

Dictamen n<sup>o</sup>:           **353/12**  
Consulta:               **Consejero de Sanidad**  
Asunto:                 **Responsabilidad patrimonial**  
Aprobación:           **06.06.12**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por mayoría, en su sesión de 6 de junio de 2012, sobre consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por E.R.A., sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid, por considerar que una deficiente asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Infanta Cristina, de Parla, ha tenido como consecuencia la amputación de una de sus piernas.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por escrito dirigido al Servicio Madrileño de Salud, de fecha 25 de abril de 2009, que tuvo entrada el día 18 de mayo del mismo año, el interesado formula reclamación de responsabilidad patrimonial por considerar que tras ingresar en el Hospital Infanta Cristina, de Parla, con el diagnóstico de rotura de cadera *“existió una dejación muy importante”* al focalizar toda la atención en *“el problema de la cadera, sin examinar jamás la pierna”* lo que produjo, según el criterio del reclamante, la amputación de una de ellas como consecuencia de *“un diagnóstico tardío”*. Solicita una indemnización de 80.000 euros.

Adjunta a su escrito de reclamación informes de alta del Hospital de Parla y del Hospital de Getafe, en el que se le intervino para la amputación de la pierna.

La historia clínica y la restante documentación médica obrante en el expediente, ponen de manifiesto los siguientes hechos:

El paciente, de 88 años de edad, acudió a urgencias del Hospital Infanta Cristina, de Parla, el día 27 de noviembre de 2008 por impotencia posterior para la marcha y dolor en miembro inferior izquierdo. Se le diagnosticó fractura pertrocantérea del fémur izquierdo. Quedó ingresado con tracción blanda en miembro inferior izquierdo (MII) a la espera de estabilización de su situación clínica.

Tras la valoración del servicio de Geriátrica, se programó la intervención quirúrgica para el 1 de diciembre del mismo año por la tarde, pero se retrasó por la aparición de un cuadro de suboclusión intestinal por un fecaloma el día 30 de noviembre.

El día 5 de diciembre, se detectó una flebitis en miembro superior que obligó a cambio de vía periférica.

El día 6 de diciembre se observaron signos de alarma en miembro inferior izquierdo (MII), como frialdad y palidez respecto lado contralateral, por lo que se retiró la tracción blanda, observándose edema, frialdad y cianosis por debajo de la rodilla izquierda. Ante la sospecha clínica de trombosis venosa profunda (TVP) o isquemia aguda, se solicitó eco-Doppler de MII, que descartó afectación venosa.

Se solicitó valoración por Servicio de Cirugía General y Digestiva, que diagnosticó sospecha de TVP de MII.

El 7 de diciembre, se reexploró dicho miembro existiendo mejor color, más tibieza, aunque persistían edemas y falta de pulsos y apareció herida compatible con úlcera perforante de presión (UPP).

El 9 de diciembre, apareció febrícula con posible foco en pierna con flictenas y celulitis y se pautaron antibióticos.

Fue intervenido el 10 de diciembre, realizándose reducción abierta y fijación interna con clavo femoral proximal Intrasys bajo anestesia intradural. Se prestó consentimiento informado para dicha intervención, así como para anestesia general (folios 123-127)

El 16 de diciembre, se observó escara necrótica bien definida en cara anterior pierna con buen aspecto. En el pie se apreciaron lesiones de aspecto necrótico cianótico, por lo que se pidió eco-Doppler, en el cual no se observaban signos compatibles con TVP ni alteraciones del sistema arterial profundo hasta hueso poplíteo.

El 18 de diciembre, cursó alta hospitalaria con traslado a la Unidad de Recuperación Funcional del Hospital Virgen de la Poveda.

Desde el 19 de diciembre no constan datos en la historia clínica.

El 26 de enero de 2009, ingresó en el Hospital de Getafe (Urgencias). En el informe del Servicio de Angiología y Cirugía Vascular consta lo siguiente: *“D. Principal: Isquemia crónica irreversible en MII por obstrucción fauno poplíteo. Proc. Principal: Amputación supracondílea de MII”*.

El 5 de febrero, el paciente fue intervenido. En la historia clínica consta lo siguiente: *“actualmente el paciente es remitido desde el Hospital Virgen de la Poveda para valoración de lesiones de MII necróticas secundarias a la inmovilización de fractura de cadera. El paciente estaba en rehabilitación en dicho hospital, prácticamente no habiendo conseguido deambular debido a las lesiones de la pierna izquierda. A la exploración física miembro inferior derecho (MID): pulso femoral y poplíteo +++. MII: Pulso femoral +++ Resto negativos. No se detecta flujo arterial en pedia. Índice TB en tibial posterior 0,4 y presenta placa necróticas en roces de 1º a 5º dedo”*.

*“En las hojas de evolución, previas y posteriores a la cirugía se incluyen: seguimiento, preoperatorio, consentimiento informado y pruebas realizadas. Se realizan transfusiones.”*

El día 13 de febrero de 2009, el paciente fue dado de alta hospitalaria.

**SEGUNDO.-** Se inició procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que se comunicó al despacho de abogados señalado por el reclamante mediante oficio de 21 de mayo de 2009. El abogado presentó el 30 de noviembre de 2009 un escrito en el que comunicaba el fallecimiento del reclamante y señalaba que continuaba la reclamación en nombre de los herederos legales. Acompañaba a este escrito copia del libro de familia.

El 10 de mayo de 2011, la instrucción del expediente formalizó requerimiento para que se aportase documento acreditativo de la condición de herederos de los nuevos reclamantes, bien mediante herencia o *ab intestato*, así como documento acreditativo de la condición de representante del abogado de estos herederos. El requerimiento se notificó el 6 de junio de 2011.

El 20 de junio de 2011, se cumplimentó por el abogado lo solicitado presentando copia de testamento abierto otorgado por el reclamante inicial y autorización manuscrita y firmada por la viuda del interesado, así como por sus hijos, para que el citado abogado actuase en su nombre. También aportó certificado de defunción del reclamante inicial.

En fase de instrucción se han recabado los informes médicos que conforman la historia clínica de la reclamante (folios 31 a 172), así como los siguientes informes:

- Informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Infanta Cristina de 24 de mayo de 2010 (folios 172 a 176).

- Informe del Servicio de Geriátría del Hospital Infanta Cristina (folios 177 a 184), de 20 de mayo de 2010.
- Informe del Servicio de Cirugía General y Digestivo del Hospital Infanta Cristina de 24 de mayo de 2010 (folios 185 y 186).
- Informe de la Inspección Sanitaria, de 10 de junio de 2010, (folios 295 a 309), cuyas conclusiones ponen de manifiesto lo siguiente:

*1) - El paciente padecía una isquemia crónica de MMII de mucho tiempo de evolución con muchos factores de riesgo preexistentes (fibrilación auricular con respuesta rápida, patología vascular intestinal, hipertensión arteria (HTA), antecedentes oncológicos (cáncer de colon) operado, con metástasis vertebrales, insuficiencia renal crónica, anemia macrocítica megaloblástica, poliartrosis con dolor crónico que le obligaba a mantenerse en reposo).*

*2) - Factores de riesgo de reagudización de su isquemia fueron: Fractura de extremidad inferior, anemia aguda, inmovilización prolongada por espera hasta que se resolvió la suboclusión intersticial por el fecaloma, retirada de Adiro por el alto riesgo hemorrágico que supondría la intervención quirúrgica, flebitis en miembro superior, infección del tracto urinario.*

*3) - El diagnóstico diferencial mas difícil consiste en distinguir una oclusión arterial aguda y una TVP. Cuando ocurre la TVP se observa palidez y no cianosis distal al lugar de la oclusión arterial. Cuando aparece una oclusión venosa, deben existir los pulsos arteriales.*

*4) - El edema no es un signo de isquemia aguda, mientras que sí lo es (signo fundamental) una tromboflebitis (venosa).*

5) - *El dolor agudo que se observa en el 75% de los pacientes indica de manera precisa el momento de la oclusión del vaso. En este caso, el dolor se solapaba en parte porque el paciente estaba medicado con analgésicos por su poliartrrosis.*

6) - *Una vez que el síntoma doloroso agudo aparece, conforme pasa el tiempo el dolor va haciéndose mucho más agudo e intenso. Por ello, en su reclamación el paciente refiere que «sólo se le diagnosticó la oclusión cuando los dolores se hicieron muy fuertes»*

7) - *Mediante el diagnóstico con doppler, se observa bien la presencia o ausencia de flujo a través de la circulación colateral, pero no permite siempre diferenciar una oclusión crónica de una aguda.*

*En nuestro caso, el doppler no mostró signos de una TVP, se realizó a tiempo ante la duda.*

8) - *Al no existir (según nuestra bibliografía) un tiempo específico en el que la isquemia se haga irreversible después de una oclusión aguda, se suele considerar un lapso de tiempo de 12 horas de oclusión aguda como periodo máximo en el que se puede revertir la función del miembro afectado.*

9) - *En el paciente que ocupa la presente reclamación se consideró la posibilidad de un tratamiento quirúrgico inmediato para tratar la enfermedad, pero dado su caso concreto, el riesgo quirúrgico era altísimo, por lo que, consensuado e informados paciente y familiares, se optó por tratamiento conservador. Es decir, la viabilidad de la pierna a expensas de la vida no se consideró indicada. Se optó por el tratamiento de la enfermedad sistémica y aliviar el dolor mediante narcóticos.*

10) - *Las lesiones iniciales en el MII, descritas cuando el paciente ingresó por su fractura y que llevaron a alarmar, a los cirujanos*

*vasculares, (hasta descartar TVP mediante estudio doppler) son diferentes a las que describe el cirujano vascular en el Hospital Universitario de Getafe, de lo que se puede deducir la rápida evolución de las lesiones en un lapso corto de tiempo, provocadas sin duda, por la evolución de la isquemia crónica que padecía el paciente.*

*11) - Cuando se evaluó al paciente de diagnóstico de isquemia crónica y no de isquemia aguda, y al no poder ofrecerle otra alternativa mejor que el tratamiento conservador (según bibliografía actualizada, la tercera parte de las muertes por embolias periféricas se deben a efectos metabólicos de la revascularización), se optó por éste y no por el quirúrgico.*

*12) - Al no detectarse una complicación que fuera susceptible de un tratamiento que preservase la pierna y dado que el paciente tenía una fractura de cadera no estabilizada, no se consideró necesario el traslado a Cirugía Vascular (que por otra parte habría conllevado la movilización del paciente y por tanto añadir riesgo de embolia grasa o tromboembólica, con grave riesgo para su vida). Entendemos que se optó por priorizar el tratamiento de la fractura.*

*13) - En la bibliografía estudiada, también hemos encontrado que, en muchas ocasiones, algunos pacientes con isquemia arterial crónica de miembros inferiores, permanecen asintomáticos hasta fases muy avanzadas.*

*14) - En este caso parece lógico pensar que no se pudieron tener signos claros de alarma hasta que comenzaron a aparecer los primeros cambios en la apariencia de la pierna, realizándose en ese mismo momento la actitud indicada. La solicitud de pruebas complementarias y consulta urgente con el especialista de cirugía vascular y digestivo valoraron el episodio correcto. Durante su corta actuación objetivaron*

*la prioridad de tratamiento de la cadera fracturada frente a otras patologías asociadas.*

*15) - No obstante, ante la sospecha y signos de alarma de TVP estudiados en la historia clínica del paciente, es cierto que se le realizaron pruebas diagnósticas con eco-doppler en fechas anterior y posterior a la cirugía de la fractura, pero ello tendentes al hallazgo de una TVP, no a una isquemia crónica.*

*16) - Como hemos apuntado, la arteriografía hubiera sido el método diagnóstico adecuado e indispensable para el diagnóstico correcto de la isquemia del paciente.*

*17) - No hemos encontrado en la historia ni en la documentación aportada que constaran entre sus antecedentes personales y/o anamnesis la existencia de una isquemia de MII, hasta tiempo después de que el paciente fue operado. Si bien es cierto que los síntomas podrían haberse silenciado por los analgésicos mórficos que estaba tomando, también lo es el que se debió realizar a tiempo una arteriografía y sospechar que podría haber una isquemia crónica, dados los factores de riesgo que padecía y aun más cuando aparecen lesiones al principio de su ingreso tras el traumatismo.*

*18) - Por tanto, sí pudo existir error, como indica el reclamante al apuntar que hubo un retraso en el diagnóstico de su isquemia de MII, ya que no se concretó con el Servicio de Cirugía Vasculuar en su primer ingreso, pero no creemos que la evolución que tuvo hubiera variado, dado lo descrito en apartados anteriores.*

*19) - No es cierto que, como indica el reclamante la atención médica se centrara en la fractura y se obviarán otros factores ya que queda demostrado que la asistencia fue de modo integral y multidisciplinar, como así venía haciéndose con el presente*

*polipatológico, siempre contando con el Servicio de Geriátrica, Cirugía General, Traumatología, Medicina Interna.*

*20) - Por todo ello, estimo que las actuaciones realizadas han sido adecuadas durante toda la evolución de la enfermedad y que aunque se hubiera valorado «a tiempo» el diagnóstico de la isquemia no hubiera evolucionado de otro modo.*

*21) - Asimismo, nos consta que tanto el paciente como sus familiares fueron debidamente informados de los hallazgos y consensuados los tratamientos efectuados.*

En cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, fue conferido trámite de audiencia a la parte interesada el 6 de abril de 2011, notificado el 14 de abril (folio 314).

Con fecha 19 de abril la representación de los interesados presentó escrito de alegaciones ratificándose en la reclamación (folio 315)

El 28 de junio de 2011 la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 26/2010, de 28 de julio) elevó propuesta de resolución desestimatoria.

El Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad, con fecha 3 de agosto de 2011, emitió informe en el que concluía que procedía desestimar la reclamación.

En este estado del procedimiento, el expediente se remitió a este Consejo Consultivo el 23 de agosto de 2011 para su preceptivo informe y fue objeto del Dictamen 623/11, de 10 de noviembre de 2011, en el que se recogía como conclusión: *“Procede devolver el expediente para que la Inspección Sanitaria emita el informe complementario al que nos referimos al final de*

*la consideración jurídica inmediatamente precedente. Elaborado el informe complementario, procederá conferir trámite de audiencia a los interesados.”*

Con fecha 6 de febrero de 2012, se recaba el antedicho informe complementario por parte de la Inspección Sanitaria, que realiza las siguientes aclaraciones:

*(...) una vez revisado el informe emitido por el inspector que suscribe, en cuanto a los apartados que presentan una razonable duda, hemos comprobado que efectivamente hemos utilizado un lenguaje confuso. Ello ha generado la duda razonable de que el criterio concluido pudiera hacer pensar que de haberse realizado una prueba concreta (angiografía) se hubiera podido evitar la amputación del miembro.*

*En este sentido se debe aclarar lo siguiente:*

*1. Nos hemos referido a la práctica de una angiografía como una prueba que aún hoy sigue considerándose como el patrón estándar en el diagnóstico de la enfermedad arterial periférica (no en vano esta protocolizado cuando se trata de estudiar preoperatoriamente una cirugía reconstructiva vascular).*

*En nuestro informe nos hemos referido a que no hemos encontrado en su historia clínica que se haya realizado una angiografía, pero no concretamente a que se "debió" realizar (en concepto de obligatoriedad) sino simplemente que lo hemos echado en falta a lo largo de los años de la clínica de Isquemia por si hubiera sido susceptible de tratamiento quirúrgico.*

*2. Los factores predisponentes de arteriografía vascular en la persona de [el paciente] eran de sobra conocidos, pero no por ello dejó de estudiarse el estado vascular de su MII exhaustivamente (se le*

*realizó mas de un eco-doppler vascular que no mostraron especial relevancia ni vascular TVP ni arterial).*

*En cuanto a que el paciente presentaba isquemia crónica, no ha ofrecido ninguna duda, no en vano estaba sometido a antiagregantes y anticoagulantes no sólo por su proceso cardíaco sino en prevención de que la isquemia pudiera agudizarse en algún momento, ocluyendo por completo la arteria. Eso fue lo que ocurrió sin duda tras la fractura e intervención y por tanto inmovilización del miembro afecto.*

*En el informe no hemos querido expresar que hubiera tenido que hacerse obligatoriamente una angiografía tras la fractura ni que ello hubiera cambiado el curso de la evolución que determinó la amputación. En primer lugar porque dicha prueba es invasiva y no carente de riesgos locales y/o sistémicos y porque además, según hemos informado, los cirujanos decidieron junto con los familiares que dada su rápida evolución hacia la isquemia aguda y el estado del paciente, era necesario un tratamiento conservador y no intentar una revascularización del MII, ya que la situación clínica en general del enfermo hubiera empeorado. Si no se trataba de operar, tampoco tendría sentido la angiografía.*

*El factor de riesgo y predisponente de la isquemia oclusiva desencadenante al final de la amputación del miembro fue la fractura y lo que ello conlleva en un organismo tan deteriorado.*

*3. Por otra parte, insistimos en que si no se realizó una angiografía en algún momento (que hayamos comprobado), fue a criterio de los facultativos que le asistían y no por error o negligencia. Tampoco el diagnóstico se dilató en el tiempo, en ningún momento se dudó que existía una isquemia crónica y la obliteración aguda se detectó cuando comenzó el dolor incoercible (signo principal de*

*oclusión total) y cuando ya no había otra opción que amputar el miembro.*

*Por tanto, hemos comprobado que el estado de su miembro afecto fue inspeccionado, explorado (pulsos, etc.), tratado y estudiado en todo momento por el equipo multidisciplinar (Geriatría, Cirugía Vasculor, Traumatología,...) y que una angiografía no sólo hubiera podido agravar su cuadro clínico sino que tampoco era necesaria al no haberse planteado una revascularización del miembro ante el riesgo de su vida. Así pues se optó por la amputación con intención de no arriesgar la vida del paciente.*

*Nos reiteramos que no encontramos relación entre la asistencia prestada y la amputación del MII después de su ingreso en el Hospital La Paz, que fue donde estuvo ingresado tras la caída sufrida, y todo su proceso fue llevado de modo "lex artis ad hoc".*

Incorporado al expediente el citado documento, se dio ampliación del trámite de audiencia a la parte reclamante, con notificación por correo certificado con acuse de recibo, fechado el 28 de febrero de 2012 (folio 690), tras lo cual fue presentado escrito por los reclamantes, con fecha 13 de marzo de 2012, en el que se ratifican de los escritos anteriormente formulados (folio 691).

Finalmente, el 23 de abril de 2012, la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 26/2010, de 28 de julio) elevó de nuevo propuesta de resolución desestimando la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por los herederos legales del difunto.

**TERCERO.-** Por el consejero de Sanidad, mediante oficio de 25 de abril de 2012, registrado de entrada el día 7 de mayo siguiente, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo y corresponde su estudio, por

reparto de asuntos, a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos. El dictamen fue deliberado y aprobado, en la Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 6 de junio de 2012, por siete votos a favor y los votos en contra de los Consejeros, Sra. Campos y Sr. De la Oliva, que formula un voto particular. También se anuncia, por el Presidente, la formulación al mismo de un voto particular concurrente. Ambos son recogidos a continuación del dictamen.

El escrito de solicitud del dictamen fue acompañado de documentación en formato cd, que se consideró suficiente.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

**SEGUNDA.-** En cuanto a la legitimación activa de los herederos del reclamante inicial para obtener indemnización en razón de los daños inferidos al inicial reclamante, este Consejo Consultivo, como otros órganos consultivos, entiende, con el aval de ciertas sentencias, que, presentada la reclamación por la persona directamente afectada por los daños y posteriormente fallecida en el curso del procedimiento, los herederos del reclamante inicial están activamente legitimados para 1º) personarse en el procedimiento administrativo como interesados; 2º) pedir y, en su caso, obtener, indemnización por los daños inferidos, no a ellos, sino al reclamante inicial.

Concurre la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid al encontrarse el Hospital Infanta Cristina integrado en la red pública sanitaria del Servicio Madrileño de Salud.

El artículo 142.5 de la LRJ-PAC dispone que *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”*.

En el caso sometido a dictamen, los daños por los que se reclaman son los ocasionados al difunto antes de su fallecimiento y que se concretan en la amputación de su pierna izquierda, la cual tuvo lugar el 5 de febrero de 2009, intervención de la cual el paciente recibió el alta hospitalaria el 13 de febrero de 2009. Puesto que la reclamación se presentó el 18 de mayo del mismo año, no cabe sino considerar que fue interpuesta en plazo.

El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación aplicable. Especialmente, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigido en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y 82 y 84 LRJ-PAC.

**TERCERA.-** La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público y se ha introducido por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, de modo que resulta esencial para determinar la responsabilidad, no sólo la lesión o daño, sino también la infracción de ese criterio básico, pues la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia y no garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2011 (Recurso 2192/2010), recuerda que “...ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2009, recurso 9484/2004, con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación

*médica, siempre que ésta se haya acomodado a la lex artis, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles”.*

**CUARTA.-** En el caso que nos ocupa, el daño reclamado no es otro que la amputación de la pierna izquierda del paciente y está sobradamente acreditado por los informes médicos incorporados al expediente.

Es necesario valorar, por tanto, si la intervención sanitaria cuestionada se ajustó a los parámetros de la *lex artis*, esto es, si se acomodó a una buena práctica médica, lo que eliminaría la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria.

Alega el reclamante inicial que hubo un retraso de diagnóstico de la patología de su pierna izquierda, ya que toda la atención sanitaria se centró en la fractura de cadera que también padeció y considera que dicho retraso motivó la necesidad de amputar su pierna izquierda. En definitiva, reclama por la pérdida de oportunidad de haber conservado la pierna, evitando la amputación, si se hubiera diagnosticado con precocidad la isquemia crónica de MII que sufría.

La historia clínica y los informes de los servicios intervinientes ponen de manifiesto que ante los síntomas de problemas circulatorios se realizó un eco-doppler que no mostró signos de TVP y que no se consideró el traslado a Cirugía Vascular dado que no se detectó complicación susceptible de tratamiento que preservase la pierna.

El segundo informe de la Inspección Sanitaria, por su parte, expresa que aunque la arteriografía es una prueba estándar para el diagnóstico de enfermedad arterial periférica, su indicación sólo es procedente para decidir si se interviene quirúrgicamente o no. En el caso sometido a dictamen, la

elevada de edad del paciente y el enorme deterioro de su estado de salud no solo no indicaban la cirugía sino que la desaconsejaban, en concreto la inspectora médica expresa: “(...) los cirujanos decidieron junto con los familiares que dada su rápida evolución hacia la isquemia aguda y el estado del paciente, era necesario un tratamiento conservador y no intentar una revascularización del MII ya que la situación clínica en general del enfermo hubiera empeorado”. Una vez descartada la intervención quirúrgica devenía inútil y sin sentido la práctica de una arteriografía, como indica la inspectora: “si no se trataba de operar tampoco tendría sentido la angiografía”.

El informe de la Inspección sanitaria, además, vincula la amputación de la pierna a la fractura de cadera y no a la asistencia sanitaria al afirmar: “El factor de riesgo y predisponente de la isquemia oclusiva desencadenante al final de la amputación del miembro fue la fractura y lo que ello conlleva en un organismo tan deteriorado”.

Finalmente, el informe concluye: “Nos reiteramos que no encontramos relación entre la asistencia prestada y la amputación del MII después de su ingreso en el Hospital La Paz, que fue donde estuvo ingresado tras la caída sufrida, y todo su proceso fue llevado de modo «lex artis ad hoc»”.

En definitiva, el informe de la médica inspectora pone de manifiesto que no existió un retraso de diagnóstico, como expone el reclamante, sino una concurrencia de patologías que, unidas a la elevada edad del enfermo impedían, por riesgo para su vida, el tratamiento que es habitual en una isquemia como la que el reclamante padeció.

Puesto que no existió retraso, éste no fue la causa de la amputación de la pierna izquierda, por lo que no hay relación de causalidad entre la atención sanitaria dispensada y la amputación de la pierna izquierda sufrida por el enfermo y, por lo mismo, no cabe apreciar la existencia de pérdida de oportunidad objeto de la reclamación.

Por no ser antijurídico el daño causado al reclamante inicial, de él no surgiría derecho a indemnización alguna, de suerte que el criterio del Consejo Consultivo ha de ser favorable a la desestimación de la reclamación en todo caso.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación por responsabilidad patrimonial formulada al no apreciarse relación de causalidad entre el servicio sanitario y el daño invocado ni pérdida de oportunidad por retraso diagnóstico contrario a la *lex artis*.

A la vista de este dictamen, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

**VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE QUE FORMULA AL  
PRESENTE DICTAMEN EL PRESIDENTE DEL CONSEJO  
CONSULTIVO, D. MARIANO ZABÍA LASALA.**

«Formulo voto particular concurrente al Dictamen 353/12, ya que, aun estando totalmente de acuerdo con las conclusiones que se formulan en el mismo, discrepo del contenido de la consideración en derecho SEGUNDA

y, concretamente, de la fundamentación que se hace de la legitimación activa de los reclamantes.

Mi discrepancia se fundamenta en los siguientes motivos:

1. Considero erróneo condicionar la legitimación activa de los herederos al hecho de que la persona directamente afectada por los daños y posteriormente fallecida, hubiese formulado su reclamación antes de morir. Dicha condición es contradictoria con cualquiera de los criterios que se sostengan sobre la naturaleza jurídica del derecho al resarcimiento.

1.1 Si se considera que el derecho al resarcimiento por los daños personales –físicos o morales– tiene el carácter de un derecho personalísimo, habremos de concluir que dicho derecho no es transmisible y, por tanto, no cabría ni la sucesión procesal contenida en el Art. 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni la sucesión procedimental prevista en el Art. 31.3 de la LRJ-PAC.

1.2 Si, por el contrario, se estimase que dicho derecho al resarcimiento es un derecho de crédito, tendríamos que considerar que tales derechos pueden ser ejercidos por los herederos, con independencia de que la persona directamente afectada por los daños hubiese presentado, o no, la correspondiente reclamación.

2. La única posibilidad jurídica de que el derecho de los herederos fuera sometido a la condición que se establece en la consideración en derecho SEGUNDA, sería que se estimase que el derecho al resarcimiento es un derecho de crédito de contenido patrimonial, pero que tal derecho no nace en el momento de la producción del daño, sino en el de la formulación de la reclamación.

3. Este último criterio es, a mi juicio, erróneo, ya que la existencia y titularidad de un derecho no depende, salvo casos legalmente tasados de que ese derecho se haya formulado o hecho valer por su titular de alguna forma,

como tampoco depende de su reconocimiento administrativo o jurisdiccional.

Por todos estos argumentos, más ampliamente desarrollados en mi voto particular al dictamen 250/12, considero que los herederos del reclamante inicial tienen legitimación activa para reclamar –y éste es mi punto de discrepancia- con independencia de que la persona inicialmente afectada por los daños hubiese formulado o no su reclamación.

Mariano Zabía Lasala».

### **VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO, D. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS.**

«Andrés de la Oliva Santos, Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo y del art. 24.1, letra C) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC), formulo voto particular discrepante respecto del dictamen relativo al expediente 287/2012, sobre reclamación de responsabilidad administrativa patrimonial formulada inicialmente por E.R.A. (en adelante, “el reclamante inicial”), que fallece sin estar finalizado el procedimiento, al que se incorporan como interesados los herederos del difunto (en adelante, “los reclamantes”), que no modifican la reclamación para que se les indemnice por daños que ellos hayan padecido (físicos, morales o económicos), sino que simplemente sustituyen al reclamante inicial. La reclamación inicial se fundamenta en un pretendido error de diagnóstico que habría conducido a la amputación de una pierna y los daños que la reclamación expone como justificativos de la indemnización solicitada son exclusivamente los producidos al paciente y reclamante inicial.

Este voto particular no se presenta porque se discrepe de la conclusión, que niega la responsabilidad de la Administración sanitaria ni porque se discrepe del fundamento principal —la inexistencia de mala praxis médica— de esa conclusión, sino porque se considera, contra el parecer de la mayoría, que los reclamantes carecen de legitimación activa y que su reclamación habría de ser desestimada también y, ante todo, por esa falta de legitimación.

I.— Se sostiene la falta de legitimación activa de los reclamantes por coherencia con la naturaleza que asignamos al derecho a ser indemnizado por daños causados por el funcionamiento de servicios públicos, haya sido ese funcionamiento normal o anormal (art. 139.1 de la LRJ-PAC).

No es un voto particular, con su conveniente brevedad, el medio más idóneo para tratar un asunto tan fundamental y enjundioso, pero, al mismo tiempo, entendemos que, dada su importancia y la frecuencia con que se plantean reclamaciones similares a la del caso, es oportuno exponer lo que ha motivado nuestro voto discrepante. Asimismo, este voto obedece en especial al deseo de dar razón de nuestra postura frente a las Administraciones consultantes, que, de ordinario, no se plantean siquiera la cuestión de la legitimación activa de los reclamantes en casos como el presente y aceptan sin más la sucesión de los herederos en el procedimiento, de un modo que, dicho sea con los debidos respetos, nos parece acriticamente rutinario. Con todo, procuraremos ahora no extendernos en demasía.

Como punto de partida argumentativo, es relevante una postura de este mismo Consejo Consultivo. Ha entendido y entiende este Consejo, por amplia mayoría y en consonancia con una importante orientación jurisprudencial, que carecen de legitimación activa los herederos que formulan una reclamación *inicial* de indemnización fundada en los daños inferidos a su causante por el funcionamiento de un servicio público. Esta negativa ha sido y es fundamentada, tanto por la aludida jurisprudencia

como por este Consejo y otros órganos consultivos, en la naturaleza de “derecho personalísimo” del que nace correlativamente a la responsabilidad administrativa patrimonial.

Por decirlo con otros términos, sostenemos que la indemnización que a una persona le corresponda por los daños que el funcionamiento (normal o anormal) de un servicio público ha causado a esa persona viene a ser, sí, un derecho de crédito, pero sólo en favor de esa persona. Este derecho de crédito, aunque tenga contenido patrimonial, es de carácter “personalísimo”, no es transmisible y, por tanto, se extingue con la muerte de la persona dañada que no formuló reclamación.

Es de señalar que el Consejo ha sostenido y sostiene esta postura al margen de la distinción entre daños *morales*, por un lado y daños físicos o materiales y perjuicios, por otro lado. Hemos afirmado que daños *de cualquier clase* inferidos a una persona difunta no pueden ser el sustento de una reclamación planteada inicial y directamente por sus herederos sobre la base de los daños sufridos por el difunto. Asimismo, el referido criterio mayoritario del Consejo tampoco ha guardado relación alguna con la tesis según la cual la muerte pone fin a la personalidad, de modo que no pueden nacer derechos en favor de una persona difunta. Supuesta esta elementalidad, no se ha traído a colación por el Consejo Consultivo, por su falta de relación con la cuestión que se debía resolver, relativa a la naturaleza de derechos indemnizatorios *ex arts. 106.2 CE y 139 LRJ-PAC*, nacidos *antes del fallecimiento* de quien sufrió los daños.

Recientemente hemos expresado esta posición en nuestro dictamen relativo al dictamen 308/12:

“Este Consejo considera que debe distinguirse la reclamación de los perjuicios ocasionados a los familiares del paciente por una defectuosa asistencia médica prestada, reclamación sobre la que no cabe duda de la legitimación activa, de la reclamación que los familiares de un paciente

presenten a fin de obtener ellos indemnización por los daños sufridos por el paciente, posteriormente fallecido. En este último supuesto, los reclamantes carecen de legitimación activa, pues, dados los presupuestos de la responsabilidad administrativa patrimonial, existirá un derecho a la indemnización atribuible a quien padece los daños, pero ese derecho, pese a su contenido patrimonial, debe reputarse de carácter personalísimo y, en consecuencia, no susceptible de transmisión *mortis causa*.”

II.— Compartimos plenamente este criterio del Consejo Consultivo. Y si lo aplicamos al caso que nos ocupa, resulta, a nuestro parecer, lo siguiente:

1º) El derecho de crédito frente a la Administración por los daños sufridos por el reclamante inicial, consistentes en *sus* diversas dolencias y efectos negativos y, en especial, en la amputación de *su* pierna, es un derecho personalísimo e intransmisible.

2º) Ese derecho de crédito no nace o existe desde que la Administración acuerda indemnizarlo o desde que así lo resuelve una sentencia judicial firme, en caso de que la Administración decidiese no indemnizar. Ese derecho del reclamante inicial existe desde que un servicio público produce a ese reclamante una serie de daños antijurídicos. Las resoluciones administrativas o la sentencia *no crean* o *constituyen* el derecho. La Administración y la Justicia pueden (y deben), en su caso, *reconocerlo* y *satisfacerlo*. Sobre esto nos parece que no existe discrepancia.

3º) Si el derecho del reclamante inicial es, desde que existe, personalísimo e intransmisible no es transmisible *inter vivos* ni es transmisible *mortis causa*, lo que significa que el reclamante inicial no podría cederlo en vida ni pasaría a formar parte del caudal hereditario por fallecimiento de dicho reclamante.

4º) Al no ser transmisible el derecho del reclamante inicial, no procede considerar a sus herederos interesados legítimos en la indemnización

solicitada por aquél. En aplicación del art. 31.3 LRJ-PAC, los herederos no adquieren la condición de interesados si su interés no deriva de “alguna relación jurídica transmisible”. Y, aunque no habría de recurrirse a la analogía, pues el precepto legal que se acaba de citar es directamente aplicable a la sucesión en el procedimiento, a la misma conclusión se llega según el art. 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), pues el apartado 1 de este precepto establece con toda claridad que la sucesión procesal por muerte sólo es admisible “*cuando se transmita mortis causa lo que sea objeto del juicio*”.

5º) Para que el hecho de que la reclamación inicial fuese formulada por la persona dañada, que después fallece pendiente el procedimiento administrativo, convirtiese en transmisible el intransmisible derecho del fallecido sería necesaria una explicación o justificación que ni este Consejo ni otros órganos han proporcionado. Y nos permitimos pensar que será muy difícil hallar tal justificación, pues parece imposible defender que el derecho al resarcimiento de que es titular quien ha sufrido los daños alegados depende de algo más que de la realidad de esos daños, de su carácter antijurídico y de la existencia de un nítido nexo causal entre el servicio público y los daños: la *existencia* y *naturaleza* de un derecho subjetivo no suele nunca depender de que el derecho se haya afirmado o hecho valer por su titular de alguna forma. Si esta realidad no se viese con claridad, se estaría confundiendo la *existencia* del derecho con su *ejercicio* o con su *satisfacción*. Descartamos tal confusión, porque es fácilmente comprensible que si hemos prestado una cantidad, con o sin interés, para que se nos restituya dentro de un plazo, vencido el plazo sin reintegro de la cantidad (más, en su caso, el importe del interés), nuestro derecho de crédito existe, aunque no queramos reclamar el pago o aunque éste se nos niegue.

Por todo lo que se lleva dicho, no vemos justificado que, iniciada por una persona una reclamación fundada en los daños por ella sufridos (principalmente, además de otros padecimientos, la amputación), el derecho

de esa persona a verse indemnizado pierda su condición de derecho personalísimo e intransferible. Si existiese un derecho del reclamante inicial a ser indemnizado por una actuación sanitaria defectuosa que le produjo graves padecimientos y la pérdida de una pierna, ese derecho sería tan intransmisible cuando nació (por los daños atribuibles a mala praxis en la Sanidad pública) como cuando el paciente reclamó. Por tanto, los herederos finalmente reclamantes en el caso que nos ocupa no tienen legitimación activa (es decir, ellos no tienen derecho a ser indemnizados por los daños que ellos mismos dicen padecidos por otro) ni es jurídicamente procedente la sucesión procedimental, por más que, como ya se ha apuntado, muchas Administraciones públicas la admitan sin cuestionarla pese al art. 31.1 LRJ-PAC.

III.— Ciertamente, hay sentencias de distintos tribunales (no del Tribunal Supremo) en que se admite la sucesión de los herederos en el procedimiento administrativo iniciado por la persona que sufre los daños, pero esas sentencias parten de la base de considerar transmisible el derecho de dicha persona. Esas sentencias, al distinguir entre *daños* —sin duda personalísimos— y *derecho a la indemnización por los daños*, consideran transmisible este derecho porque tiene contenido patrimonial. Ni que decir tiene que no compartimos tan absoluta equivalencia entre patrimonialidad y transmisibilidad, que las aludidas sentencias no explican, porque ni siquiera se plantean lo que aquí estamos considerando. En todo caso, este Consejo Consultivo, en el dictamen antes citado y en otros, ha entendido, acorde con sentencias del Tribunal Supremo, que el derecho a la indemnización por la Administración *ex* arts. 106.2 CE y 139 LRJ-PAC, del que es titular quien ha sufrido los daños, es personalísimo e intransferible. Y este Consejo, al atribuir el carácter de personalísimo e intransferible al referido derecho a la indemnización ha sido plenamente consciente de su contenido patrimonial y no ha confundido nunca *la causa del derecho* —los daños

antijurídicos personalísimos producidos por un servicio público— con *el derecho mismo*.

IV.— Consideramos oportuno y probablemente útil complementar cuanto ha quedado dicho con unas consideraciones generales sobre el derecho a la indemnización por la Administración *ex* arts. 106.2 CE y 139 LRJ-PAC. Estas consideraciones no son determinantes o decisivas de nuestro voto discrepante, pero, además del interés general que puedan tener, fundamentan nuestra personal y muy firme adhesión a la postura mayoritaria de este Consejo sobre la atribución a aquel derecho del carácter de “derecho personalísimo” e intransmisible.

Hasta ahora, esa naturaleza se ha alegado como si se tratase de un *axioma*. Y, sin embargo, no se trata de un axioma, que ni requiere justificación ni incluso la permite y que, se viene a alzar como obstáculo poco menos que insalvable para justificar o explicar el por qué del “derecho personalísimo” e intransmisible. Nos atrevemos a pensar, por el contrario, que el carácter personalísimo del derecho que nos ocupa es susceptible de fundamentarse y explicarse racionalmente y conviene tratar de explicarlo y justificarlo. En este sentido, bien razonable parece entender que el padecimiento de daños antijurídicos ligados al funcionamiento, incluso normal, de un servicio público genera, sí, un derecho a ser indemnizado por la Administración pública correspondiente, pero un derecho que debe considerarse de una especial naturaleza por coherencia con la finalidad institucional de la responsabilidad patrimonial administrativa, singular instituto de Derecho público. Y es asimismo razonable que la especial responsabilidad de que aquí tratamos se conciba con la finalidad *limitada* a resarcir el daño *solamente a quien en concreto lo haya sufrido*.

Esta limitación resulta, a su vez, también susceptible de explicación o justificación racional cuando se tienen en cuenta dos elementos que, en cambio, no parece razonable ignorar y que no cabe separar: los siempre

limitados recursos públicos y las exigencias de la denominada *justicia distributiva* al disponer de tales recursos. Por decirlo con la máxima llaneza, es razonable que el crédito que para una persona puede surgir *ex arts.* 106.2 CE y 139 LRJ-PAC, se conciba como “personalísimo” porque tiene sentido —sentido institucional— que el importe de la indemnización se destine a resarcir los daños sufridos por esa persona, pero carece de sentido que esa porción de los caudales públicos se destine simplemente a aumentar el patrimonio de esa persona y, en concreto, su caudal hereditario.

Por esas razones, el derecho a la indemnización por la Administración no nos parece en absoluto asimilable a los créditos que, por las más diversas causas, integran el patrimonio de un sujeto jurídico, patrimonio sobre el que opera la norma de la sucesión universal (art. 659 del Código Civil).

Sin duda, los herederos tienen derecho (siempre *ex arts.* 106.2 CE y 139 LRJ-PAC) a ver resarcidos los daños antijurídicos que les cause (a ellos) el fallecimiento de su causante, pero no a lucrarse con su muerte en razón de la responsabilidad administrativa patrimonial, aunque ellos no hayan sufrido daños (o, si los sufrieron, no los han alegado). Diversas sentencias del Tribunal Supremo, al resolver casos en buena medida semejantes al que nos ocupa (en que la persona que había sufrido daños había fallecido), han subrayado, frente a la condición de herederos de los reclamantes (o frente a la alegación por la Administración de la ausencia de tal condición), que la legitimación activa no derivaba de la sucesión hereditaria, sino de la condición de perjudicados (v., por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Civil, 910/1999, de 4 de noviembre de 1999, sobre recurso de casación nº 428/1995, o las de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 noviembre de 2001, sobre recurso de casación 7050/1997, especialmente expresiva de lo que señalamos, así como la de 16 de julio de 2004, sobre recurso de casación 7002/2000 ).

El carácter patrimonial del derecho indemnizatorio frente a la Administración fundado en los arts. 106.2 de la Constitución Española (CE) y 139 LRJ-PAC es, así, “personalísimo” con un fundamento específico adecuado a una visión institucional del Derecho y no por semejanza —no siempre satisfactoria— con otros derechos que han venido considerándose “personalísimos” conforme a categorías del Derecho privado y en ese ámbito. Es “personalísimo” en razón de su implicación esencial con la institución de la responsabilidad administrativa patrimonial, que es una institución perteneciente al Derecho Público, imposible de justificar enteramente de acuerdo con los parámetros —ciertamente venerables, pero no por ello trasladables a cualquier ámbito de la vida humana actual— de la clásica responsabilidad extracontractual por culpa o negligencia, como si hubiéramos de anclar el compromiso constitucional y legal de la responsabilidad administrativa patrimonial en la clásica culpa aquilina o en las nociones de cuasi-contrato o cuasi-delito. Asimismo, tampoco la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración se explica como responsabilidad por riesgo.

Es comprensible y respetable que se afronten muchas cuestiones de la responsabilidad administrativa patrimonial *ex* arts. 106.2 CE y 139 LRJ-PAC con instrumentos de la dogmática civilística y iusprivatística, que, sin duda alguna, no pueden ser desdeñados y son válidos para dar respuesta adecuada a buen número de aquellas cuestiones. Más aún, consideraríamos temerario prescindir de esa dogmática. Pero no menos respetable nos parece llamar la atención sobre la necesidad de tener en cuenta que esa dogmática y, en concreto, el llamado “Derecho de daños” del Derecho privado, han sido construidos y edificados sobre innumerables casos de relaciones intersubjetivas situadas en el plano del ordinario tráfico jurídico, relaciones que han de estar presididas por sólidos criterios de *justicia conmutativa*, con los que lógicamente cabe resolver la mayor parte de los conflictos.

Respetable y merecedora de consideración entendemos que es también nuestra posición, que implica defender que los conceptos y reglas de la responsabilidad jurídica extracontractual y otros elementos del Derecho privado no son siempre trasladables al ámbito en que nos movemos, por ejemplo, como ya hemos dicho asimilando sin más el insatisfecho derecho de crédito de una persona frente a otra, surgido de su condición de comprador o prestamista, con el derecho de crédito frente al Estado derivado de daños (antijurídicos) causados por un servicio público. El “Derecho de daños” primordialmente iusprivatístico no es un cuerpo doctrinal y normativo aplicable por entero a un instituto, como el de la responsabilidad administrativa patrimonial, en el que, ciertamente, los sujetos jurídicos pueden ser y son muchas veces titulares de derechos subjetivos, pero no tanto ni únicamente por comportamientos dañosos de otros sujetos, que éstos tengan un claro deber jurídico de reparar en razón de exigencias elementales de justicia, sino más bien por un compromiso resarcitorio del Estado, que no se funda necesariamente en que la justicia conmutativa demande que el responsable de un comportamiento culpable o negligente (y no digamos intencional o doloso) compense al dañado por ese comportamiento.

Cuando no ha existido dolo ni culpa (sino un funcionamiento normal de los servicios públicos), se muestra más claramente que ese derecho a la indemnización es primordialmente la consecuencia de una voluntad prestacional del Estado, fundada en haber considerado equitativo y posible subvenir al resarcimiento de quien ha sufrido un quebranto causado una Administración pública.

En todo caso, el recurso a la rica dogmática iusprivatística aludida, perfectamente admisible, no debiera producirse sin conciencia de que la responsabilidad que ahora nos ocupa se encuentra ubicada en el espacio del Derecho Público y que, conforme a la noción, que, a partir de JELLINEK (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, 2<sup>a</sup>. ed., Tübingen 1919:

2ª reimpresión Ed. Scientia Verlag, Aalen, 1979), se ha incorporado generalmente a la cultura jurídica, son *derechos públicos subjetivos* (o lo que sería igual, *derechos subjetivos públicos*, derechos frente al Estado), no derechos subjetivos privados, los que afirman tener y pueden tener los reclamantes en los procedimientos administrativos de responsabilidad administrativa patrimonial. Ni que decir tiene que esta institución de Derecho Público, que ahora nos interesa, coexiste con las acciones resarcitorias clásicas, también contra el Estado y las Administraciones Públicas, fundadas en culpa o negligencia o en abuso del derecho y otras causas.

Si se mira el ya largo camino recorrido por la jurisprudencia en relación con la responsabilidad administrativa *ex art. 139 LRJ-PAC* y concordantes, se advertirá que muy numerosas precisiones y matizaciones, requisitos de antijuridicidad, etc., se han establecido para delimitar el autocompromiso resarcitorio del Estado con criterios de racionalidad y realismo, que, no sólo no han atentado contra la justicia, sino que la han procurado. Que el Estado, con su responsabilidad objetiva, no resulte ser un asegurador universal de toda clase de riesgos; que los daños derivados de un funcionamiento normal de la Administración sanitaria no sean resarcibles si no existe mala praxis o infracción de la *lex artis*; que tampoco sean resarcibles, por no ser antijurídicos, los daños relacionados con servicios públicos como son las redes viarias de toda clase, bien porque ciertas imperfecciones menores hayan de ser soportadas, bien porque el estado resbaladizo de una acera o de una carretera no generan daños antijurídicos si los servicios públicos de mantenimiento han funcionado dentro de estándares razonables (es decir, han funcionado normalmente), etc., no son, pensamos, sino encomiables esfuerzos por reducir con buen sentido un compromiso resarcitorio — expresado legalmente con gran amplitud— a unos límites asumibles, de suerte que no conduzca a situaciones injustas o imposibles ni sea fuente de lucro indebido, cuando los recursos económicos para indemnizar son

siempre —con o sin crisis económica— recursos limitados, que deben ser aplicados con criterios de equitativa distribución. Ésos son, cabalmente, los de la denominada *justicia distributiva*.

Pensamos que es en esta misma línea en la que se han situado, más bien intuitivamente, tribunales de justicia y órganos consultivos, para impedir que los herederos de una persona que padeció daños a causa de un servicio público, reciban indemnización por unos daños que ellos en absoluto padecieron, con lo que, si bien se mira, la reclamación que formulan —bien inicialmente, bien por indebida sucesión procedimental— no se basa, respecto de los reclamantes, en *daños reales y efectivos*, pues la concurrencia de este primario presupuesto de la responsabilidad administrativa patrimonial, exigible a cualquier reclamante respecto de su pretensión de indemnización, nunca se ha entendido de modo que sea preciso que esos daños reales y efectivos en efecto existan, pero sin necesidad de que sea el reclamante quien los ha sufrido.

Permítasenos finalizar con dos ejemplos, casos reales que confrontamos con la justicia distributiva. Conforme a la justicia consideramos que no se indemnice sólo a la menor hija de un joven paracaidista fallecido al no abrírsele el paracaídas en modalidad de salto automático, sino también a la madre de la menor (no casada) y a los padres del paracaidista. Hizo justicia la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su antes mencionada Sentencia de 5 de noviembre de 2001, cuando, en el caso descrito, contra el criterio y los argumentos de la Abogacía del Estado, que esgrimía el artículo 921 del Código civil, según el cual en las herencias el pariente de grado más próximo excluye al de grado más remoto (y también el art. 44.1 de la Ley de Clases pasivas del Estado, según el cual para que proceda pensión a favor de los padres se requiere conjuntamente que dependan económicamente del causante y que no existan cónyuge ni hijos del mismo), proclamó la separada y específica entidad del instituto de la responsabilidad administrativa patrimonial, ajeno al de la herencia y subrayó que, en cuanto a esa

responsabilidad, lo que importa es quiénes han sido perjudicados, por lo que confirmó la anterior condena a indemnizar también a la madre de la menor y a los padres del fallecido.

En cambio, si en el caso objeto del dictamen del que parcialmente discrepamos hubiese existido mala praxis médica y, por tanto daños antijurídicos, no hubiese resultado justo dedicar una parte de los escasos recursos públicos a indemnizar a unas personas que reclaman por unos daños que ellos no han padecido (y nada dicen de daños propios, ni morales ni materiales). Los fondos públicos limitados con que se ha de afrontar la responsabilidad administrativa patrimonial no están, a nuestro entender, para que reciban cantidades unas personas a las que el funcionamiento normal o anormal de un servicio público no les ha causado daño alguno (que aleguen) por la sola circunstancia de ser, respecto de la persona dañada, parientes en grado que les constituye en herederos o simplemente poseer la condición de heredero por libérrima decisión del testador, como permite, por ejemplo, el Derecho Foral de Navarra.

Quede dicho todo lo anterior con una especial disposición del firmante a cambiar de criterio si lo expuesto se le mostrase infundado, con el máximo respeto a opiniones diversas u opuestas y, por supuesto, a las personas que forman este Consejo Consultivo, a quienes manifiesto mi más alta consideración y aprecio».

Madrid, 15 de junio de 2012