

Expediente Núm. 35/2018  
Dictamen Núm. 58/2018

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*García Gutiérrez, José María*  
*Zapico del Fueyo, Rosa María*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 28 de marzo de 2018, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 9 de febrero de 2018 -registrada de entrada el día 14 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños derivados del abordaje tardío de un tumor prostático.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 29 de marzo de 2017, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por la “peor calidad de vida” y el sacrificio de las posibilidades de curación derivadas del diagnóstico tardío de un cáncer prostático.

Expone que el 14 de febrero de 2011 solicitó a su médico de Atención Primaria una análisis “que mostró un valor de 3 ng/mL y un índice de PSA libre

del 17 %", sin que se le indicase "la necesidad de hacer ninguna prueba complementaria" (puntualiza que "acompaña copia de dicho análisis"), y que en 2013 un nuevo análisis mostró "cifras de PSA de 5 ng/mL", sin que tampoco se indicara la necesidad de hacer alguna prueba adicional (no se aporta copia de este análisis). Señala que el 7 de marzo de 2014 una nueva analítica arrojó "10,8 ng/mL y un índice del 15 %" (adjuntándola), y que ya en 2015, por iniciativa propia, solicita un nuevo análisis (que acompaña) que se realiza el 21 de enero y con el que "saltaron todas las alarmas al indicarse la existencia de un nivel de PSA (...) 22,14 ng/mL".

Puntualiza que "no es derivado a un especialista hasta mayo de 2015, cuando es enviado al ..... de manera privada, a través de la aseguradora" que especifica, "donde se le realiza una biopsia de próstata y se le diagnostica de cáncer de próstata Gleason 4+5 en lóbulo derecho". Precisa que es intervenido quirúrgicamente en la medicina privada (prostatectomía radical), que se sometió a radioterapia y que en 2016 se objetiva "enfermedad metastásica ósea diseminada", siendo derivado al sistema público sanitario para "valoración de tratamiento sistémico con quimioterapia", constatándose "el avance de la enfermedad metastásica".

Razona que el diagnóstico tardío le ha provocado "una peor calidad de vida y una clara pérdida de oportunidades terapéuticas", pues debió ser derivado al especialista "ya en 2013, y en todo caso en 2014", y "no es hasta febrero de 2015 cuando se le envía a un especialista en Urología".

Reclama por la "pérdida de calidad de vida" una indemnización de 100.000 €, por la pérdida de "oportunidades asistenciales" 60.000 € y por "pérdida de calidad de vida de familiares" (remitiéndose a la tabla del baremo vigente, que lo incluye dentro del "perjuicio personal particular") otros 60.000 €, ascendiendo el total reclamado a doscientos veinte mil euros (220.000 €).

Acompaña copia, entre otros documentos, de los análisis realizados en febrero de 2011, marzo de 2014 y enero de 2015, así como de la documentación clínica expresiva de la mala evolución. Aporta también el

informe elaborado por un especialista en Urología a petición de los familiares, fechado el 20 de noviembre de 2016 (con la reseña de que es de “uso interno y no válido para su uso en vista” y de que “no es un informe pericial”), en el que se expone que en 2011 “mostró un valor de 3 ng/mL”, tras lo cual “no consta ningún nuevo análisis prostático hasta el 7 de marzo de 2014 (...) de 10,8 ng/mL” (el solicitante y receptor de este análisis es su médico de Atención Primaria), añadiéndose que “según consta en el documento que se me adjunta parecen existir unos análisis complementarios con cifras de PSA de 5 ng/mL en 2013 y de 15 ng/mL en el año 2014. Sin embargo, no dispongo de esos análisis y (...) el (...) Gerente del Área Sanitaria IV de Asturias dice que estos análisis debieron ser realizados y valorados en otro centro”. Se concluye que el paciente “fue mal valorado (...) en marzo de 2014, y ya en ese momento debió haber sido derivado a un Servicio de Urología donde se le podría haber detectado su cáncer prostático en una fase de enfermedad localizada (...). También fue mal valorado en 2013 y 2014 cuando ya presentaba cifras de PSA de 5 ng/mL y 15 ng/mL, aunque en este punto no parece achacable” a su médico de Atención Primaria.

Igualmente se adjunta una pericial privada, suscrita por un especialista en Valoración del Daño Corporal el 20 de febrero de 2017, en la que se aprecia que el paciente fue mal valorado por su médico de Atención Primaria “tanto en 2013 (...) como en 2014”, y se advierte que “un diagnóstico precoz determina una alta tasa de supervivencia en torno al 90 %”, subrayando que “el pronóstico actual es mucho más desfavorable que si su enfermedad hubiese sido detectada en 2013”.

**2.** El día 18 de abril de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**3.** A solicitud del Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, se incorporan al expediente el informe librado por el Médico de Atención Primaria y la historia clínica del perjudicado obrante en el Centro de Salud .....

En el indicado informe, fechado el 10 de mayo de 2017, se alude a los resultados de la analítica de 2011 (3,0) y los posteriores de 2014, reseñándose que “no figuran registradas determinaciones intermedias con PSA de 5 (...). En la fecha clave de este proceso, 28-03-2014 (...), acude a la consulta para valorar una analítica reciente que incluye el PSA con la determinación 10,8 que (...) fue valorada por otro profesional” (refiere que ese día estaba de permiso). Se adjunta otro informe del mismo Médico de Atención primaria, de 20 de marzo de 2016, elaborado en “contestación a la reclamación presentada” ante la Gerencia de Atención Primaria y en el que se expone que en “la determinación periódica de PSA de forma oportunista se siguieron los criterios del documento de consenso a nivel nacional entre la Sociedad Española de Urología y las Sociedades Científicas de A. Primaria, que considera el cribado en pacientes asintomáticos sujeta a controversia pero aceptable si es una decisión compartida entre el paciente y el médico”. Se añade que al perjudicado, “aprovechando las extracciones periódicas, se le practicó periódicamente la determinación de PSA en sangre a pesar de no tener antecedentes familiares de patología prostática ni haber referido síntomas urinarios; figuran peticiones realizadas por compañeros que me precedieron en esta consulta en 2007 (1,7), 2008 (2), 2009 (2,2), una determinación solicitada por mí en 2010 (1,8) y otra en 2011 (3). Para su valoración se tuvo en cuenta el criterio de consenso mencionado de derivar a Urología valores de PSA entre 4 y 10./ Posteriores a esa fecha constan dos determinaciones, la de enero de 2015, que muestra un valor muy alto (22,14) que determina mi derivación preferente al Servicio de Urología y de mutuo acuerdo decidimos que fuera en el ..... para acortar tiempos de espera./ Previa a esa determinación, efectivamente existe otra determinación de PSA con valor significativamente alto (10,8) que el paciente

recoge el 28-03-2014, día (en) que yo estoy ausente por asuntos propios y estoy sustituido en la consulta, por lo que es imposible que yo pudiera manifestar mi opinión de normalidad sobre la misma". Se reseña que el paciente "no me hizo ninguna mención a este resultado hasta que se repitió en enero de 2015 con el desenlace ya conocido./ Revisada minuciosamente la historia no aparecen determinaciones realizadas en Atención Primaria con valores de 5 en 2013 y 15 en 2014, como refiere en su escrito, por lo que han sido hechas y valoradas en otro centro".

**4.** Con fecha 7 de agosto de 2017, y a instancia de la entidad aseguradora, emite informe un especialista en Urología. En él se observa que "en el año 2011 el paciente tenía una edad de 61 años", y según "la tabla de PSA-edad se consideraría su límite de PSA normal hasta 4,5 ng/mL. Por lo tanto, la determinación de PSA realizada en el año 2011 (3 ng/mL) se puede considerar como normal para su edad (...). En cambio, el PSA del 7-3-14 (10,8) sí se considera patológico y se debería de haber remitido a su urólogo para estudio de posible patología prostática tumoral (...). El paciente no fue remitido a Urología hasta la próxima determinación de PSA (19-1-15). Por lo tanto, se considera que hubo un retraso en la derivación a Especializada de aproximadamente 10 meses (...). El paciente fue diagnosticado de un cáncer de próstata muy agresivo (...). En la demanda se dice que (...) fue diagnosticado en fase metastásica (...). Esto no es cierto, ya que en el estudio de extensión realizado antes de la cirugía se descartó la existencia de las mismas. Las metástasis óseas se detectaron en los estudios realizados (en) octubre del 2015 (...). Basándome en la documentación analizada, existió un retraso en la derivación a Especializada de 10 meses. Se puede estimar que este retraso pudo disminuir las posibilidades de curación en aproximadamente un 21 %".

Se incorpora un dictamen para valoración de daños corporales de la compañía aseguradora, fechado el 1 de noviembre de 2017, en el que se cuantifica el daño sufrido en 141.391,82 €, que se aminora en atención al

porcentaje señalado (21 %) de pérdida de oportunidad a "29.692,28 €"; cantidad que se desglosan en días de baja (los no improductivos se computan hasta la fecha de estabilización del proceso), puntos por incapacidad permanente (que incluyen "dolor óseo en columna vertebral por metástasis") y factores de corrección (10 % por ingresos y un 21 % de la cantidad tope del baremo por "perjuicio a familiares", que se pondera "de acuerdo con la edad del paciente en el momento del diagnóstico (63 años) y la esperanza de vida media según el INE" (80 años). Se fija como fecha de referencia (a efectos de la aplicación del baremo) el 7 de marzo de 2014, y se concreta que "desde el diagnóstico del Ca. de próstata (19-01-2015) hasta el diagnóstico actual de (...) estadio IV resistente (...), que consideramos como estabilización del proceso (4-05-2016), han pasado 471 días, de los cuales restamos 30 improductivos derivados de la prostatectomía que corresponden al estándar según el INSS para este tipo de cirugía y que hubiese tenido en cualquier caso aun no habiendo habido retraso diagnóstico".

**5.** Evacuado el trámite de audiencia, el día 29 de noviembre de 2017 la esposa e hijos del interesado presentan un escrito de alegaciones en el que ponen de manifiesto que este ha fallecido y su voluntad de subrogarse en la reclamación deducida, solicitando una copia de las actuaciones.

Acompañan certificación del Registro Civil acreditativa del fallecimiento del reclamante el día 14 de octubre de 2017 y copia del Libro de Familia expresiva del vínculo conyugal y filial y del testamento notarial otorgado, en el que "instituyen herederos de todos sus bienes" a sus dos hijos y "lega a su esposa" el usufructo vitalicio de los concretos bienes que se relacionan.

**6.** Librado un nuevo trámite de audiencia con los causahabientes del reclamante, a quienes se remite copia del expediente, el día 4 de enero de 2018 presentan estos un escrito de alegaciones. En él manifiestan su disconformidad con la "valoración de la pérdida de oportunidad" efectuada a

instancias de la compañía aseguradora por no tener en cuenta "las valoraciones de PSA que se realizaron en los años 2012 y 2013", y ante su relevancia solicitan que "se requiera al Centro de Salud ..... (...) a fin de que aporte al (...) expediente los análisis y determinaciones del índice de PSA (...) en los años 2012 y 2013". Añaden que "no se computa correctamente la suma" de los puntos de secuelas recogidos en la pericial de la aseguradora, pues asciende a 60 puntos y se le reconocen 51.

Por último, solicitan que se les indemnice además personalmente por el daño moral derivado del fallecimiento en las cuantías que señalan.

**7.** Con fecha 18 de enero de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas acuerda "denegar la práctica de la prueba solicitada, ya que en la historia clínica no existen determinaciones de PSA en los años 2012 y 2013. Además, el facultativo de Atención Primaria indica en su informe que hasta la determinación de 28-03-1014 los valores de PSA eran normales".

**8.** El día 31 de enero de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido parcialmente estimatorio, asumiendo el criterio del perito de la entidad aseguradora. En ella razona que "ha existido una pérdida de oportunidad al no derivar al paciente al Servicio de Urología en 2014, ya que la determinación de PSA del 7-03-2014 (10,8 ng/mL) era elevada para la edad del paciente (hasta esta fecha todas las determinaciones de PSA realizadas anteriormente se encontraban dentro de la normalidad. No se deriva a Urología hasta la siguiente determinación de PSA (19-01-2015), por lo que existió un retraso en la derivación de 10 meses, lo que pudo suponer una pérdida de oportunidad del 21 % dadas las características del paciente y el estadio del tumor".

Añade que "la suma de los puntos por las secuelas no puede ser meramente aritmética, sino de acuerdo a la fórmula matemática establecida en

apartado segundo, b), 2.º del anexo del RDL 8/2004, de 29 de octubre”, para el caso de “incapacidades concurrentes”.

Propone indemnizar a los tres causahabientes del reclamante “en la cantidad de 29.692,28 euros”.

**9.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de febrero de 2018, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm. .... de la Consejería de Sanidad, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

**SEGUNDA.-** Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, en cuanto derechohabientes del fallecido cuya esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron. Ahora bien, en esta pretensión resarcitoria se subrogan, por muerte



del reclamante, su esposa e hijos, aportando testamento notarial por el que se instituyen herederos a estos últimos, mientras que el cónyuge no sucede a título universal, sino como legatario de determinados bienes, por lo que no puede reputarse "heredero" al efecto de ocupar la posición del causante en las acciones por este ejercitadas.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que "El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas". En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 29 de marzo de 2017, y se deduce frente a un daño cuyo alcance no se objetiva hasta su diagnóstico como terminal, acogiéndose en el informe de valoración de la aseguradora como fecha de apreciación del tumor en "estadio IV resistente" la de 4 de mayo de 2016, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Se repara en que, al amparo de lo dispuesto artículo 57 de la LPAC, este procedimiento es susceptible de acumulación con el iniciado en virtud del escrito de alegaciones que presentan los subrogados en la reclamación inicial (al solicitar el resarcimiento del daño moral derivado del fallecimiento), si bien el instructor ha prescindido de esa posibilidad, por lo que nuestro dictamen se contrae al que se tramita por el daño ocasionado al reclamante inicial. Ello sin perjuicio de que en la resolución que ponga fin al procedimiento deba hacerse consideración de esa petición dirigida a la reparación de un daño distinto, en la medida en que se deduce en el seno de estas actuaciones.

Asimismo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida LPAC.

**QUINTA.-** El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “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”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que "Solo 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 serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

**SIXTA.-** Reclaman los interesados -subrogados en la posición del paciente privado de expectativas de curación- el resarcimiento del daño, material y moral, derivado del abordaje tardío de un cáncer prostático, en cuanto dejó al enfermo en una situación crítica o penosa.

Queda acreditado en el expediente el daño derivado de la metástasis que precariza las condiciones de salud del perjudicado, así como su origen en el

tumor tardíamente diagnosticado, tal como resulta de la documentación clínica incorporada al expediente.

En este contexto, la Administración sanitaria propone la estimación parcial de la reclamación formulada, admitiendo que "ha existido una pérdida de oportunidad al no derivar al paciente al Servicio de Urología en 2014, ya que la determinación de PSA del 7-03-2014 (10,8 ng/mL) era elevada para la edad del paciente (hasta esta fecha todas las determinaciones de PSA realizadas anteriormente se encontraban dentro de la normalidad. No se deriva a Urología hasta la siguiente determinación de PSA (19-01-2015), por lo que existió un retraso en la derivación de 10 meses, lo que pudo suponer una pérdida de oportunidad del 21 % dadas las características del paciente y el estadio del tumor".

En los informes librados por el Médico de Atención Primaria del interesado se reconoce esa pérdida de oportunidad terapéutica, observándose que en el proceso asistencial se siguieron "los criterios del documento de consenso a nivel nacional entre la Sociedad Española de Urología y las Sociedades Científicas de A. Primaria", entre los cuales figura el de "derivar a Urología valores de PSA entre 4 y 10", y que en marzo de 2014 los análisis arrojaron un "valor significativamente alto (10,8)", si bien esa analítica "fue valorada por otro profesional", justificando que se encontraba de permiso.

Igualmente, en el informe emitido a instancias de la compañía aseguradora se aprecia que "el PSA del 7-3-14 (10,8) sí se considera patológico y se debería de haber remitido (al paciente) a su urólogo para estudio de posible patología prostática tumoral", precisando que "no fue remitido a Urología hasta la próxima determinación de PSA (19-1-15)", de lo que se deduce "un retraso en la derivación a Especializada de aproximadamente 10 meses" que "pudo disminuir las posibilidades de curación en aproximadamente un 21 %".

Estas conclusiones coinciden con una de las vertidas en el informe de un especialista en Urología que se adjunta al escrito de reclamación en el que se

observa que el paciente “fue mal valorado (...) en marzo de 2014, y ya en ese momento debió haber sido derivado a un Servicio de Urología donde se le podría haber detectado su cáncer prostático en una fase de enfermedad localizada”.

Planteada la cuestión en los términos expuestos, que permiten dar por acreditada tanto la efectividad de los daños alegados como su imputabilidad al servicio público sanitario -que de manera expresa admite la pérdida de oportunidad que para el paciente supuso la remisión tardía a Atención Especializada por no valorarse adecuadamente la analítica de marzo de 2014-, procede, a juicio de este Consejo Consultivo, la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración cuya actividad -o inactividad- generó unos daños antijurídicos que el reclamante no tenía la obligación de soportar.

En torno a la entidad de las posibilidades curativas malogradas en ese proceso asistencial, insisten los interesados en que el retraso en el abordaje del tumor excedió de los 10 meses que se objetivan en los informes aportados por la Administración, por cuanto han de tenerse en cuenta “las valoraciones de PSA que se realizaron en los años 2012 y 2013”. Sin embargo, en la historia clínica no aparecen estas analíticas, y lo actuado permite excluir que obraran en poder de los facultativos que le atendieron en el sistema público sanitario. En el informe librado por su médico de Atención Primaria con fecha 20 de marzo de 2016 -en contestación a una queja anterior a la reclamación de responsabilidad- se puntualiza que “revisada minuciosamente la historia no aparecen determinaciones realizadas en A. Primaria con valores de 5 en 2013 y 15 en 2014, como refiere en su escrito, por lo que han sido hechas y valoradas en otro centro”, y en el que se emite por el mismo doctor el 10 de mayo de 2017 se reitera que “no figuran registradas determinaciones intermedias con PSA de 5”. Estas indicaciones son concordantes con la realidad que se deduce del propio escrito de reclamación, al que se acompañan las analíticas de 2011 y marzo de 2014 pero no se documenta el invocado análisis de 2013 con “cifras de PSA de 5 ng/mL”, al tiempo que se alude a la asistencia de una

“aseguradora” que deriva al paciente a la medicina privada en 2014, y, en definitiva, no puede obviarse que el propio reclamante aporta el informe de un especialista en Urología, elaborado el 20 de noviembre de 2016 a petición de los familiares, en el que se repara en que después de la revisión de 2011 “no consta ningún nuevo análisis prostático hasta 7 de marzo de 2014”, y “según consta en el documento que se me adjunta parecen existir unos análisis complementarios con cifras de PSA de 5 ng/mL en 2013 y de 15 ng/mL en el año 2014. Sin embargo, no dispongo de esos análisis y (...) el (...) Gerente del Área Sanitaria IV de Asturias dice que estos análisis debieron ser realizados y valorados en otro centro”, por lo que -concluye el facultativo informante- la omisión de su valoración “no parece achacable” al médico de Atención Primaria.

Tampoco se estima exigible, en atención al estado general del enfermo, una detección precoz del tumor anterior a la analítica de marzo de 2014. Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento. El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entrañe *per se* una vulneración de la *lex artis*.

En el supuesto planteado se admite pacíficamente que el paciente se sometía a revisiones periódicas por razón de otras dolencias, y, tal como se recoge en el informe de su médico de cabecera, pese a que es controvertido “el cribado en pacientes asintomáticos”, al perjudicado “se le practicó periódicamente la determinación de PSA en sangre a pesar de no tener antecedentes familiares de patología prostática ni haber referido síntomas urinarios”, sin que los valores arrojados por las analíticas fueran sugestivos hasta el año 2014.

En definitiva, acreditada la efectividad del daño alegado, y reconocido por la compañía aseguradora y la propia Administración que el funcionamiento

del servicio público ha sido anormal en el caso examinado, también se asume que si la atención sanitaria hubiese sido correcta la evolución del paciente quizá podría haber sido otra, aunque se reputa más probable que el daño hubiera sobrevenido igualmente. Expresado en otros términos, se perdió -en una u otra medida- la oportunidad de que la enfermedad pudiera haber cursado de manera más favorable. En tales circunstancias la reclamación ha de ser estimada.

**SÉPTIMA.-** Establecida la responsabilidad patrimonial del servicio público sanitario, hemos de pronunciarnos sobre la cuantía indemnizatoria.

En el supuesto analizado la pretensión deducida y la propuesta de resolución difieren sustancialmente en torno al *quantum* resarcitorio, observándose que en el escrito de reclamación el daño se valora como si fuera consecuencia indubitada de la actuación del servicio público sanitario cuando en el expediente solo se objetiva un retraso que, a tenor de los informes técnicos que específicamente lo valoran, “pudo disminuir las posibilidades de curación en aproximadamente un 21 %”. No obstante, la Administración somete a la consideración de los herederos del reclamante esa correlativa reducción porcentual en el trámite de alegaciones y la discrepancia se reduce entonces a la “valoración de la pérdida de oportunidad”, en cuanto que no se tienen en cuenta “las valoraciones de PSA que se realizaron en los años 2012 y 2013”, y a la suma aritmética de los puntos por secuelas, que asciende a 60 puntos cuando la Administración reconoce 51.

Como ha señalado este Consejo en anteriores dictámenes, en los supuestos en los que se aprecia una pérdida de oportunidad diagnóstica o terapéutica la jurisprudencia viene estableciendo que el daño indemnizable no es el de la lesión producida, respecto del cual no es posible saber a ciencia cierta si hubiera podido evitarse, sino que ha de ser propiamente la pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado, limitando con ello la posibilidad de evitar daños y secuelas. Se trata de un perjuicio moral del

paciente que no puede ser el derivado del fallecimiento cuando los causahabientes se subrogan en una reclamación abierta por el finado, al coincidir el hecho de la muerte con la extinción de su personalidad. Si el daño pudo evitarse en un porcentaje estadísticamente conocido se indemnizará al enfermo -o a sus causahabientes- por haberle privado de la posibilidad de pertenecer al grupo de pacientes que no lo sufre.

En el caso examinado la controversia se centra en las invocadas analíticas de los años anteriores a 2014, cuya consideración comportaría una expectativa de curación de otra entidad, pero -tal como se razona en la consideración anterior- debe excluirse, a la vista de lo actuado, que las "valoraciones de PSA que se realizaron en los años 2012 y 2013" obraran en poder de los facultativos que atendieron al enfermo en el sistema público sanitario. Advertido esto, hemos de estar a las únicas periciales que descienden a la concreción del pronóstico si se hubiera derivado adecuadamente al paciente en marzo de 2014 -la aportada por la compañía aseguradora y la sustentada en el criterio del técnico que elabora la propuesta de resolución-, toda vez que la pericial de valoración del daño que se acompaña a la reclamación inicial solo alude genéricamente a que "un diagnóstico precoz determina una alta tasa de supervivencia en torno al 90 %" y a que "el pronóstico actual es mucho más desfavorable que si su enfermedad hubiese sido detectada en 2013".

A la vista de ello, y pese a las evidentes dificultades que encierra la valoración de este daño moral, este Consejo entiende que para la determinación de su resarcimiento cabe acudir como punto de partida, por su carácter objetivo, al baremo establecido al efecto en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, en sus cuantías actualizadas para el año 2014. En la reclamación inicial se acoge el baremo vigente en aquel momento, si bien, en el orden temporal, es criterio de este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 55/2016) que ha de acudirse al



baremo correspondiente a la fecha del accidente, “en las cuantías actualizadas a la fecha en que se ponga fin al procedimiento”. Este criterio no se altera con la entrada en vigor de 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, que modifica el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Sin embargo, se advierte que la nueva ley contempla específicamente -a diferencia de la anterior- el supuesto de fallecimiento del lesionado antes de la fijación del montante indemnizatorio (artículos 44 y 45 del Texto Refundido), concretando que, en caso de muerte tras la estabilización, el resarcimiento a los herederos ha de extenderse en atención al tiempo transcurrido “hasta su fallecimiento”. Esa regla no se explicita en el baremo aquí aplicable *rationae temporis*, pero no deja de ser una proyección inserta en la lógica del sistema.

La Administración del Principado de Asturias propone, de conformidad con el informe emitido por la especialista para la valoración del daño corporal aportado por la compañía aseguradora, la indemnización que proceda de la aplicación del baremo (141.391,82 €) reducida en la medida en que la pérdida de oportunidad se estima “del 21 %”, por lo que se practica la correlativa reducción del 79 % sobre las cuantías resultantes de aquel. Se aminora ligeramente la suma aritmética de los puntos de secuelas, lo que se explica de forma adecuada en la propuesta de resolución remitiéndose a la fórmula legal establecida para el caso de las “incapacidades concurrentes”. Se pondera la edad del paciente y su esperanza de vida media, lo que representa un factor de corrección ajustado al baremo. Este Consejo discrepa únicamente en relación con los días no impositivos de incapacidad temporal, que la pericial fija en 471 en atención a la fecha de “estabilización del proceso (4-05-2016)”, estimándose que deben extenderse hasta la fecha del fallecimiento (14 de octubre de 2017). Con ello la valoración del daño asciende a 157.955,03 €, cuantía sobre la que debe aplicarse el porcentaje en que se estima la pérdida de oportunidad

(21 %), de lo que resulta una indemnización de 33.000 € para los causahabientes del reclamante.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a ..... en los términos expuestos en el presente dictamen.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.