



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 0 2 / 2 0 2 2

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 22 de diciembre de 2022.

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 (...), en nombre y representación de (...), (...), (...), (...) y (...), en relación con la asistencia sanitaria prestada a (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 451/2022 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado mediante oficio firmado el 4 de noviembre de 2022 por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias (Registro de entrada en el Consejo Consultivo el 7 de noviembre de 2022), es la Propuesta de Acuerdo de terminación convencional de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud.

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva dado que la cuantía reclamada es superior a 6.000 euros (261.026,77 euros), de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

3. En el análisis a efectuar son de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) y el art. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), por ser las normas vigentes al tiempo de interponer la reclamación de responsabilidad patrimonial por los interesados.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

También son de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; 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; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

4. En el presente asunto se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...) e hijos, por la presunta actuación negligente de los servicios de Atención Primaria del Servicio Canario de la Salud [art. 4.1.a) LPACAP]. En este caso, dado que el paciente falleció, la reclamación no se realiza *iure hereditatis* (pues no existe un derecho que haya ingresado en el patrimonio de la causante antes de su muerte), sino en nombre de los perjudicados por dicho fallecimiento, en virtud del daño moral personal y patrimonial que el fallecimiento genera en los familiares más directos.

Sobre esta cuestión, resulta necesario traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su Dictamen 504/2021, de 21 de octubre (con cita, entre otros, de los Dictámenes anteriores 449/2021, de 23 de septiembre y 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 de (...), (...), (...), (...) y (...) para reclamar por derecho propio la indemnización de los daños morales derivados del óbito de su esposo -(...)- en el caso de la primera y su padre en el caso de los demás, legitimación activa que no es puesta en entredicho por la propia Administración Pública sanitaria.

Tal y como se cita en el dictamen n.º 292/2021, de 24 de mayo, de este Organismo consultivo «sólo podrán reclamar por el daño moral derivado del fallecimiento de (...) aquellos que posean: “vínculos próximos de familia, afectos, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios causados directamente de la muerte

producida" (STS, de 4 de noviembre de 1999; STSJ de Navarra n.º 1089/2003, de 17 de octubre de 2003).

Al tratarse de un daño moral en los sentimientos, se hace necesario poner un límite a la condición de legitimado. Es obligado establecer un orden de preferencia excluyente, siguiendo un orden lógico de afinidad con la fallecida, de forma que sean los más inmediatos los que, en su caso, reciban la indemnización con exclusión de los demás, primando de forma natural, a quienes hayan sufrido de forma más palmaria y directa. El Tribunal Supremo, en algunos casos se refiere a "parientes más allegados". Según la jurisprudencia, puede establecerse un orden de preferencia:

1.- Los miembros de la familia nuclear, que en este caso se desconocen, si bien parece desprenderse de la reclamación que (...) estaba casada y tenía un hijo, que no se identifican (?). El dolor de la familia nuclear, es decir, marido e hijos, se presume, no requiere prueba (STS de 15 de abril de 1988). No obstante, estos, los más allegados, no formulan reclamación en este caso.

2.- Para el resto de los parientes no existe presunción, requiriéndose la acreditación de alguna de las siguientes circunstancias para establecer su legitimación: Que pertenezcan de hecho a la familia nuclear por convivir con ella, o bien se demuestren fuertes e importantes vínculos afectivos, asimilándose a los que normalmente se dan entre los miembros de la familia central.

En síntesis, la jurisprudencia ha atribuido la legitimación de los daños morales derivados del fallecimiento de una persona, en primer lugar, al viudo o viuda, junto a los hijos del fallecido y en segundo término a sus padres si la víctima está soltera (STS de 2 de julio de 1979; STS de 14 de diciembre de 1996). Finalmente, los hermanos también estarían legitimados en defecto de otros familiares más allegados (los ya expuestos) (STS de 4 de julio de 2005), debiendo probar en su caso la vinculación afectiva entre ellos, su dependencia económica o su convivencia en el núcleo familiar».

Por lo demás, los reclamantes actúan mediante la representación de procurador; constando debidamente acreditado en el expediente el poder de actuación de aquel (art. 5 LPACAP).

La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser 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 Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

A la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud le corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el

ámbito sanitario, conforme a la Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos de este Servicio.

6. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación de responsabilidad patrimonial, pues el fallecimiento del paciente se produjo el 8 de junio de 2020 y la reclamación de responsabilidad patrimonial se presentó el 28 de septiembre de 2020. La reclamación se interpone, por tanto, dentro del plazo del año a que se refiere el art. 67 LPACAP.

II

Los interesados interponen reclamación de responsabilidad patrimonial el 28 de septiembre de 2020 sobre la base de los siguientes hechos:

“PRIMERO: (...) era un varón de 72 años que presentaba diferente patología previa, especialmente un ingreso el 25 de febrero de 2020 por una insuficiencia respiratoria aguda y una fibrilación auricular rápida con Insuficiencia Cardíaca Congestiva Descompensada, de la que fue ALTA el 2 de marzo de 2020.

Ya, en 2015, había estado ingresado por la misma dolencia, por lo que sus antecedentes eran claros y conocidos por cualquier profesional que accediera a su historial médico.

El día 23 de mayo de 2020 acude al Centro de Salud de El Calero, donde es atendido por la Doctora (...), presentando disnea cuando camina y cuando está en reposo.

Pese al historial del Sr. (...) y de los motivos de su asistencia al Centro de Salud, en menos de un minuto, como consta en el informe emitido (entrada a las 12:24:11 y salida a las 12:25:12) la Doctora dice que le explora, que no hay estertores ni disnea y lo remite a su domicilio, con seguimiento por el Médico de Cabecera, dado que el lunes (los hechos suceden un sábado) tenía que acudir al Hospital Dr. Negrín.

Este es el primer error de la Doctora, dado que el Sr (...) no pertenece al Hospital Dr. Negrín, sino al Hospital Insular, y no tenía que ir el lunes, sino el martes para realizarse la radiografía y el miércoles para verse con su Médico especialista, lo cual puede comprobarse en su historial médico, al que nos remitimos.

Llama la atención que, pese a indicar en la exploración que no existía disnea, en el diagnóstico se hace constar DISNEA.

Se acompaña, como documento número “DOS” de este escrito, informe médico emitido por la Dr. (...), cuya obtención ha sido una verdadera odisea para mis representados por claros formalismos del centro de salud.

SEGUNDO: Pese a lo indicado por la Doctora del Servicio de Urgencias, la evolución del Sr. (...) fue a peor, lo que motivo que el día 25 de mayo de 2020 acudiera de urgencias al Complejo Hospitalario Universitario Insular- Materno Infantil donde queda ingresado por una IRA GLOBAL, NEUMONIA COMUNITARIA BILATERAL, ICC DESCOMPENSADA, PCR PROLONGADA RECUPERADA POR HIPOXEMIA.

A su llegada a Urgencias del Hospital Insular, el paciente se encuentra con hipotermia de 35° C, taquicardia (Frecuencia cardíaca 99 latidos por minuto), taquipnea (frecuencia respiratoria elevada) y con mala saturación de oxígeno (Saturación de O₂ de 53%, siendo lo normal por encima de 90%) con uso de musculatura accesoria intercostal y supraclavicular. A la auscultación pulmonar se describen sibilantes (Sonido producido por el paso de aire al fluir por conductos respiratorios obstruidos) y crepitantes (Ruidos respiratorios producidos por el paso de aire a través de bronquios con sustancias líquidas en su interior). Los crepitantes y sibilantes se pueden observar en pacientes con neumonía o insuficiencia cardíaca.

En las pruebas complementarias aportadas en dicho informe, destaca elevada leucocitosis 15.500 con neutrofilia 72%, aumento de proteína C reactiva. Estos datos en paciente que acude con hipotermia de 35.7°C, pueden indicar un proceso infeccioso concomitante.

En la radiografía de tórax se describe derrame pleural bilateral con infiltrados hiliares bilaterales. El derrame puede ser una consecuencia de la insuficiencia cardíaca del paciente, acumulando líquido alrededor de los pulmones. Dato que coincide con la sintomatología descrita por el paciente en los días previos, caracterizado con síntomas de falta de aire (disnea) y aumento del volumen de las extremidades inferiores.

Pese al tratamiento realizado en urgencias, la evolución del paciente no es satisfactoria, precisando mayor cantidad de oxígeno, siendo necesaria la instauración de ventilación mecánica no invasiva. Estas medidas no son eficaces, siendo preciso intubación del paciente en urgencias y conectarlo a ventilación mecánica invasiva. Por ese motivo se interconsulta a Medicina Intensiva, decidiendo ingreso el día 26/5/2020 en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI).

A pesar de todas las medidas de soporte vital (soporte cardíaco, respiratorio y antibioterapia de amplio espectro) realizadas en la Unidad de Cuidados Intensivos, el paciente evoluciona con fallo orgánico múltiple, falleciendo el día 8/6/2020.

Se acompaña, como documento número "TRES" de la reclamación, informe de urgencias del Hospital Insular.

TERCERO: El Sr. (...) acude al Servicio de Urgencias del Hospital Insular en un estado de deterioro avanzado provocado por la mala praxis realizada en el Servicio de Urgencias del Centro de Salud de El Calero, donde se producen diferentes errores que provocan una mala

atención al (...) y tienen relación directa con su fallecimiento, por ese funcionamiento anormal de los servicios públicos.

En el informe de la atención realizada en el centro de salud, no se recoge ninguna información sobre las constantes vitales del (...) a su llegada al mismo.

Lo habitual, al valorar a un paciente en un centro sanitario, es recoger las constantes como la tensión arterial, la frecuencia cardíaca, la saturación periférica de oxígeno y los niveles de azúcar en sangre.

Ninguna de estas constantes vitales se describen en el informe del centro de salud, desde la llegada del paciente, durante su estancia ni al alta domiciliaria.

Se trata de un paciente pluripatológico que acude por disnea (falta de aire) progresiva. Entre sus antecedentes más relevantes figuran la cardiopatía isquémica con necesidad de revascularización coronaria mediante el implante de stent.

Ante un paciente con antecedentes cardíacos que acude por disnea a un centro de salud, es prioritario descartar un nuevo evento cardíaco, con la realización de un electrocardiograma. No se describe ningún electrocardiograma en el informe del centro de salud.

Otro motivo para describir la frecuencia cardíaca y justificar la realización de un electrocardiograma es que el paciente padecía de una arritmia cardíaca (fibrilación auricular). Esta alteración del ritmo puede agravarse siendo una causa común en la descompensación de una paciente con fibrilación auricular, provocando disnea. Por esta razón es relevante valorar la frecuencia cardíaca del paciente. Este dato tampoco se describe en el informe del centro de salud.

Con los antecedentes patológicos que padecía el paciente, tampoco aparece reflejado ningún examen complementario, como radiografía de tórax.

La información derivada de la valoración médica y el manejo efectuado en el centro de salud es escasa.

El paciente es dado de alta a su domicilio con el diagnóstico de "Disnea". Sin precisar la etiología causal del proceso.

La disnea no se considera un diagnóstico médico. La disnea constituye un síntoma de una enfermedad. La definición es una sensación subjetiva de "falta de aire" o sensación de dificultad para respirar". Según el tiempo de evolución se puede distinguir entre disnea aguda (horas, días) y crónica (semanas, meses).

La disnea es el síntoma cardinal de enfermedades que afectan al aparato cardiorrespiratorio.

En el informe del centro de salud del Calero, además de la falta de pruebas complementarias, tampoco se describe el tratamiento sanitario efectuado en dicho centro.

Según sea la causa de la disnea, los pacientes pueden precisar de varios tratamientos para la mejora de la sintomatología disneica, como puede ser la administración de aerosoles, broncodilatadores o similares. No se realizó ningún tipo de tratamiento durante toda la valoración médica en el centro de salud El Calero.

El plan de actuación al alta con el paciente es “seguimiento por su médico de cabecera” y “está pendiente el lunes de hacerse radiografía”. No se envía al paciente con una pauta de tratamiento domiciliario. Tampoco se menciona comentario alguno sobre qué hacer si empeora el cuadro tras el alta domiciliaria (como podría ser acudir al servicio de urgencias hospitalaria).

Existe por tanto una falta de registro de las constantes vitales, ausencia de pruebas complementarias, y la inexistencia detallada del tratamiento realizado del paciente. Todo ello con el agravante de que el paciente fue atendido en un minuto en el Centro de Salud, pese a la patología que presentaba y a los antecedentes del mismo.

Todo esto es relevante al tratarse de un paciente pluripatológico que precisó de ingreso Hospitalario reciente en Medicina Interna en febrero de 2020 por Neumonía Multilobar con Insuficiencia respiratoria aguda y Fibrilación Auricular Rápida con Insuficiencia Cardíaca Congestiva Descompensada, siendo además los diagnósticos que presenta el paciente cuando acude al Servicio de Urgencias del Hospital Insular el día 25/5/2020, cuarenta y ocho horas tras el alta a domicilio desde el centro de salud El Calero.

El estado en el que llega el (...) al Servicio de Urgencias del Hospital Insular ratifica que la atención prestada en el Centro de Salud fue escasa, negligente e insuficiente y que si, en dicho centro, se hubiera mostrado el más mínimo interés por el paciente, éste habría sido trasladado a un centro hospitalario y habría tenido una evolución favorable como en las dos ocasiones anteriores en que fue ingresado.

Una correcta intervención en el Centro de Salud habría llevado a detectar el estado en el que se encontraba el (...), bastaba además tomarle las constantes y la saturación del oxígeno para determinarlo y haber actuado de forma más precisa, remitiendo al paciente al centro hospitalario.

Esta negligente actuación tiene una consecuencia directa en el resultado final, el fallecimiento de (...). Si la Doctora (...) hubiera realizado su trabajo de forma correcta, la intervención habría sido más inmediata y el resultado no habría sido el fallecimiento del Sr. (...).

Este funcionamiento anormal de la Administración es la causa directa del fallecimiento del Sr. (...), existe una relación de causalidad directa entre la actuación de la Doctora (...),

por omisión y mala praxis, y el resultado final, por lo que la Administración debe indemnizar a mis mandantes por la pérdida sufrida.

CUARTO: Como consecuencia de dicha actuación negligente, (...) falleció, dejando viuda y cuatro hijos mayores de edad.

Se acompañan, como documentos números "CUATRO y CINCO" de la reclamación, copia del Documento Nacional de Identidad de los reclamantes y del Libro de Familia».

Por todo ello se reclama un total de 261.026,77 euros, a distribuir entre los reclamantes, en función de su parentesco y circunstancias, en aplicación del Baremo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

III

1. En cuanto a la tramitación del procedimiento, constan las siguientes actuaciones:

1.1. Se interpone reclamación de responsabilidad patrimonial el 28 de septiembre de 2020 por (...) y sus hijos: (...), (...), (...) y (...).

1.2. Por la Administración se requiere al representante de los interesados a fin de que subsane y mejore la reclamación presentada, formalizándose la misma con fecha 4 de noviembre.

1.3. Con fecha 1 de diciembre de 2020, se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta, solicitando informe, a través del Servicio de Inspección y Prestaciones, del órgano causante de la presunta lesión indemnizable.

1.4. Mediante Resolución del Secretario General del Servicio Canario de la Salud, de fecha 21 de septiembre de 2022, se acuerda la remisión del expediente al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Las Palmas, al haberse interpuesto por los interesados recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación; no obstante lo anterior, pesa sobre la Administración la obligación de resolver el procedimiento, sin que conste resolución judicial sobre el fondo del asunto, lo que no impide la emisión de Dictamen por este Organismo consultivo.

1.5. Con fecha 30 de septiembre de 2022, se remite informe por el Servicio de Inspección y Prestaciones, previo examen de la Historia de Salud de Atención Primaria, de informe de la Médico que atendió al causante en el Servicio de Urgencias del Centro de Salud El Calero y de la Historia Clínica de la atención

recibida en el Hospital Universitario Insular de Gran Canaria, en el que se hacen constar las siguientes conclusiones:

«1.-Antecedentes en el paciente del mismo cuadro de Neumonía multilobar, insuficiencia cardíaca congestiva (ICC) descompensada, IRA (insuficiencia respiratoria aguda) desde al menos 2015.

Diagnosticado de Disnea CF II/IV de la NYHA (ICC en clase funcional II-IV de la NYHA).

En el año 2020 episodio de neumonía. Después de alta del episodio consulta el 23 de febrero de 2020 por disnea. No obstante, en esta ocasión en la que fue derivado al hospital por cuadro de IRA con sospecha de neumonía en auscultación pulmonar se objetivo crepitantes en base derecha sin sibilantes derechos. Edemas indurados en tercio distal en MMII (miembros inferiores). El juicio diagnostico fue insuficiencia respiratoria aguda (sospecha de neumonía).

En cambio, en la consulta objeto de la reclamación se describe en la auscultación respiratoria no estertores ni disnea; en la auscultación cardíaca: RCR (ritmo cardíaco regular) de buen tono e intensidad.

Entre los diagnósticos correspondientes al ingreso hospitalario en el periodo 25 de febrero a 2 de marzo de 2020 se incluye “neumonía multilobar, descompensación de su ICC con FEP, IRA en el contexto de lo anterior”.

Por tanto, el paciente había presentado episodios de IRA en contexto de neumonía (de repetición) e ICC descompensada.

2.-Tres días previos a la consulta objeto de la reclamación tuvo cita en Endocrinología. No consta referencia a estado del paciente que precisase ingreso hospitalario en esa fecha.

3.-El 23 de mayo de 2020 acude al Servicio de Urgencias del Centro de Salud El Calero.

**No permaneció 1 minuto en el Centro como refieren los reclamantes ya que llega a las 11:13:46 horas y consta exploración de constantes vitales a su llegada y exploración física a las 12:24:11 horas.*

**En contraste con la afirmación de los reclamantes, si fueron tomadas constantes vitales, concretamente tensión arterial (sistólica y diastólica), frecuencia cardíaca y saturación de O₂.*

**Se realizó auscultación cardiopulmonar sin objetivarse signos que precisaran traslado a hospital.*

**En el apartado diagnóstico efectivamente consta disnea que se corresponde más con el motivo de consulta que con diagnóstico siendo la disnea síntoma de su proceso ICC y también presente en una situación de IRA.*

**Refirió disnea al caminar no en reposo. De hecho, no se objetivo disnea en la exploración.*

Lo anterior concuerda con la descripción realizada a la llegada al hospital el 25 de mayo, fecha en la refieren que la disnea al caminar se presentó el 25 de mayo. Además, se añade el mismo 25 de mayo aumento de edema en MMII, no referido en la consulta del 23 de mayo en el Centro de Salud.

También el 25 de mayo se añadió, no presente el 23 de mayo, tos y expectoración blanquecina.

**De la exploración descrita se concluye que el paciente estaba hemodinámicamente estable.*

**No presentaba patología cardíaca que precisara valoración urgente. De hecho, en valoración posterior por el Servicio de Cardiología hospitalario el paciente refirió encontrarse asintomático desde el punto de vista cardiológico y realizado ECG no había alteraciones susceptibles de abordaje.*

4.-Llama la atención que el paciente después de la demanda de asistencia el 23 de mayo de 2020 no consultara nuevamente hasta que había transcurrido dos días, 22 horas del 25 de mayo de 2020.

5.-El juicio clínico que motivo el ingreso en UMI el 26 de mayo de 2020 fue insuficiencia respiratoria aguda global. Neumonía comunitaria bilateral. Insuficiencia cardíaca congestiva descompensada. PCR recuperada. Sospecha de Sars COV-2.

Se descartó por el Servicio de Cardiología evento isquémico (síndrome coronario agudo) referido por los reclamantes en su escrito.

A pesar del correcto abordaje, a la semana del ingreso desarrollo fracaso múltiple orgánico siendo exitus el 8 de junio de 2020 después de 14 días de tratamiento hospitalario.

6.-Los reclamantes afirman que si el 23 de mayo de 2020 el paciente hubiese sido trasladado al hospital hubiese tenido una evolución favorable.

El paciente presentaba de base ICC y se habían presentado episodios de IRA en el contexto de neumonía y de descompensación de su ICC. La insuficiencia cardíaca congestiva (ICC) es un síndrome clínico crónico y progresivo caracterizado por la presencia de hipertensión venosa pulmonar (disnea), sistémica (edemas) y/o gasto cardíaco bajo (fatiga) por disfunción mecánica del corazón.

Este síndrome es de extraordinaria gravedad y pronóstico sombrío, con mortalidad elevada¹.

La enfermedad no cursa de manera lineal, es decir, que hay períodos en los que el paciente permanece estable y otros en los que aparecen descompensaciones.

Tiene una tasa de mortalidad del 35% a 5 años.

Por su parte, la insuficiencia respiratoria aguda se produce por la presencia de trastornos agudos o crónicos en el intercambio de gases entre los pulmones y la sangre, lo que provoca hipoxia con o sin hipercapnia. Los pacientes pueden presentar disnea, ansiedad, confusión, taquipnea, disfunción cardíaca y paro cardíaco. Se puede producir una depresión del sistema nervioso central (SNC) debido a la falta de oxigenación de la sangre y de los órganos vitales, o a la acumulación excesiva de dióxido de carbono.

La mortalidad global del síndrome de dificultad respiratoria aguda era muy elevada (40 a 60%), pero en los últimos años ha disminuido a 25 a 40%, probablemente debido a los avances en la ventilación mecánica y al tratamiento de la sepsis. Sin embargo, la mortalidad sigue siendo muy alta (> 40%) para los pacientes con SDRA grave 3.

Estos hechos nos conducen a valorar la pérdida de oportunidad, no la seguridad, de haber cambiado la evolución del paciente si se hubiese realizado interconsulta hospitalaria el 23 de mayo de 2020.

Como ha señalado el Consejo Consultivo de Canarias "la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado también sobre la cuantificación de las indemnizaciones provenientes de pérdida de oportunidad, señalando que procede valorarla no por la totalidad del daño sufrido pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación (STS de 19 de noviembre de 2012, rec. de casación nº 579/2011, citada a su vez por la STS de 27 de noviembre de 2012, rec. Casación 4981/2011)".

Por su parte, el mencionado Consejo Consultivo ha estimado, según la naturaleza del caso, entre el 10 y el 60% de la cantidad que resultaría de aplicar el baremo.

Para el cálculo de la cuantía indemnizatoria en el presente caso proponemos aplicar un 60% a la cantidad que resulte de calcular la indemnización por fallecimiento solicitada.

Recurrimos a 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 circulatorio.

Para definir la cuantía aplicamos las correspondientes al año 2020 (fecha del hecho causante) sin perjuicio de su actualización con respecto al Índice de Garantía de Competitividad conforme al artículo 34.3 LPJSP.

Fecha del hecho causante: 23 de mayo de 2020.

(...), FN 24 de enero de 1948>>> 72 años.

Indemnización por causa de muerte:

PERJUICIO PERSONAL BÁSICO

**CONYUGE: (...): FN 7 de junio de 1949 >>>71 años Matrimonio: 2 de mayo de 1971. Convivencia 49 años.*

Hasta 15 años de convivencia si la víctima tenía desde 67 hasta 80 años: 73.090,51 €

Por cada año adicional de convivencia o fracción: 1.044,15 €:

34 años x 1.044,15 €/año = 35.501,10 €

Total: 108.591,61 €

*HIJOS, todos con más de 30 años:

(...), FN: 2 de noviembre de 1971>>> 20.883,00 €

(...), FN 5 de noviembre de 1973>>> 20.883,00 €

(...), FN 25 de diciembre de 1975>20.883,00 €

(...), FN 22 de abril de 1987>>>>>>20.883,00 € PERJUICIO PERSONAL PARTICULAR

Convivencia del perjudicado con la víctima:

Da. (...) (más de 30 años de edad)>>>> 31.324,51 € PERJUICIO PATRIMONIAL

DAÑO EMERGENTE

Sin necesidad de justificación:

Dª (...)>>>> 417,66 €.

(...)>>>>417,66 €.

(...)>>>>417,66 €.

(...)>>417,66 €.

(...)>>>>417,66 €.

LUCRO CESANTE DEL CÓNYUGE (Matrimonio: 2 de mayo de 1971)

71 años de edad de la esposa en la fecha del hecho causante (23 mayo de 2020).

Convivencia 49 años.

Edad del lesionado: 72 años.

Ingresos del fallecido: 14.100 euros netos.

>>>22.865,23 € (para el año 2020).

Conforme a la cuantía propuesta realizamos el cálculo del 60% de las cantidades anteriores: PERJUICIO PERSONAL BÁSICO

*CONYUGE: 65.154,96 €

*HIJOS, a cada uno: 12.529,80 €

PERJUICIO PERSONAL PARTICULAR

Da. (...) (más de 30 años de edad)>>>> 18.794,70 € PERJUICIO PATRIMONIAL

DANO EMERGENTE

A cada perjudicado, esposa e hijos: 250,59 € LUCRO CESANTE DEL CONYUGE: 13.719,13 €

Por tanto:

D^a (...): 79.124,68 €

(...): 12.780,39 €

(...): 12.780,39 €

(...): 12.780,39 €

(...): 31.575,09 €

Total: 149.040,94 €»

1.6. Mediante Resolución de 5 de octubre de 2022, se notificó a los interesados la suspensión del procedimiento general y la propuesta de terminación convencional del procedimiento, mediante la suscripción de un acuerdo indemnizatorio por un importe total de 149.040,94 Euros.

1.7. Con fecha 13 de octubre de 2022, los interesados manifiestan su conformidad con la cuantía propuesta por la Administración.

1.8. Elaborada propuesta de acuerdo indemnizatorio se solicita informe al Servicio Jurídico, emitiéndose con fecha 31 de octubre, considerando ajustada a derecho la propuesta de acuerdo remitida.

1.9. La Propuesta de Acuerdo de 2 de noviembre de 2022 reconoce la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y propone un acuerdo por el que se indemniza a (...), (...), (...), (...) y (...) en la cantidad total de 149.040,94 euros.

2. Se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses transcurrido el cual la reclamación se entiende desestimada presuntamente, sin perjuicio de la obligación de la Administración de resolver expresamente (arts. 21 y 91.3 LPACAP).

IV

1. La Propuesta de Acuerdo reconoce la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, por pérdida de oportunidad, por no haber realizado la médico de urgencias del Centro de Salud de El Calero una inter consulta hospitalaria el 23 de mayo de 2020, dados los antecedentes y síntomas que presentaba el

paciente, indemnizando a (...), (...), (...), (...) y (...) en la cantidad total de 149.040,94 euros.

Los reclamantes afirman que si el 23 de mayo de 2020 el paciente hubiese sido trasladado al hospital hubiese tenido una evolución favorable.

Como señala el informe del SIP: «el paciente presentaba de base ICC y se habían presentado episodios de IRA en el contexto de neumonía y de descompensación de su ICC. La insuficiencia cardiaca congestiva (ICC) es un síndrome clínico crónico y progresivo caracterizado por la presencia de hipertensión venosa pulmonar (disnea), sistémica (edemas) y/o gasto cardiaco bajo (fatiga) por disfunción mecánica del corazón.

Este síndrome es de extraordinaria gravedad y pronóstico sombrío, con mortalidad elevada¹.

La enfermedad no cursa de manera lineal, es decir, que hay periodos en los que el paciente permanece estable y otros en los que aparecen descompensaciones.

Tiene una tasa de mortalidad del 35% a 5 años.

Por su parte, la insuficiencia respiratoria aguda se produce por la presencia de trastornos agudos o crónicos en el intercambio de gases entre los pulmones y la sangre, lo que provoca hipoxia con o sin hipercapnia. Los pacientes pueden presentar disnea, ansiedad, confusión, taquipnea, disfunción cardiaca y paro cardiaco. Se puede producir una depresión del sistema nervioso central (SNC) debido a la falta de oxigenación de la sangre y de los órganos vitales, o a la acumulación excesiva de dióxido de carbono.

La mortalidad global del síndrome de dificultad respiratoria aguda era muy elevada (40 a 60%), pero en los últimos años ha disminuido a 25 a 40%, probablemente debido a los avances en la ventilación mecánica y al tratamiento de la sepsis. Sin embargo, la mortalidad sigue siendo muy alta (> 40%) para los pacientes con SDRA grave ³.

Estos hechos nos conducen a valorar la pérdida de oportunidad, no la seguridad, de haber cambiado la evolución del paciente si se hubiese realizado interconsulta hospitalaria el 23 de mayo de 2020».

2. A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera

reiterada y constante (por todos, Dictámenes 534/2018, de 27 de noviembre y 69/2019, de 28 de febrero), procede tener en cuenta que a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la *lex artis*, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP).

3. A la vista de las pruebas obrantes en el expediente administrativo consideramos que se ha vulnerado la *lex artis*, pues de haberse actuado con mayor precaución probablemente se hubiera evitado el fatal resultado del fallecimiento del paciente. En el estado actual de la ciencia médica y con los medios normales y habituales disponibles en la sanidad pública, se podría haber practicado pruebas

complementarias para confirmar el diagnóstico, ante los antecedentes médicos del paciente y la grave insuficiencia respiratoria y cardíaca que padecía.

4. Un supuesto similar al presente fue resuelto por este Consejo Consultivo en el Dictamen n.º 114/2020, de 21 de mayo. En él invocamos un antecedente similar al analizado, resuelto por sentencia n.º 551/2012, de 10 de julio, rec. n.º 968/2008 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el que se concluye la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por deficiente asistencia sanitaria, a cuya reproducción en el citado dictamen nos remitimos para evitar reiteraciones.

5. Como hemos manifestado en diversas ocasiones (entre otros, Dictámenes 287/2017, de 6 de septiembre, 450/2017, de 5 de diciembre, 324/2018, de 17 de julio, 239/2019, de 20 de junio, y 287/2019, de 30 de julio), desde la Sentencia de 10 de octubre de 1998 el Tribunal Supremo ha iniciado una línea jurisprudencial, hoy ya plenamente 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 evidenciara 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. Concretamente, se ha pronunciado en los siguientes términos:

«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).

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).

Asimismo, sobre la pérdida de oportunidad, la STS de 21 de diciembre de 2015 (RJ 2016\55) o 16 de febrero de 2011 (RJ 2011,1490), argumenta que *«basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que la paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, 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 posee a disposición de las administraciones sanitarias»*.

6. En este caso, el paciente tenía antecedentes de ingresos hospitalarios por episodios similares y el 23 de mayo de 2020, cuando se presenta en el Servicio de Urgencias del Centro de Salud El Calero, sufría importante insuficiencia respiratoria, con una neumonía no diagnosticada, sin que se le practicaran pruebas complementarias, ni fuera remitido al Hospital. No podemos tener certeza de que el paciente se hubiera recuperado de sus graves afecciones, con una neumonía detectada 48 horas más tarde en el hospital, de haberse realizado todo correctamente cuando acudió a urgencias del Centro de Salud el 23 de mayo de 2020. Posiblemente, de haberse extremado la precaución y derivado al hospital en ese momento, el paciente hubiera tenido mayores probabilidades de una evolución más favorable, sin la fatal consecuencia que sufrió, o por lo menos, la consecuencia no hubiera sido de tanta gravedad como la que finalmente aconteció.

7. En definitiva, la Propuesta de Acuerdo es conforme a Derecho debido a una pérdida de oportunidad terapéutica en la atención recibida en el servicio de urgencias del Centro de Salud El Calero el 23 de mayo de 2020, que desembocó en el fallecimiento del paciente.

8. En cuanto a la valoración de los daños producidos en los casos de pérdida de oportunidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo también se ha pronunciado señalando que procede cuantificar *«no por la totalidad del daño sufrido pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación»* (STS de 19 de noviembre de 2012, rec. de casación n.º

579/2011, citada a su vez por la STS de 27 de noviembre de 2012, rec. casación n.º 4981/2011).

Por ello, procederá atenerse *«prudencialmente y de manera analógica, a los criterios marcados por el baremo indemnizatorio previsto para los accidentes de circulación, que adapta equitativamente a las circunstancias del caso con la rebaja sustancial propia de la aplicación de la doctrina de la llamada pérdida de oportunidad»* (STSJ de Galicia, de 16 enero 2013, rec. apelación n.º 7126/2012).

Este Consejo (por todos, Dictámenes 287/2017, de 6 de septiembre y 450/2017, de 5 de diciembre), en casos de valoración económica de daños provenientes de pérdida de oportunidad ha entendido, de acuerdo con dicha jurisprudencia, que si bien no puede alcanzar una cuantía indemnizatoria idéntica a la que resultaría de imputar en su totalidad al Servicio Canario de la Salud el daño, la Administración sanitaria debe ponderar el grado de participación de la pérdida de oportunidad en el resultado final de la actuación sanitaria prestada, que este Consejo ha estimado, según la naturaleza del caso, entre el 10 y el 60% de la cantidad que resultaría de aplicar el referido Baremo por la totalidad de los daños.

Para el cálculo de la cuantía indemnizatoria, en este caso se ha aplicado un 60% de la cantidad que resulta del Baremo 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 circulatorio, tal y como consta en el informe del SIP antes reproducido, importe que se considera correcto.

A la cantidad total procedente en concepto de indemnización, se le ha de añadir, por mandato del art. 34.3 LRJSP, la actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial con arreglo al Índice de Garantía de Competitividad fijado por el Instituto Nacional de Estadística y 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 Acuerdo de terminación convencional, por la que se reconoce el derecho de (...), (...), (...), (...) y (...), a percibir una indemnización en metálico

por un importe total de ciento cuarenta y nueve mil cuarenta euros con noventa y cuatro céntimos de euro (149.040,94 €), resulta conforme a Derecho.