



Dictamen sobre los aspectos esenciales para la reclamación por daños causados en centros médicos privados

Ana Alcalá Serrano
Abogada

Sumario

- I. Objeto del dictamen.
- II. Antecedentes de hecho.
- III. Cuestiones sometidas al informe.
- IV. Normativa aplicable y doctrina.
 - A) Normativa.
 - B) Doctrina.
- V. Fundamentos jurídicos.
 - A) Si pudiera existir algún grado de culpa o negligencia en la actuación médica.
 - B) Los procedimientos a seguir para efectuar la reclamación.
 - C) Plazo para llevar a cabo dichos procedimientos.
 - D) Los conceptos indemnizables.
- VI. Cuestiones adicionales: cálculo indemnización.
- VII. Conclusiones.
- VIII. Bibliografía.

*Este artículo está basado en el Dictamen elaborado como Trabajo de Fin de Máster Universitario en Abogacía, 3ª edición, de la Universidad de Granada, en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Granada, y a través de la Fundación de Estudios y Práctica Jurídica, realizado bajo la dirección y supervisión de mi tutor **D. ANTONIO JOSÉ GARCÍA CABRERA**, a quien agradezco profundamente sus sabios y expertos consejos, así como a **D. JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, **DÑA. Mª DEL CARMEN RUIZ-MATAS ROLDÁN** y **D. ANTONIO MIR RUIZ** por las observaciones y mejoras efectuadas para la culminación del presente artículo.*

I. OBJETO DEL DICTAMEN

El presente dictamen tiene como objeto dar respuesta a la consulta formulada por la familia Benítez Díaz, compuesta por los hijos, madre y hermana de la difunta María Díaz Montoya, en relación a la posible actuación médica deficiente en el diagnóstico y tratamiento médico de la enfermedad que padecía la fallecida.

La negligencia médica se produce cuando el facultativo actúa sin cumplir con las normas que rigen la profesión médica, denominadas Lex Artis médica y que están recogidas en las guías o protocolos médicos de actuación para el cáncer de páncreas que finalmente se diagnosticó a Dña. María.

El Ordenamiento Jurídico nos ofrece diferentes vías para hacer valer nuestros derechos en aquellos casos en los que se han visto afectados.

Por ello, en los supuestos en que se ha podido producir una negligencia médica, debemos poner en marcha esos mecanismos de protección ante los tribunales, asegurándonos previamente que el caso es viable, es decir, que entre el acto o diagnóstico médico y el fatal resultado existe una relación de causalidad que demuestre que dicha actuación fue incorrecta, así como la culpabilidad del autor.

II. ANTECEDENTES

Para la realización del presente dictamen jurídico resulta necesario tener en cuenta los hechos derivados del expediente médico así como de las informaciones que aportan los familiares de la perjudicada:

1. Mujer de 55 años de edad, viuda, que en el mes de junio del año 2014 comienza a

tener problemas gástricos, dolores en el estómago y diarreas. El 8 de octubre del 2014 acude por primera vez, al médico de su compañía "La Sanitaria" con dolor crónico, disminución de apetito y una pérdida de peso de 4 kilos, diagnosticándole gastritis y prescribiéndole un tratamiento con omeprazol, sin reconocimiento alguno. Durante este mes acude en multitud de ocasiones al Servicio de Urgencias del Hospital "XX" concertado con su compañía aseguradora, sin que en ninguna de las visitas varíe el diagnóstico inicial.

2. Es de destacar la consulta con el médico de cabecera de fecha 31 de octubre de 2014, quien sin efectuar reconocimiento alguno de la paciente, le pidió cita para el especialista de aparato digestivo.

El 4 de noviembre de 2014 efectúa otra visita al Servicio de Urgencias del hospital, realizándole una ecografía, una radiografía y una analítica general. A pesar de estar todos los parámetros correctos, el médico observa signos de alarma y por tanto, la deriva al especialista de aparato digestivo. Sin embargo, los administrativos del hospital no quisieron adelantar la cita que ya tenía pedida días antes.

3. El 11 de noviembre de 2014 acude de nuevo a consulta con el médico de cabecera, quien ya le había atendido varias veces en urgencias. Éste prescribe una analítica completa y por tercera vez, la deriva al especialista de aparato digestivo. Pese a ello, siguen sin adelantarle la cita ya que la tiene prevista para el día 27 de ese mes.

En una nueva visita a urgencias para valorar los resultados de la analítica pedida por su médico le diagnostican que padece "helicobacter", prescribiéndole el tratamiento para ello.

4. El 27 de noviembre de 2014 acude a la cita con el especialista en el Hospital, donde han remitido los resultados de las pruebas realizadas el día 4. En ese momento ya había perdido 10 kilos de peso. Solicitan una nueva ecografía que le será realizada el día 23 de marzo de 2015 y una endoscopia para febrero de 2015, al no calificarlas como urgentes. Mantienen el mismo tratamiento prescrito que el médico de cabecera había pautado. El juicio clínico es de "dispepsia funcional", y la derivan al cardiólogo.
5. El día 22 de diciembre de 2014 vuelve al Servicio de Urgencias del Hospital manteniendo el anterior juicio clínico y el

mismo tratamiento, con el añadido de que en esta ocasión le prescriben tranquilizantes y calmantes. En estos días se ve obligada a volver a las Urgencias del Hospital inyectándole Nolotil para el dolor.

6. El día 25 de febrero tiene la cita con el cardiólogo que objetiva dolor torácico atípico, epigastralgia y descarta patología coronaria y aconseja derivación al médico internista.
7. El 17 de marzo se ve obligada a acudir nuevamente a Urgencias del Hospital, diagnosticándole que su padecimiento se debe a su estado “emocional” pese a la pérdida de más de 15 kilos de peso y que la debilidad le imposibilitaba mantenerse en pie. La derivan a alta pero Dña. María se niega a abandonar el Hospital y debido a esta férrea posición, deciden ingresarla en la planta de Medicina Interna.
8. Al día siguiente, acude el médico internista a visitarla y sólo con los datos del expediente médico verbaliza que su padecimiento debe estar relacionado necesariamente con alguna patología de páncreas.

Se inicia el protocolo de actuación con TAC de páncreas urgente a cuya vista se diagnóstica TUMORACIÓN DE CUERPO PANCREÁTICO, con diferenciación mucinosa cT4-cNx-cNx, de unos 5-6 cm de tamaño extremadamente invasor, englobando ampliamente tronco celiaco, arteria mesentérica superior, glándula suprarrenal izquierda eje espleno portal y vena renal izquierda. El bazo drena a través de vena colateral tortuosa hacia vena mesentérica superior y riñón izquierdo hacia sistema hemiaóxicos.

9. Le prescriben tratamiento con un complemento alimenticio para recuperarla y mantenerla, así como el inicio de quimioterapia en 10 días, siguiendo en dicha situación hasta el día 16 de noviembre del 2016 cuando finalmente fallece.

III. CUESTIONES SOMETIDAS AL INFORME

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, la familia de Doña María Díaz Montoya plantea las siguientes cuestiones jurídicas:

- a) Si existe algún grado de culpa o negligencia en la actuación médica.
- b) Los procedimientos a seguir para reclamar la indemnización que corresponda.

c) El plazo para llevar a cabo dichos procedimientos.

d) Los conceptos indemnizables.

IV. LA NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLES

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas debemos acudir a la siguiente normativa y doctrina:

A) Normativa

Debemos comenzar recordando la importancia de la salud humana protegida por mandato constitucional en el art. 43 de la CE que establece:

“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.”

Mantiene la misma línea el art. 51 del citado cuerpo legal: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.”

Son especialmente relevantes para el caso que nos ocupa, los artículos 1.902 y 1.101 del Código Civil. El tenor del primer artículo establece que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Mientras que el artículo 1.101 del C.c., establece que “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas.”

Además de la aplicación de los artículos reseñados del Código Civil, algunas sentencias¹ hacen referencia también la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, la cual establece en su artículo 148 un sistema objetivo

¹ Véase SSTs de 1 y 21 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998 y 29 de noviembre de 2002



de responsabilidad respecto a los daños causados por servicios sanitarios mencionados en su párrafo segundo.

Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, la responsabilidad fundada en la Ley de Consumidores y Usuarios no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios.

Además, es posible la responsabilidad por hecho de otro, como sucede en el caso de la clínica u hospital respecto del médico contratado, en aplicación de lo establecido en el artículo 1.903 del Código Civil “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes

en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”.

La responsabilidad que asigna este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Sin embargo, es importante reseñar que en el supuesto de negligencia médica, el Tribunal Supremo generalmente responsabiliza también a la compañía de seguros con la que el paciente tenía contratada la asistencia sanitaria, produciéndose el daño al prestarla el médico elegido por la víctima de entre los existentes en el cuadro médico ofrecido por la compañía². El TS funda esta responsabilidad, bien en el art. 1.903 del C.c., al entender generosamente que hay relación de dependencia entre el médico y la compañía, o bien que la compañía implícitamente está contractualmente asumiendo que la prestación médica será diligente, y por ello ha de responder cuando no es así.

Por su parte, **O'CALLAGHAN**³ establece

² Véase SSTs, 1ª, 3/11/1999 (RJ 1999/7998); 4/10/2004 (RJ 2004/6066); 17/11/2004 (RJ 2004/7238).

³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica”, *Actualidad Civil*, 2001, pág. 1-29

que se conozca o no quién es el médico causante del daño, el Centro es responsable, contractual o extracontractualmente, sin perjuicio de la doctrina de la yuxtaposición de responsabilidades. Existe obligación de reparar el daño, causado fuera de relación contractual por los empleados o personas dependientes de la empresa o institución, conste o no acreditada la persona física causante material del daño. Es una responsabilidad claramente objetiva, fundada en la responsabilidad por riesgo y en la culpa in vigilando o in eligiendo. Es obligación directa y solidaria con la del causante del daño, si se conoce. Si el centro médico cumple la obligación de reparar el daño por un médico que depende de él, podrá repetir contra el mismo, en virtud de lo previsto en el artículo 1904 del C.c. La base de su responsabilidad por hecho del médico se halla en el artículo 1903 del C.c.

En relación con lo anterior hay que mencionar el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que recoge lo siguiente:

“El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.”

Por otro lado, cabría plantearse la posibilidad de acudir a la vía penal, para la cual serían de aplicación los artículos 109 a 122 del Código Penal, por tratarse de la responsabilidad civil ex delicto y su extensión.

Finalmente, es necesario indicar que en España a día de hoy, la regulación existente sobre el principio de la pérdida de oportunidad, de la que se hablará posteriormente, no está recogida en ninguno de los textos generales de responsabilidad; tan solo se contempla básicamente en nuestra jurisprudencia y por el Consejo de Estado. Sin embargo, sí que está desarrollado este principio en el Derecho Europeo, en concreto en la parte general del Código Europeo de Contratos, admitiendo

que forma parte del lucro cesante, la pérdida de oportunidad de ganancia vinculada con el incumplimiento del contrato. El artículo 163.1.b) establece que:

1. El daño patrimonial resarcible comprende:
 - a) tanto la pérdida sufrida,
 - b) como el lucro cesante, que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas y teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. **Forma parte del lucro cesante la pérdida de la oportunidad de ganancia que puede considerarse -con certeza razonable- ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora.**

Exige, por tanto, una certeza razonable para que pueda considerarse ocasionada por el incumplimiento contractual, y debe evaluarse en función del citado incumplimiento.

B) Doctrina

A la luz de los autores que se han pronunciado en esta materia, comenzaremos sentando lo que debemos entender cuando citamos la denomina “lex artis”. Así, afirma **FERNÁNDEZ ENTRALGO**, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid que esta pauta de actuación profesional sanitaria, se convierte en el rasero que determinará la responsabilidad civil o en su caso penal por actuaciones que atenten contra los derechos de los pacientes, por tanto, en la “lex artis” nos tenemos que basar para determinar la responsabilidad civil en este asunto⁴.

A este respecto, **MARTINEZ-CALCERRADA** ha definido la “lex artis ad hoc” como el “*criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos-estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida...*”. Por su parte la profesora **LAURA GÁZQUEZ**, establece que la observancia de la “lex artis ad hoc” implica la obligación del médico de realizar aquellas pruebas necesarias atendiendo al estado de la ciencia médica en ese momento, incluidos

⁴ **FERNÁNDEZ ENTRALGO JESÚS**, Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales. Revista jurídica de Castilla y León. n.º 3. Mayo 2004, pág. 147

los protocolos indicativos, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas puede servir de base para declarar la responsabilidad médica, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles⁵.

Por otro lado, un sector de la doctrina apoya que será el paciente o en caso de muerte, como es el que nos ocupa, sus familiares, quienes deberán probar la realidad de los hechos y el nexo causal existente entre la conducta negligente del facultativo y el daño sufrido.

La profesora LAURA GÁZQUEZ indica que en relación a la necesidad de que el actor pruebe la impericia, se parte de la premisa de que el médico se obliga a poner los medios para tratar diligentemente al enfermo. Por eso los juzgados se muestran firmes en la máxima de que la prueba de la negligencia queda a cargo del reclamante, de modo y manera que es éste quien ha de patentizar el “error médico”, aparte de que también es suyo el reto de acreditar que se le ha irrogado un daño y que dicho quebranto está causalmente conectado a aquella mala actuación.

Finalmente, otra corriente doctrinal exige que se adopten ciertos criterios en este sentido que favorezcan al perjudicado. Esta teoría es apoyada por el Catedrático de Derecho Procesal, MONTERO AROCA que alude a las doctrinas de la normalidad y de la facilidad probatoria, considerando que es necesario distribuir la carga de la prueba atendiendo no tanto a una serie de principios teóricos o a la posición que se ocupa en el proceso, cuanto a criterios prácticos y en concreto a la proximidad real a las fuentes de prueba⁶.

V. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

De acuerdo con las cuestiones jurídicas planteadas procedemos a su análisis, estableciendo los diferentes fundamentos jurídicos a cada cuestión:

A) Si pudiera existir algún grado de culpa o negligencia en la actuación médica

Debemos partir de la base que el médico

⁵ GÁZQUEZ LAURA, “Régimen jurídico de la responsabilidad civil sanitaria”. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, pág. 10

⁶ MONTERO AROCA, La doctrina de la facilidad está recogida en Sentencias del T.S. de 23 de septiembre de 1986 y 17 de octubre de 1983

responde cuando ha actuado antijurídicamente y puede serle imputable subjetivamente el daño causado.

La declaración de responsabilidad exige, por tanto, la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del médico y el daño ocasionado. A sensu contrario, cuando resulte probado que la actuación del médico no intervino causalmente en el resultado, quedará éste exento de responsabilidad.⁷

En cuanto a la naturaleza de las obligaciones contractuales profesionales del médico, la jurisprudencia ha destacado que nos encontramos ante una obligación de medios, como indica, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009:

“La distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuya diferencia tampoco aparece muy clara en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico. La responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención”.

Por otra parte, el médico responde por culpa o negligencia en el diagnóstico de la enfermedad, siendo importante señalar que la citada responsabilidad deriva, bien de la omisión de la totalidad de comprobación o realización de pruebas necesarias, bien del diagnóstico completamente erróneo, destacando la dificultad de acierto pleno por parte del médico y la existencia de un margen de error razonable. Así lo expresa entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2010:

“...Es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento,

⁷ Ver GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, Civitas-Thomson Reuters, 5ª ed, 2016.

de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles”.

No se encuentra, por lo tanto, consagrado un principio objetivo. Ante esto, si el médico no actúa diligentemente en el desempeño de su profesión, es decir, si no proporciona los medios y cuidados adecuados en consonancia con el estado de la ciencia, será responsable del resultado dañoso ocasionado.

Por este motivo, resulta necesario contrastar la actuación médica, en relación con su “lex artis”, para determinar si la conducta enjuiciada se ajusta a la diligencia exigida al profesional médico medio, en relación con los artículos 1.104 del C.c.. Para ello observaremos la lista que ha realizado la prestigiosa Sociedad Americana de Cáncer, sobre los síntomas que se pueden apreciar en la enfermedad que le fue diagnosticada a la señora Díaz Montoya:

- Los primeros síntomas incluyen: Náuseas y vómitos, incapacidad de digerir alimentos grasos, pérdida del apetito, saciedad temprana mientras come, piernas hinchadas y estreñimiento o gases.
- Los síntomas tardíos incluyen: Dolor de espalda y/o abdomen, fatiga, pérdida de peso y depresión.

Tras analizar la relación de síntomas, podemos observar que la mayor parte de los mismos eran evidentes en la paciente y por lo tanto, necesariamente se tendrían que haber prescrito las pruebas médicas diagnósticas para la detección del cáncer de páncreas según

establece el algoritmo de actuación ante este tipo de tumor, que a continuación se expone⁸:

El profesional médico debería haber obtenido el historial médico de la paciente, centrándose en los síntomas recientes, particularmente aquéllos relacionados con el dolor, el apetito, la dieta y los cambios de peso. También debería haber efectuado un examen físico del abdomen para determinar la existencia de algún bulto o masa dura. Esto incluye también ciertos exámenes de imágenes que permiten a los médicos ver fotografías del interior del cuerpo. Los principales exámenes son: **TAC de alta sensibilidad en el diagnóstico de tumores pancreáticos**, radiografía, ecografía, colangiopancreatografía retrógrada endoscópica (CPRE), laparoscopia diagnóstica y ecografía endoscópica.

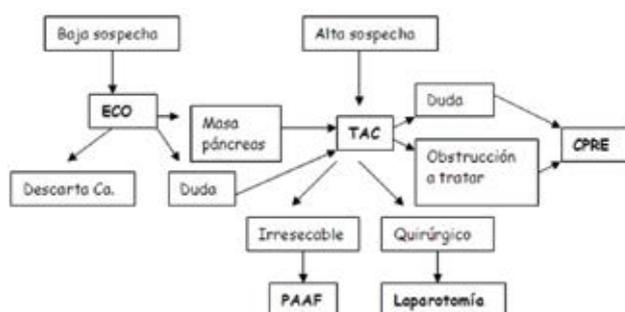
Examinando este elenco de pruebas diagnósticas, queda patente que con la realización de un TAC hubiera bastado para diagnosticar la enfermedad. Sin embargo, esta prueba se realizó meses después de que la paciente acudiera por primera vez al médico, tras comenzar a sufrir molestias.

Cabe entonces afirmar en el caso que nos ocupa, que existió una falta de medios en la actuación de los profesionales médicos, ya que es pacífico que el diagnóstico tardío en el cáncer merma, en la mayoría de los supuestos, las posibilidades de supervivencia, además de exigir la aplicación de tratamientos mucho más agresivos y penosos para el paciente. El tiempo puede marcar la diferencia entre un cáncer perfectamente localizado y operable y un cáncer diseminado a distancia o locorregionalmente.

Este concepto se relaciona con la denominada por la jurisprudencia “**pérdida de la oportunidad**”, cuestión que trataremos posteriormente.

El TS se ha pronunciado estableciendo que la “lex artis” es un criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina “ciencia o arte médico” que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos “estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria”, para clarificar dicho acto de conforme o no con la técnica.

En relación con la “lex artis” ha de tenerse en cuenta el consentimiento informado, cuyo objeto



⁸<http://www.boloncol.com/boletin-18/cancer-de-pancreas-2.html>

lo constituye el tratamiento médico-quirúrgico ajustado a la “lex artis ad hoc” y con los riesgos que le son inherentes, pero no comprende el resultado, que es aleatorio. Aunque la Ley no establece ningún plazo específico, la información previa al consentimiento se le tiene que facilitar al paciente con una antelación suficiente para que pueda reflexionar con calma y decidir libre y responsablemente.

Como recoge **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, el derecho de información del paciente se considera un derecho fundamental del mismo y como tal se regula en la Ley, donde se establecen los requisitos que deberá de cumplir dicha información para que la misma pueda considerarse una información correcta, capaz de proporcionar al enfermo todos los datos suficientes para que éste pueda hacer un juicio valorativo sobre las consecuencias que pueden derivarse de su sometimiento o no al tratamiento o intervención quirúrgica que le ha sido propuesta.

En este sentido apunta también la Sentencia del Tribunal Constitucional que reconoce que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente al derecho fundamental a la integridad física de cualquier ser humano, consagrado en el art. 15 CE, del que podemos deducir que: *“la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación”* (STC de 28 de marzo de 2011).

Por su parte, nuestro Alto Tribunal en **Sentencia de fecha de 8 de septiembre de 2015** razona, a diferencia de sentencias anteriores donde entendía que la falta de información no es “per se” una causa de resarcimiento pecuniario, que es la materialización de un riesgo del que no se había informado a la paciente lo que viene a fundamentar dicha responsabilidad. Alejándose así, de su argumentación anterior como es el caso de la **STS de 13 de mayo de 2011**, donde sí reconoce que *“La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con la que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica, y a su dignidad”*.

El éxito de la pretensión depende de la demostración de un segundo elemento, cual es la relación de causalidad entre la referida actuación negligente y el resultado dañoso finalmente producido y cuyo resarcimiento se interesa reclamar.

En este sentido conviene recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2011 cuando dice: *“La prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades, aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia... Ahora bien, para imputar a una persona un resultado dañoso no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado o atribución del resultado, es lo que en la determinación del nexo de causalidad se conoce como causalidad material y jurídica...”*.

Así mismo, sobre la relación de causalidad y su prueba, tiene declarada la Sala del TS en reiterada jurisprudencia como la Sentencia de 25 de septiembre de 2003 o la de 11 de julio de 2006, que *“corresponde la carga de la base fáctica (del nexo causal) y por ende las consecuencias desfavorables de su falta al demandante”, y “en todo caso es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal, correspondiendo la prueba al perjudicado que ejercita la acción..., siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta (negligente) activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse”*.

A la vista del diagnóstico equivocado y de la omisión del TAC es evidente que sí debe apreciarse la culpa o negligencia exigida a los médicos, así como al Hospital “XX” donde estaba siendo tratada la paciente.

Apreciada esa negligencia, la cuestión que debe examinarse es la de si el retraso del diagnóstico tuvo incidencia en el desarrollo de la enfermedad. Para ello es fundamental el estudio de la ciencia en relación con esta materia, estimando esencial que se aporte al procedimiento un informe pericial elaborado por un profesional de reconocido prestigio, que apoye la tesis de que el retraso en el diagnóstico del cáncer que sufría la paciente produjo una pérdida de oportunidad a la misma, que no debe basarse solamente en la necesidad de haber

realizado esa prueba con la adecuada prontitud, dados los antecedentes y edad de la paciente, sino también porque a pesar de la gravedad del cáncer, la paciente fue sometida a un proceso de quimioterapia superando holgadamente el tiempo de vida que se le había pronosticado.

Por tanto, cabe afirmar en este caso que la conducta inadecuada y negligente de los diferentes profesionales médicos y del sistema de organización del hospital, han privado a la paciente de oportunidades o expectativas de éxito, ya que es de sentido común que cuanto antes se detecte el cáncer o menos avanzado se halle en su desarrollo, existen más posibilidades de un tratamiento menos agresivo para la salud, así como un aumento en las expectativas de vida.

La doctrina jurisprudencial de la pérdida de oportunidad ha sido desarrollada en numerosas resoluciones como las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sec. 7ª, de 28 de mayo de 2010 o de Madrid, sec. 11ª, de 3 de mayo de 2012:

“...El concepto de pérdida de oportunidad médica se refiere a aquellos actos que realiza un profesional de la medicina, que han podido influir en la evolución del curso de una enfermedad, privando al paciente de oportunidad de curación. Es decir, aquellas actuaciones que no han causado las dolencias, pero que si han influido en la muerte del enfermo o en caso de supervivencia, en la posibilidad de curar definitivamente o en que deba sufrir su enfermedad a la que se enfrentan pero responderán civilmente cuando su conducta incide en la evolución del paciente. Si bien la patología que sufre el enfermo es ajena a los profesionales que la tratan, debe declararse su responsabilidad cuando un retraso o desviación del acto médico suponga que la enfermedad o el daño se convierta en crónico, en definitivo o cause la muerte.

Aunque no podía establecerse un nexo directo entre la negligencia y la muerte del paciente, si podía establecerse entre la negligencia y la imposibilidad de saber si se hubiese podido detectar la enfermedad a tiempo de ser tratada convenientemente, teniendo en cuenta la posibilidad de un tratamiento eficaz.”

La reciente sentencia del TS, Sala 3ª de 14 de octubre de 2014 se reitera en el criterio mantenido como doctrina consolidada por la Sala en el sentido de que: *“La pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente*

entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste”.

Es decir, recuerda que hay dos aspectos esenciales a valorar cuando intentemos demostrar la posible existencia de un supuesto de actuación médica en la que no se han aplicado los medios, modos o formas ordinarios o protocolizados para evitar un mal que, finalmente, se produjo y que podía haberse evitado con carácter previo si se hubiera actuado de forma diferente a como se hizo o en el momento oportuno:

1º Grado de probabilidad de que una actuación diferente hubiera tenido como efecto la evitación del mal posterior.

2º Grado o entidad del daño ocasionado.

Se entiende doctrinalmente que el médico que comete un error profesional sobre el diagnóstico de la enfermedad sufrida por el paciente puede incurrir en responsabilidad si no adoptó los medios o empleó las técnicas adecuadas, según impone el estado actual de la ciencia. Ahora bien, esta afirmación no quiere decir que deba interpretarse la diligencia exigida al médico de manera que un simple error pueda constituir siempre falta de un deber de cuidado, ya que, en ocasiones, la sintomatología puede confundirse o puede que la enfermedad se encuentre en sus primeros episodios y sea difícil un reconocimiento de la misma. En sentido contrario, en el caso de que nos encontremos ante una enfermedad cuyos síntomas son claramente distinguibles, existirá negligencia del médico si no emite tal diagnóstico y, como consecuencia, se produce el resultado dañoso.⁹

Si el diagnóstico fue equivocado por omitir la realización de las pruebas pertinentes, el médico asumirá la responsabilidad por el resultado acontecido, aún en el caso de que no resultare probado que la realización de la prueba hubiera sido suficiente para evitar el fallecimiento del paciente, ya que la relación causal existe desde el momento en que no se realiza dicha prueba para emitir el diagnóstico preciso¹⁰. En este sentido, el TS ha señalado reiteradamente que en la actuación médica no cabe regateo de medios ni de esfuerzos,

⁹ MONTERROSO CASADO ESTHER, Diligencia médica y responsabilidad civil, Premio Magistrado Ruiz Vadillo, pág. 6.

¹⁰ Véase SSTS de 27 de mayo de 2003 y 25 de septiembre de 1999.

generando responsabilidad tanto contractual como extracontractual dicha omisión.

Finalmente, no podemos pasar por alto la importancia en este tipo de casos de los informes periciales, así como las declaraciones de especialistas sobre la materia, que se utilizan para complementar los conocimientos del Juez o Tribunal, en el momento de adoptar una decisión para cuyos fundamentos o contenidos técnicos, sea necesaria la ayuda de un experto en cada una de las materias científicas que pueden presentarse. Pero dichas pruebas periciales no pueden vincular al órgano jurisdiccional de forma terminante sino que como tales pruebas deben valorarse en función de las circunstancias que concurren en cada caso. En estos supuestos, la prueba estrella es la pericial judicial, recogida en el artículo 339.2 de la LEC, que solicitan las partes y designa el Tribunal.

B) Los procedimientos a seguir para efectuar la reclamación.

Antes de proceder en la vía judicial sería conveniente hacer referencia a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por tratarse de un buen modo de resolución de conflictos que abarata costes y reduce el periodo temporal para la obtención del fallo, ya que este tipo de procedimientos tienden a dilatarse en el tiempo.

Sin embargo, si esta propuesta no da resultado, habría que tener en cuenta a la hora de plantear un procedimiento por negligencia médica, el ámbito en el que esta ha sucedido. En este punto nos encontramos con dos grandes grupos, en primer lugar se encuentran los errores médicos cometidos en centros médicos públicos o por sus profesionales sanitarios, y por otro lado, encontramos las negligencias originadas en centros médicos privados o por profesionales médicos privados, siendo este último supuesto el caso que nos ocupa.

Partiendo de la premisa que la negligencia se comete en la sanidad privada, el procedimiento a plantear sería una demanda por responsabilidad civil contra los causantes del daño, ante la jurisdicción civil.

Por último, cabe indicar la posibilidad de acudir a la jurisdicción Penal, si bien no parece que sea lo más conveniente en el supuesto objeto de estudio, a criterio de quien elabora el presente dictamen, pues consideramos que no existe delito alguno recogido en el Código Penal. Basamos dicha afirmación en la Sentencia de la AP Pontevedra, sec. 2ª, de 30 septiembre 2010, donde se absuelve al médico de una falta de lesiones imprudentes al no diagnosticar que



el paciente sufría una rotura parcial del tendón extensor del 4º dedo de la mano derecha.

Para que pueda exigirse responsabilidad en el campo penal, es preciso demostrar que hubo culpabilidad, distinguiendo dentro de ella dos formas distintas: el dolo y la imprudencia.

Se dice que el médico actúa dolosamente, cuando sabe lo que hace y además quiere hacerlo; en cambio se dice que el médico actúa de forma imprudente, cuando omite la diligencia debida.



Por otro lado, es importante hacer referencia a la responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por mala praxis de los facultativos, personal sanitario o Centros médicos, que ha ido reconociendo o rechazando la jurisprudencia en atención a diversos criterios atendidas las circunstancias de cada caso:

✓ Es posible la responsabilidad por hecho de otro, como sucede en el caso de la clínica u hospital del médico contratado y también en el supuesto de la compañía aseguradora, todo ello en virtud del artículo 1.903 del Código Civil. La

existencia de una relación de dependencia no parece ofrecer duda cuando el vínculo de los facultativos con la aseguradora de asistencia médica es de naturaleza laboral. Sin embargo, en la mayoría de los casos esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios entre la entidad aseguradora y el prestador sanitario, según la califica habitualmente la jurisprudencia (SSTS de 12 de febrero de 1990 o 10 de noviembre de 1999).

✓ Responsabilidad derivada de naturaleza contractual que asume la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus pacientes, en base a la aceptación, más o menos explícita, que la aseguradora garantiza el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre; 17 de noviembre de 2004), con sustento en los antecedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues debemos de tener en cuenta que en las mutuas e iguales no existía separación entre la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica. También debemos considerar el contenido del artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro que establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que “el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos”.

En todos estos casos, los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga a resultados del contrato frente al asegurado. La actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual, pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora y sin perjuicio de la acción de regreso de ésta contra su auxiliar contractual.

C) Plazo para llevar a cabo dichos procedimientos.

Es importante conocer los plazos de que disponemos para reclamar la posible indemnización, que dependerán de la vía por la que se opte demandar.

En general, el momento clave será aquel en el que se estabilizan las secuelas o se conoce el alcance definitivo de las mismas. Es a partir de ese momento en el que nuestro perito podrá valorar los daños producidos y las cantidades económicas a las que tendremos derecho, siendo en el caso objeto del presente dictamen, la fecha del fallecimiento de la paciente.

Como ya hemos indicado anteriormente, son varias las posibilidades existentes para demandar este tipo de casos, pudiendo optar por reclamar judicialmente en los órdenes jurisdiccionales administrativo, penal y civil. En nuestro caso sólo nos centraremos en éste último, al haber tenido lugar la posible negligencia en el ámbito de la sanidad privada y descartar la jurisdicción penal.

En la vía civil encontramos una diferencia radical y trascendental en lo relativo a los plazos de prescripción, puesto que el artículo 1.964 del Código Civil establece para la responsabilidad contractual un plazo de prescripción general de cinco años, salvo que por la obligación concreta de que se trate, haya previsto un plazo diferente. Sin embargo, en responsabilidad extracontractual, el Código Civil en su artículo 1.968.2 recoge un plazo de un año para ejercitar la correspondiente acción.

Concretamente el artículo 1.964.2 establece lo siguiente: *“Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.”*

Por su parte, el artículo 1.968 del Código Civil dice: *“Prescriben por el transcurso de un año:*

1.º *La acción para recobrar o retener la posesión.*

2.º *La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado.*

Podemos concluir a tenor del artículo 1.968 in fine que acabamos de ver, que la acción podrá formularse en el plazo de un año desde que lo supo la persona agraviada, es decir, desde la muerte de la víctima, en nuestro caso.

En este sentido, debemos mencionar la existencia de la “doctrina de la yuxtaposición”, ya que al no estar clara la línea divisoria entre ambas responsabilidades, la jurisprudencia entiende que cuando la acción contraviene

tanto una obligación contractual, como una obligación general, pueden nacer tanto la acción contractual, como extracontractual, pudiéndose ejercitar alternativa o subsidiariamente ambas, basándose para ello en la acumulación de acciones del artículo 71 de la LEC.

D) Los conceptos indemnizables

En lo relativo a los conceptos por los que se puede reclamar ante una negligencia médica, distinguiremos dos grupos:

1) DAÑOS PERSONALES:

- Lesiones permanentes: En este concepto se englobaría la valoración de todas las lesiones estabilizadas (secuelas), que han sido originadas por el error médico cometido.

- Incapacidad Temporal: Se concretaría en el tiempo que el paciente ha tardado en sanar o estabilizar las lesiones provocadas por la negligencia médica sufrida.

- **Daño Moral:** El daño moral consiste en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, y en general, los padecimientos infligidos a la víctima por el hecho dañoso. Este perjuicio, en muchas ocasiones, no sólo lo padece el propio paciente que ha sufrido la negligencia médica en su persona, sino también sus familiares más directos (padres, hermanos, hijos...) debiendo considerarse a estos también como víctimas de la negligencia cometida por el profesional sanitario.

2) DAÑOS MATERIALES

- Daño Emergente: Donde se recogerían todos los gastos soportados por la víctima a causa de la negligencia médica padecida. Gastos tanto presentes como futuros (futuras intervenciones, rehabilitación, transportes, gastos médicos, farmacéuticos...)

- Lucro Cesante: Se traduce en la pérdida de la situación y capacidad económica de la persona perjudicada. El perjuicio económico causado, entre otros, puede centrarse en el hecho de no poder trabajar y percibir el sueldo o las rentas que hasta el momento se generaban.

Centrándonos en el caso que nos ocupa, los conceptos por los que cabría reclamar indemnización se limitan a los **daños morales** y por ello debemos empezar señalando que el Tribunal Supremo no da una definición de daño moral, ya que a diferencia de la doctrina, evita exponer teorías o criterios, salvo excepciones. Su aportación es meramente práctica, y aunque son numerosas las sentencias en las

que el Tribunal Supremo analiza la cuestión de los daños morales, en la mayoría se limitan a resolver el caso planteado.

Un concepto bastante acertado de daño moral, es el que realiza **DIEZ-PICAZO**, para quien el daño moral sería “la afectación de la esfera sicológica que es consecuencia de la lesión de un derecho o bien de la personalidad”¹¹.

La más reciente jurisprudencia dicta en el caso conocido como Costa Concordia (STS, Sala 1ª, de 8 de abril de 2016) ha ido más allá en el tema del daño moral, convalidando de modo espontáneo el resarcimiento diferenciado de dos especies de perjuicios personales o morales: los sufridos por los pasajeros que habían padecido daños corporales de tipo psicológico; y los sufridos por todos los pasajeros (tanto los que sufrieron daños corporales como los que no los padecieron) por la zozobra, ansiedad, angustia y estrés vividos durante la noche del 13 de enero de 2012 en aguas italianas, con ocasión del naufragio producido.

VI. LAS CUESTIONES ADICIONALES: CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN

Cuando se demuestra que existió un error o retraso de diagnóstico, los tribunales pueden aplicar la doctrina de la pérdida de la oportunidad, y esta se calcula atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidades de curación si la persona interesada hubiera sido tratada correctamente, y todo ello teniendo en cuenta que en ningún caso puede afirmarse que el paciente se habría curado o que, aún aplicados todos los medios de forma adecuada, la prestación sanitaria habría resultado útil, al deberse el daño a la propia naturaleza de la enfermedad.

Por tanto, se trata de una doctrina relacionada con la valoración del perjuicio real, con el valor del interés destruido y con el requisito del nexo de causalidad. A efectos de indemnización, supone que se repara, no el daño final, sino el porcentaje de la oportunidad de haberlo evitado.

Los médicos suelen utilizar el concepto de tasas de supervivencia para discutir el pronóstico de un paciente de forma estándar, pues no puede preverse qué le sucederá a una persona en particular, ya que hay muchos otros factores que afectan al devenir de la enfermedad, como la edad, el estado general de salud o cómo se responda al tratamiento aplicado.

¹¹ DIEZ-PICAZO, L., *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, págs. 91-92.

Debemos recordar que en el caso que se nos plantea, a Doña María Díaz se le diagnosticó finalmente un adenocarcinoma de páncreas con diferenciación mucinosa cT4-cNx-cNx. Esta nomenclatura nos indica que el tumor se encontraba en un estadio 4, irresecable, concretamente el término adecuado es el de localmente avanzado, es decir, el cáncer aún no se ha propagado a órganos distantes, pero aun así no se puede extraer completamente con cirugía, posiblemente porque ha crecido hacia o alrededor de los vasos sanguíneos principales adyacentes. Las siglas T4 indican que el cáncer ha crecido fuera del páncreas hacia los grandes vasos sanguíneos o nervios cercanos y NX que no se pueden evaluar los ganglios linfáticos adyacentes.

Así las cosas, para la resolución de nuestro supuesto es necesario conocer las estadísticas de supervivencia de personas en situaciones similares, y por ello acudimos a la tasa de supervivencia a 5 años, referida al porcentaje de pacientes que viven al menos ese tiempo después de su diagnóstico de cáncer, siendo las más fiables y solventes son las publicadas por la Asociación Española contra el Cáncer y de la Asociación Cáncer de Páncreas¹²:

ETAPA	TASA DE SUPERVIVENCIA OBSERVADA A 5 AÑOS
Etapa IA	31%
Etapa IB	27%
Etapa IIA	16%
Etapa IIB	8%
Etapa III	7%
Etapa IV	3%

En general, las personas que pueden ser tratadas con cirugía viven por más tiempo, mientras que la supervivencia de los que no se someten a cirugía se acorta.

En el caso de Doña María Díaz, si se hubiera efectuado el diagnóstico empleando el protocolo de actuación para la detección del cáncer de páncreas, el porcentaje de

¹² <http://www.asociacioncancerdepancreas.org/informacion/C3%B3n-c3%A1ncer/c3%A1ncer-de-p%C3%A1ncreas/pron%C3%B3stico-y-supervivencia/>
<https://www.aecc.es/SobreElCancer/CancerPorLocalizacion/cancerdepancreas/Paginas/Pron%C3%B3stico.aspx>

supervivencia observada a 5 años, oscilaría entre el 8% y 27% dependiendo de la etapa en que se hubiera detectado. A la luz de la doctrina de la pérdida de oportunidad solicitaríamos, en tal caso, la indemnización de las oportunidades efectivamente destruidas, decantándonos por aplicar el porcentaje intermedio, esto es, un 16%, teniendo en cuenta, las dificultades de detección de este tipo de tumor en la fase más temprana de la enfermedad.

Es cierto, y así se advierte al cliente que una pérdida de oportunidad inferior al 50%, como es en este caso, puede no ser tenida en cuenta por el Juez o Tribunal, por no ser suficiente para generar responsabilidad por ausencia de nexo causal.

Es preciso decir también que para valorar la reparación pertinente por daño moral en los supuestos de muerte, carecemos de “módulos objetivos” y, por tanto, cualquier valoración de importes indemnizatorios en relación con este tipo de lesiones se fundamenta en criterios, netamente, subjetivos. Por ello, frente a este vacío podemos acudir a dos vías fundamentales para tratar de objetivar la cuestión.

En la primera de ellas, aplicamos por analogía el baremo del Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos a motor, teniendo en cuenta que éste tiene carácter meramente orientador, no vinculante. En este sentido, entre otras muchas, la Sentencia de 9 de junio de 2009 estableció que *“la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial, sin perjuicio, claro está, de la incidencia que debe tener la existencia de precedentes jurisprudenciales aplicables al caso que nos ocupe”*.

El segundo de los mecanismos para cuantificar la indemnización correspondiente de una manera más o menos objetiva es recurrir a la jurisprudencia, citando resoluciones judiciales dictadas en casos similares.

Como decíamos al principio, los jueces no se encuentran vinculados a ningún baremo, por lo que la determinación concreta de la indemnización en cada caso dependerá de su criterio en ese momento. Aunque lo cierto es que el baremo suele emplearse como una guía orientativa moldeándose según los casos.

Aplicando todo lo anteriormente expuesto en este caso, quien suscribe se decanta por utilizar

el Baremo para poder hacer el siguiente cálculo indemnizatorio: (Ver página siguiente).

Esta cantidad sería la indemnización correspondiente por el fallecimiento de la Señora María Díaz, sin embargo, la cuantía a reclamar sería la relativa a la pérdida de oportunidad que anteriormente hemos cuantificado en un 16%, si el diagnóstico se hubiera efectuado en el momento oportuno. De ahí que el total de esta reclamación sería: *(ver tabla cantidad por fallecimiento)*.

También debemos aclarar que ajustándonos a la total realidad del caso, que la víctima era dueña de un comercio, pero no cabría la indemnización a la familia por el concepto del lucro cesante, atendiendo a lo establecido en el art. 80 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, puesto que no ninguno de sus familiares dependía económicamente de los ingresos de Doña María.

Finalmente, y en aplicación de la Sentencia del TS, Sala 1ª, de 8 de abril de 2016 que ya ha sido citada, también cabe la posibilidad de reclamar una indemnización por los daños morales, por la zozobra, ansiedad, angustia y el enorme estrés padecido durante el tiempo en que se dilató el diagnóstico certero de la enfermedad, así como la situación que se generó una vez conocido el diagnóstico final que inevitablemente obligaba a meditar sobre cuál sería la situación de haberse efectuado las pruebas oportunas en su momento. Por todo ello, cabría interesar la indemnización de un 25% sobre el total ya calculado de la indemnización por la pérdida de oportunidad, que ascendería a 4.814€.

VII. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Entendemos que ha quedado claro que la determinación de la diligencia del médico constituye la clave fundamental en el resarcimiento de los daños. Actualmente, y a la luz de las nuevas disposiciones surgidas recientemente y debido a la interpretación de los tribunales, resulta confuso conocer cuál es el nivel de diligencia exigido al médico y sobre qué criterios se determina la existencia de su responsabilidad, de ahí el objeto de este dictamen.

SEGUNDA.- La primera tesis se centra en la idea de que nos encontramos ante una conducta profesional contraria a las normas de la “lex artis” al no haberle prescrito las oportunas pruebas radiológicas que hubieran permitido diagnosticar en su momento el adenocarcinoma de páncreas que anunciaban los síntomas

PERJUICIO PERSONAL BÁSICO (TABLA 1.A)	PERJUDICADOS	CUANTÍA (X)	IMPORTE
MADRE (Hijo fallecido más de 30 años)	1	40000	40000
HIJOS (Más de 30 años)	2	20000	40000
HERMANA (Hermano que tenga más de 30 años)	1	15000	15000
TOTAL PERJUICIO PERSONAL BÁSICO			

PERJUICIO PERSONAL PARTICULAR (TABLA 1.B)	PERJUDICADOS	CUANTÍA (X)	IMPORTE
HIJOS (Hijo que tenga más de 20 años)	2	40000 X 25%	10000
HERMANA Y MADRE (Perjudicado único de su categoría)	2	15000 X 25% (Hermana) 40000 X 25% (Madre)	13750
TOTAL PERJUICIO PARTICULAR			

PERJUICIO PATRIMONIAL: DAÑO EMERGENTE	PERJUDICADOS	CUANTÍA (X)	IMPORTE
Sin necesidad de justificación: Cantidad por perjudicado	4	400€ x 4	1600
TOTAL DAÑO EMERGENTE			1600

TOTAL INDEMNIZACIÓN POR FALLECIMIENTO

120.350€

CANTIDAD POR FALLECIMIENTO	PORCENTAJE PÉRDIDA OPORTUNIDAD	TOTAL
120.350€	16%	19.256€

que presentaba la paciente. El diagnóstico adecuado se produce tras la realización de un TAC prescrito por el médico internista, como prueba diagnóstica para este tipo de tumores, inmediatamente después de que Doña María le relatara sus síntomas, pero ya era demasiado tarde para actuar sobre el mismo debido a la afectación que en ese momento presentaba.

Básicamente, la tesis del especialista internista que atendió a la paciente en última instancia, sostiene que los síntomas que presentaba se asociaban a los de una patología tumoral y no, a la digestiva o psiquiátrica, por lo que pudo diagnosticarse con mucha antelación si se hubieran prescrito las pruebas señaladas en el protocolo.

La segunda teoría por la que podría declinarse el Juez o Tribunal es que se debe tener en cuenta la propia naturaleza del ser humano, y por tanto, no siempre que se aplica la denominada *lex artis* o la totalidad de los conocimientos científicos, se consigue sanar al paciente. También hay que reconocer que una vez que se produce un daño o perjuicio o incluso un fatal desenlace, es más fácil determinar lo que debería haberse hecho en cada momento.

Además, nadie duda de la dificultad del diagnóstico de un adenocarcinoma de páncreas sin que se presenten síntomas específicos como puede ser la ictericia, que no se daba en nuestro caso. Aún así, cuando el diagnóstico llega tarde, cabe tratamiento con resección quirúrgica, aunque no disminuya la mortalidad, puesto que la tasa de diagnóstico y de mortandad discurren en paralelo.

TERCERA.- Lo que defendemos en este supuesto es la aplicación de la figura jurídica de la pérdida de oportunidad, partiendo que el daño no ha sido causado directamente por los médicos, pues la paciente ya tenía el tumor, pero sí que actuaron negligentemente al omitir la realización de las pruebas diagnósticas oportunas. Este “dejar de hacer” impidió detectar correctamente o a tiempo el cáncer de páncreas y, en consecuencia, se redujo la esperanza de vida de la paciente.

Por todo ello, y a la vista de la normativa, jurisprudencia y doctrina, nuestra tesis es que en este supuesto se produjo un retraso en el diagnóstico médico que provocó la pérdida de oportunidad, al incumplir los facultativos su obligación de aplicar las técnicas sanitarias en



función del conocimiento de la práctica médica. No se realizó a la paciente las pruebas adecuadas a los síntomas que presentaba, siendo ello así, y con independencia de que no se sepa cuáles hubieran sido los resultados finales de dicho tratamiento, entendemos que queda acreditado la posible demora de un tiempo significativo hasta que se cumpliera el resultado fatal.

CUARTA.- Como ya hemos hecho referencia anteriormente, entendemos más oportuno utilizar la vía civil antes que la penal para la reclamación de la cantidad derivada de responsabilidad profesional por una posible negligencia médica y siempre dirigiendo la demanda contra el Hospital "XX", donde se atendió a la paciente, al cumplirse los siguientes presupuestos requeridos para la aplicación del art. 1903 del Código Civil:

- a) Relación de dependencia del autor del daño con la entidad de la que depende.
- b) Nexos causal entre la actuación productora del daño y la omisión de la obligación de control del superior jerárquico.
- c) La presunción de culpa solo desaparece con la prueba del superior jerárquico de que adoptó las medidas de control y vigilancia para evitar el daño.
- d) Hay que analizar caso por caso para apreciar qué tipo de control puede y debe exigirse a los superiores para que no se les derive responsabilidad por conducta omisiva.

QUINTA.- La acción principal irá dirigida hacia el Hospital "XX", cuyos facultativos actuaron con culpa o negligencia en el diagnóstico tardío del cáncer que padecía la fallecida, por lo que nos encontramos ante una relación contractual entre la paciente y dicho Hospital.

Por otro lado, en aplicación del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, los herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.

SEXTA.- Por tanto, dispondremos de un plazo de cinco años para interponer la correspondiente demanda de responsabilidad civil, antes de que prescriba la correspondiente acción, tal y como recoge el artículo 1.964.2 del Código Civil. Este plazo debe de computarse desde la fecha en que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación.

SÉPTIMA.- Finalmente, para el cálculo de la indemnización debemos atenernos al porcentaje estadístico de probabilidades de supervivencia y/o expectativa de calidad de vida si la fallecida hubiera sido tratado correctamente. Por tanto, se trata de una doctrina relacionada con la valoración del perjuicio real, con el valor del interés destruido, y con el requisito del nexo de causalidad. A efectos de indemnización, supone que se indemniza, no el daño final, sino el porcentaje de la oportunidad de haberlo evitado.

A la vez tenemos que considerar los daños morales consisten en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, y en general, los padecimientos infligidos por el hecho dañoso a los familiares de la víctima en este caso. Realizando una estimación objetiva de los daños según el baremo del Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos a la que se le aplicaría los porcentajes mencionados anteriormente, podría solicitarse una indemnización de aproximadamente 24.070€ para la totalidad de los familiares demandantes.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

1. BLAS ORBÁN, C., Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el Siglo XXI, J.M. Bosch Editor.
2. CASADO ANDRÉS, B., "El concepto del daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia", Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, Volumen 9, 2015
3. DIEZ-PICAZO, L., El escándalo del daño moral, Thomson- Civitas, Pamplona, 2008
4. FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales", Revista jurídica de Castilla y León, nº.3, mayo 2004.
5. GÁZQUEZ SERRANO, L., "Régimen jurídico de la responsabilidad civil sanitaria", Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, Madrid, 2012.
6. GÓMEZ JARA, M., La responsabilidad profesional sanitaria, Derecho sanitario, Atelier, Libros Jurídicos.

7. JIMÉNEZ LOPEZ, M^a. DE LAS NIEVES, Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria, *Práctica Jurídica*, Tecnos.
8. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., "La valoración del daño por falta de consentimiento informado en la práctica médica". *Revista Economist & Jurist*, N^o 146, diciembre 2010.
9. V.A. Manual para la aplicación del Sistema de valoración de daños de la Ley 35/2015. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (Dir.), Sepin, Madrid, 2015.
10. LUNA YERGA, A., La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria, *Culpa y Causalidad*, Thomson, Civitas.
11. MARTÍNEZ-CALCERRADA, La responsabilidad civil profesional, Colex, Madrid, 1996; y "Especial estudio de la denominada Lex artis ad hoc en la función médica", *Actualidad Civil*, núm. 542, 1986.
12. MEDINA CRESPO, M., "Indemnización separada y compatible por daños morales corporales y por daños extracorpóreos. Comentario a la STS (Sala 1^a) de 8 de abril de 2016". *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, N^o 58, Segundo trimestre, 2016.
13. MONTERO AROCA, La doctrina de la facilidad está recogida en Sentencias del TS de 23 de septiembre de 1986 y 17 de octubre de 1983.
14. MONTEROSO CASADO, E., "Diligencia médica y responsabilidad civil", Premio Magistrado Ruiz Vadillo.
15. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.," Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica", *Actualidad Civil*, 2001.
16. SEIJAS QUINTANA, J.A., Cambios sustanciales durante la última década en la doctrina jurisprudencial de Responsabilidad Civil. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., y LÓPEZ JIMÉNEZ, A. (Coord.), XVI Congreso Nacional de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Ponencias sobre responsabilidad civil y el Nuevo Baremo de Daños, Sepin, Málaga, 2016.

