fallecido antes de que la Administración dictara resolución al respecto. Es obvio que de haberse reconocido por la Administración la existencia del derecho de indemnización, el mismo hubiera sido transmisible, hereditariamente, a los ahora actores, por lo que no se ve una diferencia conceptual con la hipótesis analizada, pues el derecho al resarcimiento puede existir, aun no reconocido en la vía administrativa. Tal derecho existe o no, más el devengo del mismo ya se habría generado una vez que se ha producido el supuesto de hecho que genera el mismo, no teniendo carácter constitutivo la resolución administrativa que pueda reconocer tal derecho al resarcimiento.

C) No puede entenderse que el derecho al resarcimiento de la fallecida sea un derecho personalísimo no transmisible a sus herederos, su sufrimiento sí fue personalísimo mas es resarcible, compensable pecuniariamente, y tal resarcimiento constituye un derecho patrimonial, ya devengado una vez que el mismo se ha producido y susceptible de transmisión

a sus herederos. No puede compartirse la idea expresada por la Administración de que se trataba de una mera expectativa de derecho que se extinguía con la muerte de la perjudicada, pues el daño moral ha provocado un derecho de resarcimiento pecuniario superior a una mera expectativa, constituyendo un derecho ya perfeccionado, susceptible de transmisión, así piénsese que si tal derecho ya hubiera sido reconocido en vía administrativa, el mismo hubiera por sucesión hereditaria ingresado en el patrimonio de los herederos, por lo que la muerte no puede alterar las consecuencias que se hubieran producido de no mediar la misma, y ello sin perjuicio de que a causa de la muerte se produjera, suceso entonces incierto, un perjuicio personal para los actores, susceptible de indemnización independiente, iure proprio, del que corresponde a la fallecida, ello con independencia de que de no haber mediado dicha muerte ya se hubieran podido producir perjuicios personales a los herederos".

III. A partir de lo anterior, esto es, de la admisibilidad de la legitimación activa del señor S. T. a título hereditario, y obrando en el expediente una declaración notarial de herederos "ab intestato" de la víctima que comprende a más personas que la del citado compareciente, y no constando renuncia o aceptación hereditaria de los mismos (ni, por tanto, la división de la herencia), resulta obligado considerar que el compareciente sólo puede actuar en beneficio de la comunidad hereditaria correspondiente, tal y como permite la jurisprudencia a cualquiera de los herederos (STS, Sala 1^a, de 16 de septiembre de 1985, y SAP Cuenca de 29 de enero de 2004, citando la anterior).

Lo anterior justificaría que, en el supuesto de estimarse total o parcialmente la reclamación, el beneficiario de la misma haya de ser precisamente la citada comunidad hereditaria, pero no el compareciente a título propio, y todo ello sin perjuicio de lo que resultara de la adjudicación y división de la herencia (salvedad que debería hacerse constar expresamente en la resolución). Por tal motivo, procedería en todo caso la notificación de esta última a los citados coherederos.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama.

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es necesario acreditar daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, el particular no tenga el deber jurídico de soportar, habiendo precisado la jurisprudencia que, en materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la "*lex artis ad hoc*", pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer, señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediados en el estado actual de la ciencia y la técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento a todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

Aplicadas tales consideraciones al caso que nos ocupa, se advierte que la Inspección Médica concluye que no se aplicaron en su momento las técnicas diagnósticas precisas para determinar el alcance de la lesión tumoral que aquejaba a la reclamante. A pesar de que el citado informe es excesivamente escueto, del relato de antecedentes que contiene y de sus conclusiones se desprende el parecer del informante de que, tras la intervención quirúrgica efectuada el 14 de octubre de 2003 en el Hospital de Molina de Segura para la evacuación de lo que se había considerado previamente como "*hematoma organizado en 1/3 superior de*

"pierna derecha" (intervención realizada por la recidiva del bultoma a pesar de unos anteriores drenajes y radiografía), debió haberse procedido a emplear otras técnicas diagnósticas, señaladamente la biopsia del tejido afectado, para llegar a un diagnóstico definitivo (el facultativo actuante aduce en su informe ciertas razones para no sospechar del tumor, pero no ofrece su explicación y diagnóstico para las recidivas del bultoma). Diagnóstico definitivo que sólo fue obtenido cuando la paciente, tras acudir primero infructuosamente el 26 de diciembre de 2003 al Servicio de Urgencias del Hospital "Virgen de la Arrixaca", acude el 5 de febrero de 2004 a consulta de Traumatología del citado Hospital, en la que se prescribe la realización de la biopsia por punción (PAAF), cuyo informe de 10 de febrero siguiente indica haber advertido en el tejido un fibrohistiocitoma maligno variedad mixoide. Considera la Inspección Médica que "*el factor tiempo (la no realización de un diagnóstico precoz) pudo condicionar la evolución y el desarrollo del proceso causado por el fibrohistiocitoma maligno, tumor muy agresivo, de mal pronóstico y que metastatiza con frecuencia*".

Lo anterior, así como la propuesta de la Inspección estimatoria de la reclamación, llevan a considerar que tras la intervención quirúrgica del 14 de octubre de 2003, en que no se indicó la biopsia (o tras el postoperatorio, al advertir la recidiva que tuvo que ser nuevamente tratada farmacológicamente por el facultativo actuante), y hasta el 10 de febrero de 2004, fecha en que, tras ser prescrita la biopsia, se obtiene el diagnóstico antes mencionado, existió un retraso imputable a los servicios sanitarios públicos, aun cuando ello no necesariamente implice culpa grave de los facultativos actuantes. Siendo así, y como expresamos en nuestro Dictamen 71/2006, ello generó "*una pérdida de posibilidad u oportunidades terapéuticas, que nos conduce a la conocida doctrina jurisprudencial de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria (STS, Sala 1ª, de 10 de octubre de 1998), que afecta esencialmente a los supuestos de error de diagnóstico y/o diagnóstico tardío, y a los de tratamiento y asistencia tardía. En el campo médico se habla de la pérdida de oportunidad de vida o curación para significar aquellos casos en que por la omisión de una ayuda diagnóstica, de un tratamiento diferente, de un adecuado diagnóstico, de un medicamento más completo, etc. se ha privado al paciente de una posibilidad de curación (...). 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 acertado*".

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

A la hora de determinar la indemnización, el presente caso presenta unas singularidades que motivan que la tradicional dificultad inherente a estos casos se vea notablemente aumentada. Estas circunstancias son de doble orden:

A) Por un lado, la ausencia en el Informe de la Inspección Médica de un análisis de la incidencia del retraso diagnóstico en la evolución de la dolencia de la paciente. Aun tratándose

de cuestiones médicas de evidente dificultad, la determinación del "quantum" indemnizatorio debe basarse, según se dijo en la Consideración anterior, en un estudio sobre los perjuicios que haya podido ocasionar al enfermo el retraso diagnóstico imputable a la Administración, lo que requiere de un análisis detallado de las características de la enfermedad y de su evolución, atendiendo a datos estadísticos y en consideración a las circunstancias del caso concreto (período de tiempo del retraso, estudios obrantes en la historia clínica que permitan analizar la evolución del tumor, fallecimiento final, etc.). Así, en un caso como el presente, en que por el servicio inspector competente *"en ningún momento se analiza concienzudamente la influencia del tiempo en el hecho lesivo"*, el Dictamen 67/2003 del Consejo Consultivo Andaluz concluye en la necesidad de realizar actos de instrucción complementarios como los mencionados, para que, con la debida contradicción, puedan obtenerse suficientes elementos de juicio que orienten con mayor concreción (en nuestro caso, con alguna concreción) sobre las consecuencias lesivas del retraso diagnóstico, y ello como requisito indispensable para proceder a una cuantificación motivada y no arbitraria de la indemnización.

B) Por otra parte, de la propuesta de resolución se desprende que se ha considerado indemnizable el hecho mismo del fallecimiento, pues se establece como indemnización la prevista por el baremo de la ya citada Ley 30/1995 en favor de hijo mayor de 25 años por el fallecimiento de uno de sus padres (si bien con la aparente contradicción de utilizar como fecha de valoración el año en que se consideró producida la deficiente asistencia sanitaria -que entiende que fue en el año 2003- y no el del fallecimiento, acaecido en 2005). Con ello, la propuesta estima que el hijo de la víctima reclama *"iure proprio"* y en exclusiva para sí, es decir, que reclama como perjudicado por el fallecimiento de su madre (por los daños morales que le causa tal hecho) y a título propio (sin reclamar para otros familiares).

Sin embargo, en la Consideración Segunda hemos razonado que el interesado continúa *"iure hereditatis"* con la pretensión de la reclamante inicial, hasta el punto de que, aun con posterioridad al fallecimiento de la víctima del daño, no varía en absoluto los hechos y daños por los que reclama ni la causa de pedir, sin que le sea dado a la Administración variar unilateralmente la pretensión del interesado, que ha de deducirse necesariamente de las circunstancias expresadas.

Así pues, tanto las actuaciones de la reclamante inicial como las de su sucesor en el procedimiento, imponen que deba resolverse sobre la indemnización que era debida a aquélla por los daños reclamados que, causados a la misma, se estimen imputables al funcionamiento anormal del servicio público sanitario.

A tal efecto, el órgano consultante, previo informe de la Inspección Médica que contemple la globalidad del proceso patológico de la paciente y la final audiencia del interesado, debe determinar en qué medida los daños alegados en la reclamación (la amputación de la pierna y las recidivas tumorales inguinales, causantes de las estancias hospitalarias e incapacidad por las que se reclama), pueden razonablemente imputarse al retraso diagnóstico objetivado en el periodo de tiempo a que antes se hizo referencia. La cuantificación de los conceptos que, a la vista del mencionado informe e historia clínica, hubiesen de considerarse indemnizables, habría de atenerse al baremo de referencia con un carácter meramente orientativo, conforme con lo establecido en casos análogos por la doctrina consultiva y la jurisprudencia, ponderando aquí muy señaladamente el lapso de tiempo en que la víctima pudo sufrir las secuelas e incapacidad correspondiente. De no poderse determinar aproximativa y razonablemente la incidencia del mencionado retraso diagnóstico en el proceso patológico de la paciente, habría que convenir en la existencia de una concurrencia de causas (existencia del tumor maligno, no imputable a la Administración, y retraso diagnóstico, sí imputable) de incidencia indeterminada en la producción de los daños en cuestión, lo que llevaría a imputar el 50% de relevancia a cada una

de dichas causas y, por tanto, trasladándose dicho porcentaje a la cuantificación de la indemnización final, de forma análoga a lo que vino a concluir este Consejo Jurídico en los Dictámenes 4 y 71 de 2006.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La reclamación inicial objeto de Dictamen, deducida por la víctima del presunto funcionamiento anormal de los servicios sanitarios regionales, ha de considerarse continuada a título de sucesión "*mortis causa*" por uno de sus herederos en beneficio de la comunidad hereditaria correspondiente, a la que debe considerarse beneficiaria de la indemnización que, en su caso, se reconociese por los hechos a que se contrae la citada reclamación, en los términos y por las razones expresadas en la Consideración Segunda de este Dictamen. En este aspecto, la propuesta de resolución se informa desfavorablemente.

SEGUNDA.- Existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que se reclama, procediendo su indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen. En este extremo, la propuesta de resolución se informa favorablemente.

TERCERA.- La cuantía del resarcimiento debe ser determinada conforme a los criterios expresados en la Consideración Cuarta de este Dictamen, por lo que, en este punto, la propuesta de resolución objeto de informe se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.