Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 3 1 / 2 0 2 5

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 29 de julio de 2025.

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 (...) y por (...) y (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 104/2025 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante oficio de 12 de marzo de 2025 (con registro de entrada en este Organismo el día 14 de marzo de 2025), se solicita dictamen de este Consejo Consultivo al objeto de examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario.

2. Se reclama una indemnización por importe de 250.000 euros, cantidad que determina el carácter preceptivo del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la titular de la Consejería de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), en relación con la Disposición final sexta, apartado dos de la Ley 5/2024, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2025 y 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 (en adelante, LPACAP).

[*] **Ponente: Sr. Fajardo Spínola.**

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación tanto la citada LPACAP, como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP); la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (en adelante, LOSC); la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

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

4.1. 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), reiterada en el más reciente de 16/2023, de 18 de enero:

««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 esposa e hijos 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.

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».

La doctrina transcrita ha sido más recientemente reiterada por este Consejo en el ya citado Dictamen 16/2023, de 18 de enero, y también en los Dictámenes 564/2024, de 8 de octubre, 538/2024, de 1 de octubre, 531/2024, de 23 de septiembre y 433/2024, de 18 de julio, la cual es plenamente aplicable al presente caso.

4.2. 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.

5. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicios Canario de la Salud, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

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) LOSC.

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. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año establecido en el art. 67 LPACAP, pues se presenta el 26 de septiembre de 2020 respecto de un daño acaecido el 22 de marzo de 2020, por lo que la reclamación no se encuentra prescrita.

8. 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).

9. No se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del procedimiento que impida un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

1. Los reclamantes promueven la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue dispensada a su esposo y padre.

A este respecto, expone en su reclamación inicial los siguientes hechos:

«Primero.- Mi padre (...), se encontraba de viaje en Barcelona. El pasado 14 de marzo de 2020 presentó síntomas compatibles con la covid 19, en concreto fiebre de 37,5.

El 14 de marzo de 2020, coincidiendo con la declaración del estado de alarma mediante Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, se procede a fletar un avión regresando a Gran Canaria a las 1.00 del día 17 de marzo.

Ese mismo 17 de marzo, se procede a llamar al número facilitado por la Comunidad Autónoma de Canarias 900.112.061 para comunicar, de dónde vienen (Barcelona) y la aparición de síntomas compatibles con la Covid-19, siendo la indicación dada por ese servicio la toma de paracetamol y realizar aislamiento.

Desde el 17 de marzo hasta el 22 de marzo, se hace una segunda llamada el 22 de marzo, al referido número comunicando el agravamiento de síntomas, siendo las indicaciones

las mismas, toma de paracetamol, aislamiento y se apunta para hacer la prueba del Covid-19.

En vista de la falta de efectividad que producía las indicaciones recibidas desde el teléfono habilitado por la Comunidad Autónoma, se procedió llamar al servicio de urgencias 112, trasladando éste servicio de forma inmediata a mi padre al Hospital Doctor Negrín con diagnóstico febril y disnea.

Desde ahí se me comunica que mi padre, (...), ha arrojado resultado positivo en Covid 19, siendo ingresado en la unidad de cuidados intensivos, falleciendo a fecha de 12 de mayo de 2020 habiendo padecido neumonía severa.

(...)

Segundo.- Como consecuencia de la infructuosa gestión realizada por parte del servicio operado por el número de teléfono habilitado, se dilató en el tiempo la realización y atención médica necesaria a mi padre, toda vez que estuvo 6 días padeciendo la enfermedad sin recibir atención médica preceptiva.

Tercero.- A mayor abundamiento, mi padre, siendo positivo en covid19, convivió durante el periodo descrito (desde el 17/03/2020 hasta el 22/03/2020) con su mujer y dos hijos, ante lo cual solicitamos el pertinente rastreo y realización de pruebas a la unidad familiar por contacto directo.

Tras múltiples llamadas y quejas presentadas ante los distintos servicios de la Consejería de Sanidad, se procede a realizar la prueba a (...) el pasado 1/04/2020, mujer de (...), sin que se proceda a realizarla a los hijos comunes convivientes.

(...)

Considerando que la actuación operada por el servicio prestado a través del número telefónico 900.112.061 habilitado por la Comunidad Autónoma de Canarias ha resulto lesiva a mis derechos, es por lo que a medio del presente se formula la presente reclamación previa. (...) ».

2. En el presente asunto, además, es preciso reproducir el relato de los hechos y las conclusiones que obran en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud (SIP) de fecha 26 de julio de 2023, emitido con ocasión del presente expediente de responsabilidad patrimonial.

«RELACIÓN DE LOS HECHOS

A.- Paciente hombre con fecha de nacimiento 02.12.42 residente en Fuerteventura.

B.- Efectuaremos algunas precisiones de interés en el caso que nos ocupa.

En marzo de 2020 se declara por la Organización Mundial de la Salud la situación de pandemia respecto del brote de SARS-CoV-2. El 14 de marzo de 2020 se decreta el estado de alarma en nuestro país.

En relación con dicho brote por coronavirus, a comienzos de marzo de 2020 en Canarias, las personas que no acudían a centros sanitarios podían recibir información y solicitar atención sanitaria por distintos medios no presenciales:

** Comunicación con su centro de salud - médico de familia.*

*** Teléfono gratuito 900 112 061 donde un equipo de enfermería, bajo la coordinación del Servicio de Urgencias Canario atendía llamadas en función del tipo de demanda, diferenciando lo que es solo información (nivel 1), de las consultas de carácter sanitario por situación clínica de pacientes positivos o que tengan sospecha de serlo (nivel 2) que son derivadas directamente a los gestores sanitarios del 1-1-2 Mesa COVID del SUC.*

**** 1-1-2.*

En marzo de 2020 eran de aplicación los protocolos que en continua revisión se fueron modificando a lo largo del tiempo, conforme a los conocimientos científicos y epidemiológicos de cada momento.

En marzo de 2020 no existía un tratamiento específico frente al SARS-CoV-2. Se estaban realizando ensayos con múltiples fármacos como la combinación de inhibidores de la proteasa (lopinavir/ritonavir) con o sin interferón β, o tratamiento con un inhibidor de la ARN polimerasa (remdesivir), (...) . Tratamientos empíricos que en el momento actual pueden no ser de aplicación.

Siendo los síntomas principales de Covid 19: Fiebre, tos seca y disnea, la atención domiciliaria es la opción para pacientes con un síntoma principal y leve afectación del estado general, sin criterios de gravedad. En la atención telefónica se indica tratamiento sintomático y medidas de aislamiento y se comunica que debe contactar con su médico del centro de salud ante aparición de nuevos síntomas o agravamiento.

Tabla1. Criterios de gravedad

Síntomas	*Ejemplos*
Respiratorios	*Disnea, expectoración abundante, hemoptisis.*
Gastrointestinales	*Vómitos incoercibles, diarrea con deshidratación.*
Neurológicos	*Confusión, letargia.*

C.- Siguiendo con el objeto de la reclamación:

El 18.03.20 a las 15:34 h se produce la primera llamada en relación con la situación del Sr. (...) al teléfono 900 112 061, esta llamada es derivada directamente al Servicio de

Urgencias Canario 1-1-2. En la comunicación establecida no se describe un cuadro clínico de infección respiratoria aguda, se hizo referencia a un cuadro de fiebre que cedía con antitérmicos habituales.

Por tal circunstancia se indican medidas de aislamiento domiciliario, toma de antitérmicos, recomendando consultar con médico de atención Primaria y en caso de empeoramiento llamar nuevamente.

La actitud adoptada es correcta conforme a los documentos técnicos y protocolos elaborados en esa fecha por el Ministerio de Sanidad y por el Servicio de salud pública.

Como ya expusimos: Siendo los síntomas principales de Covid 19: Fiebre, tos seca y disnea, la atención domiciliaria es la opción para pacientes con un síntoma principal y leve afectación del estado general, sin criterios de gravedad. En la atención telefónica se les indica tratamiento sintomático y medidas de aislamiento y se comunica que debe contactar con su médico del centro de salud ante aparición de nuevos síntomas o agravamiento.

D.- No consta contacto con servicio sanitario alguno ni presencial ni telefónico en los días sucesivos hasta el 22.03.20 a las 15:08 h. Nuevamente un familiar llama al teléfono 900 112 061, siendo desviada la llamada al Servicio de Urgencias Canario 1-1-2.

Por el familiar se expresa que el Sr. (...) presenta: " (...) hoy diarreas, fiebre de hasta 38ºC y flemas con restos hemáticos, continúa con picor de garganta (...) " Se indica recogida de muestras asignando el recurso de ambulancia para toma de muestras esa tarde en el domicilio a fin de efectuar prueba diagnóstica por PCR. Se señala seguimiento por médico de atención primaria y medidas de aislamiento.

E.- Dos horas y media después, a las 17:46 h la familia realiza llamada al 1-1-2 por presentar dificultad respiratoria (disnea). Esta situación es la que aconseja entonces derivar al paciente a centro hospitalario, con medios adecuados. Así se realiza llegando al Servicio de urgencias del HUGCDN a las 18:40 h.

Se confirma infección por Covid 19 y cuadro de neumonía. Presentó evolución desfavorable siendo exitus en la fecha 12 de mayo de 2020.

F.- En cuanto a la realización del test diagnóstico a la esposa e hijos del paciente, siguiendo las guías de "Procedimiento de actuación frente a casos de infección por el nuevo coronavirus SARS-CoV-2", según las sucesivas actualizaciones publicadas por el Ministerio de Sanidad, en el momento de conocerse el diagnóstico del Sr. (…) no estaba indicado realizar dicha prueba a los familiares con carácter prioritario.

En la actualización de 14 de marzo de 2020 que es la de aplicación, las indicaciones para la realización del test diagnóstico para la detección del nuevo coronavirus (SARS- CoV2) "en un escenario de transmisión comunitaria sostenida generalizada" son las siguientes: "A) Persona con un cuadro clínico de infección respiratoria aguda que se encuentre hospitalizada o que cumpla criterios de ingreso hospitalario. B) Persona con un cuadro clínico de infección

respiratoria aguda de cualquier gravedad que pertenezca a alguno de los siguientes grupos: (a). Personal sanitario y sociosanitario, (b) otros servicios esenciales", con indicación expresa de que "no se realizará el test diagnóstico de rutina a aquellas personas que presenten infección respiratoria aguda leve no incluidas en los supuestos anteriores"

CONCLUSIONES

1.- Para evaluar la corrección de una concreta asistencia hay que estar a la situación y síntomas del momento en que se realiza esta. Ello se traduce en que se deben aplicar a los pacientes los medios disponibles para su diagnóstico y tratamiento. Esta obligación de medios debe entenderse ceñida al contexto del momento y las circunstancias en que se efectúa la asistencia que es el del inicio de una crisis sanitaria completamente desconocida hasta esa fecha.

2.- La atención prestada en la fecha 18 de marzo de 2020 se adecuó a los protocolos y guías para "Manejo domiciliario de casos en investigación, probables o confirmados de Covid-19"

3.- No existió nueva comunicación con dispositivo sanitario alguno hasta cuatro días después, el 22 de marzo de 2020 cuando aparecen nuevos síntomas y se realizaron dos llamadas con diferencia de dos horas y media entre ellas.

En la primera, 15:08 h, por la aparición de nuevos síntomas se pautó toma de muestras en domicilio esa misma tarde. Esto no llegó a realizarse ya que se procedió a desactivar la ambulancia de recogida de muestras con el traslado que posteriormente se hizo.

En la segunda llamada, 17:46 h. fue el síntoma de disnea, dificultad respiratoria iniciada ese día, como criterio de gravedad lo que determinó la conveniencia de traslado a hospital.

La evolución en dos horas y media, aún siendo derivado al hospital a raíz de la primera llamada no habría modificado el proceso por neumonía que afectaba al paciente.

4.- La evolución posterior, a pesar de cuántos tratamiento se facilitaron fue desfavorable.

5.- Se emite informe desfavorable».

3. Asimismo, se hace preciso reproducir el informe emitido con fecha 14 de abril de 2021 por GSC con ocasión de la atención dispensada al Sr. (...), en el que se hace constar lo siguiente:

« (...) En respuesta a la solicitud de información remitida por el Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud, por el ERP 136/20 relacionado con el paciente (...), se informa de lo siguiente:

El día 18 de marzo de 2020, a las 15:34 horas, se recibe una llamada (número incidente 7000540) procedente de la línea 900 112 061, en relación con (...), de 77 años, y (...), de 72 años, con domicilio en la C/ (...) de Las Palmas de Gran Canaria.

La llamada, realizada por un familiar, es atendida por un enfermero quien registra "LLEGARON EL DIA 16/3 DE BARCELONA 38º TEMPERATURA TOMA PARACETAMOL Y CEDE TEMPERATURA SE LE DA INDICACIONES / SE LE INFORMA QUE EN CASO DE EMPEORAMIENTO LLAME, Y SE DERIVA A SU MAP".

Estas indicaciones fueron dadas para el matrimonio, que presentaban fiebre sin otra sintomatología y confirmó que no tenían ningún factor de riesgo, salvo (…) que padecía hipertensión arterial. El enfermero realizó toda la anamnesis necesaria y dio correctamente todas las indicaciones para el confinamiento domiciliario, siguiendo el "PROTOCOLO SUC DE ACTUACIÓN ANTE ALERTAS RELACIONADAS CON EL COVID-19", el "PROTOCOLO DE ACTUACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS ASISTENCIALES, PÚBLICOS Y PRIVADOS, DE CANARIAS FRENTE A CASOS SOSPECHOS DE INFECCIÓN POR EL NUEVO CORONAVIRUS (SARS-CoV-2)" de la Dirección General de Salud Pública y el Documento Técnico "Manejo domiciliario de casos en investigación, probables o confirmados de COVID-19" del Ministerio de Sanidad, puesto que estas eran las pautas a seguir para pacientes con sólo un criterio clínico parcial (fiebre sin focalidad) y sin factores de riesgo, pero con criterio epidemiológico.

Desconocemos si se pusieron en contacto con su médico para que éste hiciera el seguimiento de su evolución, que en ese momento ya estaba protocolizado que lo hicieran los médicos de cabecera.

El día 22 de marzo, cuatro días después, a las 15:08 horas (número incidente 7034294), llama un familiar nuevamente a la línea 900 112 061, cuyo operador registra: "SU PADRE SIGUE CON FIEBRE, Y CUANDO LE SUBE LE CUESTA RESPIRAR, DIARREA, DOLOR DE GARGANTA, Y ESCUPIO UN POCO DE SANGRASA CUANDO LE DIO TOS. ESTA EMPEORANDO, YA HABIA LLAMADO". Atendida la demanda por un enfermero, este escribe: "VIAJE A BARCELONA. YA HABÍA LLAMADO DÍAS PREVIOS Y SE LE INDICÓ AISLAMIENTO DOMICILIARIO ESTRICTO DURANTE 14 DÍAS DESDE EL INICIO DE LOS SÍNTOMAS Y SI EMPEORAMIENTO, VOLVER A AVISAR. HOY DIARREAS, FIEBRE DE HASTA 38ºC Y FLEMAS CON RESTOS HEMÁTICOS, CONTINÚA CON PICOR EN LA GARGANTA. SE CONSULTA CASO CON EL MÉDICO QUE INDICA RECOGIDA DE MUESTRA. Y SE LE INDICA SEGUIMIENTO POR PRIMARIA Y CONTINUAR CON MEDIDAS DE AISLAMIENTO" Asigna intervención para la toma de muestra (realización de PCR).

Esta llamada la realiza el mismo hijo que en la previa, que creía que había sido 2-3 días antes, confirma que siguen aislados, aunque la madre está presente y participa en toda la conversación, incidiendo en que les preocupa que el padre se siente asfixiado, se apura, cuando sube la fiebre. Se les plantea la toma de muestra por la aparición de sangre en las

flemas, manifestando ambos su acuerdo. Durante toda la conversación se muestran ambos interlocutores tranquilos, sin trasmitir especial preocupación.

De esta conversación no se desprende la necesidad de valoración hospitalaria del paciente, pero sí la indicación de toma de muestra, según los protocolos antes referidos, actualizados a la fecha. El caso no estaba en esos momentos contemplado para la realización de toma de muestra por el protocolo de la Dirección General de Salud Pública, aunque sí en el del Servicio de Urgencias Canario con Prioridad 2.

Ese mismo día 22 de marzo, a las 17:46 (número incidente 7034975), llama otro hijo al teléfono 1-1-2, anotando el operador "FIEBRE 38ºC, DISNEA". Atendido por un Enfermero Coordinador, este escribe "8 DIAS CON FIEBRE DISNEA VINO DE BARCELONA CON VIAJE DE IMSERSO" pero por la valoración de esta disnea, decide su traslado al hospital, asignando una Ambulancia de Soporte Vital Básico, a la que se le informa que se trata de un traslado "POSIBLE COVID" motivo por el que se avisa al Hospital Dr. Negrín (17:50).

En esta ocasión el alertante está claramente nervioso y preocupado por el estado del padre, llegando a decir que se está muriendo, que no es una broma.

La respuesta que se da se adapta a la protocolizada para el caso: traslado al hospital, puesto que el paciente presenta descompensación clínica, en un recurso preparado con la protección sanitaria tanto para la dotación como para el paciente, lo que retrasa la asistencia.

La información registrada tras la valoración de la ambulancia es "80A C/O F54 T36.8 S70 MEG DIF RESPIRATORIA" (80 años, consciente y orientado, frecuencia cardiaca 54, temperatura 36.8, saturación de oxígeno 70, mal estado general), mostrando el técnico extrañeza por la discordancia entre la clínica moderada del paciente y la medición grave de la saturación de oxígeno.

Tanto esta disparidad, como la evolución de empeoramiento clínico de forma más rápida a la conocida para otros procesos, son dos aspectos que posteriormente a estas fechas se fueron conociendo como propios de esta infección.

El paciente llega al hospital sobre las 18:40.

Nuestro servicio anula la ambulancia asignada a la toma de muestra para esa tarde».

III

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

- El procedimiento comenzó mediante la presentación el día 26 de septiembre de 2020 del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada por (...), en el ámbito del Servicio Canario de la Salud.

- Con fecha 20 de octubre de 2020 se requirió a la reclamante para que subsanara su reclamación aportando determinada documentación, lo que fue verificado mediante escrito de 4 de noviembre de 2020 en el que, además de aportar la documentación requerida, se cuantificó la reclamación en la cantidad de 250.000 euros, se personaron en el procedimiento la esposa e hijos del Sr. (...) y se solicitó la práctica de determinadas pruebas.

- Con fecha 25 de noviembre de 2020 se dicta Resolución del Secretario General del SCS por la que se admite a trámite la reclamación de los interesados y se acuerda la realización de cuantos actos fueran necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la Resolución.

- Con fecha 25 de noviembre de 2020 se solicita informe al SIP a los efectos de que concrete las lesiones producidas y la presunta relación de causalidad entre dichas lesiones y la actuación del servicio público sanitario y, en su caso, la cuantificación de la indemnización procedente.

- Con fecha 26 de julio de 2023 se remite informe del SIP, así como la Historia Clínica del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín –en adelante, HUGCDN- y el informe emitido por GSC.

- Con fecha 7 de agosto de 2023 por parte de GSC se presentó escrito en el que manifestaban su decisión de no formular proposición de pruebas.

- Con fecha 9 de agosto de 2023, se dicta Acuerdo sobre periodo probatorio, admitiéndose como pruebas la documental consistente en los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción, así como recabar del Centro Coordinador de Emergencias y Seguridad «*todas las llamadas registradas y grabadas entre las fechas 17/03/2020 y el 22/03/2020 efectuadas desde el teléfono (...), así también las efectuadas y grabadas al 900.061.112 donde se comunicaba a las personas con síntomas entre el 17/03/2020 y el 22/03/2020 desde el teléfono arriba mencionado*».

- Ultimada la instrucción del procedimiento, con fecha 21 de diciembre de 2023 se acordó el preceptivo trámite de audiencia a los interesados.

- Con fecha 22 de diciembre de 2023 por GSC se presenta escrito en el que se aporta CD con las grabaciones de las llamadas telefónicas efectuadas, realizando las siguientes precisiones:

« (...) 2.- Que, dando cumplimiento a su solicitud, se procede a la remisión de CD conteniendo las grabaciones de las conversaciones mantenidas en relación a dicha actuación.

3.- Que, sin embargo, debido a que nos estamos encontrando con un serio problema de incompatibilidad de software para la lectura encriptada de estas grabaciones (obligatoria) entre la empresa que represento y el Organismo Autónomo al que me dirijo, y a que no resulta oportuno la remisión telemática de las mismas, vía Sede Electrónica -dado lo sensible de su contenido-, es por lo que las mismas han sido entregadas directamente, en soporte CD, a la Técnico del Servicio encargada de este expediente ((...)) con fecha 18/12/23.

4.- Que, asimismo, el CD referido contiene exclusivamente las grabaciones concernientes a las llamadas realizadas al 1-1-2. Lamentablemente, sólo podemos aportar las grabaciones relacionadas con las llamadas realizadas directamente al 1-1-2, dado que en ese momento (marzo 2020) la línea COVID (nivel 1 de la Línea 900) se gestionaba directamente a través de la, entonces, Dirección General de Modernización y Calidad de los Servicios, actual Dirección General de Modernización y Calidad de los Servicios Públicos.

En consecuencia, GSC no tiene ningún tipo de potestad ni acceso a las grabaciones relacionadas con dicha atención de servicio, resultando imposible poder facilitarle copia de las mismas. No obstante, y tras indagar, nos confirman que, para su obtención, habrían de dirigir la petición a la Jefa de Servicio de Modernización, (...), cuyo correo es (...)».

- Con fecha 3 de enero de 2024 los reclamantes presentan escrito reiterando la solicitud de aportación de todas las grabaciones, así como de los protocolos de actuación.

- Con fecha 15 de enero de 2024 por el Servicio de Normativa y Estudios del Servicio Canario de la Salud se requiere al SIP para que remitan los protocolos de actuación, lo cual es verificado con fecha 19 de enero de 2024.

- Con fecha 15 de enero de 2024 por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud le requiere a la Dirección General de Modernización y Calidad de los Servicios Públicos *«las grabaciones al teléfono 112 Canarias (Centro Coordinador de Emergencias y Seguridad), todas las llamadas registradas y grabadas entre las fechas 17/03/2020 y el 22/03/2020 hasta que el fallecido fue trasladado al Hospital Dr. Negrín, efectuadas desde el teléfono (...), así también las llamadas efectuadas y grabadas al 900.061.112, donde se comunicaban a las personas con síntomas, entre el 17/03/2020 y el*

22/03/2020 desde el teléfono arriba mencionado», lo cual es verificado con fecha 19 de enero de 2024.

- Con fecha 28 de febrero de 2024 se confiere nuevo trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento.

- Con fecha 6 de marzo de 2024 por los reclamantes se presenta escrito por el que se reitera nuevamente la solicitud de las grabaciones y la aportación de los protocolos.

- Con fecha 1 de abril de 2024 se informa a los reclamantes que «la documentación que solicitó se encuentra disponible en el expediente: la documental visible en Sede Electrónica y respecto de las grabaciones señalar que se encuentran a su disposición en soporte CD, pudiendo retirarlas en nuestras dependencias (...) ».

- Con fecha 9 de abril de 2024 se entrega a los reclamantes el copia del CD correspondiente a Doc. 21.1.

- Con fecha 15 de abril de 2024 por los reclamantes se presenta escrito se reitera nuevamente la solicitud de las grabaciones gestionadas directamente por la Dirección General de Modernización y Calidad de los Servicios.

- Con fecha 10 de mayo de 2024 por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud se requiere a la Dirección General de Modernización y Calidad de los Servicios la remisión de las grabaciones.

- Con fecha 27 de mayo de 2024 por la Dirección General de Modernización y Calidad de los Servicios se informa que todas las llamadas correspondientes al Nivel 1 fueron remitidas con fecha 22 de enero de 2024, siendo competencia del Centro Coordinador de Emergencias y Seguridad 112 las correspondientes al Nivel 2.

- Con fecha 3 de junio de 2024 la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud requirió al Centro Coordinador de Emergencias y Seguridad 112 la remisión de las grabaciones de las llamadas correspondientes al Nivel 2.

- Con fecha 25 de julio de 2024 por GSC se presentó escrito en el que manifestaban que dichas grabaciones ya habían sido aportadas.

- Con fecha 26 de julio de 2024 se confiere nuevo trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento.

- Con fecha 7 de agosto de 2024 los reclamantes presentan escrito en el que reiteran nuevamente la aportación de las grabaciones, así como de los protocolos de actuación.

- Con fecha 8 de agosto de 2024 por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud se requiere a GSC para que proceda a *«la remisión íntegra de las grabaciones por duplicado en formato CD»*, lo que fue verificado con fecha 9 de octubre de 2024.

- Con fecha 25 de noviembre de 2024 se confirió nuevo trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento, presentándose escrito de alegaciones por parte de los reclamantes con fecha 12 de diciembre de 2024.

- A juicio del órgano instructor, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 20.j) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en el caso que nos ocupa no resulta preceptivo el informe de la Asesoría Jurídica Departamental, dado que las cuestiones de derecho planteadas ya han sido resueltas en anteriores informes por el Servicio Jurídico.

- Con fecha 10 de marzo de 2025 se emite Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación formulada por los interesados.

- Con fecha 8 de enero de 2025 por la Sección I de este Organismo consultivo se acordó requerir a la Administración sanitaria a los efectos de que aportara los CD con las grabaciones, con suspensión del plazo para la emisión del dictamen.

- Con fecha 11 de julio de 2025 se aportó la documentación solicitada.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar que no concurren los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

2. Tal y como ha tenido ocasión de recordar este Consejo Consultivo (entre otros, en su Dictamen 328/2020, de 10 de septiembre), *«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".

Es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración».

3. Por otro lado, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario presenta una serie de particularidades que se derivan de la denominada «***lex artis ad hoc***».

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 dice 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, mas 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 idéntico sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, declara lo siguiente: *«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, por tanto, 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.

En este mismo sentido se ha decantado este Consejo Consultivo de Canarias. Así, se ha de traer a colación, por ejemplo, y, entre otros muchos, el Dictamen 6/2019, de 9 de enero, de este Organismo, en el que se expresa lo siguiente:

«El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la lex artis y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física.

En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la lex artis, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios, como la preparación y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las

condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etcétera). En general, pues, la infracción de estas reglas de la lex artis se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación. Por lo tanto, el criterio de la lex artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha lex artis. Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Administración y en qué otros casos se va a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración sino de la evolución natural de la enfermedad.

Este límite nos lo proporciona el criterio de la lex artis, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la lex artis (no siendo el daño antijurídico) mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la lex artis, la obligación de reparar recae sobre la Administración. El criterio de la lex artis se define como ad hoc, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada caso. La sentencia del TS de fecha 17 de julio de 2012 establece "El motivo ha de ser igualmente rechazado, pues como señala, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 67) (recurso de casación núm. 6580/2004), con cita de otras anteriores, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente".

Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que "en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica

correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto". Así las cosas y como quiera que de los hechos que la Sala de instancia declara probados no resulta en el caso enjuiciado una actuación médica contraria a lex artis, ha de concluirse que los eventuales daños que con ocasión de la misma se hubieran podido producir -incluidos los daños morales- en ningún caso serían antijurídicos, por lo que existiría la obligación de asumirlos, sin derecho a indemnización».

4. De otro lado, en relación con la carga de la prueba, se ha de recordar que este Consejo Consultivo ha reiterado en múltiples ocasiones (por todos, Dictámenes 87/2019, de 13 de marzo y 219/2020, de 3 de junio) que, según el art. 32.1 LRJSP, 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).

En este mismo orden de cosas, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de junio de 2023 ha razonado lo siguiente:

« (...) Hemos de recordar la importancia que en un ámbito tan técnico tienen las reglas sobre la carga de la prueba a las que se refieren nuestras leyes procesales.

Así, conforme a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde al demandante "la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda", y corresponde al demandado "la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior". Las precitadas reglas generales se matizan en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se "deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

La Jurisprudencia (STS de 7 de septiembre y 18 de octubre de 2005, de 9 de diciembre de 2008, de 30 de septiembre, 22 de octubre, 24 de noviembre, y 18 y 23 de diciembre de 2009, y las que en ellas se citan) han precisado el alcance de las anteriores normas sobre la carga probatoria en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria a la luz del principio de facilidad probatoria, en el sentido de que compete al recurrente la prueba del daño antijurídico y del nexo o relación de causalidad entre éste y el acto de asistencia médica, de forma que, no habiéndose producido esa prueba no existe responsabilidad administrativa, si bien tales exigencias deben moderarse, en aplicación del principio de facilidad de la prueba, tomando en consideración las dificultades que en cada caso concreto haya encontrado el recurrente para cumplir con la carga probatoria que le incumbe debido a que la Administración es la parte que dispone del expediente administrativo.

Pero una vez acreditado por el demandante el daño antijurídico y el nexo causal entre éste y la actuación sanitaria, corresponde a la Administración la prueba de que ajustó su actuación a las exigencias de la lex artis, por la mayor dificultad del reclamante de acreditar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta praxis médica, si bien no faltan sentencias en las que, sin excluir el principio de facilidad probatoria, se indica que la prueba de un mal uso de la lex artis corre a cargo de quien reclama, aunque en ellas se considera la prueba de presunciones como un medio idóneo de justificación de este mal uso, en concreto, cuando el daño sufrido por el paciente resulta desproporcionado y desmedido con el mal que padecía y que provocó la intervención médica, en cuyo caso cabrá presumir que ha mediado una indebida aplicación de la lex artis (STS de 17 de mayo de 2002 y 26 de marzo de 2004).

Aunque lo anterior parece dar la razón a quien reclama cuando afirma que corresponde a la Administración la carga de probar que no existió mala praxis, es lo cierto que esta tesis carece de la trascendencia que se le pretende atribuir porque previamente incumbe a la parte actora la de acreditar la antijuricidad del daño, y ello lleva implícita la prueba de que la prestación sanitaria no se acomodó al estado de la ciencia o que, atendidas las

circunstancias del caso, los Servicios Públicos Sanitarios no adoptaron los medios a su alcance.

De otra parte, es claro que, si la Administración invocara la existencia de fuerza mayor o, en general, la ruptura del nexo causal como causa de exoneración de su responsabilidad, es ella la que debe acreditar el hecho, para que tal causa de exoneración resulte operativa.

Y, finalmente, como es sabido, por haber sido reiterado en numerosas sentencias que se han dictado acerca de cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial sanitaria, resulta necesario acudir a los informes técnicos que suministran al Tribunal los conocimientos necesarios, de carácter técnico-médico, para resolver las cuestiones debatidas.

Y, también es sabido que las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica y este Tribunal carece de los conocimientos técnicos-médicos necesarios, por lo que debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos, bien porque las partes hayan aportado informes del perito de su elección al que hayan acudido o bien porque se hubiera solicitado la designación judicial de un perito a fin de que informe al Tribunal sobre los extremos solicitados. En estos casos, los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado». Doctrina que, «*mutatis mutandi*» es plenamente aplicable al presente procedimiento, pese a que nos encontremos en el ámbito administrativo de la reclamación.

5. Pues bien, sentada la anterior doctrina, en el presente caso los reclamantes imputan a la Administración sanitaria el trato poco diligente dispensado a su padre en la asistencia prestada el día 22 de marzo de 2020, al considerar que no se activaron los servicios precisos para dispensarle una adecuada asistencia sanitaria ante los síntomas que presentaba. Sin embargo, este Organismo consultivo, una vez examinados los limitados medios de prueba de que dispone -únicamente el Historial Clínico del Sr. (...), el informe del servicio concernido y el informe del SIP-, no puede compartir tal conclusión.

Así, ha quedado debidamente acreditado en el expediente administrativo, que el día 18 de marzo de 2020 el hijo del Sr. (...) -(...)-, llamó al teléfono que en esos momentos había dispuesto la Comunidad Autónoma para comunicar los casos de Covid-19 -900.061.112- y manifestó que sus padres habían llegado de viaje de Barcelona el día 16 de marzo, estando ya su padre con fiebre a la llegada y que continuaba con la misma llegando en ocasiones hasta 38.º, pero que con paracetamol se le bajaba. Asimismo, refirió que su padre no tenía antecedentes de riesgo, ni

problemas respiratorios, ni cardiacos; y que su madre padecía de hipertensión. Ante estos datos referidos por la familia, por el 112 se les indicó aislamiento, medidas de higiene, así como se les advirtió que, si con el paracetamol no bajaba la fiebre, o esta subía y le faltaba el aire tenían que volver a llamar. Asimismo, se les indicó que le vigilaran la fiebre dos veces al día y que llamaran al médico de cabecera. Consultado el historial médico de Atención Primaria no consta que en esos días se pusieran en contacto con su médico de Atención Primaria.

Posteriormente, el día 22 de marzo de 2020, a las 15:05 horas, el hijo del Sr. (...) -(...)- llama nuevamente al teléfono de atención al Covid-19 y manifiesta que su padre sigue con fiebre de 38.º que baja cuando le administran paracetamol, ahora bien, cuando le sube la fiebre le costaba respirar y le falta el aire. Además, refiere que la fiebre le suele subir por la noche. Continúa manifestando que está viendo que su padre se está poniendo peor, habiendo tenido esa mañana una deposición diarreica, le «*pica*» la garganta, y al toser escupió «*sangraza*». Ante esta información por el 112 se les indica que van a ir al domicilio a recoger una muestra. Tal como ha podido comprobar este Organismo consultivo al escuchar las grabaciones, esta conversación se produjo en un clima de tranquilidad, sin mostrar los familiares del Sr. (...) signos de alarma o de urgencia.

Transcurridas, algo más de dos horas, esto es sobre las 17:46 horas, llama nuevamente al servicio de atención al Covid-19 otro hijo del Sr. (...) -(...)- manifestando que su padre se está muriendo, que lleva ocho días con fiebre de 38.º, está temblando y le falta el aire, ante lo cual el servicio les envía una ambulancia y traslada al Sr. (...) al Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, donde es ingresado hasta su óbito el día 12 de mayo de 2020.

Expuestos los anteriores hechos que resultan del expediente administrativo, hay que tener en cuenta, tal y como consta en el informe del SIP, lo siguiente:

«En marzo de 2020 se declara por la Organización Mundial de la Salud la situación de pandemia respecto del brote de SARS-CoV-2. El 14 de marzo de 2020 se decreta el estado de alarma en nuestro país.

En relación con dicho brote por coronavirus, a comienzos de marzo de 2020 en Canarias, las personas que no acudían a centros sanitarios podían recibir información y solicitar atención sanitaria por distintos medios no presenciales:

** Comunicación con su centro de salud - médico de familia.*

*** Teléfono gratuito 900 112 061 donde un equipo de enfermería, bajo la coordinación del Servicio de Urgencias Canario atendía llamadas en función del tipo de demanda,*

diferenciando lo que es solo información (nivel 1), de las consultas de carácter sanitario por situación clínica de pacientes positivos o que tengan sospecha de serlo (nivel 2) que son derivadas directamente a los gestores sanitarios del 1-1-2 Mesa COVID del SUC.

**** 1-1-2.*

En marzo de 2020 eran de aplicación los protocolos que en continua revisión se fueron modificando a lo largo del tiempo, conforme a los conocimientos científicos y epidemiológicos de cada momento.

En marzo de 2020 no existía un tratamiento específico frente al SARS-CoV-2. Se estaban realizando ensayos con múltiples fármacos como la combinación de inhibidores de la proteasa (lopinavir/ritonavir) con o sin interferón β, o tratamiento con un inhibidor de la ARN polimerasa (remdesivir), (...) . Tratamientos empíricos que en el momento actual pueden no ser de aplicación.

Siendo los síntomas principales de Covid 19: Fiebre, tos seca y disnea, la atención domiciliaria es la opción para pacientes con un síntoma principal y leve afectación del estado general, sin criterios de gravedad. En la atención telefónica se indica tratamiento sintomático y medidas de aislamiento y se comunica que debe contactar con su médico del centro de salud ante aparición de nuevos síntomas o agravamiento (...) ».

Efectivamente, en el Protocolo de «*Manejo domiciliario de casos en investigación, probables o confirmados de COVID-19*», en su versión de 9 de marzo de 2020 -obrante en el expediente administrativo-, se establecen como criterios de gravedad que, por ende, no son susceptibles de manejo domiciliario sino de ingreso hospitalario, el hecho de que el paciente padezca disnea, expectoración abundante, hemoptisis, vómitos incoercibles, diarrea con deshidratación, confusión o letargia. Tal como acabamos de exponer el día 22 de marzo de 2020 el Sr. (...) en la primera llamada a las 15:08 horas únicamente presentaba disnea solamente cuando le subía la fiebre, una deposición de diarrea y una expectoración con sangre, por lo que la decisión de mandar al domicilio a un equipo para recoger muestras fue correcta. Es, dos horas después, a las 17:46 horas, cuando ya se refiere disnea persistente, así como temblores, por lo que, conforme al indicado protocolo se activó la ambulancia para su traslado al centro hospitalario.

Como cabe advertir, en el presente caso los servicios médicos siguieron adecuadamente el protocolo de actuación establecido por las autoridades. Además, no ha quedado acreditado, tal como señalan los reclamantes en su escrito inicial que el Sr. (...) «*estuvo 6 días padeciendo la enfermedad sin recibir atención médica preceptiva*», pues, tal como consta en el expediente administrativo, en todo

momento el paciente recibió asistencia médica y estuvo en contacto con los servicios médicos, salvo con su médico de Atención Primaria por propia decisión de la familia.

Además, no podemos perder de vista el momento histórico en el que se desencadena el proceso infeccioso que sufrió el Sr. (...), esto es, en los inicios de la pandemia mundial del virus del Covid-19. A este respecto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 1981/2024, de 17 de diciembre, ha señalado lo siguiente:

« (...) En las sentencias dictadas hasta la fecha se ha incluido un resumen de tales momentos previos a la declaración del estado de alarma que, dado el planteamiento que se realiza en la demanda, conviene ampliar aquí, reflejando los puntos o actuaciones concretas que pueden extraerse del mencionado informe.

Así:

- El día 7 de enero de 2020 el Ministerio de Sanidad activó el sistema de Alertas y Respuesta Rápida, con el objetivo de trasladar información a las Comunidades Autónomas. Coincide tal día con que las autoridades chinas informan que los casos detectados en diciembre son provocados por un nuevo coronavirus que denominan SARS- Cov-2.

- A partir del 13 de enero de 2020 se efectúan actualizaciones diarias de la información relacionada con tal virus. Es relevante que el 23 de enero de 2020 se publica un protocolo elaborado por la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta y ello para dar contestación a casos sospechosos en España.

- Siguiendo con la secuencia temporal, el día 30 de enero de 2020 se celebra la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (OMS) en relación con el brote del nuevo coronavirus 2019; estableciéndose como una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional.

- A raíz de tal situación, el Ministro de Sanidad desarrolla un contacto coordinado con las CCAA, el Centro Nacional de Epidemiología, el Centro Nacional de Microbiología y con los organismos internacionales como son la OMS, ECDE y la Comisión Europea. La intención es la de ir considerando las alertas y ofrecer una respuesta rápida y coordinada.

- También dentro del Ministerio de Sanidad se creó un Comité de Seguimiento.

- El contacto directo con las organizaciones internacionales fue tarea del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad.

- En los días 1 y 4 de febrero, el Ministro de Sanidad convocó en pleno al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Este Organismo asume, desde tal momento, tareas relacionadas con la gestión de la pandemia, seguimiento de los primeros casos, desarrollo de los protocolos, etc.

- El día 4 de febrero se creó el Comité de Coordinación Interministerial. Vino a ser un comité de evaluación y respuesta transversal.

- Entre los meses de enero y febrero de 2020 se realizaron las siguientes actividades de preparación en el Ministerio de Sanidad: formación de grupos de trabajo para la elaboración de protocolos, el CCAES elaboró un protocolo de actuación ante la aparición de posibles casos sospechosos en España (partiendo de la información disponible en ese momento y actualizado por documentos posteriores), el 24 de febrero se publicó una Evaluación de Riesgo para España de la Neumonía por nuevo coronavirus SARS-CoV-2, la SubDirección General de Sanidad Exterior del ministerio de Sanidad elaboró un procedimiento de actuación para aeronaves y buques e informó a los Centros de Vacunación Internacional para que dieran las recomendaciones oportunas a los viajeros, se dotó al CNM de las pruebas diagnósticas de laboratorio necesarias, se trabajó en el aumento de la capacidad de los laboratorios de las CCAA para que estuvieran preparados para realizar el diagnóstico inicial de la infección y el Comité Científico para la Seguridad Transfusional y la Organización Nacional de Trasplantes realizaron comunicados a los centros y servicios sanitarios para la identificación de donantes de riesgo.

- Los primeros casos de COVID-19 en nuestro país estaban relacionados con contactos en Alemania y Francia y se localizaron en La Gomera y en Mallorca los días 31 de enero y 9 de febrero. Del seguimiento de éstos se obtuvo ausencia de contagio en los contactos directos.

Los días 23 y 24 de febrero se comunicaron por Italia 129 casos positivos. Previamente, en el entorno europeo se habían detectado 45 casos de COVID-19 de los que 28 eran secundarios de otros conocidos. El 24 de febrero se confirmó en España el primer caso de COVID-19 con origen en Italia y 4 contagios de contactos relacionados con éste. Hasta el 27 de febrero se identificaba el origen o contacto inicial, salvo el de un contacto en Torrejón de Ardoz (Madrid).

El 2 de marzo notificaron 114 casos positivos de COVID- 19 en España, existiendo supuestos en los que se conocía el origen y otros en los que no fue posible verificar la inicial transmisión.

- En consideración al escenario de los países europeos, a excepción de Italia que se ubicaba ya en una fase inicial, las reuniones del CISNS (Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud) celebradas los días 1 y 5 de marzo catalogaron la evolución como de escenario de contención.

- Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud, el día 7 de marzo de 2020 informó que se habían superado los 100.000 casos confirmados de COVID-19 y emitió una declaración en la que se hizo un llamamiento a la acción para detener, contener, controlar, retrasar y reducir el impacto del virus a cada oportunidad.

Ese mismo día 7 de marzo, el Departamento de Seguridad Nacional emite una nota en la que se informa de la situación existente en España, Europa y a nivel mundial.

- Entre los días 8 y 9 de marzo hubo un aumento destacado de los casos registrados; que pasaron de 527 a 999. En el cómputo se pasó de incluir sólo los casos de infecciones respiratorias agudas con antecedentes de haber estado en una zona con evidencia de transmisión comunitaria o contacto estrecho con un caso probable o confirmado en los 14 días previos a incluir también las infecciones respiratorias de vías bajas que requieren de hospitalización.

Estos primeros días, desde el 7 al 10 de marzo, se extrae información precisa de las Comunidades Autónomas con el fin de detectar si los casos responden a agrupaciones identificadas o resultan de contagios esporádicos.

- El día 9 de marzo de 2020, el Centro Interterritorial del Sistema Nacional de Salud acuerda medidas de contención o distanciamiento en el ámbito educativo y laboral para la Comunidad de Madrid y Vitoria y Labastida en el País Vasco.

- El día 10 de marzo se aprueba el Real Decreto-ley 6/2020 por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública (BOE número 62, de 11 de marzo de 2020).

- Del 11 al 13 de marzo se apreció una duplicación de los casos; manifestándose una transmisión comunitaria mantenida.

Y, el 12 de marzo de 2020 se aprueba el Real Decreto-Ley 7/2020 por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 (BOE número 65 de 13 de marzo de 2020).

Es de destacar también el epígrafe del informe que lleva por título «Actuación del Ministerio de Sanidad en relación al suministro de material sanitario de protección a las Comunidades Autónomas y la atención en hospitalaria». En el mismo se desarrolla:

- Que el día 10 de marzo de 2020 se aprobó el Real Decreto-Ley 6/2020 que modificaba el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, a fin de que la Administración Sanitaria del Estado pudiese establecer el suministro centralizado de cualquier producto necesario.

- Una vez declarado el estado de alarma, mediante órdenes comunicadas del Ministerio de Sanidad se encomendó al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y a la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, la adquisición de determinados productos sanitarios y equipos de protección individual. Y estas son las órdenes: Orden Comunicada del Ministerio de Sanidad de 5 de marzo de 2020, Orden Comunicada del Ministerio de Sanidad de 12 de marzo, Orden Comunicada de 20 de marzo y de 25 de marzo y de 14 de abril.

- Concreta los datos en relación a la Comunidad de Madrid, resaltando que el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria hizo entrega de EPIs a la Comunidad en el Hospital Infanta San de San Sebastián de los Reyes y posteriormente en el recinto IFEMA.

- El Ministerio de Sanidad coordinó juntamente con las comunidades autónomas el marco estratégico en que los centros sanitarios y su personal debían hacer frente a la crisis sanitaria y al respecto se dictó la Estrategia de Detección Precoz, Vigilancia y Control del Covid-19.

Además el Ministerio de Sanidad también adoptó las siguientes medidas: documento técnico «Manejo clínico del COVID-19: atención hospitalaria de 28 de febrero de 2020, documento técnico «Manejo en urgencias del COVID-19» de 28 de febrero, documento técnico «Manejo clínico del COVID-19: unidades de cuidados intensivo» del 28 de febrero, documento técnico «Manejo en atención primaria y domiciliaria del COVID-19» de 28 de febrero, Orden SND/232/2020 de 15 de marzo por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis en materia sanitaria ocasionada por el COVID-19, documento técnico «Manejo de la mujer embarazada y el recién nacido con COVID-19» de 17 de marzo, documento técnico «Manejo pediátrico en atención primaria del COVID-19» de fecha 23 de marzo, Orden SND/310/2020 de 31 de marzo por la que se establecen como servicios esenciales determinados centros, servicios y establecimientos sanitarios, Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-Cov-2 publicado el 2 de abril, documento «Procedimiento de actuación frente a casos de infección por el nuevo coronavirus» aprobado por la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta publicado por el Ministerio de Sanidad el 11 de abril de 2020, Orden SND7344/2020 de 13 de abril por la que se establecen medidas excepcionales para el refuerzo del Sistema Nacional de Salud y la contención de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, documento técnico «Guía de actuación frente a COVID-19 en los profesionales sanitarios y socio-sanitarios de 13 de abril y también enumera «Recomendaciones para el manejo, prevención y control de COVID-19 en Unidades de Diálisis», «Recomendaciones para el manejo, prevención y control de COVID-19 en los servicios de oncología radioterápica» y «Recomendaciones para la programación de cirugía en condiciones de seguridad durante la pandemia COVID-19».

También señalábamos en las sentencias citadas que, entre los diferentes instrumentos de los que disponía el Gobierno de la Nación para hacer frente a la situación descrita (como la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública o la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, entre otros), y con amparo en el artículo 116 de la Constitución y en Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante LOAES), se optó por acudir al estado de alarma,

como medio idóneo para la gestión de crisis sanitarias, conforme al artículo cuarto, apartado b), de la citada Ley Orgánica.

Analizamos el Real Decreto 463/2020, así como sus sucesivas modificaciones (la operada por Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo) y prórrogas (hasta seis de ellas, y hasta el 21 de junio de 2020) y los cambios que por ellas se introdujeron.

Con posterioridad, como igualmente se refleja en las sentencias de esta Sala, se declaró un nuevo estado de alarma en fecha 25 de octubre de 2020, por Real Decreto 926/2020, inicialmente con duración hasta el 9 de noviembre de 2020, pero después prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, hasta el 9 de mayo de 2021.

La situación de crisis sanitaria no se declaró oficialmente finalizada hasta la publicación de la Orden SND/726/2023, de 4 de julio. Finalizábamos el análisis con la enumeración de la abundante producción normativa, tanto legislativa como reglamentaria, derivada de esta situación de crisis y que alcanzaba hasta a treinta y nueve normas diferentes.

(...)

El COVID-19 es un patógeno comunitario que se extendió por el conjunto del globo y que ha causado millones de fallecimientos en los últimos tres años. Desde esta perspectiva la calificación como nosocomial debe ser, como mínimo, atemperada en relación con lo que dice la perito que eran las posibilidades reales y en cada momento de evitar esos contagios.

Esto nos lleva a la conclusión de la adopción y cumplimiento de los protocolos. Las fechas en que se producen estos hechos, al principio de la pandemia y en las semanas más duras de la misma, hace que deba ponderarse las posibilidades científicas de adoptar medidas eficaces y que eran muy relativas en relación con los asintomáticos, como nos explica la perito, y que también eran relativas en cuanto a los contagios propiamente dichos, pues en los primeros momentos se daba especial relevancia a los contactos con la piel.

Junto a ello cabe decir que era un hecho no previsible y que no se puede exigir contar con unos medios que exceden de lo disponible y previsible, más allá de lo razonable cuando había un desabastecimiento mundial de los bienes sanitarios. La mera existencia del COVID no puede hacer que sea incorrecto o negligente la respuesta inicial cuando exigía unos medios y una planificación que no existía ni se dio en la historia reciente y cuando dicha aparición no fue declarada como pandemia hasta semanas antes. El marco de la realidad de aquellos días no puede ser ignorado para determinar la existencia de la fuerza mayor del art. 32.1 y 34.1 LRJSP. Conforme a reiterada jurisprudencia, sirva la STS, sec. 6ª, de 18 de enero de 2016 (Rec. 945/2015), esta circunstancia, esta situación, se enmarca dentro de un acontecimiento externo, ajeno a la administración y residencia e imprevisible, adoptándose medidas que en ese momento se consideran necesarias y con los medios disponibles, tal y como dice la fiscalía.

(...)

SÉPTIMO.- Fuerza mayor y pandemia.

Para que exista responsabilidad es preciso que los daños no se hayan producido en unas circunstancias que puedan ser calificadas de fuerza mayor. Así lo dice el artículo 106.2 de la Constitución y el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La existencia de fuerza mayor fue argumentada con extensión en las sentencias citadas y, al igual que hemos hecho anteriormente, a tal extensa argumentación nos remitimos, pero destacaremos que, a juicio de la Sala, la pandemia producida por el virus denominado técnicamente SARS-COV-2 se ajusta a esa definición de fuerza mayor porque constituyó un acontecimiento insólito e inesperado en el momento en el que surgió y por la forma en la que se extendió por todo el planeta en sus primeros momentos, inicio y desarrollo, completamente ajeno a la actividad de las Administraciones Públicas.

No obstante, cabe recordar que uno de los principios a los que deben someter su actuación las Administraciones públicas en materia de salud colectiva es el de precaución, artículo 3 d) de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y que con base a este principio la mera existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran.

Precisamente los daños que ahora se reclaman no se imputan a la pandemia, aunque esta sea causa remota de esos daños, sino a las medidas adoptadas por los poderes públicos para tratar de frenar su desarrollo. El juicio sobre esas medidas no puede quedar descartado por el hecho de calificar la pandemia con las características de la fuerza mayor en relación con determinados daños. No habrá ruptura del nexo causal y nacerá la responsabilidad patrimonial cuando los daños no fueren directamente imputables a la enfermedad sino a las medidas adoptadas para hacerla frente, medidas que pueden ser juzgadas desde la perspectiva de la responsabilidad por su razonabilidad, grado de intensidad, proporcionalidad o duración.

Ahora bien, para juzgar el acierto o desacierto de las medidas adoptadas por los poderes públicos en los primeros meses de pandemia, entre ellas las contempladas en los Reales Decretos de estado de alarma, no podemos estar a los conocimientos científicos actuales sino a los existentes cuando la pandemia comienza a desplegar sus efectos. Así lo ha sostenido tanto el Tribunal Constitucional en la STC 148/2021 como este Tribunal Supremo cuando ha declarado la prohibición del regreso lógico desde acontecimientos futuros (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fechas 14 y 15 de febrero de 2006; 7 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2008 y Sala Tercera en sentencia de fecha 14 de noviembre de 2001, Rec. 8397/1997).

La propia Ley 40/2015, en su artículo 34.1, a los efectos de la responsabilidad, tiene en cuenta estos mismos criterios de valoración:

«1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.»

Pues bien, no cabe duda de que el conjunto de medidas adoptadas por las Administraciones Públicas durante la gestión de la crisis sanitaria estuvo condicionada por los conocimientos científicos existentes en cada momento, muy escasos de certezas, tanto en lo relativo a la forma de transmisión del coronavirus y al impacto real de la propagación, como a las consecuencias a medio y largo plazo sobre la salud de las personas afectadas en mayor o menor medida por el virus. Con arreglo a esos conocimientos, las medidas de distanciamiento social, el confinamiento domiciliario y la limitación extrema de los contactos y actividades grupales fueron las únicas medidas que se acreditaron como eficaces para limitar los efectos de una pandemia completamente imprevisible y de dimensiones desconocidas hasta entonces.

No resulta ocioso recordar ahora, que el Tribunal Constitucional haya validado por sus notas de necesidad, proporcionalidad e idoneidad según cada hito de evolución de la pandemia en el país -esto es, de forma dinámica- las medidas controvertidas, pese a incidir, limitando el ejercicio de los derechos fundamentales implicados por mor de la finalidad legitima de salvaguardar bienes jurídicos esenciales, -en ese momento expuestos a un riesgo efectivo y desconocido en sus implicaciones- que exigió que se postergara a un momento más propicio, según los índices epidemiológicos conocidos en el devenir diario de la evolución de la pandemia, su pleno ejercicio. (...) ».

Lo hasta ahora expuesto, nos coloca ante la doctrina del «estado de la ciencia» a la que alude el art. 34.1 LRJSP que establece que «no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos».

Existen, por otra parte, abundantes precedentes jurisprudenciales en los que se ha justificado la excepción en el desconocimiento científico completo de una determinada patología o infección, así como de los medios concretos que puedan asegurar su curación o evitar o mitigar su propagación, tomando como referencia, en última instancia, el estado de los conocimientos médicos o sanitarios en el momento de producirse el daño [Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 enero 2003, (RCAs. 7926/1998) 2 abril 2004, 15 abril 2004, 11 noviembre 2004, 12 enero 2005 y 14 febrero 2005, (RCAs 1077/ 2001)], y eso

es lo que sucede precisamente en el presente caso, en que no hay evidencia alguna de que se pudiese dispensar una asistencia y un tratamiento distinto del que se dispensó al Sr. (...), antes de que falleciese el 12 de mayo de 2020.

Resulta así que, pese a la afirmación de los reclamantes, no se produjo ni una falta de atención, ni un abandono terapéutico, al paciente, sino que se le dispensó un tratamiento y asistencia adecuadas, conforme a lo que eran los protocolos existentes que obran incorporados en el expediente.

Asimismo, hemos de recordar cómo la asistencia sanitaria se configura como una prestación de medios por lo que ha de atenderse a si, efectivamente, fueron utilizados los medios materiales y humanos adecuados a la situación. En efecto, las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero y 1 de febrero de 2008, con cita de otras anteriores como las de 7 y 20 de marzo, 12 de julio y 10 de octubre de 2007, razonan que *«a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente», insistiendo la Sentencia de 11 de julio de 2007 en que «a la Administración sanitaria pública no cabe exigirle otra prestación que la de los medios disponibles por la ciencia médica en el momento histórico en que se produce su actuación, lo que impide un reconocimiento tan amplio de la responsabilidad objetiva que conduzca a la obtención de una indemnización aun en el supuesto de que se hubiera actuado con una correcta praxis médica por el hecho de no obtener curación, puesto que lo contrario sería tanto como admitir una especie de consideración de la Administración como una aseguradora de todo resultado sanitario contrarios a la salud del actor, cualquiera que sea la posibilidad de curación admitida por la ciencia médica cuando se produce la actuación sanitaria.*

Por el contrario, y partiendo de que lo que cabe exigir de la Administración sanitaria es una correcta aportación de los medios puestos a disposición de la ciencia en el momento en que se produce la prestación de la asistencia sanitaria pública, es lo cierto que no existiendo una mala praxis médica no existe responsabilidad de la Administración y, en definitiva, el paciente o sus familiares están obligados a sufrir las consecuencias de dicha actuación al carecer la misma del carácter antijurídico, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.3 de la Ley 30/92, es exigible como requisito imprescindible para el reconocimiento de responsabilidad de la Administración».

Pues bien, de todo lo expuesto y atendidos los datos obrantes en el expediente administrativo, podemos concluir que, el Sr. (...) recibió la asistencia y los tratamientos para el Covid-19 existentes y conocidos al tiempo de los hechos conforme al estado de la ciencia, poniendo a su disposición la Administración demandada los medios y tratamientos necesarios, de acuerdo con lo que se disponía y se sabía en marzo de 2020, por lo que consideramos, que, pese a la fatal consecuencia del fallecimiento del padre y esposo de los reclamantes no hubo vulneración de la *lex artis*.

Asimismo, se ha de señalar que en el presente caso tampoco ha quedado acreditado que se haya producido una *«pérdida de oportunidad»* por la tardanza en derivar al paciente a los servicios hospitalarios toda vez que, independientemente del momento del diagnóstico, el resultado hubiera sido el mismo. Así, de los informes médicos obrantes en el expediente se pone claramente de manifiesto que dado el estado de salud del Sr. (...) derivado de la infección por Covid-19, aún cuando se hubiera trasladado al centro hospitalario dos horas antes el tratamiento hubiera sido el mismo, y el resultado no hubiera tampoco variado.

6. Finalmente, en relación a las alegaciones relativas a la falta de realización de las pruebas diagnósticas de Covid-19 a los familiares del Sr. (...), deben ser igualmente desestimadas, toda vez que tanto el Protocolo de *«Procedimiento de actuación frente a casos de infección por el nuevo coronavirus (SARS-CoV-2)»* del Ministerio de Sanidad, como el *«Protocolo de actuación de los servicios sanitarios asistenciales públicos y privados, de Canarias frente a casos sospechosos de infección por el nuevo coronavirus (SARS-CoV-2) 18/03/2020»* de la Dirección General de Salud Pública del Gobierno de Canarias, señalan que:

«La decisión de la realización de pruebas diagnósticas dependerá de situación de transmisión comunitaria en cada Área de Salud y de la disponibilidad de recursos para la realización de las mismas.

En un escenario de transmisión comunitaria sostenida generalizada se priorizará la detección de infección por SARS-CoV-2 en las siguientes situaciones:

1. Persona con un cuadro clínico de infección respiratoria aguda que se encuentre hospitalizada o que cumpla criterios de ingreso hospitalario.

2. Persona con un cuadro clínico de infección respiratoria aguda de cualquier gravedad que pertenezca a alguno de los siguientes grupos: (a) personal sanitario y socio-sanitario, (b) otros servicios esenciales.

3. Personas especialmente vulnerables que presenten un cuadro clínico de infección respiratoria aguda independientemente de su gravedad, tras una valoración clínica individualizada».

Resultando que, de la prueba documental obrante en las actuaciones ha quedado acreditado que ninguno de los familiares del Sr. (...), y ahora reclamantes, se encontraba en ninguno de estos tres supuestos, no era preceptiva la realización de las pruebas diagnósticas en aquel momento.

En atención a lo expuesto, la falta de prueba de la inadecuación de la asistencia sanitaria prestada a la *lex artis* rompe el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños por los que se reclama y, por ende, impide, al ser un requisito esencial para ello, el surgimiento de la responsabilidad de la Administración prestadora del servicio, por lo que se ha de concluir que la Propuesta de Resolución, que desestima la pretensión resarcitoria de la reclamante, es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, por la que se desestima la reclamación sanitaria de los interesados, se considera conforme a Derecho por los razonamientos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.