Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 5 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 26 de enero de 2023.

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 la asistencia sanitaria prestada a su hijo fallecido,(...), como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 503/2022 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaria 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. Ha de advertirse que, si bien la reclamante no cuantifica la indemnización solicitada (ni en la reclamación inicial que presenta, ni a lo largo de la tramitación del procedimiento administrativo), la Administración ha solicitado el presente dictamen, por lo que se ha de presumir que el importe de la indemnización que pudiera corresponderle, en su caso, superaría los seis mil euros, tal y como hemos interpretado en anteriores ocasiones (*v.gr.*, Dictámenes 361/2015, de 3 de octubre, 43/2019, de 13 de febrero, 155/2019, de 29 de abril o 493/2021, de 14 de octubre).

Esta cuantía determina 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 adelante, LCCC-, en relación con el art. 81.2 de

[*] **Ponente: Sra. Marrero Sánchez.**

la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -en lo sucesivo, LPACAP-.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación tanto la LPACAP como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen 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. 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, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria por el Servicio Canario de la Salud.

5. Se cumple el requisito de legitimación activa y pasiva.

5.1. En cuanto a la legitimación activa, resulta necesario traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su Dictamen 432/2022, de 10 de noviembre (con cita, entre otros, de los Dictámenes anteriores 504/2021, de 21 de octubre, 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 sucederse 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 los 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 propio", 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 (...) para reclamar por derecho propio la indemnización de los daños morales derivados del óbito de su hijo –(...)- [art. 4.1. letra a) LPACAP]. Legitimación activa que no es puesta en entredicho por la propia Administración Pública sanitaria.

Tal y como se cita en el Dictamen 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, y en cuanto a la reclamación -por parte de la madre del fallecido- de los restantes daños sufridos por el propio paciente con anterioridad a su óbito [*«daño psicológico y sufrimiento emocional»* -folio 430-], baste con reproducir los argumentos jurídicos contenidos en la sentencia n.º 271/2018, de 20 de abril de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid [Rec., n.º 795/2015]:

«En cuanto a la legitimación para reclamar por los daños personales sufridos por el enfermo, esta Sala y Sección ha venido reconociendo legitimación activa a los herederos, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios irrogados al causante, en los supuestos en que éste hubiera ejercitado la reclamación con antelación a su fallecimiento, momento en el que transmite ese derecho a sus herederos, por entender que el derecho ejercitado tiene naturaleza patrimonial y es plenamente transmisible (Sentencias 591/13, de 17 de julio , y 817/13, de 15 de noviembre). Junto a los anteriores, concurren asimismo otros pronunciamientos en los que se entiende que el título de heredero no es bastante para sustentar legitimación activa para reclamar por unos daños personalísimos que sólo sufrió el causante en vida y no reclamó antes de fallecer (Sentencia de la Sección 9ª, de 28 de febrero de 2013, recurso 977/2009)».

Argumentos que se reiteran sustancialmente en la Sentencia de 15 de enero de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Rec., n.º 519/2019) -Fundamento de Derecho tercero-

« (…) Legitimación activa

3.1 La demanda se sustenta en que el deficiente tratamiento de las úlceras por presión por parte del Hospital, propició la ulterior amputación supracondilea del miembro inferior, lo que determinó pérdida de calidad de vida de (…) hasta su fallecimiento, lo que le lleva a reclamar "por los daños y perjuicios causados a (…)" la cantidad a tanto alzado, dado que no se desglosa ni detalla, de 144.105,20 €.

Es patente que los reclamantes están ejerciendo una acción para reclamar, no por los daños morales propios, sino por los daños físicos, molestias y morales ajenos, los de (…) (concretamente se reclama por su pérdida temporal de calidad de vida, impacto psicológico y daño moral). Ahora bien, para poder ejercer tal acción a título de heredero es preciso que la masa hereditaria se integre, bien del derecho conquistado a indemnización, bien del derecho litigioso (mediante subrogación), o bien del derecho a obtener una respuesta indemnizatoria, que requiere haber ejercido el interesado tal reclamación en vida. No existe un derecho genérico a reclamar que pueda actualizarse o ejercerse ex novo por los herederos, salvo en los casos en que se acredite la imposibilidad del titular de ejercer o formular tal reclamación por no disponer de plazo para ello al fallecer o quedar incapacitado en su voluntad tras la consolidación de los daños o perjuicios.

3.2 En el presente caso, los posibles daños derivados del tratamiento errado de las úlceras, están desconectados del fallecimiento ulterior del paciente, quien podía en vida haber ejercitado la reclamación de indemnización frente a los mismos, por lo que no habiéndolo hecho, no puede presumirse una voluntad activa y beligerante hacia tal reclamación y con perjuicio para terceros, como tampoco esa posibilidad admite su transmisión hereditaria, ya que los herederos adquieren derechos y asumen las relaciones

jurídicas del causante, sea como titular de derechos o sea por haber iniciado una relación jurídico administrativa con su reclamación (que no es el caso). Cosa distinta hubiere sido si el paciente hubiese formulado reclamación al respecto antes del fallecimiento lo que nos situaría en el escenario trazado por la STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2.017 (ap. 312/2016), que precisa que: " (...) cuando se reclama la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la regla general es que el titular de la indemnización es el/la perjudicado/a, es decir, el particular lesionado o que sufre el daño, por ser el único que tiene derecho a percibirla, y sólo en caso de fallecimiento, o incapacidad legalmente declarada, de quien sufre directamente el daño, pueden reclamar los herederos del perjudicado. Para excepcionar esa regla general habría que acreditar la causación de un daño autónomo o independiente a los familiares próximos que asimismo reclaman, que no puede limitarse al lógico padecimiento que por lo común se produce, pues si bastara con invocar ese dolor que tiene lugar por hallarse próximo al/la perjudicado/a, la excepción se tornaría en regla general (...) ".

Asimismo, la STSJ Madrid de 20 de abril de 2018 (rec.795/2015), cuando afirma que: "En cuanto a la legitimación para reclamar por los daños personales sufridos por el enfermo, esta Sala y Sección ha venido reconociendo legitimación activa a los herederos, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios irrogados al causante, en los supuestos en que éste hubiera ejercitado la reclamación con antelación a su fallecimiento, momento en el que transmite ese derecho a sus herederos, por entender que el derecho ejercitado tiene naturaleza patrimonial y es plenamente transmisible (Sentencias 591/13, de 17 de julio y 817/13, de 15 de noviembre). Junto a los anteriores, concurren asimismo otros pronunciamientos en los que se entiende que el título de heredero no es bastante para sustentar legitimación activa para reclamar por unos daños personalísimos que sólo sufrió el causante en vida y no reclamó antes de fallecer (Sentencia de la Sección 9ª, de 28 de febrero de 2013, recurso 977/2009).”

En suma, lo que es “el derecho a reclamar” en formulación genérica y amparado por la legislación general administrativa podía ejercerse y actualizarse por la persona legitimada mientras vivía, pero se extingue con el fallecimiento (art. 659 del Código Civil). Cosa diferente es el derecho a una resolución sobre su reclamación administrativa, que si admite su transmisibilidad y ejercicio por los herederos.

3.3 En definitiva, es elocuente la STS de 16 de julio de 2004 (rec.7002/2000): "No se solicita por quienes ejercen esta acción que se repare el perjuicio que derivó para ellos del fallecimiento del ser querido, sino que lo que se pretende que se repare es el pretium doloris que aquél experimentó durante el tiempo que transcurrió entre que se le diagnosticó la enfermedad y su muerte.

No es posible aceptar esa pretensión y ello porque fallecida una persona se extingue su personalidad jurídica, y, por tanto, no puede nacer en su favor una pretensión al

resarcimiento del daño, es decir, de ningún daño material por su muerte o moral por los padecimientos experimentados como consecuencia de sufrir la enfermedad que le fue transmitida. Esta acción personalísima la hubiera podido ejercer en vida quien padeció ese daño moral, e, incluso, si hubiera fallecido una vez iniciada la acción y se hubiera acreditado el daño y se hubiera dispuesto una indemnización, los beneficiarios de ella in iure propio, que no como herencia puesto que la indemnización no habría alcanzado a integrarse en el caudal hereditario, y, aun si así fuese, quienes tuvieran derecho a ella lo tendrían por el título de convivencia y afectividad más que por el de herederos propiamente dicho."

En esta línea, la STS Civil de 2 de febrero de 2006 (rec. 2181/1999), " (...) 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 propio", 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". (...) ».

5.2. 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.

6. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la acción (art. 67.1 LPACAP), toda vez que la reclamación se presenta el día 28 de mayo de 2020 respecto de un evento dañoso acaecido el día 2 de junio de 2019. Extremo este que no es puesto en cuestión por la Administración sanitaria en su Propuesta de Resolución.

7. Se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aun expirado éste y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

II

1. La reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial a fin de que le sea reconocido el derecho a ser indemnizada por los

daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo -tanto en la Atención Primaria como en el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil de Gran Canaria-.

En este sentido, y como se indica en el Antecedente de Hecho primero de la Propuesta de Resolución, la reclamante fundamenta, en síntesis, su pretensión resarcitoria en los siguientes presupuestos fácticos -véanse los folios 453 y 454 del expediente-:

«Que su hijo (...) falleció el 2 de junio de 2019 como consecuencia de un cáncer de pulmón en estado avanzado, tras recibir tratamiento quimioterápico y cuidados paliativos en el Hospital Insular.

Que había acudido desde principios de febrero de 2019, en reiteradas ocasiones (al menos 7) al Centro de Salud de El Doctoral aquejando diversa sintomatología disnea a mínimos esfuerzos, tos, flema, astenia pérdida de apetito (...) "siendo diagnosticado de afección de vías aéreas, broncoespasmo, crisis asmática, derrame pleural (...)

Ante dichas manifestaciones los facultativos que le atendieron le pautaron diversos tratamientos farmacológicos sin resultado satisfactorio y con evolución tórpida de la clínica".

Refiere así mismo que el 3 de marzo de 2019 acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Insular por disnea y dolor torácico, siendo trasladado al Servicio de Cardiología donde permaneció ingresado hasta el 13 de marzo de 2019 con informe de (...) alta con el siguiente contenido:

Diagnóstico principal:

Derrame pericárdico severo con taponamiento de origen paraneumónico.

Bronconeumonía comunitaria en lóbulo superior izquierdo resuelta.

Pericardiocentesis evacuadora

Tratamiento:

Reposo relativo durante 3 meses

Observaciones:

Control por su médico de cabecera

Control por su cardiólogo de zona tras petición de cita

Control en consulta externa de MIR, previa petición de cita

Con fecha 21.03.2019 (...) ingresa en el Servicio de Medicina Interna del Hospital Insular emitiéndose informe de alta en fecha 23/03/2019 con el diagnóstico Adenocarcinoma EIV.

En base a lo expuesto considera la dicente que nos encontramos ante un deficiente abordaje de la patología en origen, con un diagnóstico tardío pese a las manifestaciones clínicas evidentes de su hijo, lo que imposibilitó agotar todas las posibilidades terapéuticas recurriéndose a tratamientos y técnicas con finalidad puramente paliativa con la consiguiente pérdida de oportunidad lo que dio lugar a un rápido y doloroso desenlace de la enfermedad por lo que se ha producido un evidente quebrantamiento de la Lex artis ad hoc».

2. A la vista de lo anteriormente expuesto, y entendiendo que concurren los requisitos sobre los que se asienta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, la reclamante insta el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos con ocasión de la asistencia sanitaria dispensada por el Servicio Canario de Salud, sin determinar la cuantía reclamada en tal concepto.

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Mediante escrito con registro de entrada de 28 de mayo de 2020 (...) insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, supuestamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo tanto en la Atención Primaria como en el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil de Gran Canaria.

2. Con fechas 2 de julio y 10 de agosto de 2020 se requiere a la interesada a fin de que subsane y mejore la reclamación interpuesta. Requerimiento que es debidamente cumplimentado por aquella el día 27 de agosto de 2020.

3. Con fecha 3 de noviembre de 2020 se admite a trámite la reclamación formulada por la Sra. (...), acordándose la incoación del expediente conforme al procedimiento legalmente establecido y decretando, por el órgano instructor, realizar cuantas actuaciones fueran necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debiera pronunciarse la resolución que pusiera fin al expediente; entre ellos, la petición de informe al Servicio cuyo funcionamiento haya podido ocasionar la presunta lesión indemnizable, esto es, al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud -en adelante, SIP-.

La Resolución administrativa de admisión a trámite de la reclamación formulada consta notificada en debida forma a la interesada.

4. Con fecha 3 de noviembre de 2020 se cursa la correspondiente petición de informe al SIP -reiterada el día 27 de abril de 2021-, que es evacuado el día 24 de agosto de 2022.

Asimismo, consta la emisión de informes por parte de los Servicios de Cardiología y Oncología Médica del Hospital Insular Materno-Infantil, de 25 y 30 de noviembre de 2020, respectivamente, así como informe de la doctora de Atención Primaria de 12 de noviembre de 2020.

5. Con fecha 1 de septiembre de 2022 se dicta acuerdo probatorio por el que se admiten a trámite las pruebas propuestas por la interesada y se incorporan -como prueba documental-, la historia clínica y los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción.

Asimismo, y con idéntica fecha, se acuerda la apertura del preceptivo trámite de audiencia a la interesada.

Las citadas resoluciones constan notificadas en legal forma a la reclamante.

6. Con fecha 27 de septiembre de 2022 la interesada formula escrito de alegaciones, en el que, tras alegar cuanto tuvo por conveniente en defensa de sus intereses, concluye solicitando que sea estimada su reclamación.

7. Consta en el expediente administrativo la emisión de informe por parte de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias con fecha 9 de diciembre de 2022 [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].

8. Con fecha 13 de diciembre de 2022 se emite la correspondiente Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada por (...) al *« (...) no concurrir los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración»*.

9. Mediante oficio de 14 de diciembre de 2022 (con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 19 de ese mismo mes y año), se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias *ex* art. 81.2 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada por la interesada, al entender el órgano instructor que no concurren los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública; puesto que no se ha demostrado mala praxis en la atención sanitaria dispensada al hijo de la reclamante.

En este sentido, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones.

1.1. La reiterada doctrina de este Consejo Consultivo en cuanto a los principios generales de distribución de la carga de la prueba se ve perfectamente reflejada, entre otros, en el Dictamen 272/2019, de 11 de julio:

«Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación del artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio (...), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del Código Civil (...), que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho («semper necesitas probandi incumbit illi qui agit») así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega («ei incumbit probatio qui dicit non qui negat») y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios («notoria non egent probatione») y los hechos negativos («negativa no sunt probanda»). En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras)».

2. A la vista de la jurisprudencia expuesta, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, la antijuridicidad, el alcance y la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista daño efectivo y

que éste sea consecuencia del dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Sobre la Administración recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y, del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)».

Finalmente, y como ha señalado de forma reiterada este Consejo Consultivo *« (...) es necesario acreditar la realidad del hecho lesivo y la relación causal entre el actuar administrativo y los daños que se reclamen, como se hace en los recientes Dictámenes 40/2017, de 8 de febrero y 80/2017, de 15 de marzo, en los que se afirma que: «Además, como este Consejo ha manifestado recurrentemente (ver, por todos, los Dictámenes 238/2016, de 25 de julio y 343/2016, de 19 de octubre), sin la prueba de los hechos es imposible que la pretensión resarcitoria pueda prosperar. El art. 6.1 RPAPRP, en coherencia con la regla general del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), impone al reclamante la carga de probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión resarcitoria. Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts. 3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art. 139.1 LRJAP-PAC, arts. 6.1, 12.2 y art. 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art. 6.1 RPAPRP). Esta prueba puede ser directa o por presunciones, pero para recurrir a estas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir. No basta para ello la mera afirmación del reclamante, porque ésta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC)».*

1.2. Una vez examinado el contenido del expediente administrativo tramitado, y previa valoración conjunta de todo el material probatorio que obra en las presentes actuaciones, se considera que no resulta acreditado que la prestación sanitaria haya sido inadecuada o contraria a las exigencias derivadas de la *«lex artis ad hoc»*. De esta manera, no procede declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la

Administración sanitaria y, en consecuencia, se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución remitida a este Consejo Consultivo.

En este sentido, resulta oportuno reproducir las consideraciones efectuadas por el órgano instructor en la Propuesta de Resolución, al señalar -con remisión a los diversos informes evacuados durante la instrucción del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial (art. 88.6 LPACAP)- cuanto se expone a continuación -folios 460 a 463-:

«QUINTO.- En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, las singularidades del servicio público de que se trata han llevado a introducir el concepto de lex artis ad hoc como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, por lo que resulta fundamental para establecer la responsabilidad, no solo la existencia de lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de este criterio básico, de modo coherente con la obligación del profesional sanitario, que es prestar la debida asistencia y no garantizar, en todo caso, una resultado satisfactorio, siendo la violación de la lex artis imprescindible para decretar la responsabilidad de la Administración, no siendo suficiente la relación causa efecto entre la actividad médica y el resultado dañoso.

En consecuencia, este criterio de lex artis viene a ser el modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, y si cabe establecer un nexo causal que opere la imputación de responsabilidad a los servicios sanitarios; todo ello con independencia del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

Asimismo, debe recordarse que la prestación sanitaria es una prestación de medios y no de resultados, que el paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada según la "lex artis ad hoc" y no a obtener un resultado curativo determinado toda vez que la medicina no es una ciencia exacta y que los servicios públicos de salud están obligados a poner a disposición de usuario los medios disponibles que hagan posible la protección de la salud, lo que no supone la existencia de un diagnóstico cierto y rápido, una curación sin secuelas o una atención sanitaria en un determinado tiempo y sin esperas.

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de septiembre de 2009 (recurso de casación n.º 89/2008) que el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ha de tenerse en cuenta que no existe otra exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios

adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento. (...) .

SEXTO.- En relación a la asistencia sanitaria prestada (...), teniendo en cuenta el objeto de la reclamación y las alegaciones manifestadas por la reclamante, a la vista del historial clínico y de los informes obrantes en el expediente administrativo, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

Dicha asistencia sanitaria se ajustó a la lex artis de acuerdo con la sintomatología que iba presentando el paciente en cada momento y por otra parte no puede considerarse la pérdida de oportunidad alegada toda vez que, cuando el cáncer manifestó sus primeros síntomas ya no era posible "retrasar la enfermedad" estaba metastatizado teniendo una gran carga tumoral lo que condujo a un rápido fallecimiento del paciente. Así mismo queda constancia de que se le facilitaron al paciente los tratamientos adecuados a la sintomatología que iba presentando a fin de "mejorar su calidad de vida".

Así lo concluye el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones:

"La sintomatología presentada desde el 9 de febrero se correspondía con proceso infeccioso pulmonar para el que fue prescrito tratamiento antibiótico y otros adecuado.

La sospecha diagnóstica de neoplasia se establece en TAC de fecha 18 de marzo de 2019, estadio IV B (T4 N3 M1 b).

Aunque en febrero de 2019 se hubiera sospechado una enfermedad tumoral, se habría tenido que iniciar el estudio de la enfermedad, ello habría implicado una serie de pruebas diagnósticas que, aunque hubieran sido realizadas con prioridad, hubieran precisado de un tiempo que es inherente a estos procedimientos, y que habitualmente hasta que se inicia el tratamiento suele ser de aproximadamente un par de meses.

A ello, en este caso hay que añadir que, un mes después de iniciar sintomatología y acudir a los servicios sanitarios, ya era un cáncer avanzado y metastatizado (T4 N3 M1b), siendo el enfoque del tratamiento en este caso siempre paliativo. No existía otra posibilidad terapéutica.

La diferencia de un mes en un tumor avanzado, estadio IV de inicio en el momento de su diagnóstico candidato a quimioterapia paliativa, carece de relevancia alguna en términos de evolución y pronóstico.

Por otra parte, la rápida evolución entre la aparición de los síntomas y el fallecimiento sugiere una enfermedad con gran carga tumoral, rápidamente progresiva, de las que a pesar de iniciar tratamiento presentan una evolución y pronóstico infausto en un intervalo muy corto de tiempo, por lo que no consideramos que el momento del diagnóstico repercutiera el pronóstico de la paciente, y por tanto no valoramos pérdida de oportunidad."

En el ámbito de la responsabilidad de la Administración sanitaria entra de lleno la pérdida de oportunidad. Se concreta, sobre todo, en posibles errores o retrasos de diagnóstico y posibles errores o retrasos en el tratamiento, habitualmente consecuencia de los anteriores.

La doctrina jurisprudencial de la pérdida de oportunidad, alegada en el presente procedimiento, está caracterizada por la incertidumbre acerca de si la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente (STS n.º 1411/2018, de 24 de septiembre de 2018 -Rec. 976/2016-). Dice la STS n.º 462/2018 de 20 de marzo de 2018 (Rec. 2820/2016): "NOVENO.- Y no puede ser ello de otro modo, porque la razón de la acogida por parte de la jurisprudencia de esta doctrina se mueve en distinto plano que el de la "lex artis". Concretamente, se sitúa en el terreno de la incertidumbre, como, entre tantas otras, resaltan las resoluciones que precisamente cita la sentencia recurrida, nuestras Sentencias de 19 de octubre de 2011 RC 5893/2006 y 22 de mayo de 2012 RC 2755/2010): "la denominada "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 este mismo".

En el caso analizado se ha constatado que no ha lugar la invocación de la pérdida de oportunidad toda vez que ya en el inicio de los síntomas del paciente cuando acude a los servicios sanitarios el cáncer que padecía estaba en una fase muy avanzada no siendo candidato a ningún tratamiento distinto del paliativo que en cualquier caso se le dispensó en un tiempo razonable desde que fue confirmado el diagnóstico.

No puede obviarse tampoco, respecto de las alegaciones del reclamante en cuanto a la falta de adopción de medidas terapéuticas adecuadas siendo más que significativo el rechazo de la IC por neumología el 27/03, que ha resultado acreditado, del relato de la asistencia sanitaria prestada, que no se ajustan a la realidad: En cada momento fue prestada la asistencia que requería el paciente y fueron empleados (...) los medios disponibles, si bien es cierto que desde atención primaria se cursó interconsulta a Neumología con fecha 28 de febrero de 2019 también lo es que el paciente estuvo ingresado el 3 de marzo de 2019 y recibiendo tratamiento por el grave problema cardíaco que presentó y siguiendo las actuaciones sanitarias hasta el diagnóstico, ello no incidió en la evolución ni tratamiento del cáncer diagnosticado poco después del cual ya durante ese ingreso había sospecha al haber aparecido un elevado índice de antígeno carcinoembrionario a raíz de lo cual prosigue el seguimiento y realización de pruebas al paciente. Reiteramos, debido al avanzado estado de la enfermedad solo era candidato a tratamiento paliativo y (...) aún diagnosticado un mes antes, dicho tratamiento no hubiera incidido en la evolución y pronóstico de la misma. (...) .

En el presente supuesto, se ha acreditado con la documental obrante en el expediente que la asistencia sanitaria prestada fue acorde con la lex artis».

Argumentos que se comparten íntegramente y que determinan la imposibilidad de apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sanitaria.

En efecto, una vez analizadas las circunstancias concurrentes en el supuesto analizado, se considera que no procede apreciar la existencia de pérdida de oportunidad a la que hace referencia la madre del fallecido en su escrito de reclamación.

Como bien ha señalado la doctrina jurisprudencial (de la que se ha hecho eco este Consejo Consultivo de Canarias en su Dictamen 399/2022, de 19 de octubre) *« (...) en estos casos (de pérdida de oportunidad), es a la Administración a la que incumbe probar que, en su caso y con independencia del tratamiento seguido, se hubiese producido el daño finalmente ocasionado por ser de todo punto inevitable»* (Sentencia de 12 de marzo de 2007 del Tribunal Supremo). Y ello es, precisamente, lo que acontece en el presente supuesto, los diversos informes que obran en las actuaciones resultan coincidentes a la hora de calificar al resultado lesivo finalmente acontecido como una circunstancia inevitable -independientemente del tratamiento seguido-.

A este respecto, el informe del Servicio de Oncología médica señala que « (...) se trata de un paciente remitido a nuestro Servicio (Oncología Médica) en estadio avanzado de su cáncer de pulmón siendo estadio IV y por tanto se trataba de un tratamiento paliativo» -folio 42-.

Planteamiento concordante con lo manifestado por el SIP en su informe de 24 de agosto de 2022 -folio 39-:

« (...) un mes después de iniciar sintomatología y acudir a los servicios sanitarios, ya era un cáncer avanzado y metastatizado (T4 N3 M1b), siendo el enfoque del tratamiento en este caso siempre paliativo. No existía otra posibilidad terapéutica.

La diferencia de un mes en un tumor avanzado, estadio IV de inicio en el momento de su diagnóstico candidato a quimioterapia paliativa, carece de relevancia alguna en términos de evolución y pronóstico.

Por otra parte, la rápida evolución entre la aparición de los síntomas y el fallecimiento sugiere una enfermedad con gran carga tumoral, rápidamente progresiva, de las que a pesar de iniciar tratamiento presentan una evolución y pronóstico infausto en un intervalo muy

corto de tiempo, por lo que no consideramos que el momento del diagnóstico repercutiera el pronóstico de la paciente, y por tanto no valoramos pérdida de oportunidad».

2. En conclusión, habida cuenta de que, por una parte, la reclamante no aporta medio de prueba alguno, siquiera a título indiciario, con virtualidad suficiente para sostener la reclamación que promueve (arts. 77.1 LPACAP en relación con el art. 217 LEC); y de que, por otra parte, a tenor del contenido de los diversos informes que obran en el expediente lejos está de poder inferirse en este caso que la asistencia sanitaria prestada fuera contraria a la *lex artis ad hoc*, es por lo que se considera que no procede declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y, en consecuencia, se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución remitida a este Consejo Consultivo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...) se considera que es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV de este Dictamen.