

**Expediente:** 54/2019

**Objeto:** Responsabilidad patrimonial de la Administración Foral por asistencia sanitaria.

**Dictamen:** 6/2020, de 24 de febrero

## **DICTAMEN**

En Pamplona, a 24 de febrero de 2020,

el Consejo de Navarra, integrado por don Alfredo Irujo Andueza Presidente, don Hugo López López, Consejero-Secretario en funciones, y doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Luis Goñi Sein y don José Iruretagoyena Aldaz, Consejera y Consejeros,

siendo ponente don José Iruretagoyena Aldaz,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

### **I. ANTECEDENTES**

#### **I.1ª. Consulta**

El día 18 de diciembre de 2019 tuvo entrada en este Consejo de Navarra un escrito de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1, en relación con el artículo 14.1 de la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra (en lo sucesivo, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo sobre el expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración Foral de Navarra formulada por doña..., actuando en su propio nombre y en representación de sus hijas doña..., doña... y doña..., por los daños y perjuicios ocasionados por el funcionamiento de los servicios sanitarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, que desencadenó el fallecimiento de don....

A la solicitud de dictamen se acompaña el expediente administrativo tramitado como consecuencia de la indicada

reclamación, incluyendo la propuesta de resolución del Director General del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante, SNS-O), desestimatoria de la reclamación.

## **I.2ª. Antecedentes de hecho y procedimiento tramitado**

### **I.2ª.1ª. Reclamación de responsabilidad patrimonial**

El 21 de marzo de 2019, doña..., actuando en su propio nombre y en representación de sus hijas menores doña..., doña... y doña..., presentó en el Negociado de Atención al Ciudadano del Departamento de Salud del Gobierno de Navarra, al amparo de lo establecido en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y artículo 106.2 de la Constitución Española, una reclamación de responsabilidad patrimonial contra el SNS-O por la considerada deficiente atención sanitaria prestada a don..., esposo y padre de las reclamantes, que desembocó en el fallecimiento del paciente el 22 de marzo de 2018.

En la reclamación se indica que el paciente, de 54 años de edad, falleció como consecuencia de un cáncer de próstata no diagnosticado a tiempo. Especifica que el 20 de febrero de 2017 acudió a su médico de atención primaria con picor y escozor que se manifestaba con la micción y se ordenó la realización de una analítica normal sin que se prescribiera tratamiento alguno. El 23 de febrero, persistiendo los síntomas, vuelve al médico y se le entrega para que rellene un cuestionario para valoración prostática, no constando que el cuestionario fuera realizado ni requerido por su médico.

El 29 de marzo de 2017, el paciente acude de nuevo al médico por dolor a nivel del coxis que no remitía a pesar de llevar más de un mes con ibuprofeno, prescribiéndole de nuevo analgésicos (ibuprofeno, paracetamol y tramadol). El 26 de abril de 2017 vuelve a consulta y comunica que persiste el dolor lumbar que se irradia a la región lateral externa del muslo derecho, se le inyecta toradol en consulta y se solicita radiodiagnóstico que se realiza el 9 de mayo (RM de columna lumbar), apreciándose abombamiento discal posterior con fisura anular

central en L4-L5 que contrasta con saco tecal y cuyo resultado se anota en el historial del paciente el 16 de mayo de 2017. Con anterioridad, el 11 de mayo, el paciente había comunicado al médico de atención primaria que el dolor solo cedía con zaldiar. Del 22 al 24 de mayo el paciente es tratado con dexametasona y se le practican diversas intervenciones de enfermería con medicación.

La reclamación continúa indicando que el 24 de mayo fue visto por el Servicio de Nutrición y Dietética que “no descubre nada, a diferencia de lo que ocurrió en la... en el mismo servicio”.

El 25 de mayo de 2017, comenta de nuevo a su médico que el dolor no le permite dormir desde el principio del tratamiento y se le prescribe oxazepan, y la reclamante considera que ese era “un síntoma patente de la gravedad ya que la imposibilidad de dormir no se produce por un proceso mecánico, una discopatía (H discal), es un signo de alarma, se ha de pensar siempre en infección o tumor potencialmente grave, en ese momento el paciente debió ser ingresado”.

La reclamación relata diferentes visitas a su médico durante el mes de mayo manifestando que persistía el dolor, prescribiéndosele más analgesia, hasta que el 31 de mayo, al indicar que la lumbalgia irradiaba a los glúteos, se le piden estudios complementarios consistentes en una Raquis Médica, comunicándole el Servicio de Admisión, el 2 de junio, que pasaba a lista de espera.

A continuación, la reclamación indica que el 12 de junio de 2017, el paciente recibió informe de la..., a la que acudió para valoración de cirugía bariátrica, en el que se indicaba que en la ecografía abdominal aparecía el diagnóstico de crecimiento patológico de próstata. “Nódulo paravesical derecho de 3 cm; ambos susceptibles de estudio urológico”, acudiendo a su médico para comunicárselo.

El 24 de junio el paciente acudió a Urgencias del... (...) con dolor abdominal, siendo diagnosticado de “retención de orina pendiente de estudio de urología”, volviendo el 25 de junio con hematuria y se le prescribe butilescopolamina. El 26 de junio el Servicio de Admisión del

SNS-O le comunica que su solicitud para visita de nefrología pasa a lista de espera y el 4 de julio fue examinado por el Servicio de Urología del... en cuyo informe se indica “Hallazgo en ecografía de posible lesión intravesical y posible adenopatía paravesical”.

El 6 de julio acude de nuevo a Urgencias con dolor en ambas fosas renales que irradia a hipogastio y asociada disuria, diagnosticándole infección urinaria.

El 11 de julio de 2017 el paciente presenta escrito solicitando se le dé cita lo antes posible, para Raquis Médica, para escáner y para nefrología.

El 18 de julio, vuelve a Urgencias por dolor en fosa renal siendo diagnosticado de lumbalgia 2º a hernia L4-L5, añadiendo, reiteradamente en su escrito de reclamación, que ante estos hechos y “después de un mes del informe de la..., el paciente seguía sin ser ingresado”.

El 24 de julio se le realiza un TAC y, ese mismo día, se emiten los informes de citoscopia que evidencian lesión vesical inflamatoria vs tumoral y, por primera vez, se solicita análisis de PSA. La reclamación indica que el TAC pone de manifiesto que:

“En el parénquima pulmonar se aprecian múltiples nódulos pulmonares (en número superior a 20)..., compatibles con metástasis. Persiste sin cambios nódulo con centro hipodenso de 7,8 mm en LID, posible hematoma pulmonar.

Masa heterogénea de probable dependencia prostática que ocupa la práctica totalidad de la cavidad pélvica de unos 11,5 x 17 cm aproximadamente, con áreas hipodensas, sugestivas de necrosis, que infiltra suelo vesical, y oblitera el uréter derecho.

Múltiples adenopatías en hipodenso de 3,6 cm sugestivo de adenopatía necrótica”

El 27 de julio el Servicio de Urología solicita que se derive al paciente a Oncología médica para tratamiento. La reclamación critica el informe del Servicio de Nefrología de 28 de julio, así como el de

Urología de 31 de julio, en los que “sin más, se le remite a oncología médica”.

El 1 de agosto de 2017 recibe el paciente un escrito del Gerente del... respondiendo a su requerimiento de 11 de julio para que se le practicaran las prueba pendientes, en el que se indica que se tiene constancia de que tales pruebas se han practicado y se piden disculpas por los inconvenientes derivados de esa situación.

El 7 de agosto se le comunica el resultado de la biopsia practicada que determina “Carcinoma neuroendocrino y que la presencia asilada de diferenciación glandular podría sugerir la posibilidad de un componente glandular asociado mínimamente representado Adenocarcinoma”.

El 8 de agosto de 2017 el médico de Atención Primaria solicita visita y tratamiento por la Unidad del Dolor, recibiendo cita el 17 de agosto para su atención el 31 de ese mismo mes.

El 11 y el 29 de agosto diagnostica el Servicio de Oncología Médica: “Neoplasia prostática con múltiples metástasis ganglionares y pulmonares: Monorreno derecho con hidronefosis. AP. Tumor con diferenciación neuroendocrina con componente glandular asociado mínimamente representado de Adenocarcinoma Acinar”. Se le prescriben tres ciclos de quimioterapia.

Tras varias visitas al Servicio de Urgencias por dolor es nuevamente derivado, el 21 de septiembre, a la Unidad del Dolor.

El 3 de octubre de 2017 se le realiza una Tomografía Computerizada que vuelve a reseñar los mismos datos que el informe de oncología con más crecimiento de metástasis.

El 20 de octubre es de nuevo visitado por Oncología que, según la reclamación, “manifiesta que ha habido una disminución del tamaño de la adenopatía en varias ocasiones y este no fue controlado, su

evolución fue muy mala, aumento de tamaño de las metástasis pulmonares como se esperaba y se indicó a sus familiares”.

El 16 de diciembre es ingresado en el Servicio de Oncología por neumonía derivada de su estado, permaneciendo ingresado hasta el 22 de diciembre en el que es dado de alta porque ante las perspectivas y siendo Navidad quiere pasarla en casa, volviendo a Urgencias el 24 por neumonía.

El 18 de enero de 2018 desde Urgencias es trasladado al..., para tratamiento paliativo.

El 15 de marzo de 2018 el... emite informe indicando que el paciente tiene una enfermedad oncológica grave e irreversible y el 22 de marzo fallece.

A la vista de todo ello, la reclamación considera que “desde febrero de 2017 hasta finales de agosto no le fue diagnosticado al paciente ningún cáncer, que y gracias a un informe externo al Servicio Navarro de Salud se acordaron pruebas para su diagnóstico que fue tardío, como consecuencia del retraso en la realización de las pruebas y la falta de diligencia médica, tanto del médico de cabecera como de los servicios de urgencias y del retraso en la realización de las pruebas debido al mal funcionamiento del sistema se produjo una consecuencia fatal, el fallecimiento del paciente. Desde el primer momento y dada la clínica que el paciente presentaba se debió practicar al paciente la analítica correspondiente, solicitar el PSA y acordar las pruebas necesarias para examen de próstata. El dolor lumbar tratado con importante analgesia no remitía y el dolor no dejaba dormir al paciente, signo este más que evidente de que la dolencia era grave y que debía actuarse en consecuencia. Procediéndose al ingreso del paciente y realización de las pruebas correspondientes con la mayor rapidez posible. El paciente, no es hasta el mes de junio, cuando se le observa por otro centro, la..., y a través de ecografía abdominal, el tumor y es entonces cuando se indican pruebas a realizar, a pesar de ello de después del mencionado informe, el paciente acude a urgencias con

dolor no controlado y ni es ingresado para pruebas de Urgencia, no se le hace un TAC hasta el 24 de julio, y el diagnóstico se demora hasta finales de agosto”.

En definitiva, la reclamación considera que la defectuosa asistencia sanitaria con un diagnóstico tardío e irremediable fue la causa que produjo el fallecimiento del paciente por lo que, tanto su esposa como sus hijas han sufrido, además de un importante perjuicio económico, un importante daño moral que cuantifican de la siguiente forma:

“A su esposa, doña... en la cantidad de 102.261,00 €.

Para doña..., en representación de la menor de 15 años (doña...) la cantidad de 81.890 €, en representación de la menor de 12 años, doña..., la cantidad de 92.076 €, y en representación de doña..., la cantidad de 51.334,00 €”.

En la fundamentación jurídica, la reclamación considera que ha habido una infracción de la “lex artis” en la asistencia sanitaria al existir un error y retraso injustificable en el diagnóstico del cáncer de próstata que presentaba el paciente, ya que constaban síntomas que determinaban la necesidad de una derivación inmediata para su investigación y realización de pruebas. Si el paciente hubiera sido remitido desde el principio para la realización de las pruebas adecuadas y si estas se hubieran practicado con la celeridad exigible se hubiera evitado el fallecimiento al poder detectar y en su caso tratar el cáncer en un estadio con curación.

La reclamación añade que “la infracción de la lex artis es patente ya que fue necesario un informe externo de la... para la detección del cáncer y solo desde ese informe se le practicaron al paciente pruebas, si bien con patente retraso aun sabiendo la existencia del tumor, para diagnosticar el final el cáncer de próstata con metástasis irreversible y fatal”.

Con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009, recurso de casación 1593/2008, considera que se produjo una clara pérdida de oportunidad, se infravaloraron sus antecedentes y los síntomas graves de dolor, lo que permitió el avance incontrolado del carcinoma hasta la metástasis que determinó en el infausto pronóstico del paciente.

La reclamación concluye considerando que “por todo ello desde el 20 de febrero de 2017 fecha de los primeros síntomas, la Administración demandada incurrió en un retraso diagnóstico que se prolongó durante más de 6 meses”, lo que “privó al paciente de toda expectativa de curación, ya que padecía en el momento de su diagnóstico un cáncer con metástasis importantes y solo pudo aplicarle tratamiento paliativo hasta su fallecimiento”.

### **I.2ª.2ª. Instrucción del procedimiento e informe**

Mediante Resolución 15/2019, de 25 de marzo, del Jefe del Servicio de Régimen Jurídico del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, se admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, se nombró instructor del procedimiento y se informó a la interesada de los efectos que de la reclamación podían derivarse con respecto al acceso a los datos de la historia clínica del paciente, así como del plazo máximo para resolver y notificar la resolución y de los efectos del silencio administrativo.

#### **a) Informe Clínica de Atención Primaria**

Por el instructor del procedimiento se solicitó informe “Clínica de Atención Primaria” al Director del E.A.P. de... que fue emitido el 27 de marzo de 2019 y en el que de forma esquemática se recogen todas las incidencias y atenciones del paciente que se le prestaron en dicho centro y las referencias a enfermedades, tratamientos y pruebas realizadas.

#### **b) Informe del Servicio de Endocrinología y Nutrición**



El 4 de abril de 2019, y a requerimiento del Instructor, emite informe el Jefe del Servicio de Endocrinología y Dietética del... que incorpora, es emitido por la doctora que le atendió en las consultas de Nutrición. En el informe se indica que al paciente, diagnosticado de obesidad mórbida, ante la mala evolución con tratamiento conservador, se le propuso la opción quirúrgica (cirugía bariátrica) que se realizaba de forma concertada en la... y, tras realizarle las pruebas previas, se emitió el informe de derivación a dicho centro el 24 de mayo de 2017. El 9 de junio de 2017, indica la informante que deja escrita en la historia clínica la siguiente información:

“Desde... informan que en ecografía se observa: «Crecimiento patológico de la glándula prostática y de la vesícula seminal izquierda. Nódulo paravesical derecho». Solicito cita en Urología (dados los antecedentes de nefrectomía derecha por neoplasia) por si consideran indicado realizar más pruebas complementarias. Cita en agosto para revisión de Nutrición”.

La doctora indica que su servicio recibió el informe de la... tres días antes que el paciente, el 9 de junio, y que ese mismo día efectuó la anotación antes reseñada en la historia clínica por lo que “No existe pues, demora de ningún tipo en la atención prestada por nuestro Servicio”.

#### c) Informe del Servicio de Oncología Médica

En el informe emitido el 2 de abril de 2019, se recoge la historia oncológica del paciente en los siguientes términos:

“paciente de 52 años de edad diagnosticado tras nefrectomía izquierda laparoscópica en noviembre de 2010 de adenocarcinoma renal pT1b. El paciente siguió controles por parte del Servicio de Urología.

TC en abril de 2016 sin evidencia de enfermedad.

En un estudio previo a cirugía bariátrica se realizó ecografía informada como: «Aumento de tamaño prostático, con lesión en cuello vesical adherida a lóbulo medio. Nódulo pelviano paravesical»”.

Se realizan las siguientes exploraciones para completar diagnóstico:

Citoscopia (27.7.17): Lesión vesical inflamatoria vs tumoral.

TC (24.7.17): Hallazgos radiológicos compatibles con neoplasia prostática con múltiples metástasis ganglionares y pulmonares. Monorreno derecho con hidronefrosis.

AP Tumor con diferenciación neuroendocrina con componente glandular asociado mínimamente representado de adenocarcinoma acinar en esta biopsia.

Valorado como paciente de 52 años diagnosticado de cáncer de próstata con diferenciación neuroendocrina E IV por afectación pulmonar (PSA 4,5), se considera tributario de realizar tratamiento quimioterápico según esquema CDDP + VP 16.

El paciente realiza 3 ciclos con aceptable tolerancia y se evalúa respuesta por TC”.

A continuación se reseñan los tratamientos quimioterápicos recibidos hasta su fallecimiento.

#### d) Informe del servicio de Urología

El informe comienza relatando los antecedentes clínicos del paciente para indicar que “fue visto el 29 de junio de 2017 en la consulta de Urología a petición del Servicio de Nutrición y Dietética y tras ser atendido en Urgencias los días 24 y 25 del... por retención urinaria el primero y hematuria el segundo. Se solicita TAC y Citoscopia, se inicia tratamiento”.

Entre otras indicaciones, el informe señala que la citoscopia evidenció lesión vesical infamatoria Vs tumoral y el TAC hallazgos radiológicos compatibles con neoplasia prostática con múltiples metástasis ganglionares y pulmonares, y termina indicando las actuaciones practicadas con posterioridad al 27 de julio de 2017.

#### e) Informe del Servicio de Urgencias

El jefe del Servicio de Urgencias indica que la reclamación formulada es por retraso en el diagnóstico de un cáncer de próstata y que, en relación con ello, la participación del Servicio es muy concreta y no relevante para el diagnóstico. Relata las intervenciones del Servicio los días 24 y 25 de junio por trastornos urinarios que fueron tratados y resueltos correctamente mediante sondaje y remisión a consulta del Servicio de Urología. Indica que las intervenciones anteriores al 24 de julio de 2017 fueron por lumbalgia que se relacionó con hernia discal puesta de manifiesto en Resonancia Magnética realizada en mayo de 2017.

El informe concluye señalando que “los Servicios de Urgencia no tienen como misión el realizar estudios clínicos en profundidad para llegar a diagnósticos complejos. La labor fundamental es resolver los problemas agudos que pueden surgir de las diferentes enfermedades en diferentes etapas de las mismas. El Servicio se limitó a valorar y resolver los problemas agudos que se presentaron, no hay participación directa en el proceso de diagnóstico y su actuación se ajustó a la *lex artis*”.

Junto a los informes remitidos por los responsables de los diferentes Servicios Médicos, obran en el expediente administrativo informes específicos de cada una de las actuaciones practicadas por los diferentes facultativos. Por su interés, interesa destacar el informe de la responsable de Nutrición de 24 de mayo de 2017, por el que se deriva al paciente a la... para cirugía bariátrica, en el que consta el resultado de la ecografía abdominal realizada el 17 de marzo de 2017, dentro de las pruebas previas para la derivación quirúrgica. El resultado de la ecografía abdominal fue el siguiente:

“Hepatomegalia con hipertrofia del L1, contornos levemente ondulados y aumento difuso de su ecogenicidad compatible con hepatopatía crónica-esteatosis difusa severa, sin evidencia de lesiones focales. Vena porta de calibre normal.

Vesícula biliar libre de ecos. Vía biliar no dilatada. Páncreas (parcialmente visualizado), sin hallazgos destacables.

Bazo normal. Nefrectomía izquierda. Riñón derecho compensador, con dos pequeños quistes simples corticales, sin dilatación de su sistema colector. Vejiga de paredes lisas.

Retroperitoneo medial poco valorable. No se observa líquido libre.

Conclusión: Hepatomegalia con signos de hepatopatía crónica-esteatosis difuso severa.

Nefrectomía izquierda”.

Igualmente constan en el expediente informes individualizados de cada servicio sobre las atenciones prestadas al paciente con posterioridad al diagnóstico de cáncer prostático que no se referencian por cuanto que no son relevantes al objeto de dictamen que, como indica la reclamación, se fundamenta en un retraso de diagnóstico y no en el tratamiento prestado con posterioridad a su descubrimiento.

f) Informe Médico Pericial emitido por la asesoría médica de...

A petición de la compañía aseguradora de la responsabilidad patrimonial del SNS-O, el 20 de octubre de 2019 se emite informe suscrito por don..., médico especialista en Urología y Andrología.

En su informe, tras realizar un resumen de la historia clínica del paciente y reseñar aquellos puntos de los informes de los Servicios de Urgencias y Urología que considera de interés, centra el objeto y fundamentación de la reclamación en la consideración de que el paciente recibió una asistencia sanitaria inadecuada por retraso diagnóstico y pérdida de oportunidad que desembocó en el fallecimiento del paciente.

El informe indica que debe analizarse el cuadro clínico entre las fechas de comienzo de febrero de 2017, en el que acude al médico de atención primaria en varias ocasiones por un cuadro de dolor lumbar y el 24 de julio de 2017, momento en el que está claramente diagnosticado el cáncer prostático y las posibilidades de actuación quedan limitadas a oncología y cuidados paliativos, al estar superadas las posibilidades terapéuticas con un cuadro silente y asintomático hasta su diagnóstico.

Respecto a los dolores en zona lumbar el informe indica que no iban acompañados de otros síntomas salvo dolor localizado en ambas fosas lumbares, no debiendo olvidarse el antecedente de refrectomia renal en el año 2000.

Por lo que se refiere al cuadro urológico el perito señala que fue examinado, por primera vez, el 20 de febrero de 2017 por clínica miccional, no habiendo posteriores consultas relacionadas con dicha clínica. El 29 de marzo acude por dolor en el coxis que persiste el 26 de abril a pesar del tratamiento con analgésicos. El 9 de mayo se le solicita RNM de columna lumbar, diagnosticándose abombamiento discal posterior con fisura en L4-L5, señalando que “no hay ninguna referencia a que en esta resonancia se pudiera atisbar ninguna alteración clínica que pusiera de manifiesto alguna situación que estimulara el planteamiento de diagnóstico diferencial con alguna otra patología clínica”.

El informe de... continúa indicando que en múltiples consultas posteriores el síntoma de dolor de espalda irradiando a miembros inferiores no se acompañaba de otra sintomatología, y que “en la documentación médica analizada, que es amplísima, no constaban síntomas que obligasen a plantear un cuadro clínico diferente al evidenciado en el RNM de columna. La evidencia clínica, lo que la historia clínica aporta es que, salvo un cuadro de dolor, más o menos intenso, más o menos incoercible al tratamiento médico; el paciente no refería ninguna otra sintomatología y mucho menos clínica urológica”.

El perito señala que el 12 de junio de 2017, el informe de la..., donde había acudido para ser valorado de cirugía bariátrica, refiere un estudio de ecografía abdominal en donde se informa de crecimiento prostático, nódulo paravesical de dos centímetros, sugestivo de estudio urológico y que no es hasta el 24 y 25 de junio que acude a Urgencias cuando se manifiestan síntomas clínicos urológicos y, además, una retención aguda de orina no implica necesariamente un cuadro como el que finalmente se manifestó y diagnosticó. Se añade que desde ese momento se solicitaron los estudios encaminados a establecer un

diagnóstico adecuado, pidiendo, en la consulta de Urología de 29 de junio de 2017 la realización de una citoscopia y de un TAC que presenta múltiples lesiones en parénquima pulmonar compatible con metástasis, nódulo compatible con hematoma pulmonar, masa heterogénea de probable dependencia prostática que ocupa la totalidad de la cavidad pélvica, áreas hipodensas sugestivas de necrosis y múltiples adenopatías sugerentes de ser necróticas, siendo derivado el 27 de julio a Oncología.

A la vista de ello el dictamen de... considera que “el cuadro está diagnosticado a fecha 24 de julio, si bien, posteriormente se hacen nuevas pruebas complementarias para dejar claro el diagnóstico etiológico. Urológicamente es evidente que cuando se diagnostica el cuadro clínico, que ha causado de forma silente y asintomática, las posibilidades terapéuticas, están ampliamente superadas, no quedando otra opción que el tratamiento oncológico. No existe ningún retraso diagnóstico, y es impensable que pueda considerarse una pérdida de oportunidad; estamos ante un cuadro urológico, un carcinoma neuroendocrino; que ha evolucionado sin dar ningún tipo de manifestación clínica”.

Por todo ello, el informe de..., a pesar de que en un momento de su informe indica que “siendo revisionista cabría llegar a asumir que se podrían haber valorado de una forma más intensiva este cuadro que refería el paciente, pero esto me lleva a asumir considerar la historia clínica a sabiendas de lo diagnosticado posteriormente”, obtiene las siguientes conclusiones finales:

“1ª Que el cuadro clínico, por la documentación examinada, la asistencia sanitaria, estudio, diagnóstico, seguimiento y tratamiento indicado es absolutamente correcto y sujeto a la *lex artis*.

2ª Que no puede establecerse una actuación inadecuada por parte de los servicios médicos, toda vez que el diagnóstico era el correcto, la indicación terapéutica era absolutamente correcta y se han observado todos los protocolos médicos para el desarrollo de la atención sanitaria al paciente.

3ª Que el resultado es dramático pero no es posible evidenciar ninguna infracción de la *lex artis*, ni de los protocolos urológicos”.

### **I.2ª.3ª. Trámite de audiencia a la reclamante**

Mediante escrito del instructor del expediente de 31 de octubre de 2019, se procede a la apertura del trámite de audiencia a la reclamante para que en el plazo de diez días hábiles pueda formular las alegaciones que estimase convenientes y presentar los documentos que interesasen a su derecho. A tal efecto, se facilitó a la reclamante copia de los documentos incorporados al expediente y de los informes emitidos por los diferentes Servicios del SNS-O.

El 22 de noviembre de 2019, formula escrito de alegaciones en el que se reitera en lo manifestado en su escrito de reclamación, concluyendo que de la historia clínica del fallecido se llega a la conclusión de que el diagnóstico de cáncer fue tardío debido a la negligencia del médico de atención primaria y de los servicios de urgencias y que si se diagnosticó lo fue gracias a un informe externo al SNS-O.

En sus alegaciones se sorprende de que ningún servicio del... fuera capaz de intuir que a pesar de la clínica presentada pudiera padecer un cáncer, siquiera un problema grave, y que fuera necesario un informe de la... para que se detectara la masa tumoral y que, a pesar de ello, se tardara otro mes y medio en efectuar el diagnóstico de cáncer de próstata. Cuestiona el informe emitido por el Servicio de Urgencias y discrepa de su contenido a la vez que argumenta que ante un paciente que había tenido un cáncer y que presentaba un dolor lumbar tan intenso, que en cuatro meses no mejoraba a pesar de la fortísima medicación que tomaba, lo correcto habría sido ingresarlo y realizarle pruebas complementarias.

Del informe de Urología el escrito de alegaciones indica que simplemente se limita a relatar las asistencias prestadas sin valorar si las mismas fueron o no adecuadas a la *lex artis*.

Cuestiona seriamente el informe pericial de... emitido por el doctor..., considerando que contiene imprecisiones, cuando no errores, y que realiza una valoración absolutamente incomprensible desde el mismo relato de los hechos, empezando por obviar los primeros motivos de atención sanitaria que fueron el picor y escozor manifestado en la micción (visita al médico de atención primaria los días 20 y 23 de febrero de 2017). La alegante considera que los médicos se olvidaron de que estaban en presencia de un paciente que previamente había padecido un cáncer y realiza la consideración que efectúa el doctor... de que “cabría llegar a asumir que se podría haber valorado de una forma más intensiva ese cuadro clínico”, y cuestiona que el informe descartara esa valoración indicando “que no había ningún otro síntoma que el dolor lumbar”.

Sin embargo, la alegante recuerda que junto a las continuadas dificultades urinarias apareció un dolor de coxis que no cesaba ni con tratamiento, impidiendo dormir, lo que entiende que es signo de alarma de una infección o tumor potencialmente grave como para ser ingresado ante esa sospecha para efectuar pruebas diagnósticas. Añade que, efectivamente, cita el informe de la ... porque estima que sin él, igual, el SNS-O nunca hubiera llegado a efectuar el diagnóstico de cáncer de próstata.

La alegante considera que la asistencia prestada a su esposo no fue correcta, como tampoco fue en tiempo el diagnóstico que se realizó tardíamente, por lo que existió una inadecuada atención sanitaria que fue la causa del fallecimiento.

En definitiva, considera que hubo infracción de la “lex artis” y, en contra del informe pericial que dice que se cumplieron los protocolos de atención (sin citar a cuales se refiere), la alegante considera que por el contrario los protocolos fueron incumplidos por el médico de atención primaria y por el Servicio de Urgencias. En defensa de su argumentación incorpora al escrito de alegaciones algunos apartados del “Manual de Urgencias de Carlos Bibiano Guillen”, ante clínica de dolor lumbar, y considera que no se respetaron los criterios que se



establecen para el ingreso del paciente, así como tampoco se tuvieron en cuenta los signos de alarma ante un paciente con dolor lumbar, dolor nocturno y antecedentes de neoplasia, según la “Guía Práctica Clínica sobre Lumbalgia”, de Osakidetza.

La alegante considera que se debe aplicar el sentido común basado en el conocimiento y en la experiencia y “ante casos como el presente, en el que el paciente sufre un dolor tan intenso, independientemente de la causa, hay que darle solución rápida y eficaz. Si sobrepasa la capacidad de actuación del facultativo al que acude (médico de Atención Primaria) se debe remitir a Urgencias y en Urgencias ante un dolor no controlado y de causa filiada (una hernia discal no da un dolor inflamatorio), se recomienda ingreso. Si se hubiera tenido esta actitud el diagnóstico y el tratamiento hubiera sido precoz, con control del dolor y con mejoría clara del pronóstico. Desde el primer momento y dada la clínica que el paciente presentaba se debió practicar la analítica correspondiente, solicitar el PSA y acordar las pruebas necesarias para examen de próstata. El dolor lumbar tratado con importante analgesia no remitía y el dolor no dejaba dormir al paciente, signo este más que evidente de que la dolencia era grave y que debía de actuarse en consecuencia. Procediéndose al ingreso del paciente y realización de las pruebas correspondientes con la mayor rapidez posible... En definitiva, y con el estudio pormenorizado de los informes médicos que me han sido facilitados, la conclusión es que desde febrero de 2017, hasta finales de agosto de 2017 no le fue diagnosticado al paciente ningún cáncer, que y gracias a un informe externo al SNS-O se acordaron pruebas para su diagnóstico que fue tardío, como consecuencia del retraso en la realización de las pruebas y la falta de diligencia médica, tanto del médico de cabecera como de los servicios de urgencia y del retraso en la realización de las pruebas debidas al mal funcionamiento de los servicios sanitarios, produjo una consecuencia fatal, el fallecimiento de don...”.

#### **I.2ª.4ª. Informe jurídico y propuesta de resolución**

La propuesta de resolución, precedida de un informe jurídico de la que es fiel reflejo, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada.

Tras realizar una referencia a los hitos más importantes de la asistencia sanitaria prestada al paciente y de la tramitación de la reclamación, considera que ha sido interpuesta en tiempo y forma, por persona legitimada, y analiza el marco jurídico de aplicación a la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria.

Entrando en el análisis del caso, se considera que el argumento esgrimido por la reclamante, sin apoyo en opinión pericial alguna y basándose en una lectura parcial de los informes del SNS-O, no es certera pues en todo momento los profesionales sanitarios dieron respuesta a las demandas del paciente cuando para ello fueron requeridos.

Tras repasar algunas de las atenciones prestadas por los facultativos, considera que el paciente principalmente acudió a los médicos por un cuadro de dolor lumbar sin referir ninguna otra sintomatología y, tras transcribir un párrafo del informe pericial emitido por... en el que su autor hacía referencia a que siendo revisionista cabría llegar a asumir que se podía haber valorado de una forma más intensiva el cuadro clínico que refería el paciente, estima que ello sería considerar la historia clínica a sabiendas de lo diagnosticado posteriormente, y recuerda “que la evidencia clínica es lo que aporta la historia clínica y de ella, salvo un cuadro de dolor, más o menos intenso, más o menos incoercible al tratamiento médico, el paciente no refería ningún otro tipo de sintomatología, y mucho menos clínica urológica”.

A continuación, la propuesta sale al paso de las consideraciones de la reclamante que parece argumentar que solamente, y después de un informe externo al SNS-O, realizando por la..., se acordaron pruebas para su diagnóstico. Para aclarar el motivo del informe emitido por la ..., la propuesta recoge el informe emitido el 4 de abril de 2019

por el Servicio de Endocrinología y Nutrición en el que, como ya hemos indicado, se explica que se derivó al paciente a dicho centro sanitario para una cirugía bariátrica para tratar su obesidad mórbida y, entre las pruebas prescritas para efectuar tal intervención dentro del preoperatorio, tal y como está pautado, en el... se le realizó una ecografía abdominal que resultó sin anomalías, mientras que en la ... se descendió en la prueba ecográfica hasta la pelvis y fue entonces cuando se puso de manifiesto el crecimiento patológico de la glándula prostática y de la vesícula seminal izquierda.

A partir de ese momento, se explica que no hubo demora ya que la facultativa del Servicio de Nutrición, el mismo día que recibió los resultados (9 de junio de 2017), solicitó consulta de Urología, citándosele el 29 de junio, por lo que cuando acudió a Urgencias los días 24 y 25 de junio de 2017 por problemas urinarios (retención y hematuria) el Servicio de Urgencias atendió los síntomas y señaló seguimiento por el Servicio de Urología, en donde se le pidieron pruebas complementarias para determinar el diagnóstico (citoscopia y TAC urológico) que fueron realizados el día 24 de julio de 2017, que establecieron el diagnóstico definitivo.

La propuesta de resolución, asumiendo el relato y las conclusiones finales del informe de..., concluye considerando que “la actuación médica prestada fue correcta, ajustada a los protocolos asistenciales vigentes para este tipo de patologías, por lo que, entiende que no ha quedado acreditada la concurrencia de los elementos que configuran el instituto de la responsabilidad patrimonial sanitaria, pudiendo concluir, con base a los informes clínicos y periciales obrantes en el expediente, en que la actuación de los profesionales del SNS-O fue acorde con la *lex artis*”.

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **II.1ª. Objeto y carácter preceptivo del dictamen. Tramitación del expediente**

La presente consulta versa sobre una reclamación por presuntos daños derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios del SNS-O. Es ésta una consulta en un expediente de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo dependiente de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra en materia sanitaria.

El artículo 14.1. de la LFCN establece que el Consejo de Navarra deberá ser consultado preceptivamente en los siguientes asuntos: i) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que se solicite una indemnización en cuantía igual o superior a trescientos mil euros. En el presente caso se solicita una indemnización de trescientos veintisiete mil quinientos sesenta y un (327.561) euros por lo que el presente dictamen se emite con carácter de preceptivo.

Por su parte, la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (en adelante, LFACFN) establece, en sus artículos 76 y siguientes, el procedimiento administrativo que debe seguirse en materia de responsabilidad patrimonial, en el que se contemplan sucesivamente la práctica de las pruebas que se estimen pertinentes, la solicitud de informes necesarios, la audiencia del interesado, la propuesta de resolución, el dictamen del Consejo de Navarra y, finalmente, la resolución definitiva por el órgano competente.

La tramitación del presente procedimiento se estima, en términos generales, correcta habiendo incorporado los documentos necesarios para conocer las circunstancias concurrentes en la atención sanitaria prestada, constando además informes médicos suficientes para valorar la misma y, en definitiva, habiendo respetado el derecho de audiencia y defensa que corresponde a la reclamante, otorgándole la posibilidad de conocimiento íntegro de las actuaciones, formulación de alegaciones y presentación de documentos, y todo ello con anterioridad a la propuesta de resolución.

De otra parte, en orden a la determinación del órgano competente para resolver, a tenor de lo dispuesto en el artículo 116 de la LFACFN,

la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponderá al Presidente o Director Gerente de los respectivos organismos autónomos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

### **II.2ª Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, regulación y requisito; estimación parcial de la reclamación.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración actúa, en buena medida, como institución de garantía de los ciudadanos contemplada en el artículo 106 de la Constitución, y encuentra su desarrollo normativo ordinario en la legislación sobre procedimiento administrativo y régimen jurídico de la Administración Pública, en la actualidad recogida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPACAP) y en la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP). El punto de partida lo constituye el artículo 32 de la LRJSP a cuyo tenor los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. Por su parte, el artículo 34.1 de la LRJSP establece que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley, no siendo indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquellos, sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos. En los apartados 2, 3 y 4 del citado artículo 34, se establecen las pautas para la cuantificación de la indemnización con arreglo a los criterios de valoración establecidos en

la legislación fiscal, expropiatoria y demás normas que puedan ser de aplicación, ponderándose con las valoraciones predominantes en el mercado. Para los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y Seguridad Social. La cuantía indemnizatoria se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al expediente con arreglo al Índice de Garantía de Competitividad y de los intereses que procedan por demora. La indemnización podrá sustituirse, con acuerdo del interesado, por una compensación en especie o abonarse mediante pagos periódicos si resulta más adecuada para lograr la recuperación debida y convenga, igualmente, al interés público.

Conforme con la regulación positiva de la responsabilidad patrimonial y de la jurisprudencia que la interpreta y aplica, los requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son: el daño o lesión patrimonial, su antijuridicidad, su imputación a la Administración como consecuencia del funcionamiento de sus servicios, y la relación de causalidad entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado. Como regla general, la carga de la prueba de los hechos necesarios para la existencia de responsabilidad corresponde a quien reclama la indemnización y, en cambio, corre a cargo de la Administración la prueba del correcto funcionamiento del servicio o de la existencia de fuerza mayor o de circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficientes para considerar roto el nexo de causalidad.

Como este Consejo viene señalando en dictámenes anteriores, el sistema legal de responsabilidad patrimonial de la Administración viene dotado de naturaleza objetiva pero cuando nos encontramos ante una prestación pública en el ámbito sanitario la traslación mecánica del principio de objetividad puede provocar resultados no sólo contrarios a un elemental principio de justicia, sino incluso a la concreta función del instituto indemnizatorio, por ello se ha reiterado por la jurisprudencia que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración

no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (SSTS 19 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002); y, por otra parte, como también ha recordado el Tribunal Supremo (SSTS 19 de junio de 2001 y 4 de marzo de 2006) no basta, para que exista responsabilidad patrimonial, la apreciación de deficiencias en la atención médica prestada, sino que es necesario, además, que el perjuicio invocado y cuya reparación se pretende sea una consecuencia o tenga como factor causal dicha prestación sanitaria.

Por otra parte, es igualmente conocida la doctrina jurisprudencial conforme a la cual en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que será preciso acudir al criterio de la "lex artis" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, y si cabe establecer un nexo causal que opere la imputación de responsabilidad a los servicios sanitarios; todo ello con independencia del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la curación o la salud del paciente (STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 13 de julio de 2007). En consecuencia, el criterio fundamental para determinar la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la "lex artis" y ello, ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados; es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por lo tanto, el criterio de la "lex artis" es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida ("lex artis"). Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no

solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha "lex artis"; de exigirse sólo la existencia de la lesión se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la "lex artis" (STS de 13 de julio de 2007). Como reiteradamente se ha reconocido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, el daño indemnizable ha de ser antijurídico y, en caso de daños derivados de actuaciones sanitarias, no basta con que se produzca el daño sino que es necesario que éste haya sido provocado por una mala praxis profesional. Así, la sentencia de 19 de septiembre de 2012, recaída en recurso de casación 8/2010, dice:

“La concepción del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que se mantiene por la parte recurrente no se corresponde con la indicada doctrina de esta Sala y la que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, según la cual: «esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar» (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003). Debiéndose precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que «en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de



una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente a doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto»”.

En el presente caso se nos plantea una reclamación en la que se imputa al SNS-O pérdida de oportunidad en la atención prestada al paciente y que desembocó en un diagnóstico tardío de un cáncer de próstata que, al momento en que fue finalmente diagnosticado, ya no admitía ninguna opción de tratamiento urológico y solo quedaban opciones oncológicas y cuidados paliativos dado el nivel de extensión en que el tumor se encontraba, lo que determinó, a juicio de la reclamación, el fallecimiento del paciente.

Tal planteamiento nos lleva a realizar unas consideraciones sobre la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica sanitaria, pérdida de oportunidad que, pese a carecer de un sustento normativo específico, viene siendo admitida y reconocida por nuestros tribunales de justicia y por los diferentes órganos consultivos a la hora de analizar y dictaminar sobre supuestos de responsabilidad sanitaria de las Administraciones Públicas.

A pesar del reconocimiento de la pérdida de oportunidad, no existe una clara configuración jurídica del concepto, en gran medida, por el carácter eminentemente casuístico de la jurisprudencia que la aplica.

En unos casos se viene admitiendo la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad como un criterio de reducción de las exigencias de la relación de causalidad, como elemento determinante para la existencia de responsabilidad administrativa, de modo que aunque no pueda asegurarse que la conducta de los facultativos haya

sido la causa determinante del daño objeto de la reclamación, si ha supuesto su conducta una pérdida de oportunidad para efectuar un diagnóstico o prescribir un tratamiento adecuado. La exigencia absoluta en la aplicación de la relación de causalidad entre la actuación de los servicios sanitarios y los daños causados a los pacientes, tiene un enorme grado de dificultad en muchos casos ante la dificultad probatoria, de modo que si no se admitiera atemperar esa exigencia, en muchos casos quedarían sin reconocimiento, cuando es verosímil o probable, a la vista de los hechos, esa posible relación de causalidad.

Ahora bien, esta doctrina de la pérdida de oportunidad tampoco puede ser, o al menos no debe ser, aplicada de forma generalizada, sino que debe quedar limitada o restringida a aquellos casos en los que exista un probabilidad causal seria que sin necesidad de exigir una certeza total permita tener un nivel mínimo de certidumbre, un nivel no desdeñable, sin que en nuestro país se exijan unos umbrales porcentuales determinados por remisión a estudios estadísticos.

En esta materia de la pérdida de oportunidad suele ser frecuente referirse a la sentencia de 24 de noviembre de 2009 del Tribunal Supremo, recurso de casación nº 1593/2008, que es incluso invocada por la reclamante y en la que literalmente se declara que:

“la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación (...). En suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo, al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente 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”.

En similares términos se expresa la STS de 13 de enero de 2015, recurso de casación nº 612/2013.

Igualmente, las SSTS de 26 de septiembre de 2014, recurso nº 3637/2012 y de 3 de octubre de 2014, recurso nº 4000/2012, señalan que: “la pérdida de oportunidad implica que hay incertidumbre acerca de si una actuación médica que se omite pudiera haber evitado o minorizado los efectos dañosos sufridos. Esto exige valorar el grado de probabilidad de que la actuación omitida hubiera producido un efecto beneficioso, así como el grado, entidad o alcance de este mismo”.

Por su parte, la STS de 22 de enero de 2016, recurso nº 2414/2014, dice que “basta una cierta probabilidad de que la actuación médica hubiese evitado el daño para que surja el deber de indemnización”.

En definitiva, en los supuestos de pérdida de oportunidad no se está propiamente en presencia de una vulneración de la *lex artis*, pero sí ante una actuación en la que no se efectuó un diagnóstico correcto o en el momento adecuado, y ello como consecuencia de no haberse realizado unas pruebas médicas que estando dentro de una cierta lógica de actuación médica ordinaria, en relación con las patologías manifestadas, le han privado al paciente de la posibilidad de recibir otros tratamientos más adecuados aunque su resultado, no obstante, resulte incierto con respecto a la evolución final de la enfermedad. En la pérdida de oportunidad no se tiene en cuenta el daño material sufrido por el paciente, sino el daño moral derivado de la privación de otras opciones terapéuticas que pudieran haber mejorado la salud del paciente

Esto es lo que, a juicio de este Consejo de Navarra, sucede en el presente caso analizado. De los informes médicos obrantes en el expediente, y en contra de lo afirmado por la reclamante que no apoya

sus afirmaciones en ningún informe o dictamen médico pericial, no puede afirmarse que haya habido un incumplimiento de la “lex artis” en la actuación médica prestada al paciente por su médico de atención primaria, ni por los servicios de urgencias del... Sus actuaciones, según manifiestan los facultativos del SNS-O y ratifica el perito de..., sin que este Consejo de Navarra pueda contradecir o desconocer tales opiniones sobre la base de apreciaciones personales de la alegante, fueron conformes y adecuadas con la sintomatología que en cada momento manifestaba el paciente y ponía en conocimiento de sus facultativos.

Sin embargo, es cierto que ante esos síntomas y ante su intensidad y persistencia, unido a los antecedentes del paciente, podrían haberse prescrito otras pruebas que hubieran podido anticipar el diagnóstico de cáncer de próstata en un estadio menos avanzado, y que tal diagnóstico anticipado podría haber mejorado las expectativas de tratamiento y evolución, pero sin que exista ninguna certeza de que ello hubiera variado o evitado el desgraciado fallecimiento del paciente.

En definitiva, y a falta de otros dictámenes en los que apoyarnos, consideramos que concurren los requisitos precisos para estimar la existencia de una pérdida de oportunidad en la atención sanitaria prestada al paciente que, sin conllevar quiebra o infracción de la lex artis, ha generado un daño antijurídico como consecuencia de que se podría haber actuado de forma más diligente; daño que no es el material del fallecimiento del paciente, sino el daño moral derivado de la incertidumbre de saber qué hubiera sucedido de haberse obtenido un diagnóstico de su cáncer de próstata en un estado anterior; existiendo una probabilidad razonable de que la evolución del paciente podría no haber sido tan negativa.

Como señala la STS de 7 de julio de 2008, recurso 4776/2004, “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”.

Queda por último, determinar la cuantificación de este daño moral derivado de la pérdida de oportunidad que se admite.

Como reconoce, entre otras, la STS de 2 de octubre de 2012, recurso 3925/2011, “se ha de tener en cuenta que el resarcimiento del daño moral, por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable que, como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso”.

En atención a ello, este Consejo de Navarra tomando como referencia los varemos establecidos por la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, considera adecuado indemnizar los daños morales causados a la reclamante y a doña... en una cantidad 22.500 euros para cada una y a doña... y doña... con la cantidad de 20.000 euros.

### **III. CONCLUSIÓN**

El Consejo de Navarra considera que la reclamación formulada por doña..., en su propio nombre y en representación de sus hijas, ..., ... y ..., por daños y perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, debe ser estimada en los términos en los que se recoge en el cuerpo del presente dictamen.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.