



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 497/2021

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 19 de octubre de 2021.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 464/2021 IDS)\**.

## FUNDAMENTOS

### I

1. Mediante oficio de 3 de septiembre de 2021 (con registro de entrada en este Organismo el 7 de septiembre de 2021), se solicita dictamen de este Consejo Consultivo al objeto de examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por el Secretario General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario.

2. El reclamante solicita que se le indemnice sin determinar inicialmente el importe. No obstante, el *quantum* indemnizatorio podría superar los 6.000 euros, lo que determinaría la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Sr. Consejero para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resulta de aplicación, además de la citada LPACAP, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen

---

\* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

4. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicio Canario de la Salud (SCS, en adelante), titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del SCS, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (B.O.C., n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del SCS, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el SCS.

6. En lo que se refiere a la legitimación activa, el reclamante ostenta la condición de interesado en el procedimiento al haber sufrido un daño personal por el que reclama, el fallecimiento de su madre [art. 4.1, letra a) LPACAP, en relación con el art. 32 LRJSP].

En este sentido, resulta necesario traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su Dictamen 66/2020, de 3 de marzo:

*«4.1.1. Respecto a la posibilidad de reclamación por daños -patrimoniales y extrapatrimoniales- derivados del fallecimiento, se ha de indicar lo siguiente:*

*La doctrina y la jurisprudencia consideran de forma prácticamente unánime que la muerte en sí misma considerada no se indemniza (a quien la sufre), sino que lo que se indemniza es la pérdida neta que sufren aquellas personas que dependían económicamente de los ingresos de la víctima (daño patrimonial), así como el dolor, sufrimiento, aflicción, la pérdida de la compañía, de proyectos conjuntos, etc., que produce a los familiares y allegados la muerte de una familiar (daño no patrimonial).*

*El fallecimiento de una persona da lugar a daños patrimoniales y no patrimoniales, pero no los sufre el que muere, sino los familiares cercanos, de modo que la indemnización no la perciben iure hereditatis, sino iure proprio. Se trata de un criterio generalizado en el*

*Derecho comparado europeo, en el que la privación de la vida, no se considera un daño a efectos de las normas que regulan la responsabilidad y no es indemnizable.*

*En nuestro ordenamiento jurídico, el criterio de que el perjudicado por la muerte no es quien muere, sino los parientes allegados, se recoge en el baremo previsto para las indemnizaciones que se deriven de accidentes de tráfico. En consecuencia, la privación de la vida no es indemnizable a quien fallece, y, por tanto, nada se puede transmitir a los herederos del que muere.*

*La jurisprudencia así lo viene señalando desde hace tiempo. En este sentido, las diversas Salas del Tribunal Supremo consideran hoy que están legitimadas para reclamar por la muerte de una persona quienes resulten personalmente perjudicados por ella, en cuanto dependían económicamente del fallecido o mantenían lazos afectivos con él, de modo que ejercen un derecho originario y no derivativo. La STS (Sala de lo Civil) de 1 de abril (RJ 2009/4131) señala lo siguiente: "es doctrina pacífica que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable ex iure proprio, al no poder suceder en algo que no había ingresado en el patrimonio del de cuius, por lo que la legitimación no corresponde a los herederos en cuanto tales, sino a los perjudicados por el fallecimiento, pues sólo los vivos son capaces de adquirir derechos".*

*4.1.2. Dicho lo anterior, se ha de añadir que, como muy bien señala la Sentencia de 2 de octubre de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec.780/2006), " (...) la temprana y didáctica Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006, estableció lo siguiente: Sin duda el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como `iure hereditatis`, sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 y 14 de diciembre de 1996), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, siendo doctrina de esta Sala, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2003, que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte `iure proprio`, las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en sí del bien `vida` sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible `mortis causa` a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales `iure hereditatis`" (...).*

A la luz de la doctrina anteriormente expuesta, se entiende cumplido el requisito de legitimación activa del interesado -como hijo de la paciente fallecida- para reclamar por derecho propio la indemnización de los daños derivados del óbito de su

progenitora [art. 4.1.a) LPACAP]. Legitimación activa que no es puesta en entredicho por la propia Administración Pública sanitaria.

La legitimación pasiva le corresponde al SCS, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

7. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación (art. 67 LPACAP), toda vez que la reclamación se presenta el 5 de febrero de 2018, en relación con la asistencia sanitaria prestada a la paciente en el Hospital (...) el 6 de febrero de 2017.

8. Se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aún fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21 LPACAP).

## II

1. El fundamento fáctico de la pretensión indemnizatoria descansa en el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por el interesado mediante el que alega:

*« (...) acudió al Centro Hospitalario (...) con su madre (...), provista del Documento Nacional de Identidad número 42.531.109 - S. La misma se encontraba ingresada en el centro hospitalario por mal estar general, con tos con flemas, no fiebre termometrada. El día 6 de febrero del pasado año 2017, la misma después del baño sufre escurrimiento desde el sillón siendo asistida de forma inmediata evitándose traumatismos de relevantes. Tras ese evento empeora de forma marcada la mecánica ventilatoria. Se constata aumento del volumen del muslo derecho y rotación externa de dicha extremidad, se confirma mediante radiografía fractura de fémur desplazada, existe un empeoramiento sobreagudo de mecánica ventilatoria y fracaso hemodinámico (shock). Tras fracaso de estas medidas se produce el exitus. Se aporta informe como Documento número Uno.*

*SEGUNDO. - A la vista de todo lo acaecido, (...) solicitó al Centro Hospitalario información acerca de lo sucedido recibiendo el informe médico de fecha 7 de febrero que relata los hechos expuestos, sin recibir más explicación que esa.*

*Entiende el que suscribe que los responsables de velar por la seguridad y asistencia de los pacientes del Centro Hospitalario "(...)" no llevaron a cabo una actuación correcta en tanto en cuanto, (...), una paciente que ingresó por mal estar general, con tos con flemas, no fiebre termometrada, terminó falleciendo por un hecho que no tiene que ver con su ingreso sino por un descuido o negligencia en la forma en la que fue cuidada o vigilada por el*

*personal adscrito al Servicio Canario de Salud y que en ese momento prestaba su servicio en el Centro Hospitalario.*

*En suma, el propio centro hospitalario emite el informe donde se detalla la evolución hasta que se produce el exitus, que entendemos se produce consecuencia de algún tipo de negligencia en la actuación del personal del Centro Hospitalario pues deben, cuanto menos, velar por el estado y situación del paciente lo que llevaría como es evidente a evitar situaciones como la que hemos relatado.*

*(...) Interesa al derecho de esta parte, para el caso de que se incoe el correspondiente procedimiento de Responsabilidad Patrimonial ante la administración a la que me dirijo, se abra el correspondiente periodo de prueba donde se de traslado a esta parte para su correcta proposición dejando interesado el historial médico de (...), así como el conjunto de documentos aportados con el presente escrito y los testigos que se citan a continuación :*

*1. Que se indique por el Centro Hospitalario las personas encargadas de custodiar y/o velar por la seguridad y estancia de los pacientes en la planta en la que se encontraba (...) ingresada, y en especial los que tenían turno el día que tuvo lugar el fallecimiento, para su posible citación a efectos de prestar declaración sobre lo sucedido.*

*2. Que se cite a (...), con domicilio en El Doctoral, término municipal de Santa Lucía de Tirajana, calle Avenida de Las Tirajanas, número 209, POI, B, en calidad de testigo (...).* ».

2. En fecha 14 de febrero de 2018, se requiere del interesado la subsanación y mejora de la solicitud presentada de conformidad con los arts. 66 y 67 LPACAP. Requerimiento que fue debidamente atendido.

3. Con fecha 13 de marzo de 2018, el Director del SCS dicta Resolución mediante la que se admite a trámite la reclamación presentada, y se resuelve realizar cuantas actuaciones fueran necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la Resolución, entre ellas, la petición de informe al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP, en adelante).

4. Con fecha 30 de abril de 2019, se emite informe por el SIP, referido a la asistencia sanitaria prestada a la paciente -folios 27 al 31 del expediente- mediante el que se exponen los siguientes hechos:

« (...) 1.- *Mujer de 83 años, con esquizofrenia, enfermedad cerebrovascular, encamamiento, paresia del MSD, Diabetes M. tipo II, neumonías broncoaspirativas; derivada al Servicio de Urgencias del Hospital (...) por deterioro progresivo del estado general, con tos, flemas que logra expectorar, no fiebre termometrada. Al ingreso, toma del estado general y temperatura de 37.7°. No deambula. Vida en cama o silla de ruedas, aunque la mayor parte del tiempo está en la cama.*

2.- En la mañana del 06-02-2017, sin signos de hipoperfusión periférica, Tras el baño comienza con apnea y trabajo respiratorio. SaO<sub>2</sub> del 89% con VI al-50% lpm. FR 28 rpm, Afebril Tórax: Hipofonesis generalizada, sin auscultar estertores crepitantes. ACV: RCR y rápidos, no soplo. Abdomen: Blando, no doloroso, no visceromegalia, Murphy-, Blumberg no defensa abdominal, no irritación peritoneal. EELL: Rotación externa de MID sin acortamiento funcional No signo de TVP. No edemas, Homans negativo. Pulsos periféricos pedios bilaterales presentes. NRL: Alerta, desorientada hemiparesia derecha residual. No afectación de la esfera meníngea. Pupilas isocóricas.

3.- El día 06-02-2017, después del baño sufre escurrimiento desde el sillón siendo asistida de forma inmediata evitándose traumatismos relevantes. Fractura de tercio medio fémur derecho. Shock multifactorial. Tras ese evento empeora de forma marcada la mecánica ventilatoria. Se constata aumento del volumen del muslo derecho y rotación externa de dicha extremidad. Mediante radiografía se visualiza: Fractura desplazada del hueso Fémur (valorada por el Servicio de Traumatología). Existe un empeoramiento sobreaugado de la mecánica ventilatoria y fracaso hemodinámico (shock). Se intenta expandir con líquidos, sangre y plasma. Su mala condición general y actual situación hemodinámica impiden corrección quirúrgica de la fractura. Tras fracaso de estas medidas se produce el exitus.

1.- La paciente de 83 años, con Esquizofrenia, enfermedad cerebrovascular, encamamiento, paresia del MSD, Diabetes M. tipo II, debería de haber sido vigilada en todo instante cuando estuviese fuera de la cama y en la silla de ruedas -atada por la cintura, con freno de ruedas y barra antivuelco, ambos activados-; y en la cama, las barras de seguridad deberían de estar elevadas. Debería de haber sido catalogada de gran riesgo al tener 83 años, padecer de Esquizofrenia, enfermedad cerebrovascular, no deambular, estar encamada y padecer de paresia del miembro superior derecho (MSD), con lo que, en caso de deslizamiento, a la paciente le resultaría difícil asirse.

2.- La paciente tenía 83 años de edad, por tanto -por lo dispuesto en los protocolos de Escala de Riesgos de Caídas de J.H. Downton y de Actuación de Enfermería en la prevención de caídas en pacientes ingresados de alto riesgo adultos-, se trataría de una paciente con alto riesgo de caídas y se debería haber extremado la vigilancia permanentemente, (evaluar de forma continua la seguridad de la paciente) en evitación de aquéllas; tal que facilitar que el timbre de llamada estuviese al alcance del paciente, personal sanitario que acompañase al paciente al aseo y las barandillas/barras de seguridad de la cama elevadas, y como dijimos: Cuando estuviese en la silla de ruedas debía estar atada por la cintura, con freno de ruedas y barra antivuelco, ambos activados.

El Servicio de Inspección solo dispone del Informe del Jefe de Servicio de Medicina Interna y Geriátrica del Hospital (...) de Gran Canaria, de fecha 07-02-2017, en el cual -en su segunda hoja, apartado de: Evolución-, se reconoce que la paciente sufrió un

*deslizamiento/escorrimiento desde el sillón de la habitación al pavimento. Colegimos, que no estaría sentada en la silla de ruedas.*

*Consideramos que, en evitación de un deslizamiento fortuito, la paciente debería haber sido ubicada y sujeta en silla de ruedas, frenadas las ruedas y con barra antivuelco activada. Asimismo, en la habitación -la paciente- debería haber sido acompañada, en todo momento, por familiares.*

*(Fuente que reconoce el escorrimiento de la paciente: Informe del Jefe de Servicio de Medicina Interna y Geriatría del Hospital (...) de Gran Canaria, de fecha 07-02-2017, en la segunda hoja, apartado de: Evolución)*

*1.- El Servicio de Inspección Médica considera que la caída de la paciente no se habría producido, si se la hubiese ubicado en una silla de ruedas similar a la utilizada en su domicilio -cuando no se hallaba encamada-. No consta referencia a fractura alguna en su domicilio por deslizamiento/escorrimiento al suelo, desde la silla de ruedas que utilizada en su casa hacía años.*

*2.- Estimamos pertinente resarcimiento por parte de la Administración Sanitaria, que resulta de la Responsabilidad Patrimonial contraída, y que deberá repetir al Hospital (...) de Gran Canaria.*

*Dicha indemnización deberá realizarse en base a lo previsto en la Ley 35/2015 de 22 de septiembre para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, de aplicación en el año 2016, conforme con lo dispuesto en su disposición Adicional Tercera, y por concordancia -en materia sanitaria- con el caso analizado, sería la siguiente:*

*- Por perjuicio básico, consideramos una cuantía indemnizatoria para hijo mayor de 30 años de: 20.000 €*

*- Por perjuicio personal particular, aumentamos en un 25% el perjuicio básico para el hijo, resultando la cantidad de: 5000 €.*

*- Por lucro cesante del hijo reclamante consideramos la cantidad de: 16 387€.*

*- Tras sumar las cifras arriba subrayadas obtenemos: 41387 €.*

*Habida cuenta la edad -83 años- y el estado pluripatológico de la paciente - Esquizofrenia, encamada, Diabetes M. tipo II, enfermedad cerebrovascular, paresia miembro superior derecho, ingresada en varias ocasiones por procesos neumónicos broncoaspirativos-, consideramos que la cuantía a resarcir debe ser minorada en un 50%.*

*- Por tanto, el quantum indemnizatorio final resultante es de: 20 693.5 euros (...) ».*

5. Consta en el expediente informe médico preceptivo (folio del expediente 133), en relación con la actuación del Servicio sanitario prestado el 6 de febrero de 2017, que señala:

*« (...) Al ingreso la paciente presenta mal estado general con dificultad respiratoria, habiendo tenido otra visita previa al Servicio de Urgencias dos semanas antes donde se refiere igualmente el mal estado general, dependencia para las actividades básicas de la vida diaria y en encarnamiento de la paciente.*

*En este contexto sufre un traumatismo menor con resultado de fractura por fragilidad del fémur derecho. Horas después la paciente fallece. Desconozco si se realizó necropsia para conocer las causas del fallecimiento, por tanto, debemos valorar las dos causas más frecuentes de un desenlace similar en el contexto de una fractura de hueso largo.*

*En primer lugar, la hipovolemia como causa de un shock. Una fractura de fémur puede sangrar hasta un litro y medio, produciendo un deterioro de la capacidad del organismo para mantener las funciones básicas en cuanto a oxigenación y perfusión los tejidos. En el caso que nos ocupa, este aspecto queda descartado completamente pues la analítica al ingreso de la paciente y la realizada tres horas después de la caída son similares, es decir 10,7 g/dl y 10,9 g/dl, por tanto, se descarta el sangrado como causa del deterioro brusco de la paciente.*

*En segundo lugar, existe la probabilidad de un embolismo graso como causa del fallecimiento, esto no puede confirmarse por la ausencia de necropsia. La paciente presentaba múltiples factores predisponentes a sufrir un embolismo además de la fractura, por lo que no puede descartarse que tenga o no relación con la misma. Estos factores son la edad, el sexo, el encarnamiento, el deterioro cognitivo y la insuficiencia respiratoria. Por este motivo, aun asumiendo que la muerte pudiera haberse debido a un embolismo, no puede asegurarse la relación del mismo con la fractura producida en la caída.*

*La ausencia de necropsia impide asegurar la causa de la muerte (...) ».*

Los extremos médicos señalados sobre la asistencia y fallecimiento de la afectada se confirman en el informe del exitus de la paciente (folio 136 del expediente).

6. Con fecha 9 de mayo de 2019 se requirió al reclamante a fin de que facilitase los datos de otros posibles interesados en el procedimiento (padre y hermanos). Mediante escritos de fecha 22 de mayo y 26 de junio indicó los domicilios a efectos de notificaciones de todos ellos.

7. El 3 de junio de 2019 se solicitó al SIP aclaración respecto de la cualificación de la indemnización que formuló en su informe y con esa misma fecha se solicitó proposición de prueba al Hospital (...).

8. Con fecha 15 de julio de 2019, el SIP aclaró el citado informe (folio 276 del expediente).

9. El 3 de octubre de 2019 se dictó Resolución por la que se suspendió el procedimiento general a efectos de iniciar un procedimiento abreviado. Resolución que fue debidamente notificada al interesado y al Hospital (...). Sin embargo, el interesado manifestó su no conformidad con la propuesta y solicitó la continuación mediante los trámites oportunos.

10. En consecuencia, con fecha 28 de noviembre de 2019 se dictó Resolución por la que se levantó la suspensión del procedimiento general dando continuidad al citado procedimiento.

11. Con fecha 20 de diciembre de 2019, el Hospital (...) presentó escrito de alegaciones en su defensa (página 303 del expediente).

12. Con fecha 3 de febrero de 2020 se dictó el oportuno Acuerdo Probatorio. Al respecto, fueron practicadas las pruebas propuestas a excepción de la testifical respecto de la cual el Hospital (...) informó de la imposibilidad de su realización.

13. Con fecha 18 de febrero de 2021, consta el informe complementario del SIP en relación con la asistencia prestada a la paciente (páginas 335 y siguientes del expediente).

14. Con fecha 21 de junio de 2021 se acordó el preceptivo trámite de audiencia que fue debidamente notificado al reclamante y al Hospital (...). No se formularon alegaciones en este trámite solicitando el reclamante la continuación del procedimiento.

15. Con fecha 31 de agosto de 2021, se emite el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias ex art. 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, mediante el que se considera conforme a Derecho la tramitación procedimental, así como la Propuesta de Resolución.

16. Con fecha 2 de septiembre de 2021, se emite la Propuesta de Resolución, de sentido parcialmente estimatorio.

### III

1. La Propuesta de Resolución entiende que procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el interesado al haberse probado la relación causal, por lo que propone indemnizar a los afectados con la cantidad de 12.500 euros.

2. La jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que *«para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos: -La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. - Que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal. -Ausencia de fuerza mayor. - Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño».*

Una nutrida jurisprudencia (reiterada en las SSTS -3.<sup>a</sup>- 29 de enero, 10 de febrero y 9 de marzo de 1998) ha definido los requisitos de éxito de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a las siguientes proposiciones: *«A) La acreditación de la realidad del resultado dañoso, “en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”. B) La antijuridicidad de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido. La antijuridicidad opera como presupuesto de la imputación del daño. El criterio se recoge, por todas, en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, al interpretar que: “El título de atribución concurre, así, cuando se aprecia que el sujeto perjudicado no tenía el deber jurídico de soportar el daño [hoy la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común plasma normativamente este requisito al establecer en su artículo 141.1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (...) ”]. Así puede ocurrir, entre otros supuestos, cuando se aprecia que la actividad administrativa genera un riesgo o un sacrificio especial para una persona o un grupo de personas cuyas consecuencias dañosas no deben ser soportadas por los perjudicados, o cuando del ordenamiento se infiere la existencia de un mandato que impone la asunción de las consecuencias perjudiciales o negativas de la actividad realizada por parte de quien la lleva a cabo”. C) La imputabilidad a la Administración demandada de la actividad causante del daño o perjuicio. Lo que supone la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad administrativa y el perjuicio padecido.*

(...) . El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la *lex artis* y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física. En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la *lex artis*, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios, como la preparación y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica. En general, pues, la infracción de estas reglas de la *lex artis* se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación. Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida».

3. Sobre la pérdida de oportunidad como un concepto indemnizable en los Dictámenes de este Consejo Consultivo 171/2016, 152/2017, 324/2018, 544/2020 y 199/2021, entre otros muchos, se señala:

«En relación con la pérdida de oportunidad, desde la Sentencia de 10 de octubre de 1998 el Tribunal Supremo ha iniciado una línea jurisprudencial hoy ya consolidada favorable a dar valor a la llamada “pérdida de oportunidad” cuando, aunque no resultara patente la presencia del vínculo causal por dificultad en su prueba, concurrieran determinadas circunstancias que evidenciaran una alta probabilidad de que de haberse ofrecido las oportunidades perdidas se hubiera evitado o disminuido el daño. La Sala Tercera del Tribunal Supremo viene admitiendo la aplicación de esta doctrina como criterio de flexibilización de las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo causal especialmente en materia de responsabilidad sanitaria, y la han aplicado a la actuación del facultativo cuando no puede asegurarse que haya sido causante del daño reclamado o, al menos, la única causa, pero sí ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano. “La omisión de las pruebas y actuaciones tendentes a la determinación del

*diagnóstico en un momento anterior, ha privado al paciente de la oportunidad de anticipar un tratamiento que podía incidir favorablemente en la evolución del padecimiento, aun cuando no se evitara el resultado final, privación que consecuentemente ha de ser indemnizada” (STS, Sala III, Sección 6ª, de 23 de octubre de 2007, rec. casación n.º 6676/2003). “En la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que en cierto modo se asemeja a un daño moral, y que es el concepto indemnizable” (STS, Sala III, Sección 4ª, de 27 de septiembre de 2011, rec. de casación n.º 6280/2009). Pues bien, para esta consolidada jurisprudencia “la pérdida de oportunidad constituye un daño antijurídico puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias” (STS, Sala III, Sección 4ª, de 21 de diciembre de 2015, FJ 1º, rec. casación n.º 1247/2014)».*

4. Aplicada la doctrina anteriormente expuesta, consta acreditado mediante los informes médicos obrantes en el expediente que hubo pérdida de oportunidad en la asistencia sanitaria que le fue prestada a la paciente, pues no se actuó con la suficiente diligencia en atención al estado grave de salud que presentaba la afectada como persona además dependiente.

En ese sentido se pronuncia el informe del SIP cuando indica que *«La paciente de 83 años, con Esquizofrenia, enfermedad cerebrovascular, encamamiento, paresia del MSD, Diabetes M. tipo II, debería de haber sido vigilada en todo instante cuando estuviese fuera de la cama y en la silla de ruedas -atada por la cintura, con freno de ruedas y barra antivuelco, ambos activados-; y en la cama, las barras de seguridad deberían de estar elevadas. Debería de haber sido catalogada de gran riesgo al tener 83 años, padecer de Esquizofrenia, enfermedad cerebrovascular, no deambular, estar encamada y padecer de paresia del miembro superior derecho (MSD), con lo que, en caso de deslizamiento, a la paciente le resultaría difícil asirse».*

Para continuar señalando que: *«en evitación de un deslizamiento fortuito, la paciente debería haber sido ubicada y sujeta en silla de ruedas, frenadas las ruedas y con barra antivuelco activada».*

5. Además, del informe médico se deduce que al no haberse realizado necropsia en el cuerpo de la afectada para conocer la causa exacta del fallecimiento de la paciente, se valoraron, por un lado, la hipovolemia como causa de un shock, la cual fue descartada totalmente; restando como más probable causa de la muerte un embolismo graso incentivado particularmente por la fractura de fémur sufrida tras

haberse deslizado del sillón, y, aunque no se pueda determinar con exactitud esta causa debido a la falta de práctica de la necropsia, sin embargo, se desconoce la razón por la que no se realizó ya que esta hubiera sido determinante.

6. A mayor abundamiento, en el informe complementario del SIP se confirma que el resultado es que se produce una fractura femoral en pierna derecha, y aunque no se pueda asegurar ésta como la causa indirecta de la muerte, sin embargo, se acredita en la documental médica obrante en el expediente que *«tras el baño, el día 6, sufre un empeoramiento de su capacidad ventilatoria con una insuficiencia respiratoria aguda grave, shock multifactorial con fracaso hemodinámico y exitus al no responder a las medidas de tratamiento, ayudando el mal estado general de base de la paciente»*.

7. En definitiva, se considera, examinada la información y documentación obrante en el expediente, que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, tanto desde el punto de vista formal, como desde el punto de vista material, al concurrir los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración con el alcance establecido en la Propuesta, al haberse tratado de una paciente con alto riesgo de caídas, respecto de la cual se debería haber extremado la vigilancia permanentemente por el personal sanitario, evaluando de forma continua la seguridad de la paciente, lo que no se hizo tras trasladarla del baño al sillón del que se escurrió, sin que la hubieran acomodado en la silla de ruedas que hubiese sido al parecer lo más prudente según el estado de salud de la enferma.

8. En atención a la indemnización propuesta por la Instrucción del procedimiento, esta sigue la valoración efectuada por el SIP, de la que se desprende:

*« (...) 1.- Reclamante: Descendiente. Hijo mayor de 30 años.*

*8 hijos (incluido el reclamante) todos mayores de 30 años.*

*2.- Siguiendo 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:*

*Artículo 61. Valoración de las indemnizaciones por causa de muerte*

*- Perjuicio personal básico (tabla 1.A)*

*A cada hijo que tenga más de 30 años: 20.000 €*

*- Perjuicio personal particular (tabla 1.B)*

*Artículo 73. Perjuicio particular por fallecimiento del progenitor único.*

*El fallecimiento del único progenitor vivo del perjudicado constituye un perjuicio particular que se resarce mediante un incremento de la indemnización por perjuicio personal básico del: 25%, en el caso de hijos mayores de veinte años. 5000 €.*

*(...) 3.- Se indicó una reducción del 50%, considerando el precario estado de salud previo, el mal estado general motivo del ingreso con dificultad respiratoria y la ausencia de autopsia lo que impide asegurar la causa de la muerte, no pudiendo determinar la relación entre la caída con la fractura producida sin perjuicio del agravamiento ocasionado y la muerte (...) ».*

Por ello la cuantía que se propone es  $20.000+5000 \times 50\% = 12.500$  € hijo.

Así, la Propuesta de Resolución determina que en atención a la normativa aplicable la cuantía de la indemnización se ha de calcular «con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo» por ello resulta de aplicación la Resolución de 3 de octubre de 2017 (año en el que ocurrió el fallecimiento) de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para valoración de los daños y perjuicios (BOE de 25 de octubre de 2017). En dicha resolución se establece una revalorización del 0,25% y las siguientes cuantías resultantes:

- Categoría 3: Los descendientes.

A cada hijo que tenga más de 30 años: 20.050,00 €

Perjuicio personal particular

A cada hijo que tenga más de 30 años: 25%

Por consiguiente la cuantía que se propone se calcula de la siguiente forma:  
 $(20.050+20.050 \times 25\%) = 20.050+5.012,5=25.062,5$

La cantidad de 25.062,5 se reduce en un 50% por las razones ya expuestas, de lo que resulta el *quantum* indemnizatorio por importe de 12.531,25 euros.

9. Con todo, se entiende que la cantidad indemnizatoria propuesta es adecuada en aplicación de lo previsto en la citada Ley 35/2015. Sin perjuicio de que, conforme a lo previsto en el art. 34.3 LRJSP, se deberá de actualizar a la fecha en que se ponga fin al procedimiento con arreglo al índice de garantía de la competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución que se somete a dictamen resulta conforme a Derecho.