Consejo Consultivo de Canarias

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

**(Sección 1.ª)**

**San Cristóbal de La Laguna, a 18 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 (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 377/2024 IDS)*[*].

## F U N D A M E N T O S

### I

**1.** Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución, formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS), tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

**2.** En este caso, si bien los interesados no cuantifican el daño, se entiende que la cuantía indemnizatoria, que procedería en su caso excedería de 6.000 euros, por lo que la solicitud de dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Está legitimada para solicitarlo la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

**3.** 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.

No obstante, 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

[*] **Ponente: Sra. Luengo Orol.**

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.

**4.** En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la citada Ley 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.

**5.** Se cumple el requisito de legitimación activa, teniendo los herederos de la persona afectada por el hecho lesivo la condición de interesados al haber sufrido el daño por el que reclaman [art. 4.1, letra a) LPACAP], actuando mediante representante debidamente acreditada (art. 5 LPACAP).

Este Consejo Consultivo ha señalado en supuestos similares (por todos, Dictamen 408/2022, de 27 de octubre), en relación con la naturaleza jurídica de la reclamación de los herederos de la persona afectada por el hecho lesivo que le ha ocasionado su fallecimiento, siguiendo su reiterada doctrina emitida al respecto, lo siguiente:

*«En cuanto a la legitimación activa de los reclamantes, se plantea el problema jurídico de la naturaleza jurídica de la reclamación de los herederos del paciente fallecido. Caben distintas hipótesis: Una sería aquella que entiende que el daño genera un derecho de crédito para el fallecido que se incorpora a la masa activa de la herencia y se trasmite a sus herederos. Otra, que los herederos sólo pueden reclamar un daño moral a título propio, por los daños personales derivados de la asistencia sanitaria recibida. Sobre si la acción para reclamar el daño moral es transmisible a los herederos, es una cuestión que ha planteado amplio debate doctrinal y jurisprudencial.*

*A este respecto, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de octubre de 2013 (rec. 780/2006) expone la problemática procesal. Dice este fragmento de la sentencia:*

*"Ello nos lleva a la vieja problemática relativa al titular del resarcimiento del daño causado por la muerte, donde se prodigan posturas de signo contrario, la de la adquisición originaria del crédito resarcitorio por el vivo que muere y que transmite a título hereditario a sus herederos y la de la adquisición originaria del crédito resarcitorio por los perjuicios que sufren los familiares allegados del muerto por razón de su muerte a título de responsabilidad patrimonial. El criterio del resarcimiento de los familiares perjudicados a título propio se ajusta mejor al norte de la justicia resarcitoria porque, de un lado, permite compensar*

*perjuicios sufridos por quienes no son herederos y porque simultáneamente evita reconocer indemnización a herederos que no sufren perjuicios por la muerte de la víctima, como sucede con aquellos que no estén ligados afectivamente con la víctima o incluso, con el Estado, cuando, por falta de parientes, es el heredero de la víctima.*

*En este sentido, 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 si 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".*

*Nos inclinamos, de acuerdo con la sentencia invocada, por considerar que en este caso se reclama un daño moral, que sólo puede ejercitarse a título personalísimo por los herederos perjudicados y que, por tanto, no es un derecho de crédito que forme parte de la masa activa de la herencia».*

La citada doctrina, resulta aplicable al presente asunto, por lo que los reclamantes, hijos de la persona fallecida, poseen interés legítimo para interponer la reclamación.

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, mediante el SCS.

**6.** Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación (art. 67 LPACAP), pues se presentó la reclamación el día 2 de diciembre de 2022 y el fallecimiento de la causante de los interesados se produjo el día 2 de diciembre de 2021.

**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.** En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, del escrito de reclamación formulado por la reclamante se deducen que son los siguientes:

- Que el día 1 de noviembre de 2021 la madre de los interesados, que en ese momento tenía 86 años y era dependiente, con un grado de incapacidad del 100%, pues ni siquiera podía hablar, comenzó a presentar dificultades respiratorias y tos, empeorando en los días posteriores, razón por la que fue llevada al servicio de urgencias del Complejo Hospitalario Universitario Insular-Materno Infantil (CHUIMI), donde se le diagnosticó neumonía bilateral por SARS-Cov-2, escenario clínico 4 con IRA hipoxémica moderada, precisando de oxigenoterapia, tratamiento antivírico, antiinflamatorio y soporte nutricional.

- El día 16 de noviembre de 2021 fue dada de alta hospitalaria, pero durante el tiempo de estancia hospitalaria, según alegan los reclamantes, no se le prestaron los debidos cuidados sanitarios, pues permanecía desabrigada y con los grandes ventanales de su habitación abiertos y esto aumentó su deterioro físico, llegando a sufrir una infección urinaria, que requirió incluso del uso de sonda vesical durante varios días.

Ese día se le trasladó a su domicilio en una ambulancia que tenía las ventanas abiertas, lo que tampoco era adecuado para el estado en el que se hallaba la paciente.

Además, horas después de que se le diera el alta hospitalaria, ya en su domicilio, la paciente se sentía muy mal, con niveles de azúcar y saturación de oxígeno muy bajos.

- El día 17 de noviembre de 2021 la afectada fue trasladada nuevamente al CHUIMI, debido a su mal estado, posteriormente, su evolución fue tórpida, hasta que falleció el día 2 de diciembre de 2021.

**2.** Los interesados consideran que el fallecimiento de su madre se debió exclusivamente al abandono y falta de cuidados que sufrió su madre durante su estancia en el CHUIMI, que concretan, en que su madre estaba desabrigada, con los ventanales abiertos, con llagas que no se curaron correctamente, lo que supone, a su juicio, que nos hallamos ante un claro supuesto de pérdida de oportunidad, ya que si hubiera sido atendida adecuadamente se hubiera podido evitar su fallecimiento, reclamando por ello la correspondiente indemnización.

# III

Los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

**1.** El procedimiento comenzó mediante la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada el día 2 de diciembre de 2022.

El día 17 de enero de 2023, se dictó la Resolución n.º 1.606/2021 de la Secretaría General del SCS por la que se admitió a trámite la reclamación formulada por los interesados.

**2.** El presente procedimiento no cuenta con el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del SCS, por lo que hemos de reiterar que, conforme a nuestra doctrina (por todos, DCCC 41/2024, de 25 de enero), la evacuación de dicho informe, en puridad, no resulta exigible con carácter general en el curso de los procedimientos de responsabilidad extracontractual.

Pero tampoco puede dejar de señalarse que dicho informe ofrece una perspectiva integradora y omnicomprensiva de la asistencia prestada, más allá de la atención concreta llevada a cabo por parte de los distintos servicios implicados en cada caso, cuya incorporación al expediente -la de estos informes-, sí resulta obligada a tenor de lo dispuesto por el art. 82.1 LPACAP.

Además de franquear la visión inevitablemente parcial que pudiera resultar si son varios los servicios intervinientes en un mismo asunto, por otra parte, el informe del SIP permite también suplir las eventuales deficiencias de que pudiera adolecer en su caso alguno de dichos informes, proporcionando una fundamentación adecuada y consistente en apoyo de la propuesta que el órgano instructor venga a formular en los procedimientos de responsabilidad extracontractual cuya tramitación le incumbe.

Sin embargo, en el presente asunto, obran los informes de los servicios sanitarios del CHUIMI actuantes, que, como se verá, sí ofrecen información más que suficiente para que este Consejo Consultivo pueda entrar en el fondo del asunto.

**3.** Así, obran los informes de la Supervisora de enfermería de 20 de febrero de 2022 y 17 de febrero de 2023, el informe de la Supervisora del servicio de urgencias del CHUIMI, de 3 de marzo de 2023 y el informe del servicio de medicina interna del CHUIMI, de 15 de febrero de 2023, informe en el que se afirma que:

*«En primer lugar, la paciente Ingresó por neumonía grave por SARS COV 2 (escenario 4 en clasificación y protocolo de actuación del CHU Insular-Materno Infantil) el 17-11-2021, tratándose de paciente no vacunada, que junto con edad muy avanzada (86 años), situación basal de deterioro cognitivo severo y dependencia total, y la alta comorbilidad, confiere de forma inherente un peor pronóstico.*

*• En cuanto a la posibilidad de acompañamiento familiar durante su estancia en planta de hospitalización COVID, -remarcar el ambiente epidemiológico en dicha época (noviembre-diciembre 2021)-, se siguen estrictamente las directrices de Dirección Médica, que en aquel momento restringía los acompañamientos familiares de los pacientes con infección activa ingresados en el Hospital Materno-Infantil. Y destacamos que, una vez que se cumplen requisitos de finalización de aislamiento, se traslada al edificio del Hospital Insular según protocolo vigente y se permiten las visitas (dato que queda registrado por la familiar en su exposición de reclamación).*

*• En relación a la reclamación de idoneidad de instalaciones hospitalarias, forma de traslado en ambulancia (...) no es competencia del equipo médico. Tampoco lo son las reclamaciones referidas a cambios posturales, o al aseo - alimentación de la paciente.*

*◦ La decisión de sondaje vesical, la indica el equipo médico que atiende en ese momento al paciente y en base a su situación clínica de gravedad, para ofrecer mayor control de la situación médica (registrado asimismo por familiar, que indica que coincide con deterioro respiratorio). Las complicaciones infecciosas hospitalarias, van implícitas en el mismo hecho del ingreso.*

*◦ La decisión del alta se realiza en base a condiciones clínicas de seguridad de ese momento, asumiendo periodo de convalecencia propio de toda enfermedad grave. Lo acontecido durante el traslado no es competencia de la labor médica.*

*◦ En el siguiente Ingreso en Medicina Interna y desde el punto de vista médico la evolución es tortuosa. Se suceden varias complicaciones médicas, que se tratan activamente y en el momento preciso que se requiere, tanto por el personal de la mañana (día laboral) como durante la guardia: infección urinaria por bacteria resistente, alteraciones iónicas, anasarca, fluctuaciones del nivel de conciencia, crisis comiciales (paciente que las había presentado previamente sin tratamiento domiciliarlo según hijas) (...) a pesar de tratamiento dirigido, la evolución es desfavorable, ocasionando el fallecimiento de la paciente el 02-12-2021.*

*◦ En cuanto a la referencia a "(madre) desatendida por el personal sanitario" que realiza la hija por escrito, destacamos que queda registrado por escrito en programa informático la evolución clínica diaria, por los facultativos pertinentes, asimismo queda registrada la atención recibida por los facultativos de guardia cuando la gravedad lo precisaba, y queda registrado que se informa a la familia de forma diaria (horario laboral 8-15 horas de Lunes a Viernes).*

◦ *El tratamiento médico se pauta principalmente en base a diagnóstico, valoración del paciente y respuesta esperable, obviamente resultado de una decisión médica, que busca el mayor beneficio para el paciente.*

*En definitiva, y a modo de resumen, paciente de edad muy avanzada con elevada morbilidad, no vacunada para COVID, que ingresa con neumonía por COVID, con complicaciones derivadas de enfermedad grave que no responden al tratamiento médico y que finalmente causan su fallecimiento».*

**4.** Además de todo ello, se acordó la apertura del periodo probatorio, proponiendo los interesados la declaración testifical de una de las hijas de la paciente (...), pero el órgano instructor inadmitió su práctica, manifestándose al respecto en el Acuerdo probatorio que «*En relación a la testifical propuesta, inadmitir a trámite la misma por innecesaria toda vez que, a juicio de este órgano instructor, teniendo en cuenta el objeto de la reclamación y los hechos alegados, obra ya en el expediente administrativo la documentación necesaria para valorar la asistencia sanitaria prestada*».

Pues bien, ello se considera conforme a Derecho, pues en la reclamación presentada por los interesados consta que la testigo propuesta estuvo ingresada junto a su madre durante parte de la estancia hospitalaria de la misma, manifestándose en dicho escrito que la testigo alega presenciar que los ventanales de la habitación de su madre estaban abiertos, que estaba casi desnuda, mal abrigada y pasando frío, lo que implica que su testimonio ya se incluía en el texto de la reclamación, siendo por ello tal prueba innecesaria, lo que implica que con dicha inadmisión no se les ha causado indefensión a los interesados.

**5.** Además, se les otorgó el trámite de vista y audiencia a los interesados, quienes presentaron escrito de alegaciones

**6.** Tras todo ello, se emitió Propuesta de Resolución el día 3 de junio de 2024.

Además, acerca del informe de la Asesoría Jurídica Departamental, se afirma en la misma que *«La Asesoría Jurídica Departamental, únicamente informará sobre cuestiones que no se hayan resuelto previamente conforme a lo dispuesto en el artículo 20.j) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.*

*A juicio del órgano instructor en el caso que nos ocupa no resulta preceptivo el informe d ella Asesoría Jurídica Departamental, dado que las cuestiones de derecho planteadas ya han sido resueltas en anteriores informes por el Servicio Jurídico».*

# IV

**1.** La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada, puesto que el órgano instructor entiende que no concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del SCS, manifestándose que la atención sanitaria dispensada a la paciente fue en todo momento conforme a la *lex artis*, sin que los interesados hayan aportado elemento probatorio que sustente la supuesta *mala praxis* alegada por ellos.

**2.** En el reciente Dictamen de este Consejo Consultivo 314/2024, de 13 de junio, entre otros, se ha manifestado con carácter general acerca de la responsabilidad patrimonial, que:

*«La jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que "para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:*

*- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.*

*- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.*

*- Ausencia de fuerza mayor.*

*- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño".*

*En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 señala 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».*

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".*

*En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, declara:*

*"Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria".*

*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».*

Por otro lado, como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, requisito esencial 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, sin perjuicio 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), siendo esta doctrina plenamente aplicable al presente asunto.

**3.** En este caso, tal y como se manifestó con anterioridad, los interesados reclaman por considerar que la inadecuada atención sanitaria prestada a su madre fue la causa de su fallecimiento, lo que se hubiera podido evitar si se hubiera actuado conforme a la *lex artis*, considerando los mismos que nos hallamos ante un supuesto de pérdida de oportunidad.

**4.** En primer lugar, se debe señalar que los interesados no han aportado prueba alguna que permita considerar acreditadas sus alegaciones acerca de la deficiente asistencia sanitaria prestada a su madre, que atribuyen a los servicios sanitarios dependientes del SCS, como tampoco han logrado demostrar que el fallecimiento de la paciente se debiera a una mala praxis médica.

Además, el testimonio de la hija que acompañó a la paciente durante parte de su estancia hospitalaria ha sido desvirtuado a través de los informes de los servicios actuantes.

Por el contrario, el SCS ha demostrado mediante los diversos informes de los servicios actuantes que, en todo momento, se atendió a la paciente conforme a la *lex artis*, poniendo a su disposición todos los medios humanos y materiales con los que contaba el SCS, concretamente, en una situación de pandemia, cuyas circunstancias extremas son de notorio conocimiento.

**5.** Así, de forma concreta en el informe de la Supervisora de enfermería, emitido el día 20 de febrero de 2022 con ocasión de una primera reclamación presentada por los interesados relativa al trato dispensado a su madre, que no era una reclamación de responsabilidad patrimonial, se manifestó lo siguiente:

«*Su madre ingresó en nuestro servicio con diagnóstico de neumonía por SARS-Cov-2, con múltiples patologías de base como la insuficiencia cardíaca que nos comenta. Dada la situación de pandemia en la que nos encontramos, la ocupación del servicio era máxima y el personal debía atender a muchos pacientes que se encontraban en las mismas condiciones que su madre y que demandan muchas necesidades. Aún así, ella en todo momento estuvo cubierta en los cuidados de necesarios de aseo y vestimenta, cambios posturales, alimentación y control de glucemias. Es cierto que portaba un sondaje vesical que fue pautado por el médico responsable para control de la orina dada su insuficiencia renal. Con este dispositivo hay riesgo de infección que no se puede predecir a pesar de realizar un aseo como se hacía con cada cambio de pañal.*

*Con respecto a las ventanas abiertas que comenta, informarle de que, debido a la posibilidad de ingreso de pacientes de psiquiatría en nuestro servicio, las ventanas solo pueden abrirse un máximo de 10 centímetros por la seguridad de estos. Además, por orden del servicio de Preventiva, se deben abrir varias horas en la mañana para la ventilación de la habitaciones».*

**6.** Por tanto, especialmente del informe anterior y del informe del servicio de medicina interna del CHUIMI, ya reproducido en este Dictamen, se puede concluir considerando que ha quedado demostrado que se atendió siempre correctamente a la paciente, en todos los aspectos posibles, cuidados de enfermería y médicos, vestimenta, aseo personal y que los ventanales se abrieron parcialmente por razones médicamente justificadas, pues es de todos conocido la recomendación médica general de la debida ventilación para evitar contagios del SARS-Cov-2, medida lógicamente aplicable tanto a las habitaciones del CHUIMI, como a la ambulancia que trasladó, en un breve espacio de tiempo, a una persona contagiada de tal enfermedad.

Además, los informes referidos acreditan que la mala evolución médica y su fallecimiento se debieron, exclusivamente, a sus graves patologías previas (renales y cardíacas), agravadas por la neumonía bilateral que sufría a causa del SARS-Cov-2, del que no estaba vacunada, lo que supuso que pese a tratarla conforme a la *lex artis* no se pudiera impedir el resultado final.

**7.** Por último, en lo que se refiere a la pérdida de oportunidad que alegan los interesados, este Consejo Consultivo ha manifestado, por ejemplo, en su Dictamen 181/2024, de 2 de abril, que:

*«Acerca de la institución jurídica de la pérdida de oportunidad el Tribunal Supremo ha manifestado en su reiterada jurisprudencia en la materia, como por ejemplo, en la Sentencia núm. 462/2018 de 20 marzo de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, que:*

*«Se precisa, ante todo, dejar consignados los precisos términos en que se pronuncian nuestras resoluciones, a las que apela la parte recurrente, como base para el desarrollo de su tercer motivo de casación. Tales resoluciones afirman ciertamente, como observa el recurso, que la doctrina de la pérdida de oportunidad constituye "una figura alternativa a la quiebra de la lex artis" ; pero, se añade inmediatamente después, "que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio".*

*Es preciso, consiguientemente, reproducir la frase completa para que ésta adquiera todo su sentido, porque lo que se quiere así dar a entender, y no más, es que la pérdida de*

*oportunidad puede hacerse valer más allá de la infracción de la "lex artis" (en los casos en que tal quiebra no se ha producido)-siempre, según se añade, en presencia de un daño antijurídico, consecuencia del funcionamiento del servicio-.*

*En el sentido expuesto, su aplicación rebasa el ámbito en que ordinariamente despliega su eficacia la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el concreto sector que nos ocupa de la asistencia sanitaria pública, en tanto que la infracción de la "lex artis" (responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración) constituye el criterio rector determinante de su procedencia en la mayor parte de las ocasiones.*

*Y ciertamente es así; aunque, desde luego, a propósito de esta cuestión de carácter general y por detenerse en ella, tampoco puede descartarse total y absolutamente, y en vía de principio, la improcedencia de dicha responsabilidad en otros casos en el ámbito de la sanidad pública; con base, siempre -eso sí-, en algún título específico distinto de imputación, más allá del defectuoso funcionamiento del servicio, como la creación de una situación de riesgo o en la irrogación de un sacrificio especial, porque sin imputación difícilmente puede prosperar la responsabilidad, en tanto que se trata de un requisito legalmente establecido al efecto no susceptible de soslayarse; y siempre que además el daño ocasionado resulte antijurídico, en la medida en que quien lo padece no tiene obligación de soportarlo.*

*En cualquier caso, y volviendo sobre el asunto de la perdida de la oportunidad que es el que ha de centrar la Ponencia, lo que quiere significarse con la doctrina establecida en nuestras resoluciones que se traen a colación por la parte recurrente es, como antes dijimos, que su invocación puede formularse incluso sin quiebra de la "lex artis", no más.*

*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 (RJ 2012, 1298) RC 5893/2006 y 22 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6930) 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".*

*(...)*

*Es decir, no se ha apreciado que haya mala praxis, sino pérdida de oportunidad, conceptos que no son estrictamente equiparables y que, por tanto, impiden apreciar la triple*

*identidad en cuanto fundamentos, hechos y pretensiones del recurso de casación para la unificación de doctrina.*

*En sentencia de 3 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 560) -recurso de casación núm. 2892/2011 -, entre otras, se dijo:*

*«Podemos recordar la Sentencia de esta Sala y Sección de veintisiete de septiembre de dos mil once, recurso de casación 6280/2009 , en la que se define la doctrina de la pérdida de oportunidad, recordando otras anteriores":*

*Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 8082) , recurso de casación 1593/2008 :*

*"La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio (RJ 2005, 9611) y 7 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8846) , como en las recientes de 4 (RJ 2007, 6617) y 12 de julio de 2007 , configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente". (FD 7º)»».*

Esta doctrina resulta ser plenamente aplicable al presente asunto y determina que no se pueda considerar que haya habido una pérdida de oportunidad desde el momento en el que se ha probado que los servicios sanitarios no solo se prestaron conforme a la *lex artis*, sino que se prestaron, en todo momento, cumpliendo la obligación de medios que le es propia a la Administración sanitaria, no siendo razonable exigirle a la misma una prestación de sus servicios más intensa, que la prestada en este caso concreto.

Además, no se ha de olvidar que el fallecimiento se debió exclusivamente a causas que fueron del todo inevitables, pese a una correcta actuación médica.

**8.** Por todo ello, procede concluir manifestando que no se ha demostrado la concurrencia de relación de causalidad entre el correcto funcionamiento del Servicio y el daño reclamado, por lo que procede la desestimación de la reclamación objeto del presente procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial.

## C O N C L U S I Ó N

Se dictamina conforme a derecho la Propuesta de Resolución del Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial, que desestima la reclamación formulada por los interesados, dictaminándose favorablemente en virtud de los razonamientos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.