

Dictamen n^o: **267/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **25.05.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 25 de mayo de 2011 sobre la consulta formulada por el Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido inicialmente por J.R.G.D., fallecido durante el procedimiento, y seguido posteriormente por sus causahabientes, I.C.A., F.J., M.I., S. y S.G.C., en adelante “*los reclamantes*”, por el retraso en la asistencia y tratamiento de un carcinoma de próstata al fallecido.

La cuantía de la indemnización solicitada es de 600.000 €.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 9 de enero de 2008, J.R.G.D. presentó escrito de reclamación patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados por la deficiente asistencia sanitaria que le fue dispensada, manifestando en su escrito que, en julio de 2006, acudió a su médico de cabecera por problemas miccionales, siendo derivado a consulta de Urología, donde le dieron cita para el mes de marzo de 2007; que en diciembre de 2006 su médico de cabecera volvió a pedir pruebas ante cuyos resultados tuvo que solicitar atención especializada en el Centro donde trabajaba (Hospital Doce de Octubre) que le pudo ver en la segunda quincena de enero de 2007. En febrero de ese mismo año se le comunica que tiene un cáncer de

próstata que por su avanzado estado no puede ser solucionado quirúrgicamente. Por todo ello, considera que debido al retraso en ser visto por el especialista en urología, sufrió daños irreversibles que deben serle indemnizados, perdiendo además la posibilidad de solución quirúrgica. En posterior escrito, presentado el 22 de mayo de 2008, cuantifica la indemnización en el importe de 600.000 euros.

Posteriormente, con fecha 18 de febrero de 2009, se personaron en el expediente los reclamantes, manifestando y acreditando que el reclamante originario falleció el 1 de febrero de 2009, y su intención de continuar la reclamación como causahabientes de su familiar (únicos y universales herederos ab intestato), condición que acreditan a requerimiento de la Administración, mediante la aportación del Libro de Familia el 21 de mayo de 2009.

La historia clínica y restante documentación médica, han puesto de manifiesto los siguientes hechos:

1. El 31 de julio de 2006, el fallecido de 63 años de edad, acudió a consulta en el Centro de Salud San Fermín por síndrome miccional. Se le realiza analítica, de la que se desprende un PSA de 36,4, por lo que el 31 de julio de 2006 se le deriva a consulta de Urología con carácter preferente (folio 14 del expediente administrativo).

El 12 de diciembre de 2006 vuelve a acudir a consulta del mismo Centro de Salud, siéndole, nuevamente realizada, analítica con resultado, en cuanto al PSA, de 49,5, por lo que ante el retraso aparente en ser atendido en consulta de Urología, su médico de cabecera le indica que acuda a Urgencias del hospital (folio 16 del expediente administrativo).

En lugar de acudir a Urgencias, y puesto que el paciente presta servicio en el Hospital Doce de Octubre, solicita ser atendido en el Departamento de Medicina Comunitaria del mismo centro de trabajo, desde donde se

adelanta la consulta de Urología pendiente, que tiene lugar el 16 de enero de 2007.

2. Tras la realización de las debidas pruebas, todas realizadas en el mes de febrero de 2007, consistentes en biopsia el día 2, diagnóstico histológico el 8, TAC el día 9, y Gammagrafía Ósea el 19 (folios 18,19 21 y 23 del expediente administrativo), el 26 de febrero de 2007 se establece el diagnóstico de Adenocarcinoma prostático diseminado, Gleason 9, siendo remitido a Oncología. Interesa destacar el diagnóstico establecido en el informe histopatológico en el que se indica *“Adenocarcinoma acinar grado 9(4 más 5) de Gleason, presente en todos los cilindros. Se observa invasión perineural. Vesículas seminales con infiltración por adenocarcinoma de próstata, similares características al descrito anteriormente”*. Asimismo en el informe radiológico se concluye *“Estudio de extensión de Adenocarcinoma de Próstata en el que se observan adenopatías de tamaño significativo en las cadenas ganglionares retroperitoneales, ambas cadenas iliacas comunes ambas cadenas obturatrices y cadena iliaca externa izquierda”*.

En informes del Servicio de Urología del Hospital Universitario Doce de Octubre, de 4 de diciembre de 2007, se hace constar que tras el tratamiento instaurado el valor del PSA había disminuido hasta la normalidad. (2.47) señalando que deber continuar con el tratamiento instaurado y volver a revisión en seis meses (folio 24 del expediente administrativo).

3. El 1 de febrero de 2009, el paciente fallece. El certificado médico de defunción indica, como causa inmediata del fallecimiento la parada cardiorrespiratoria, y como causa fundamental, el adenocarcinoma de próstata avanzado (folio 171 del expediente administrativo).

SEGUNDO.- Por dichos hechos se ha instruido el 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 (LRJ-PAC), y por 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.

Respecto del cumplimiento de los requisitos establecidos en dicho Real Decreto, consta haberse emitido informe de los servicios médicos implicados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 del precitado reglamento, si bien no consta su solicitud. El informe del Centro de Atención Primaria donde fue primeramente atendido, de fecha que se incorpora al folio 67 del expediente administrativo, si bien no consta fecha en el mismo y en el que se simplemente se ofrece un relato de los hechos acaecidos, indicando respecto del retraso en la atención sanitaria que tras los resultados de julio, en diciembre el paciente acudió de nuevo a consulta y *“dado el retraso que refería en la citación al urólogo, decidí solicitar una nueva determinación de PSA que dio un resultado de 49.5 por este motivo le indiqué que acudiera a urgencias del Hospital Doce de Octubre con el resultado de la analítica”*.

Se incorpora al expediente asimismo informe de fecha 15 de octubre de 2009, del Servicio de Urología del Hospital Doce de octubre en el que se indica que *“el diagnóstico y tratamiento de la patología que presenta (carcinoma de prostático metastático), ha sido efectuado dentro de los plazos razonables”*, teniendo en cuenta la primera vez que el fallecido acudió a su servicio el 16 de enero de 2007, añadiendo por lo que a las secuelas del tratamiento hormonal se refiere que las mismas *“son universales para todo paciente que sigue esta terapéutica única posible dado el grado tumoral y*

su estadio en el momento del diagnóstico” (folio 110 del expediente administrativo).

Por su parte, el informe de la Inspección médica, de fecha 17 de septiembre de 2009, después de realizar un relato de las distintas visitas que realiza la paciente a la sanidad pública, concluye que:

“(…) Se ha producido un retraso en el tratamiento de un cáncer aparentemente por razón de la lista de espera de nuestro Servicio de Salud por lo que consideramos que la atención prestada no ha sido la adecuada para este tipo de patología. Es probable que de haberse actuado con la premura de tiempo que el caso requería, las posibilidades del paciente de superar su enfermedad hubieran sido más altas, así como es probable que se hubiera mejorado el pronóstico vital”.

Constan en el expediente, dos dictámenes médicos periciales, emitidos por la Compañía Aseguradora de la responsabilidad civil de la Consejería de Sanidad, uno primero cuya fecha no consta que no se pronuncia sobre la cuantía de la indemnización y otro de fecha 17 de mayo de 2009, en el que, respecto a la valoración del daño corporal, declara que *“Cuando se le diagnóstica y estaba el cáncer de próstata, el 26.02.07, se trata de un Gleason 9 (4+5), es decir, un tumor poco diferenciado o indiferenciado (con marcada anaplasia). Según el Cancer Institute National, la mortalidad a los 10 años para este tipo de tumor, en este estadio, es del 25,6%.*

Si consideramos que el retraso en la derivación a Urología (desde julio de 2006 hasta febrero de 2007) ha supuesto un avance en la progresión del tumor, el estadio anterior, es el de un tumor moderadamente diferenciado y cuya mortalidad a los 10 años –siempre según las fuentes anteriormente mencionadas–, es de un 9,1%. Ello supone una pérdida de oportunidad del 17% (16,5%)”.

Por último, se ha concedido a los reclamantes trámite de audiencia, con de fecha 18 de octubre de 2010. En uso de dicho trámite, se ha presentado escrito de alegaciones en fecha 12 de noviembre de 2010, en el que se reproduce lo argumentado en el escrito de reclamación inicial y especifica una serie de consecuencias dañinas derivadas del tratamiento hormonal que recibió el paciente; concluyendo que la Inspección Médica ha sido contundente en considerar que ha existido un retraso en la asistencia; que el paciente acabó falleciendo por esta patología; y en definitiva, que por culpa del retraso injustificado en la atención sanitaria se privó al paciente de un mínimo de esperanza de supervivencia.

Una vez tramitado el procedimiento, con fecha 3 de diciembre de 2010 se dictó propuesta de resolución en la que estima parcialmente la reclamación formulada, reconociendo una indemnización de 23.953,28 euros, que fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el 29 de diciembre de 2010.

TERCERO.- El Consejero de Sanidad, con fecha 29 de diciembre de 2010, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excma. Sra. Dña. M^a José Campos Bucé.

Mediante acuerdo del Presidente del Consejo Consultivo, oída la Comisión Permanente, de fecha 3 de febrero de 2011, se acordó solicitar ampliación de documentación con escrito acreditativo de la cita para consulta de Urología con carácter preferente solicitada por el médico de atención primaria que atendió al reclamante. El 22 de marzo de 2011, se recibió en este Consejo Consultivo información emitida por el Servicio de Admisión del Hospital Doce de Octubre, indicando que no consta ninguna petición de atención primaria para dicho paciente.

A la vista de dicha argumentación el presente Consejo, por medio de Acuerdo de su Presidente de fecha 31 de marzo de 2011, se solicitó, nuevamente, información sobre la petición de cita en la consulta de urología, tal y como le había sido indicada por el médico de atención primaria.

Finalmente, el 6 de mayo de 2011 ha tenido entrada en el presente Consejo Consultivo, sendos informes del Centro de salud San Fermín y el Hospital Universitario Doce de Octubre.

La presidenta de la Sección VII ha firmado la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 25 de mayo de 2011.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la*

cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”. En el caso que nos ocupa, los reclamantes solicitan 600. 000 €. euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

El dictamen ha sido recabado de órgano legitimado para ello –el Consejero de Sanidad-, a tenor del artículo 14.1 de la misma Ley.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, es de un año de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142.5 de la LRJ-PAC, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo. En este caso resulta acreditado que la reclamación se interpuso por el propio paciente antes incluso de su fallecimiento, el 9 de enero de 2008, habiéndole sido diagnosticado el cáncer que padecía 26 de febrero de 2007, por lo que la reclamación debe considerarse presentada en plazo.

SEGUNDA.- Los reclamantes formulan su pretensión indemnizatoria como causahabientes del reclamante inicial fallecido, sin especificar si además reclaman el daño moral derivado de la muerte del reclamante, aportando para acreditar tal condición además del libro de familia, acta notarial de declaración de herederos abintestato.

Concurre por tanto en ellos la condición de interesados del artículo 139.1 de la LRJ-PAC, por lo que ostentan legitimación activa.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado en un centro integrado dentro de la red sanitaria madrileña.

La competencia para resolver los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo

establecido en el artículo 55.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid. La tramitación incumbía antes al Director General del Servicio Madrileño de Salud según el artículo 27.2.h) del Decreto 14/2005, de 27 enero, si bien tales competencias de tramitación han sido atribuidas al Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por el artículo 23.2.h) del Decreto 24/2008, de 3 de abril.

TERCERA.- En la tramitación del procedimiento, el órgano de instrucción ha seguido los trámites legales y reglamentarios. En concreto, se ha recabado informe de los especialistas que intervinieron al reclamante (exigidos por el artículo 10.1 del RPRP), así como el informe de la Inspección Médica. En concreto, se ha emitido informe por el Centro de Atención Primaria al que acude el reclamante, así como del Servicio de Urología del Hospital Doce de Octubre, de cuyo contenido se ha dado cuenta más arriba.

Por su interés reproducimos los informes remitidos a la vista de la ampliación de documentación solicitada.

El Centro de Salud de San Fermín, ha elaborado dos informes, el primero de fecha 8 de abril de 2011, suscrito por el responsable de la UNAD, manifiesta que:

“En el año 2006 las citas se daban por TELECITA programa de CMI, este programa tenia una pestaña para los PIC preferentes que mandaban los Médicos. Todas los PIC que bajaban los pacientes se citaban en el Centro, los preferentes se citaban con la pestaña de preferente, pero la cita salía la misma que si fuera un PIC normal, entonces se les enviaba al CEP de Villaverde para que le adelantaran la cita. Los pacientes iban al CEP de Villaverde y allí le adelantaban la cita”.

El segundo informe ha sido elaborado por el médico que atendió al paciente, en el que se expone que:

“J.R.G.D. fue valorado por sd. Prostático, se le solicitó analítica el 19/7/2006 detectando un PSA elevado. Se realizó un volante preferente el 31/7/2006 para urología que se le entregó al paciente para su tramitación en la unidad administrativa. Visto nuevamente en consulta refiere no haber sido valorado todavía por urólogo de zona, por lo que se le solicita un nuevo análisis el 12/12/2006 con PSA elevado y se le recomienda acudir a urgencias con ese volante y el nuevo resultado”.

Por último, el Hospital Doce de Octubre declara que la primera vez que el paciente acude a dicho centro fue el 16 de enero de 2007, practicándole una biopsia el 2 de febrero de 2007, habiendo acudido regularmente a consultas hasta el 29 de enero de 2009. Por último, mediante informe de 25 de abril de 2011 declara que *“según nos informan desde el CEP de Villaverde no consta historia clínica de este paciente en dicho CEP”.*

Consta informe de la Inspección Sanitaria, de fecha 17 de septiembre de 2008, en el que, se llega a la conclusión de que se ha producido un retraso en el tratamiento dispensado al paciente.

Se ha concedido asimismo trámite de audiencia a los interesados, exigido con carácter general en el artículo 84 de la LRJ-PAC, con fecha 18 de octubre de 2010, habiéndose presentado escrito de alegaciones, con fecha 12 de noviembre del mismo año.

Debe señalarse aquí que los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial deberán resolverse en un plazo máximo de seis meses desde su iniciación, salvo que se hubiese acordado periodo extraordinario de prueba, conforme al artículo 13.3 del RPRP.

En el caso examinado, la reclamación patrimonial se presentó el 9 de enero de 2008, por tanto, el procedimiento debería haber concluido antes del 9 de junio del mismo año; sin embargo, no es hasta el 3 de diciembre de 2010, cuando se formula propuesta de resolución, una vez fallecido el reclamante inicial. En cualquier caso, ello no es óbice para que subsista la obligación de resolver para la Administración *ex* artículo 42 de la LRJAP, y por tanto, de emitir dictamen para este Consejo Consultivo.

CUARTA.- Entrando en el análisis de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: "*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*". La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos.

2º.-En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración. Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio (recurso 4429/2004) y de 15 de enero de 2008 (recurso nº 8803/2003), los requisitos en cuestión son los siguientes:

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión, la calificación de este concepto viene dada no tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como, principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto.

3º) Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo ésta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento.

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), y de 23 de febrero de 2009 (Recurso nº 7840/2004) disponen que *“se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad y 38 , apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el*

momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC), nada más y nada menos”.

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), señala: *"lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis".*

Señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (Recurso nº 8803/2003) y de 20 de marzo de 2007 (Recurso nº 7915/2003) que *“a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente".* Resulta ello relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, no convierte a la Administración a través de esta institución, en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, debiendo responder solo de aquellos que no tengan el deber jurídico de soportar.

QUINTA.- Resulta necesario examinar si concurren los requisitos para apreciar la existencia de responsabilidad objetiva de la Administración.

En primer lugar debe concretarse cuáles son los daños objeto de la reclamación, puesto que, a pesar de que habiendo fallecido el reclamante inicial, sus causahabientes, no amplían la reclamación inicial al daño moral derivado de dicho fallecimiento, que la jurisprudencia considera indudable en los casos de muerte, como se indica en la Sentencia del Tribunal

Supremo de 11 de noviembre de 2004: *“daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierta”*.

Por lo tanto considera este Consejo que los daños que deben ser objeto de examen son únicamente los daños físicos y morales reclamados por el propio reclamante, y que se concretan en el escrito de alegaciones de fecha 11 de noviembre de 2010, que se concretan en los daños físicos derivados del tratamiento hormonal *“(pérdida de la función sexual, diarreas, náuseas, vómitos, y disminución del apetito, etc, aumentos y descensos de los niveles de hormonas y sus reacciones adversas como sofocos, malestar general, náuseas y cansancio”*), así como edemas en MMII y problemas de visión. Por lo que a los daños morales se refiere en dicho escrito se concretan en la pérdida de oportunidad de curación del paciente, así como *“sufrir un permanente estado de inseguridad, angustia, pérdida de su vida sexual por inhibición hormonal, en definitiva un daño consistente en la imposibilidad de seguir viviendo (...)”* (folio 169 del expediente administrativo).

Sentado el alcance de los daños invocados, resulta indiscutible la existencia de nexo causal entre el daño padecido y el funcionamiento del servicio madrileño de salud, concretado en el retraso, inexplicable en ser citado en consulta de urología ante los síntomas que presentaba (desde julio de 2006 a marzo de 2007), tal y como se reconoce en las conclusiones del informe del servicio de la inspección médica y de la compañía aseguradora de la responsabilidad civil de la Administración. A mayor abundamiento la conducta del propio médico de atención primaria que consciente de la gravedad de los síntomas que presentaba el paciente le recomienda dirigirse a urgencias, es reveladora del carácter injustificado del retraso en la citación para el servicio de urología.

Los diversos informes adicionales solicitados y que han sido remitidos no han sido capaces de formular una explicación razonable de lo ocurrido. Es

más se reconoce expresamente que en el Centro de Especialidades de Villaverde no hay historia clínica del paciente.

Este retraso está directamente relacionado con la reducción de la esperanza de vida del reclamante, constituyendo por tanto una clara pérdida de oportunidad de curación, tal y como se indica en los informes antes reseñados. En concreto se manifiesta después de exponer que el pronóstico del cáncer prostático está relacionado con la extensión del tumor, de manera que si el cáncer se ha prolongado a órganos distantes la terapia actual no lo curará, que *“Es probable que de haberse actuado con la premura de tiempo que el caso requería, las posibilidades del paciente de superar la enfermedad hubieran sido más altas, así como es probable que se hubiera mejorado el pronóstico vital”*.

El anterior examen debe completarse con el de la antijuridicidad del daño. Conforme a reiterada jurisprudencia, la acreditación de que existió una mala praxis médica corresponde a los reclamantes –artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-. Pero la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre (Recurso nº 3071/03) y 2 de noviembre de 2007 (Recurso nº 9309/03) y 7 de julio de 2008 (Recurso nº 3800/04). A veces, incluso, el Tribunal Supremo, sentencia de 27 de junio de 2008 (Recurso nº 3768/04) requiere una explicación adecuada del evento dañoso para excluir la responsabilidad.

Por ello, y a pesar de que los reclamantes no ha aportado elemento probatorio alguno que permita sustentar su reclamación, resulta de aplicación el principio de la *“facilidad de la prueba”* establecido por las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007 (recurso de casación 273/03) y de 2 de noviembre de 2007 (recurso de casación

9309/03) en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas, en las que se atribuye a la Administración, acreditado el daño por la reclamante, el deber que dar una explicación razonable de lo sucedido. Podemos reproducir por su claridad la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 6^a) de 27 de junio de 2008, que se pronuncia en los siguientes términos: “ (...) *Es verdad que la carga de la prueba pesa sobre quien formula la pretensión indemnizatoria; pero es igualmente claro que en un caso como éste, con todos los indicios mencionados, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de lo sucedido*”.

Trayendo estas consideraciones al caso sometido a dictamen, llegamos a la conclusión de que, por parte de la Administración sanitaria, no se ha dado una explicación cumplida de lo sucedido en relación con el retraso en la citación para el Servicio de Urología que hubiera podido diagnosticar la enfermedad, lo que permite afirmar en el caso examinado, su responsabilidad patrimonial por pérdida de oportunidad, que como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2008 (recurso de casación 5271/2003), supone que se ha dejado de practicar una actuación médica o se ha omitido un tratamiento posible.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2010 (recurso de casación n^o 5927/2007) resume la doctrina señalando que «*en la jurisprudencia de esta Sala la pérdida de oportunidad se define –entre otras, en Sentencia de 7 de julio de 2008 (recurso de casación núm. 4776/2004)– como “la privación de expectativas, (...) y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando*

los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una falta de servicio”. En cuanto a los presupuestos para la aplicación de esta doctrina, el Tribunal Supremo, así en la Sentencia de 13 de julio de 2005 RJ 2005\9611, como en la más reciente de 12 de julio de 2007 RJ 2007\4993, expresa que *“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”*.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial fijada, con la omisión por la Administración de una citación en un plazo adecuado, para la realización de las pruebas diagnósticas precisas se privó al paciente de la oportunidad de obtener un tratamiento en las mejores condiciones posibles y, consecuentemente, se le perjudicó en cuanto a sus expectativas vitales, por más que se desconozca cuales hubieran sido éstas en el caso de ser diagnosticado en un tiempo razonable.

SEXTA.-Sentado lo anterior, procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del RD 429/1993, emitir dictamen sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

El reclamante solicita le sean indemnizados los daños que invoca en la cantidad de 600. 000€, mientras que la propuesta de resolución con base en el informe pericial emitido por la compañía aseguradora, considera que el daño indemnizable ascendería a la cantidad de 23.953,28 €. Esta cantidad resulta de considerar la incidencia del retraso en las posibilidades de curación del paciente y su estimación porcentual en cuanto a la pérdida de oportunidad se refiere, cifrando dicho porcentaje en un 17% que a su vez aplican a las indemnizaciones básicas por muerte contempladas en

baremo contenido en el texto refundido de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 octubre, para el cónyuge y ascendientes.

Sin embargo en este caso no se está reclamando tal indemnización, sino continuando con la inicialmente planteada por el fallecido, por daños morales y físicos.

En nuestro caso, consideramos que los daños físicos derivados del tratamiento hormonal instaurado no son indemnizables, en tanto en cuanto dicho tratamiento hubiera sido pautado en todo caso, tal y como se indica en el informe de médico pericial de la compañía aseguradora, pero sí el daño moral asociado a la pérdida de oportunidad.

No se sabe qué incidencia podría haber tenido un diagnóstico anterior, en el curso de la enfermedad del fallecido, pero lo relevante es que se le privó e de la oportunidad de curación o al menos de prolongación de la vida, y eso es lo que debe ser objeto de indemnización y motiva la responsabilidad de la Administración, al no haber puesto todos los medios a su alcance para evitarlo, causando así un daño que no se tenía la obligación de soportar (en este sentido las Sentencias de la Audiencia Nacional de 14 de mayo, recurso 745/2001, y 15 de octubre de 2003, recurso 823/2002).

En consecuencia, lo que debe ser objeto de reparación es la aludida pérdida de oportunidad, por lo que a los efectos de modular la cuantía indemnizatoria debe ajustarse la valoración a esta circunstancia.

A la hora de realizar una valoración la jurisprudencia se ha decantado por una valoración global (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987 –RJ 8676–, 15 de abril de 1988 –RJ 3072– y 1 de diciembre de 1989 –RJ 8992–) que derive de una “*apreciación racional*”

aunque no matemática” (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990 –RJ 154-), pues se carece de parámetros o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso.

Ponderando las valoraciones predominantes en el mercado (artículo 141.2 LRJ-PAC) y no obstante la dificultad que la valoración de un daño moral entraña, que tiene un innegable componente subjetivo, este Consejo Consultivo considera que debe indemnizarse a los reclamantes con la cantidad de 6.000 €.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada en la cantidad de 6.000 €.

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.

Madrid, 25 de mayo de 2011