Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 3 / 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 (...) en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 378/2024 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 30 diciembre de 2020 a instancia de la representación de (...), por la asistencia sanitaria que fue prestada al finado (...) por el Servicio Canario de la Salud.

2. La reclamante no cuantifica la indemnización que solicita, pero de estimarse sería 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 (LRJSP); 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

[*] **Ponente: Sr. Fajardo Spínola.**

14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

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 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 de la hija del Sr. (...) para reclamar por derecho propio la indemnización de los daños derivados del óbito de su padre [art. 4.1., letra a) LPACAP]. Legitimación activa que no es puesta en entredicho por la propia Administración Pública sanitaria. Además actúa debidamente representada por abogada (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. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la acción [art. 67.1, párrafo primero LPACAP]. Circunstancia ésta que no es puesta en entredicho por la Administración sanitaria en su Propuesta de Resolución.

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

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:

Refiere que el fallecido fue atendido en diversas ocasiones «por un supuesto problema de riñón, en urología, en el Centro de Salud de Jinámar». Que en enero de 2020 comienza a agravarse su estado «*con problemas más graves: sangrado, dolores, mareos, etc., ocasionando sus reiteradas visitas al centro de salud de Jinámar que no resuelven su estado, cada vez más agravado, debido a que tampoco se le ofrece alternativa de tratamiento o de pruebas a realizar para, al menos, saber cuál era el problema, que fatalmente, desencadenó su defunción. (...) »*

Señala asimismo que en reiteradas ocasiones solicitó para su padre cambio de medicación, realización de pruebas y comunicó su empeoramiento, y que había sido operado de unos tumores en la vejiga.

Que ninguno de los diferentes médicos que le atendieron le remitió a consulta de neumología.

Que el día 2 de abril de 2020 ingresó de Urgencias en el Hospital Insular y tras ser diagnosticado de neumonía lo envían a su domicilio argumentado que le dan el alta debido a la situación actual de Covid-19 «*dando por sentado que su caso no era urgente*».

Que no le fue prestado el control médico recomendado, que a pesar de las constantes llamadas de la reclamante comunicando el agravamiento del paciente, sólo se le comunica que «*es mejor mantenerlo en su casa*».

Que el 6 de abril recibe una llamada de una doctora que le comenta que está pendiente de un TAC por posible tumor en los pulmones.

El 8 de abril de 2020 ante el agravamiento del paciente llama a una ambulancia que se retrasa más de dos horas, es ingresado y fallece de dicho tumor el día 16 de abril.

2. Admitida la reclamación, por el Servicio de Inspección y Prestaciones, a la vista de la historia clínica y de los informes del Servicio de Urgencias de la Médico de Familia, emite informe preceptivo, que indica:

«- El paciente, de 75 años, tenía antecedentes de: diabetes mellitus tipo II, hipercolesterolemia. 19.11.15 Intervención RTU vesical por neoplasia vesical pT1 G2 para lo que recibió tratamiento con Mitomicina. 05.12.16 citología de orina negativa para malignidad.

- Siguiendo el objeto de la reclamación analizaremos las consultas previas en atención primaria:

15.05.19: Acude por cólico nefrítico. Se prescribe tratamiento espasmolítico.

05.08.19: Paciente que acude por receta. Se solicita analítica de orina que se realiza el día 8 de agosto. Diagnóstico: Repetición de recetas. Infección de orina. Prescripción: Nolotil y Tamsulosina, que ya tenía pautado.

20.08.19: Recoge los resultados analíticos en consulta. Sin alteraciones relevantes.

- No acude a su Centro de Salud hasta cinco meses después el 13.01.20, al Servicio de Urgencias alrededor de las 04:08 h. Paciente que es traído en ambulancia por episodio de dolor abdominal, sudoración, mareos e hipotensión 80/40. Refiere no haber ingerido alimentos en todo el día.

Exploración: TAS (80) TAD (40) Frecuencia cardiaca 63 lat/min. Saturación O2: 98% Tira glucemia: 100. Diagnóstico: Dolor abdominal e Hipotensión arterial.

Se traslada al Hospital Insular y alrededor de las 04:30 h del 13.01.20 llega al Hospital Universitario Insular de Gran Canaria con constantes normales: TAS 134 TAD 69 FC 119 Tª 35,7 Saturación de Oxígeno 100%.

En la anamnesis consta: dolor abdominal difuso que se inicia a las 02:00 h. aproximadamente. El paciente refiere que el dolor fue aumentando de intensidad, presentando seguidamente náuseas, sensación distérmica, "mareos" y sudoración. Por este motivo, acude al centro de salud, donde constatan TA 80/40 mmHg. Refiere que desde hace unos días presenta hiporexia (sudoración) y que no se ha estado tomando la medicación. El paciente niega vómitos o cambios en hábito deposicional. No clínica miccional. No dolor torácico ni cortejo. No clínica cardinal de Insuficiencia cardiaca. No fiebre. No otra sintomatología acompañante.

Exploración Física General: Buen estado general. Consciente, orientado y colaborador. Normohidratado y normocoloreado.

Eupneico en reposo, saturando al 100% a FiO2 ambiente. Afebril.

Auscultación cardiopulmonar: RsCsRs sin soplos. MVC sin ruidos sobreañadidos.

Abdomen: blando y depresible. No doloroso a la palpación, no masas ni megalias. Blumberg y Murphy negativos. No signos de irritación peritoneal. RHA presentes. Percusión normal.

Se practica analítica: Hemograma: Hb 12.5, leucocitos 11.20, plaquetas 280.0, INR 1.13. Bioquímica: Glucosa 141, urea 42, creatinina 0.96, TFG 78, Na 135, K 4, troponina I 7.3, CK-MB 1.40.

EKG: RS a 90 lpm, eje normal, QRS estrecho, supradesnivel ST v1-v2 sin alteraciones en la repolarización. Sin alteraciones.

Resumen evolutivo: El paciente permanece estable clínica y hemodinámicamente en su estancia en el Servicio de urgencias, dada la situación que presenta, sumado a los hallazgos de las pruebas complementarias se decide alta a domicilio.

Diagnóstico al Alta: Dolor abdominal inespecífico. Se pauta Paracetamol. Recomendaciones al alta: Control y valoración por su Médico de familia. Se dan medidas evolutivas y signos de alarma.

En estas circunstancias, siendo cierto que la atención en los servicios de Urgencias va dirigida a tratar patologías urgentes es razonable que no existiendo en ese momento datos de alarma, pues la exploración abdominal y la analítica no arrojaron resultados anormales, se derivara al paciente a control por su médico de familia.

- No acuden al Centro de Salud hasta el 21.01.20 y aporta informe de urgencias Hospital Insular. Se registra en la Historia clínica: Persiste mareos y malestar general, su hija cree que son "las pastillas" de su tratamiento habitual. Por lo que se indica retirar las mismas (nolotil y tamsulosina) para vigilar si aparece o no hipotensión.

Se dan recomendaciones de dispepsia. Cita con su enfermera para control de factores riesgo.*

Se indican pruebas para estudio de Abdominalgia y dispepsia (detección ag Helicobacter pylori en heces) así como pesquizaje de Carcinoma de colon (Sangre oculta en heces).

Dispepsia: molestias abdominales persistentes o recurrentes, localizadas en el hemiabdomen superior o el epigastrio, que comprenden dolor o malestar epigástrico, distensión, flatulencia, sensación de plenitud, saciedad precoz, náuseas (...)*

Se solicita analítica que se cita para el día 22 de enero a las 08:45 h, a la vista de la sintomatología referida, el médico de atención primaria solicita pruebas diagnósticas que permitan descartar patología abdominal relacionada con helicobacter pylori y/o enfermedad de colon, lo que es una correcta práctica asistencial.

- Consulta de enfermería 27.01.20. Se efectúa control de diabetes, recomendaciones y vacunas.

Exploración y constantes normales: TAS 139, TAD 87, FC 112, Peso 45 IMC 17,91 bajo peso. SO2 97% Glucemia aleatoria 184.

Consta: Bajo peso. Refiere molestias de estómago y come muy poco (en concordancia con las pruebas solicitadas por la médico de cabecera). Pendiente de ponerse prótesis dental por estar desdentado total. Recomiendo dieta para diabetes triturada. Cito para administrar vacuna para Neumococo. Administro vacuna Gripe.

- 5.02.20: No acude a consulta de enfermería.

- 10.02.20. En consulta con médico de familia consta:

Diagnóstico: Diabetes Mellitus Tipo 2. Dolor Abdominal cuadrante superior derecho. A la exploración: Aspecto general: Buen estado general, no impresiona de gravedad, no impresiona de enfermedad.

Auscultación pulmonar: Murmullo vesicular conservado en ambos campos pulmonares sin sibilancias ni roncus ni crepitantes, ni roces pleurales.

Auscultación cardiaca: Ruidos cardiacos rítmicos de buena intensidad y frecuencia, sin soplos ni extrasístoles ni roces pericárdicos, ni presencia de tercer ni cuarto ruido.

Abdomen: Normal. Palpación abdominal: Dolor en hipocondrio derecho con inflamación y dolor a la palpación. Auscultación abdomen: Ruidos intestinales presentes, sin chapoteo, ni lucha. No soplo abdominal.

Por dolor abdominal en hipocondrio derecho con inflamación y dolor a la palpación. Se indica ecografía para valoración y conducta.

Ese mismo día 10 de febrero se formula interconsulta con Urología: " (...) refiere que la tamsulosina le da mareos, suspendió el medicamento (...) ".

Por otra parte, se solicita analítica que es programada para realizar el 4 de marzo de 2020.

Asimismo este día 10 de febrero en consulta de enfermería se efectúa control de glucemia que resultó normal y se administra vacuna contra Neumococo.

- 03.03.20: Por la médico de familia Dra. (...) se realiza llamada telefónica para consulta de seguimiento.

- 10.03.20: 20:53 h. Acude al centro de salud, Servicio de Urgencias por dolor en costado torácico: "Desde hace 2-3 días dolor en costado derecho sin disnea. además refiere desde entonces deposición acuosa sin productos patológicos en numero de 2-3 v/día sin dolor abdominal. Náuseas sin vómitos. No fiebre ni síntomas respiratorios.

Exploración: TAS 171, TAD 93, FC 109, FR 70, SO2 96%. BEG CO y C NH NC, no ictericia, eupneico sin trabajo respiratorio Afebril.

ACP. RsCsRs sin soplos MVC sin ruidos patológicos ABD RHA +, no timpanismo a la percusión. Blando, no dolor a la palpación profunda. Blumberg neg. Murphy neg. No peritonismo. PPRB neg.

Plan de actuación general: Se objetiva analítica realizada el 4/3/2020 con elevación de GGT (transaminasasas) Y LDH con serología para hepatitis negativa. Mañana citado con Médico de atención primaria. Si empeoramiento acudir directamente a Hospital Insular (...) "

- 11.03.20. Alrededor de las 12:00 h consulta con médico de familia: Acude por dolor abdominal, cifras de transaminasas elevadas (resultados de 09.03.20 de analítica extraída el 04.03.20), antecedentes de alcoholismo (que podría justificar dicha alteración). Se solicita ecografía abdominal por sospecha de patología biliar: colelitiasis, coledocolitiasis.

Exploración: Buen estado general, no impresiona de gravedad, no impresiona de enfermedad. Auscultación pulmonar: Murmullo vesicular conservado en ambos campos pulmonares sin sibilancias ni roncus ni crepitantes, ni roces pleurales. Auscultación cardiaca: Ruidos cardiacos rítmicos de buena intensidad y frecuencia, sin soplos ni extrasístoles ni roces pericárdicos, ni presencia de tercer ni cuarto ruido.

En el contexto de patología digestiva que justifica los síntomas de pérdida de apetito, de peso y epigastralgia, diagnóstico: Dolor abdominal cuadrante superior derecho. La clínica y exploración no eran patognomónicas de cuadro respiratorio alguno (y mucho menos de un cáncer de pulmón),

- Miércoles 01.04.20. Alrededor de las 12:55 h horas acude al centro de salud por manifestar por primera vez: Disnea.

Asma/Sibilancias/Broncoespasmo: "El paciente es traído por su hija a consulta por referir disnea progresiva y tos sin fiebre. Refiere ser asmático y que se encuentra mal."

Se activa el protocolo y se remite a Urgencias sector de patología respiratoria para valorar con EPI.

Dado que desde el 14 de marzo de 2020 fue declarado el estado de alarma en todo el territorio español para afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por la COVID-19, en los centros de salud la patología respiratoria era valorada en unidades independientes del Servicio de urgencias.

Ya en el Servicio de Urgencias del Centro de Salud, 13:21 horas es valorado por segundo facultativo Dr. (…) y se recoge:

Motivo: Acude a urgencias por presentar orina con sangre.

Diagnóstico: Hematuria.

Anamnesis: El paciente que presenta sangre al orinar desde hace dos días y pérdida del apetito hace más o menos una semana. Se recoge antecedentes de asma bronquial. Refiere tos desde hace varios meses, y en estos momentos no presenta cuadro respiratorio agudo. Acude por referir orinas con sangre desde hace dos días acompañadas de pérdida del apetito y pérdida de peso en el último mes.

Exploración: Se observa a paciente que se encuentra débil, palidez cutaneomucosa, con mal estado general pero no presenta fiebre, ni dificultad respiratoria aguda, no polipnea, no cianosis, Auscultación respiratoria: m/v audible y simétrico ausculto estertores roncus aislados fr 18xmin SPO2 98% ACV: Ruidos cardiacos buen tono timbre, e intensidad no soplo. TA 110/70 mmhg.

Plan de actuación general: Teniendo en cuenta que el paciente presenta antecedentes de hematuria macroscópica, pérdida del apetito, pérdida de peso, y se recoge analítica desde el 04.03.20 (GT: 767 MG/DL AST: 73.7 U/L , LDH 766 UI) se decide remitir al Hospital Insular para mejor estudio y tratamiento.

- En relación a lo expuesto en la reclamación: " (...) en enero de 2020 comienza a agravarse su salud y fallece en abril de ese mismo año (...), el mismo comienza con problemas más graves: sangrado, dolores, mareos, etc., ocasionando sus reiteradas visitas al Centro de salud de Jinámar, que no resuelven su estado, cada vez más agravado, debido a que tampoco se le ofrece alternativa de tratamiento y/o de pruebas a realizar para, al menos, saber cuál era realmente el problema que, fatalmente, desencadenó su defunción (...) (...) (...) Evidentemente, todo esto, con varios cambios de médicos, los cuales, ni conocen su historial, y, que, al acceder al mismo, le dan diferentes opiniones (...) aunque ninguno lo remite a consulta de neumología (...) ".

La atención prestada en el centro de salud respondió en cada momento a los síntomas manifestados por el reclamante que una vez sometido a exploración y determinaciones analíticas que en ningún caso eran indiciarios de patología pulmonar que requiriera remisión a consulta de neumología.

No hay duda de que el paciente fue explorado no de una forma irreflexiva o descuidada, por lo que la exploración y la actuación de los facultativos de atención primaria resultó lógica y coherente con los datos clínicos obtenidos en un reconocimiento de atención primaria.

- Miércoles 01.04.20. Alrededor de las 13.30 horas acude derivado de su Centro de Salud al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Insular por presentar hematuria asociado a síntomas respiratorios tras valorar los signos y síntomas que presentaba se le realizaron analítica y radiografía de tórax. Se inicio tratamiento antibiótico y lavados continuos con sonda vesical. Se valoró la posibilidad de ingreso, que tras el tratamiento instaurado, y mejoría clínica en 24 horas que permaneció en el Servicio de Urgencias, y al no precisar de oxigenoterapia, se da de alta aproximadamente 16:00 h del día 2 de abril para ser estudiado de forma ambulatoria.

La radiografía de tórax fue informada inicialmente como neumonía, un segundo informe recomienda descartar proceso neoplásico. El mismo día 2 de abril se solicitó interconsulta a Neumología de manera preferente en consultas externas. La cita fue programada para el 17.04.20.

Los pacientes tratados en el Servicio de Urgencias tras la exploración clínica y valorar los resultados de las pruebas realizadas, si hay mejoría y estabilidad clínica y no precisan de tratamiento hospitalario urgente, se derivan al servicio correspondiente para completar el estudio de su enfermedad ya que la finalidad de su actuación es detectar situaciones urgentes y agudas de los procesos, si bien en la valoración de éstos en ocasiones se encuentran indicios de enfermedades más graves como procesos tumorales, enfermedades degenerativas etc., que requieren un seguimiento y estudio en otros niveles asistenciales, como en este caso.

- Durante los días posteriores al día de su alta a domicilio el jueves 02.04.20 el personal médico y de enfermería del Centro de Salud que le correspondía le hacían el seguimiento y le daban las instrucciones adecuadas en cada momento mientras esperaba la cita en consultas externas del hospital que estaba programada para el 17.04.20. Se considera éste un tiempo de atención preferente muy adecuado.

Consta que el 6 de abril desde atención Primaria en llamada telefónica se aconseja a la hija que lleve a su padre al hospital: " (...) se realiza llamada y se habla con la hija para que lo lleve al hospital urgencias para valoración, dado la situación del Covid 19 ella prefiere esperar su comportamiento y si continua igual mañana lo lleva (...) ".

Al día siguiente, 7 de abril de 2020 en control telefónico por la médico de familia, en el contexto de estado de alarma por pandemia: " (...) Se realiza llamada a domicilio para saber el estado del paciente en el día de hoy. La hija refiere comenzó a comer y beber. En estos momentos buen estado general, se orienta si alguna alteración acudir a urgencias (...) ".

- El jueves 09.04.20 presenta en domicilio crisis convulsiva parcial en hemicara derecha y miembro superior derecho que requirió tratamiento "in situ" y traslado a Urgencias del CHUIMI en ambulancia medicalizada a las 03.05 h.

Ya en el Hospital y tras las pruebas analíticas y TAC craneal que muestra la presencia de lesiones metastásicas en cerebro se cursa ingreso en planta de Medicina Interna. En TAC de tórax, abdomen y pelvis el 12.04.20 se diagnostica una neoplasia pulmonar T4N3M1c (metástasis hepáticas y cerebrales).

Durante la estancia en el Hospital el 15.04.20 es valorado por Oncología Médica que no lo considera candidato apto a ningún tratamiento oncológico. El deterioro de nivel de consciencia va en aumento y al ser necesarios múltiples rescates con CLM se inicia una pauta de sedación paliativa.

El 16.04.20 a las 12:16 horas es valorado por la unidad de cuidados paliativos (...) . "el paciente está acostado en la cama, con mal estado general, palidez mucocutánea, comatoso (sin respuesta a estímulos verbales ni táctiles) con pausas de apnea cada 3-4 segundos impresiona de pronóstico infausto" (...) El paciente se encuentra en situación pre-exitus con

buen control sintomático, impresiona de muy mal pronóstico a corto plazo, se permite el acompañamiento familiar.

A las 15:31 horas se confirma el exitus letalis.

CONCLUSIONES

1.- El paciente fue adecuadamente atendido en todas las ocasiones que precisó asistencia médica, y la misma se ajustó a la sintomatología referida, y a los resultados del examen físico realizado, utilizando los medios diagnósticos adecuados, así como las actuaciones terapéuticas afines, de acuerdo a la clínica del paciente y a las sospechas diagnósticas de cada momento, por lo que se estima que la actuación de los Médicos de Familia durante toda su evolución ha sido dispensada con arreglo a las buenas prácticas, no advirtiendo anormalidad alguna en el proceso asistencial.

2.- En relación a la actuación en el Servicio de Urgencias del CHUIMI los días 13 de enero de 2020 y 1 de abril de 2020 entendemos que se actuó de acuerdo con la propia naturaleza del servicio, descartando, tras la oportuna exploración, la existencia de una patología urgente que requiriese un ingreso hospitalario. Ello, teniendo en cuenta que la finalidad de este Servicio debe ser, razonablemente, la de prestar asistencia urgente a aquellos procesos clínicos que ponen en peligro la vida o salud de los pacientes, remitiendo las demás patologías que, aun siendo graves no sean de extrema gravedad, en este caso el 13.01.20 al control de médico de familia y en caso de empeoramiento acudir nuevamente al Servicio de urgencias, y en la fecha 01.04.20 a interconsultas con Urología y Neumología.

3.- En la atención prestada el día 01.04.20 aun habiendo quedado ingresado en el CHUIMI la evolución, pronóstico y tratamiento a realizar no se habría modificado dado el estadio muy avanzado (IVB) que presentaba el proceso oncológico.

Aunque se sospechara una enfermedad tumoral, se habría tenido que iniciar el estudio de la enfermedad, ello habría implicado una serie de pruebas diagnósticas y estadiaje que pueden realizarse en régimen ambulatorio y aunque hubieran sido realizadas con prioridad, precisarían de un tiempo que es inherente a estos procesos.

A ello, en este caso, hay que añadir que, desde que inicia sintomatología respiratoria y acude el mismo día a los servicios sanitarios el 1 de abril de 2020, ya era un cáncer avanzado y metastatizado (T4 N3 M1c), siendo el enfoque del tratamiento en este caso siempre paliativo.

No existía otra posibilidad terapéutica.

En la mayoría de los casos el cáncer de pulmón no da síntomas hasta que su estado es muy avanzado, lo que justifica que casi 2/3 de pacientes son diagnosticados cuando el cáncer ya tiene metástasis (afectación en órganos a distancia de la lesión primaria) y las posibilidades de curación son escasas.

No existe ninguna diferencia en el estadío clínico de la enfermedad, el tratamiento a realizar y posterior evolución si el paciente hubiera sido hospitalizado una semana antes.

4.- Se emite informe desfavorable».

3. El 15 de mayo de 2024 fue dictado Acuerdo Probatorio y, toda vez que la prueba consistió en la documental obrante en el expediente, con esa misma fecha, ultimada la instrucción del procedimiento, se acordó el preceptivo Trámite de Audiencia, notificados en Sede Electrónica con fecha 16 de mayo.

La reclamante no formuló alegaciones.

4. 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.

5. 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 de la reclamante se fundamenta que no le fue prestado a su padre la atención que sus patologías necesitaban, de tal modo que si se le hubiera atendido antes y mejor, no se hubiera producido o, al menos, se hubiera retrasado su muerte.

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 la Administración.

Así, la cuestión a dilucidar es si ha existido pérdida de oportunidad debido a una mala atención con infracción de la *lex artis ad hoc*.

En relación con la teoría de la pérdida de oportunidad aplicada al ámbito asistencial sanitario, debemos recordar que la responsabilidad de las Administraciones públicas (art. 106 CE) implica que los ciudadanos deban ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos salvo los casos de fuerza mayor, siempre que dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado y que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportarlo. Se trata, por tanto, de una responsabilidad objetiva o de resultado,

aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo. Ahora bien, cuando de responsabilidad sanitaria se trata, como se dijo, a la Administración solo le es exigible la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que quepa exigir la sanación completa. El límite de esta exigencia se encuentra en la denominada «*perdida de oportunidad*», situación que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se haya producido pero se haya generado incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el servicio otros parámetros de actuación; en suma: la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera.

Al respecto debe recordarse la Jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta, entre otras, en la Sentencia de 7 de julio de 2008, afirmando que la privación de expectativas en que consiste la denominada «pérdida de oportunidad» constituye un daño antijurídico puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), «*los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias*».

3. En el presente caso, sin embargo, por la reclamante no se ha aportado prueba alguna que indique que fuera así; antes al contrario, de la historia clínica y de los distintos informes obrantes en el expediente se desprende que en todo momento hubo una adecuada asistencia y seguimiento continuo del paciente no pudiendo atribuirse al Servicio Canario de la Salud funcionamiento anormal ni por consiguiente responsabilidad en la muerte del paciente.

El SIP informa que el paciente fue adecuadamente atendido en todas las ocasiones que precisó asistencia médica, y la misma se ajustó a la sintomatología referida, y a los resultados del examen físico realizado, utilizando los medios diagnósticos adecuados, así como las actuaciones terapéuticas afines, de acuerdo a la clínica del paciente y a las sospechas diagnósticas de cada momento, por lo que se estima que la actuación de los Médicos de Familia durante toda su evolución ha sido dispensada con arreglo a las buenas prácticas, no advirtiendo anormalidad alguna en el proceso asistencial.

Con respecto a la actuación en el Servicio de Urgencias del CHUIMI los días 13 de enero de 2020 y 1 de abril de 2020, el SIP también destaca que se actuó de acuerdo con la propia naturaleza del servicio, descartando, tras la oportuna exploración, la existencia de una patología urgente que requiriese un ingreso hospitalario.

En la atención prestada el 1 de abril de 2020, aun habiendo quedado ingresado en el CHUIMI, la evolución, pronóstico y tratamiento a realizar no se habría modificado dado el estadio muy avanzado (IVB) que presentaba el proceso oncológico. El cáncer detectado ya era un cáncer avanzado y metastatizado (T4 N3 M1c), siendo el enfoque del tratamiento en este caso siempre paliativo. No existía otra posibilidad terapéutica.

En definitiva, se coincide con la Propuesta de Resolución en que resulta acreditado que la asistencia sanitaria prestada al paciente fallecido se ajustó a la *lex artis* y que a la vista de la sintomatología presentada la actuación sanitaria fue correcta no existiendo signos ni síntomas que indicasen la necesidad de adoptar otras medidas, siendo el fatal desenlace consecuencia del cáncer de pulmón de rápida progresión, y muy grave, no presentando con anterioridad síntomas que orientasen al diagnóstico final.

4. La Propuesta de Resolución también alude a que, como en la reclamación se cuestiona la actuación sanitaria una vez conocido el diagnóstico final y se reprocha que se debió haber actuado de otro modo, nos encontramos en presencia de lo que la doctrina jurisprudencial denomina «*prohibición de regreso*».

Sobre ello nos hemos manifestado en el Dictamen 59/2024, de 1 de febrero, como sigue:

«Este Consejo Consultivo, en asuntos similares, ha señalado, como se hace en los DDCC 374/2015 y 85/2016, entre otros, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en relación con la `prohibición de regreso´ a la hora de valorar un diagnóstico y una actuación médica inicial, que sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad, o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (SSTS 15 de febrero y 18 de diciembre de 2006; 19 de octubre 2007); todo lo cual conduce a criterios de limitación de la imputabilidad objetiva para recordar que no puede cuestionarse esta toma de decisiones si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los topoi (leyes) del razonamiento práctico (SSTS de 14 de febrero de 2006, 15 de febrero de 2006, y 7 de mayo de 2007)"», doctrina que también resulta ser plenamente aplicable.

Como consecuencia de lo anterior, se ha de convenir 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 y seguimiento en todo momento.

En definitiva, la Propuesta de Resolución, que desestima la pretensión resarcitoria de la reclamante, es conforme a Derecho, por cuanto no hay relación de causalidad entre la muerte del paciente y la asistencia prestada por el SCS, estando acreditado en el expediente que se le atendió adecuadamente en todo momento.

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.