

Dictamen nº: **191/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **14.05.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 14 de mayo de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por A.E.M.M. (en adelante “*la representante*”), en nombre y representación de su madre, P.M.G. (en adelante, “*la reclamante*”), sobre los daños y perjuicios ocasionados por la asistencia sanitaria prestada por parte del Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de agosto de 2011, la representante presenta escrito solicitando la declaración de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid en relación con los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por parte del Hospital General Universitario Gregorio Marañón (HGUGM). En su escrito, la representante manifiesta que a la reclamante le fue diagnosticado y tratado un cáncer de mama en el año 2006, debiendo haber iniciado una terapia hormonal pero no fue así sino que continuó con un tratamiento de Genoxal que debió haberse suspendido por lo que sufrió daños óseos y otros síntomas.

Denuncia que tardaron cinco años en descubrir que no había recibido tratamiento hormonal.

Solicita por ello una indemnización por importe de ciento noventa y nueve mil doscientos catorce euros con cuatro céntimos (199.214,04€) de los cuales 108.846,51 corresponderían a la reclamante, 45.352,71 euros para un hijo discapacitado menor de 25 años, 36.282,16 para cuatro hijos mayores de 25 años, y 8.732,66 euros por incapacidad temporal.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

La reclamante, nacida el 10 de agosto de 1946, fue intervenida por cáncer de mama el 8 de marzo de 2006, mediante una mastectomía radical con linfadenectomía axilar izquierda.

El diagnóstico anatomo patológico fue carcinoma mamario infiltrante de tipo ductal Grado nuclear 2/3 e histológico 8/9.

Recibe el alta el 13 de junio indicando que deberá recibir quimioterapia y valorar radioterapia (folio 46).

Recibe quimioterapia desde abril de 2006 hasta julio de 2006 así como, posteriormente radioterapia.

Se pautó tratamiento hormonal en julio de 2006 (folio 95), pero pese a que en los informes de revisión se dio por supuesto que recibía dicho tratamiento (folios 51,92, 203) en realidad continuó tomando Genoxal (fármaco antineoplásico).

El 5 de octubre de 2010, tras la realización de un estudio de médula ósea el 3 de agosto, se diagnostica la aparición de metástasis óseas con invasión del canal medular, tratándose con radioterapia.

El 26 de octubre de 2010 se hace constar que la reclamante había continuado tratamiento con Genoxal pese a que se había pautado inhibidores de aromatasa. En el TAC se aprecian micronódulos pulmonares, metástasis óseas en D1, D2 y esternales. Se intenta tratamiento experimental que la reclamante no acepta por lo que se indica radioterapia paliativa sobre columna dorsal. Se acuerda proceder a quimioterapia una vez se recupere hematológicamente (folio 204).

En la hoja de evolución de ese día (folio 26) consta la misma anotación si bien se añade de forma manuscrita: «*La reclamante ha estado en tratamiento con Genoxal, lo he visto cuando ha aportado informe escrito por su médico de cabecera donde varía el nombre del medicamento. En informe que (ilegible) la reclamante siempre consta “Trato- hormonal”.*».

En informe de Radiodiagnóstico de 21 de enero de 2011, se concluye que han desaparecido algunos nódulos pulmonares, siendo las metástasis óseas similares a estudio previo (folio 25).

Las anotaciones en la historia de los meses posteriores (folios 27-32) reflejan una buena evolución general, indicándose tratamiento con Zameta.

En el informe de alta de tratamiento radiológico el 17 de marzo de 2011 (folios 34-35), se recoge que no presenta clínica de complicación actual y que la respuesta al tratamiento ha sido excelente.

En la historia clínica de Atención Primaria figura la prescripción de Genoxal el 20 de julio de 2006.

El 10 de mayo de 2007 (folio 274) se anota “*actualmente en tratamiento hormonal*” y que la reclamante irá a revisión en noviembre de ese año.

El 10 de noviembre de 2010 se anota que en marzo de 2010 (sic) se le puso un tratamiento hormonal y se le suspendió el Genoxal pero “*nadie lo*

vio". Añade que la oncóloga le ha dicho (a la reclamante) que el Genoxal debía haberlo suspendido hace cuatro años.

El 30 de junio de 2011 se hace constar: "*Exige un informe porque la oncóloga se equivocó y dio tratamiento Genoxal y según ella médico lo niegan (sic), solo soy copia de episodio*" (folio 275).

TERCERO.- A causa de la referida reclamación se ha instruido un procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante, RPRP).

Con fecha 19 de septiembre de 2011, se practicó requerimiento a la representante a fin de aportar: acreditación de la representación, escrito de reclamación debidamente firmado, identificación de cada uno de los centros sanitarios que prestaron asistencia a la reclamante, copia de la reclamación interpuesta el 28 de octubre de 2010, justificación de las lesiones ocasionadas y acreditación de que la acción de responsabilidad patrimonial fue ejercida en el plazo legalmente establecido.

Dicho requerimiento fue atendido por la representante mediante escrito presentado el 3 de octubre de 2011.

Aporta dos autorizaciones firmadas por la reclamante a favor de la representante y de un hermano de ésta para que la representen. Añade que el escrito inicial estaba firmado.

En cuanto a los centros, destaca que en el HGUGM dieron a la reclamante "*un papel en mano prescribiendo Genoxal*" en lugar de "*pastillas de*

tratamiento hormonal” y, además, en las sucesivas visitas no se comprobó cual era el tratamiento que estaba siguiendo realmente la reclamante. El Centro de Salud se limitó a prescribir un medicamento sin acceso a informes hospitalarios, debiendo haberse extrañado del mantenimiento tan prolongado de ese tratamiento en vez de la necesaria terapia hormonal y ello pese a la anemia prolongada que padeció.

En cuanto a los daños, considera que consiste en la aparición de un cáncer secundario con metástasis óseas, siendo un cáncer irreversible ya que debió haber sido tratado hace cinco años (folio 13).

Acompaña copia de una reclamación no patrimonial presentada el 28 de octubre de 2010 en la que pedía una investigación y una mejor atención en el futuro.

Consta en el expediente informe del jefe de Servicio de Oncología Médica del HGUGM, de 31 de diciembre de 2010, en el que manifiesta:

“La reclamante debería haber iniciado un tratamiento con hormonoterapia, como se indicó en este centro, pero por error se le ha estado recetando fuera de este centro tratamiento con Genoxal (quimioterapia metronómica). De manera casual y cuando la reclamante aportó un día lista por escrito de los medicamentos que tomaba, la Dra. P.P. se dio cuenta que no estaba tomando el tratamiento hormonal, por lo que se suspendió inmediatamente el tratamiento de Genoxal y ha iniciado tratamiento con hormonoterapia que controla su doctora mensualmente para que no vuelva a haber errores”.

Consta un segundo informe del jefe de Servicio de Oncología Médica del HGUGM, de 20 de junio de 2011, en el que manifiesta:

- “1. La reclamante fue diagnosticada y operada de un carcinoma de mama con infiltración dérmica en 2006. Tras la mastectomía, recibió quimioterapia y radioterapia y se prescribió hormonoterapia con inhibidores de aromatasa (Dra. P.P.).
2. Al parecer, la reclamante estuvo tomando Genoxal en lugar del tratamiento hormonal con inhibidores de aromatasa, lo que fue descubierto por la Dra. P.P. en el año 2011. Este tratamiento NO fue prescrito por la Dra. P.P., según me informa personalmente. En la historia clínica de la reclamante, que ha sido revisada en detalle, así como en los informes emitidos, siempre se describe el tratamiento hormonoterápico con inhibidores de aromatasa y nunca se menciona para nada el Genoxal salvo cuando se descubre el error.
3. La reclamante fue sometida al seguimiento que recomiendan las guías internacionales y sociedades científicas, que no recomiendan pruebas de imagen salvo en presencia de síntomas o alteraciones analíticas. Sólo cuando éstas aparecieron (dolor óseo), se realizaron pruebas que llevaron al diagnóstico de metástasis óseas en las vértebras D1 y D2.
4. La reclamante ha recibido radioterapia en esas dos localizaciones vertebrales, iniciando después un tratamiento con letrozol y zoledronato, que mantiene en el momento actual”.

A tenor de lo previsto en el artículo 10.1 RPRP, se ha requerido informe del Centro de Salud Federica Montseny. En el mismo, de 28 de octubre de 2011, se manifiesta:

“Según consta en la historia clínica, la reclamante (...) fue tratada de un cáncer de mama en el Hospital Gregorio Marañón en 2006-2007.

Le mandaron un tratamiento y no consta que aportara ningún informe de revisiones, algo habitual en dicho hospital (raramente les daban informes de las revisiones) ni de los tratamientos, hasta Noviembre del 2010. La reclamante seguía solicitando la receta de un medicamento que le habían prescrito en oncología y que no nos constaba, a los distintos profesionales que la tratamos, que le habían suspendido dicho tratamiento.

Según la reclamante, la oncóloga no le dijo, ni le dio un informe, de la suspensión de dicho medicamento, por tanto a Atención primaria nunca nos aportó nada que nos indicaran que no debía seguir tomándolo”.

Por su parte, la Inspección Médica emite informe de 23 de noviembre de 2011, en el que, tras hacer una exposición de hechos, manifiesta:

“En el caso de la reclamante encontramos que consta que en el Servicio de Oncología del hospital, se indicó el inicio de tratamiento hormonal en julio de 2006 con revisión en octubre de ese año. Sin embargo no consta que en dicha revisión se controlase la medicación que tomaba la reclamante, dando por hecho que estaba recibiendo hormonoterapia, tal y como se lee en el informe de 3-11-10 del Servicio de Oncología y así confirma el Jefe de Servicio en su informe de 31-12-10 en el que dice que se detecta la situación de manera casual.

En la historia clínica de Primaria comprobamos anotación de 10-05-07 en el que se lee actualmente en tratamiento hormonal pero no encontramos apunte de fármaco en este sentido.

En el informe de Primaria se manifiesta que se suspendió el Genoxal pero que nadie lo vio. Parece ser, según dicho informe, que la reclamante acudía sin instrucciones escritas del hospital, por lo que

ninguno de los profesionales que la trajeron tuvieron conocimiento de estas modificaciones en el tratamiento.

Por tales motivos y tal y como se deduce de la documentación que existe en el expediente, corroborada por los informes del Jefe de Servicio de Oncología y los de Atención Primaria, ha existido falta de coordinación entre los dos niveles asistenciales, dando lugar a que la reclamante no haya podido recibir el tratamiento pautado en su día por el hospital”.

Concluye el anterior informe que:

“Del estudio y análisis de la reclamación consideramos que no se ha actuado conforme a Lex Artis puesto que no ha existido una coordinación, continuidad y tutela de la asistencia sanitaria”.

La aseguradora de la Administración remite una comunicación el 19 de diciembre de 2011 (folio 286) en la que manifiesta su postura “desestimatoria” de la reclamación, no coincidiendo con el criterio de la Inspección. Solicita que se trate en la comisión de seguimiento.

No existe en el expediente documentación alguna de esa comisión.

Consta en el expediente un dictamen médico, elaborado por un especialista en Oncología a petición de la aseguradora, fechado el 18 de diciembre de 2011, en el que se expone:

“I. Según los datos, recogidos en la historia clínica, no se puede determinar el origen de la indicación de tratamiento de Genoxal y, presumiblemente, ha habido una falta de tratamiento adyuvante hormonal.

2. *La falta de tratamiento hormonal supone una pérdida de beneficio, para la posibilidad de mortalidad, del 6,5% y de 20,4% de disminución de la probabilidad de recidiva.*
3. *Según los datos de la historia clínica no parece existir una clara manifestación de toxicidad asociada a la ingesta continuada de Genoxal. Ni los datos analíticos presentan alteraciones diferentes a los observados en reclamantes tratadas con quimioterapia, ni existen manifestaciones, recogidas en la historia oncológica ni en la historia de medicina primaria, relativas a hipotética toxicidad general en relación con tratamiento con Genoxal.*
4. *La posible falta de controles no se corresponde con lo recogido en la historia. El diagnóstico de enfermedad metastásica se realizó a raíz de los hallazgos de alteraciones en marcadores tumorales, sin manifestaciones clínicas de enfermedad. Se hicieron controles con solicitud de exploraciones que van más allá de las recomendaciones de Guías de Seguimiento como ASCO (sic)".*

Obra en el expediente un escrito titulado “cálculo indemnización” firmado por una médica colegiada en el que se reconoce una indemnización por importe de 41.918,16 euros. Dicho informe considera que ha habido una pérdida de oportunidad del 32% y aplica el baremo del año 2010 (folio 294).

Con fecha 19 de abril de 2012, A informa del fracaso en la negociación con la representante, a la que se le ofertó una indemnización por importe de 45.000 euros.

Consta notificada por los servicios postales, en fecha 21 de mayo de 2012, la apertura del trámite de audiencia.

En uso de dicho trámite, el 13 de junio siguiente, un abogado “(...) siguiendo instrucciones de J.M.M. quien ostenta en el presente procedimiento de reclamación la representación de su madre” presenta escrito de alegaciones en el que reitera la falta de coordinación de la asistencia sanitaria recibida por la reclamante, y rechaza la indemnización ofrecida por la Administración.

Considera que ha habido un perjuicio del 26,9 % en los efectos del error del tratamiento y que no se ha tenido en cuenta la existencia de un hijo discapacitado.

Formalizado el trámite de audiencia, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 1 de abril de 2013, en el sentido de estimar en parte la reclamación patrimonial, acordando una indemnización por importe de 41.918,16 euros.

CUARTO.- El consejero de Sanidad, mediante Orden de 5 de abril de 2013 que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 12 de abril siguiente solicita la emisión del preceptivo dictamen, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excmo. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 14 de mayo de 2013.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, en formato CD, se consideró suficiente si bien ha de destacarse que las hojas carecen de numeración por lo que en este dictamen se utilizará la numeración del programa informático utilizado para su examen.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f) 1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LCC.

El dictamen se emite dentro del plazo legal establecido por el artículo 16 de la LCC.

SEGUNDA.- La reclamante está legitimada activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial en nombre propio, al amparo del artículo 139 de la (LRJ-PAC), por ser la persona afectada por los daños.

Ha de destacarse que, en todo momento, la representante y, en el trámite de alegaciones, su hermano, destacan que reclaman en nombre de su madre.

No obstante, dicha representación no se ha acreditado debidamente. Es reiterada y constante la postura de este Consejo en cuanto a que no procede la acreditación de la representación conforme precisa el artículo 32 de la LRJ-PAC mediante simples documentos privados carentes de la necesaria fehaciencia que exige dicho precepto legal. En este sentido los dictámenes 39/10, de 10 de febrero, 521/11, de 28 de septiembre, entre otros muchos.

Pese a ello y como es habitual, el instructor ha admitido como válida esa representación, planteándose en este caso el problema de que al proponerse la estimación parcial de la reclamación, habría de realizarse un pago a una persona que no ha acreditado correctamente la representación. Por ello deberá, antes de hacer el pago a cualquier persona distinta de la reclamante,

exigirse fehacientemente la representación ya sea por comparecencia *apud acta* o mediante poder notarial.

En sus escritos, la reclamante valora el daño incluyendo los daños ocasionados a sus hijos careciendo de legitimación para reclamar los posibles daños morales ocasionados a éstos. En el caso del hijo discapacitado al que alude, no se acredita ni la incapacitación judicial ni el mecanismo de protección que se pudiera haber adoptado (tutela o rehabilitación de la patria potestad).

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid al formar parte tanto el Hospital General Universitario Gregorio Marañón como el Centro de Salud Federica Montseny de los servicios públicos sanitarios autonómicos.

Por lo que respecta al plazo para reclamar, el artículo 142.5 de la LRJ-PAC establece que prescribe al año de producirse el hecho lesivo y en el caso de daños físicos o psíquicos desde la curación o la determinación de las secuelas.

En este caso, las metástasis se detectaron en octubre de 2010, pautándose radioterapia y quimioterapia recibiendo esos tratamientos hasta, al menos, el 17 de marzo de 2011, por lo que la interposición de la reclamación el 29 de agosto de 2011 ha de considerarse en plazo.

Los procedimientos de responsabilidad patrimonial han de tramitarse de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

A estos efectos ha emitido informe la médica de atención primaria y el Servicio de Oncología en cuanto servicios a los que se imputa la causación

del daño conforme establece el artículo 10 RPRP y se ha concedido trámite de audiencia al representante conforme los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

Igualmente, se ha solicitado informe a la Inspección Médica y se ha admitido el informe pericial aportado por la aseguradora de la Administración.

TERCERA.- Entrando ya a analizar el fondo de la pretensión que formula la representante, debemos partir de la consideración de que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, supone la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (recurso 3261/2009):

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

Igualmente, recoge dicha sentencia que:

“La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que “no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”.

CUARTA.- Para que surja la responsabilidad de la Administración se precisa la cumplida acreditación de todos los elementos que integran ésta, a saber, daño, vinculación con la actuación sanitaria y, en su caso infracción de la *lex artis*. La carga de la prueba pesa sobre quien formula la reclamación, pero hay casos en los que, en consideración a las circunstancias concurrentes, dicha obligación se atempera para dar efectividad al principio de facilidad de prueba. En esta línea se manifiesta el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de julio de 2008, “*(...) acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación*”.

En el presente caso, en lo que se refiere a los daños reprochados se ha acreditado la recidiva de la enfermedad, pero no así el derivado de la prolongación indebida del tratamiento con Genoxal. A dichos efectos no se ha aportado prueba por parte de la reclamante y la Administración ha cumplido su obligación derivada de carga impuesta por el principio de facilidad de prueba, aportando informes que niegan, con fundamento en la historia clínica, la vinculación de daño alguno en el momento actual, a dicha actuación por más que se revele contraria a la *lex artis*. Así se pronuncia el dictamen pericial emitido por especialista en Oncología de

fecha 18 de diciembre de 2011: “*(...) Ni los datos analíticos presentan alteraciones diferentes a las observadas en reclamantes tratadas con quimioterapia, ni existen manifestaciones, recogidas en la historia oncológica ni en la historia de medicina primaria, relativas a hipotética toxicidad general en relación con tratamiento Genoxal*”.

Por ello, y en tanto la figura de la responsabilidad patrimonial tiene una finalidad puramente resarcitoria y no correctiva, el análisis en el presente procedimiento, se restringirá al daño acreditado de recidiva de la patología tumoral, sin perjuicio de que si en un futuro apareciese cualquier lesión derivada de la incorrecta administración del medicamento Genoxal, cabría la interposición de una nueva reclamación dirigida al resarcimiento de los daños evidenciados con posterioridad.

En lo que se refiere al daño acreditado, recidiva de la patología tumoral, del relato de hechos resulta acreditada de forma palmaria la existencia de una infracción de la *lex artis*, apreciada por la Inspección Médica y de forma más críptica por el informe pericial aportado por la aseguradora al reconocer que ha habido una “*falta de tratamiento*” y una “*pérdida de beneficio*”.

Acreditada la infracción de la *lex artis*, y la concurrencia de una pérdida de oportunidad, surge la responsabilidad de la Administración aun cuando la relación entre el daño acaecido y la actuación sanitaria no pueda establecerse con absoluta certeza. El concepto de “*pérdida de oportunidad*” ha sido recogido por una reiterada jurisprudencia. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012 (recurso 2892/2011) recuerda las sentencias de 27 de septiembre de 2011 y 24 de noviembre de 2009 según las cuales, en los supuestos de pérdida de oportunidad:

“*(...) el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los*

hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al reclamante de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 6 de febrero de 2013 (recurso 846/2010) recuerda que:

“En relación a la pérdida de oportunidad la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Septiembre del 2009 y de igual forma en la Sentencia de 13 de julio de 2005, recurso de casación núm. 435/2004 pone de manifiesto lo siguiente: “afirmamos que sin que conste la relevancia causa-efecto de un diagnóstico precoz porque, como afirma la sentencia recurrida, para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios lo que no ocurre en el caso enjuiciado”.

En el presente caso, no se puede saber a ciencia cierta si la ausencia de administración de la terapia hormonal como consecuencia de la patente descoordinación entre los servicios sanitarios hospitalarios y los de atención primaria tuvo una incidencia directa en la posterior aparición de metástasis,

pero esa incertidumbre, derivada de una incorrecta actuación de los servicios sanitarios, es la que genera un daño antijurídico que la reclamante no tiene el deber de soportar.

QUINTA.- Establecida la existencia de una pérdida de oportunidad tal y como se ha definido por la jurisprudencia se plantea el complejo problema de proceder a la valoración del daño ocasionado.

Como recoge la sentencia de 19 de octubre de 2011 (recurso 5893/2006) y reitera la de 22 de mayo de 2012 (recurso 2755/2010), la denominada “*pérdida de oportunidad*” se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del reclamante, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo.

La representante solicita una indemnización en la que engloba una serie de partidas que pretenden indemnizar, no solo su daño sino también el padecido por sus hijos, para lo cual obviamente carece de legitimación, tal y como se ha señalado en la consideración de derecho segunda. Además hay que destacar que ni acredita la existencia de esos familiares ni la Administración se lo pide, motivos por los cuales han de rechazarse las indemnizaciones referidas a los daños supuestamente padecidos por sus familiares.

Pese a que no lo explicita, se puede comprobar que las cantidades que reclama son las previstas en la Resolución de 20 de enero de 2011 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal de aplicación en el año 2011 en el

sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (B.O.E. nº 23, de 27 de enero de 2011).

En concreto, aplica a la reclamante la indemnización prevista para el caso de muerte a favor del cónyuge y a favor de los hijos. Resulta evidente que no procede esta valoración porque, como hemos señalado, ni tiene legitimación para reclamar en nombre de los hijos ni se ha producido la muerte de la reclamante.

Tampoco puede admitirse la sintética e inmotivada valoración que efectúa lo que el índice del expediente llama “*informe pericial de correduría*” que aplica un 32% de pérdida de oportunidad (sin indicar adecuadamente como obtiene ese porcentaje) a unas cantidades que no explica de donde proceden ni motiva los cálculos que realiza.

Este Consejo viene entendiendo que la pérdida de oportunidad debe valorarse en función de la pérdida de expectativas que haya podido experimentar la reclamante, así dictámenes 568/11, de 19 de octubre y 226/12, de 18 de abril. No obstante, en otros dictámenes como el 765/11, de 28 de diciembre, opta por una valoración global a la vista de las circunstancias del caso.

En este caso, el informe pericial de correduría considera que la pérdida habría sido de un 32% al pasar de un grado II a un grado IV pero no da mayores explicaciones de cómo llega a esa consideración.

En cambio el informe redactado por un oncólogo a petición de la aseguradora entiende que la falta del tratamiento adecuado ha producido una pérdida de beneficio del 6,5% para la posibilidad de mortalidad y del 20,4% de disminución de la posibilidad de recidiva.

Por ello, podría considerarse que los daños a indemnizar son esas dos pérdidas de beneficio de las que se privó precisamente a la reclamante al no recibir el tratamiento farmacológico adecuado.

El problema consiste en valorar esos dos daños ya que el baremo recogido en la normativa de seguros para las víctimas de accidentes de tráfico no recoge ni el valor de la propia vida (únicamente recoge las indemnizaciones para familiares) ni el daño que supone una recidiva de una enfermedad como la que padecía la reclamante. En este sentido, ha de destacarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 30 de septiembre de 2010 (recurso 425/2010) cuando considera que:

“La pérdida de oportunidad por reducirse un 42 % las expectativas de supervivencia ante la falta de detección precoz del cáncer no puede valorarse, como pretende la Dra. Loreto, aplicando ese porcentaje a la indemnización prevista para el caso de muerte, pues en este supuesto el perjudicado es diferente y, por tanto, los daños indemnizables no son los mismos. En el baremo se indemniza a un tercero por los perjuicios que le produce la muerte de otra persona y aquí se trata de valorar los daños que soporta la propia persona por la pérdida de expectativas de su vida. Por lo tanto, la indemnización no viene contemplada en el baremo, y debe tenerse en cuenta, para su fijación, el sufrimiento que esa situación conlleva para la perjudicada, y la afectación en todos los órdenes de la vida (capacidad de disfrute y placer) ”.

Por ello, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, este Consejo considera procedente la indemnización a la reclamante por importe de 60.000 euros, cantidad que debe considerarse ya actualizada.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la presente reclamación reconociendo a la reclamante una indemnización de 60.000 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 14 de mayo de 2013

