Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 9 5 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 3 de julio de 2024.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera 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 (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 332/2024 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 28 de diciembre de 2023 a instancia de la representación de (...), por los presuntos daños como consecuencia de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su difunto padre por el Servicio Canario de la Salud.

2. Se reclama una indemnización superior a los 6.000 euros, cantidad que determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del titular de la Consejería para solicitarlo, según los arts. 11.1.D, e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

También son de aplicación las Leyes 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; la 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la 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

[*] **Ponente: Sr. Fajardo Spínola.**

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.

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

3.1. En cuanto a la legitimación activa, resulta necesario traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su dictamen n.º 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 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 del hijo de (...) para reclamar por derecho propio la indemnización de los daños derivados de su óbito [art. 4.1 letra a) LPACAP]. Legitimación activa que no es puesta en entredicho por la propia Administración Pública sanitaria. Además, actúan mediante representante debidamente acreditado (art. 5 LPACAP).

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».

3.2. 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.

4. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año establecido en el art. 67 LPACAP.

5. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aún expirado este, 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).

6. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de 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.

7. No se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del procedimiento que obsten la emisión de parecer de este Consejo sobre el fondo de la presente reclamación.

II

1. En la reclamación inicial se exponen, entre otros, los siguientes hechos:

El interesado alega que su padre falleció el día 25 de noviembre de 2023. Señala que fue asistido en su domicilio el 31 de octubre de 2023 por la médico de atención primaria y dado su estado, remitido al Hospital Insular donde ingresa en urgencias y se le diagnostica disnea de varios días de evolución, asociado a fiebre y estreñimiento, siendo dado de alta el 9 de noviembre de 2023 al presentar la siguiente evolución: «*paciente que ingresa por insuficiencia cardíaca descompensada (FEVI preservada) y foco infeccioso probablemente abdominal vs urinario aunque sin aislamiento microbiológico, pautándose amplia cobertura antibiótica por antecedentes de ITUs de repetición. Lenta pero favorable evolución clínica por lo que se decide dar el alta hospitalaria pautándose OCD dada la fragilidad del paciente y descompensaciones habituales, debiendo acudir al médico de cabecera para pauta fija del tratamiento*».

Refiere que tras el alta, a pesar de ser llamada la médico de atención primaria jamás acudió al domicilio (dado que el finado se encontraba en gran estado de fragilidad) acudiendo únicamente enfermeros.

El 18 de noviembre de 2023 el paciente hubo de ser trasladado urgentemente al hospital Insular causando alta el mismo día con la recomendación de seguimiento por médico de cabecera. Indican que a pesar de llamar a la médico esta no acudió al domicilio, ni se interesó por él, ni le remitió al neumólogo a pesar de haberlo solicitado.

Señalan que el 22 de noviembre recibieron llamada de la médico de cabecera quien restó importancia a la información de que el paciente empeoraba. Manifiestan que a las 16:09 h llamaron a emergencias ingresando a (...) en el Hospital Insular a las 18:09 h, falleciendo el 25 de noviembre de 2023.

2. Admitida la reclamación, por el Servicio de Inspección y Prestaciones se remiten historias clínicas del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil y de Atención Primaria del paciente, así como informe de la Dra. (...), médico de Familia.

3. El 12 de marzo de 2023 se dicta Acuerdo Probatorio, admitiendo las pruebas documentales propuestas por el interesado, consistentes en documentación clínica aportada con el escrito inicial.

4. Ultimada la instrucción del procedimiento se acordó, el preceptivo trámite de audiencia al interesado quien no formula alegaciones dentro del plazo conferido.

5. En este procedimiento no se recaba el informe de los Servicios Jurídicos, por tratarse de una cuestión resuelta previamente, y que ya ha sido informada por el Servicio Jurídico.

6. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación formulada por la interesada por no concurrir los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

III

1. Como hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todos, el reciente Dictamen 255/2021, de 18 de mayo), según el actual art. 32.1 LRJSP –similar al anterior art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de 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).

Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, su Sentencia de 28 de marzo de 2007 afirma que *«la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible,*

puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, más sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».

2. En el presente procedimiento la pretensión resarcitoria del reclamante se fundamenta en que el médico de cabecera no acudió al domicilio del paciente a pesar de las llamadas que su hijo dice haber realizado en diversas ocasiones demandando su asistencia domiciliaria tras las altas hospitalarias de su padre de 9 y 18 de noviembre de 2023.

Sin embargo, sin la constatación de que los daños por lo que se reclama fueron consecuencia de la infracción de la *lex artis* es imposible establecer que existe una relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada por los facultativos del SCS y los supuestos daños. Sin la determinación del nexo causal entre esos daños y la actividad administrativa no puede surgir responsabilidad de esta.

Así, la cuestión a dilucidar es si la muerte del padre del reclamante fue consecuencia de la supuesta inasistencia del médico de familia a su domicilio cuando fue demandado.

A la vista de la historia clínica (HC) del paciente y del informe preceptivo de la Médico de familia del paciente de 5 de febrero de 2024 (folio 1467) se desprende que ha existido un seguimiento domiciliario frecuente del paciente, sin que se aprecie que haya habido alguna incidencia en esa asistencia domiciliaria. El paciente padecía varias dolencias: deterioro cognitivo y limitada situación basal, cardiopatía (insuficiencia cardíaca descompensada), nefropatía (insuficiencia renal crónica siendo portador de sonda permanente) hepatopatía con colestasis importante (...), insuficiencia respiratoria (...).

Según consta en la HC, en la atención sanitaria domiciliaria del paciente recibió los cuidados prescritos dada su situación: cambios de sonda, curación de heridas, toma de constantes, control de sintrom, recomendaciones.

También está documentada la correcta actuación de los profesionales sanitarios de enfermería y médico de familia, que evidencia la buena práctica proporcionada tanto al hijo, como con al cuidado del paciente.

Los cuidados vienen prestándose en el domicilio desde al menos el año 2018, mientras que no constan las demandas de asistencia a la médico de atención primaria que se señalan en la reclamación, ni quejas al respecto.

La Propuesta de Resolución reseña múltiples contactos entre los profesionales sanitarios y el entorno familiar.

En relación con la referida demanda de asistencia se informa por la médico de familia que el reclamante nunca realizó ni vía telefónica, ni mediante Unidad Administrativa, ni acudió a consulta a referir alguna inquietud. Nunca existió negativa por su parte: «*siempre que nos consultó algún tema le proporcionamos respuesta y siempre nos mantuvimos informados de su caso mediante enfermería*».

Hay plena coincidencia entre el relato que hace la médico de familia y la HC.

Por el reclamante no se ha aportado prueba alguna que contradiga los datos de la HC ni del informe emitido; antes al contrario, sí hay constancia del continuo seguimiento del paciente, no pudiendo atribuirse al Servicio Canario de la Salud funcionamiento anormal ni por consiguiente responsabilidad en su fallecimiento.

Por último, también hay constancia en los informes de alta del Servicio de Medicina Interna de 9 de noviembre de la recomendación a la familia del paciente de que acuda al Servicio de Urgencias tanto «*si presenta inestabilidad o síntomas no controlados*» como «*en caso de empeoramiento*».

Como consecuencia de lo anterior, se ha de convenir con la Propuesta en que no se aprecia la existencia de infracción de la *lex artis ad hoc*, mientras que por parte de la Administración se justifica la adecuada asistencia domiciliaria en todo momento.

En consecuencia, de todo lo anterior resulta que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho en cuanto a inexistencia de relación de causalidad ente la muerte del paciente y la asistencia prestada, estando acreditado en el expediente que se realizó de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, siendo el fallecimiento del paciente consecuencia de sus patologías previas.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, por la que se desestima la reclamación sanitaria se considera conforme a Derecho, tal como se razona en el Fundamento III.