

Dictamen n<sup>o</sup>:           **738/11**  
Consulta:               **Consejero de Sanidad**  
Asunto:                 **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación:           **21.12.11**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 21 de diciembre de 2011, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1<sup>o</sup> de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre en el asunto promovido por D.A.S.V., sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por el fallecimiento de su madre, que atribuye a la falta de realización de pruebas diagnósticas en Urgencias del Hospital A tras haberse dado un golpe en la cabeza por caída fortuita.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Consejero de Sanidad, mediante oficio de 2 de noviembre de 2011, registrado de entrada el día 11 del mismo mes, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 21 de diciembre de 2011.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación en formato cd que, numerada se consideró suficiente.

**SEGUNDO.-** Por escrito presentado en el registro general de la Consejería de Sanidad el día 24 de marzo de 2008, se formula reclamación de responsabilidad patrimonial por la deficiente atención recibida por la madre del interesado en el Hospital A donde fue atendida tras sufrir una caída fortuita a resultas de la cual se golpeó en la cabeza el 25 de diciembre de 2007.

Acompaña a la reclamación un formulario de sugerencias, quejas y reclamaciones presentado el 6 de marzo de 2008 en el Servicio de Atención al Paciente del Hospital A en el que expone que la paciente acudió a Urgencias del Hospital A el 25 de diciembre de 2007 por haber recibido un golpe en la cabeza como consecuencia de una caída que le provocó una inflamación en la misma. Expone que en el mencionado servicio dieron de alta a su madre asegurando que estaba estable sin hacerle ninguna prueba diagnóstica.

Reclama por daños psicológicos sufridos por su madre.

El 30 de julio de 2008 fue requerido por el instructor del expediente para que acreditase la representación que ostentaba de su madre. Atendiendo este requerimiento el reclamante presentó escrito el 16 de septiembre de 2008 en el que expone que su madre ha fallecido y que reclama en su nombre por ser su hijo. Solicita una indemnización de 150.000 euros.

El 23 de octubre de 2008 el interesado aporta fotocopia del libro de familia, acreditativa de su filiación, pese a lo cual el 29 de octubre el instructor le requiere para que aporte esta misma fotocopia u otro documento acreditativo de su condición de heredero.

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

El día 25 de diciembre de 2007 la paciente acudió a Urgencias del Hospital A por traumatismo craneoencefálico. Se registraron como antecedentes el diagnóstico de astrocitoma maligno grado IV desde septiembre 07 con afectación fronto-temporal y extensión a ganglios basales, y en tratamiento con quimioterapia y revisiones periódicas.

Refirió la familia que la paciente se había caído en el baño golpeándose la cabeza, sin pérdida de conocimiento.

La exploración neurológica practicada fue normal en fuerza, sensibilidad y reflejos conservados, con pares craneales también conservados. Presentaba hematoma e inflamación en región fronto-temporal izquierda. Se pautó tratamiento local y se recomendó volver a Urgencias en caso de empeoramiento.

El 31 de diciembre de 2007 volvió a Urgencias por encontrarse peor, refiriendo la familia que desde hacía tres días, la paciente apenas hablaba y estaba más retraída. Refirieron que llevaba tres días con cefalea, pero negaron pérdida de apetito, náuseas, oliguria, vómitos, diarrea, dolor torácico, disnea o fiebre.

Hemodinámicamente se encontraba estable, respondía a órdenes sencillas pero perdía la concentración enseguida. Quedó ingresada.

En los primeros días de ingreso fue valorada para tratamiento quirúrgico que fue descartado por la situación general de la enferma, informando a la familia del mal pronóstico, manifestando ésta su intención de donar los órganos.

El 1 de enero de 2008 se le realizó TAC craneal que puso de manifiesto lesión subcortical fronto temporal derecha con contornos mal delimitados y que se rodeaba de un amplio edema. Ejercía un importante efecto masa sobre los surcos de la convexidad. No se observaron signos de sangrado

agudo ni colecciones extra-axiales. No se apreciaron cambios significativos respecto al TAC de 31 de diciembre de 2007.

**TERCERO.-** Ante la reclamación se ha incoado procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. En fase de instrucción se han recabado los informes médicos que conforman la historia clínica de la reclamante, así como el informe del coordinador de Urgencias del Hospital A como servicio supuestamente causante del daño de 19 de noviembre de 2008 (folios 39 y 40), y el informe de la Inspección Sanitaria, de 22 de diciembre de 2010, (folios 708 a 711), que aparece sin firmar y cuyas conclusiones ponen de manifiesto lo siguiente:

*“1º\_ Que la paciente era enferma terminal de astrocitoma maligno grado IV en evolución desde septiembre 2007.*

*2º\_ Que el 25 de diciembre de 2007 sufre una caída con traumatismo craneoencefálico de la que es atendida correctamente en Urgencias del hospital reclamado, siendo explorada neurológicamente sin encontrar motivo de ingreso, siendo dada de alta.*

*3º\_ Que el día 27 de diciembre de 2007 se realizó una consulta para revisión y planteamiento de su tratamiento siendo citada para días posteriores.*

*4º\_ Que el 31 de diciembre de 2007 acude nuevamente a Urgencias de dicho hospital, quedando ingresada y siendo explorada en lo que precisó. Se le realizó un TAC en el que se objetivó lesión subcortical derecha ejerciendo efecto masa. No se observa signos de sangrado agudo.*

*5º\_ Que consta en la historia que el ingreso en Oncología Médica es con diagnóstico de recidiva tumoral”.*

Por todo lo cual concluye que *“la asistencia que se ha prestado ha sido correcta en el contexto de la evolución de un tumor cerebral”*.

El 5 de enero de 2011 se otorgó trámite de audiencia a los interesados en el expediente, es decir, al reclamante y a la empresa gestora del Hospital A.

Esta última consta que lo recibió el 12 de enero de 2011 y presentó alegaciones el 28 de enero en las que se opone a la reclamación por entender, con fundamento en el informe de la Inspección Sanitaria, que cita, y en la voluminosa historia clínica de la enferma, que la actuación médica fue conforme a la *lex artis*.

Respecto del reclamante constan dos intentos de notificación efectuados respectivamente el 12 de enero de 2011 a las 11: 40 horas y el 8 de febrero de 2011, también a las 11: 40 horas (folios 714 y 719). Tras el resultado infructuoso de estos dos intentos se procedió a la notificación por edictos, que queda acreditada en el expediente mediante diligencia de exposición del edicto 6350/11 en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Madrid y publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 116 de 18 de mayo de 2011.

El 17 de octubre de 2011 se formula por 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) propuesta de resolución desestimatoria.

El Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad emitió informe el 27 de octubre de 2011 en el que concluye que informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

## CONSIDERACIONES EN 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.-** 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 39 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP.

**TERCERA.-** El reclamante está legitimado activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, por ser hijo de la persona directamente afectada por los daños supuestamente ocasionados por la asistencia sanitaria.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, al centrarse el reproche formulado en la actuación sanitaria prestada por el Hospital A, es preciso recordar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) de 6 de julio de 2010, en relación con un caso planteado respecto de otra asistencia dispensada en el Hospital A sostiene lo siguiente: *«En primer término, por afectar a la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, procede resolver, para desestimar, la alegación de la Letrada de*

*la Administración sobre la responsabilidad exclusiva del Hospital A. Este argumento defensivo es invocado invariablemente en los recursos relativos a responsabilidad patrimonial sanitaria en que ha intervenido dicha Fundación, y, también invariablemente, es rechazado por esta Sala. El Hospital A dispensó tratamiento sanitario a la recurrente en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, en el que dicho establecimiento sanitario, pese a su naturaleza privada, se halla integrado mediante concierto, como autorizan los arts. 66 y 67 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. La disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, añadida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece que la responsabilidad patrimonial de los servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados “por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”. Con base en esta disposición el Tribunal Supremo ha declarado (en STS 3-7-2003, recaída en recurso de casación para unificación de doctrina, y después en SSTS 20-2 y 24-5-2007) “que la existencia de tal concierto, tratándose de una asistencia sanitaria prestada con base al mismo, no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre que concurren los requisitos configuradores de aquélla, según el art. 139 de la Ley 30/92”. Aunque este criterio tiene por objeto la prestación sanitaria a los funcionarios y militares por entidades privadas, resulta con mayor razón aplicable a este supuesto en que el interesado no interviene de modo alguno en la elección del centro sanitario. Así pues, es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que*

*directamente prestan esos servicios. A estos efectos debe entenderse por Administración sanitaria las entidades, servicios y organismos públicos y los centros concertados, tal como permite los citados preceptos de la Ley General de Sanidad como fórmula para su integración en dicho Sistema. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la facultad de repetición que, por incumplimiento del concierto o por otras causas, corresponde a la Administración».* Con base en esta argumentación del citado Tribunal, cabe afirmar que la reclamación está correctamente dirigida contra la Administración de la Comunidad de Madrid, por ser la competente para la prestación de la asistencia sanitaria. Igualmente, hay que señalar que la empresa privada que gestiona el establecimiento sanitario donde se prestó la asistencia médica objeto de reproche, está legitimada para comparecer en el procedimiento en calidad de interesada, al poder resultar involucrados en éste sus derechos o intereses legítimos (artículo 31.1.b) de la LRJAP-PAC). En este caso, la meritada empresa ha sido notificada sobre el expediente, se ha emitido informe del coordinador de la Unidad de Urgencias y se la ha dado por dos veces trámite de audiencia, habiendo presentado alegaciones, por lo que sus derechos han sido garantizados.

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, la atención dispensada a la reclamante en el Hospital A tuvo lugar hasta el 15 de abril de 2008 fecha en que fue trasladada a otro centro de crónicos ya que, según consta, *“la familia no se hace cargo de la situación”.* No consta fecha del fallecimiento de la enferma, ni tan siquiera se ha acreditado dicho fallecimiento. No obstante, puesto que la actuación objeto de reproche tuvo lugar el 25 de diciembre

de 2007 y la reclamación fue presentada el 24 de marzo de 2008 podemos entender que ha sido formulada en plazo.

**CUARTA.-** En cuanto al procedimiento, encontramos que no se ha hecho constar en la reclamación el daño producido, puede deducirse que se trata del fallecimiento de la enferma pero, como acabamos de exponer, este hecho no consta en el expediente ni ha sido acreditado por el reclamante con la aportación del certificado de defunción.

Por otro lado, tampoco consta el nexo causal entre el supuesto daño y la atención sanitaria recibida por la enferma.

El artículo 6.1 RPRP dispone: *“1. Cuando el procedimiento se inicie a instancia del interesado, la reclamación se dirigirá al órgano competente y deberá ajustarse a lo previsto en el artículo 70 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.*

*En la reclamación se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante”.*

Por su parte, el artículo 71.1 de la LRJ-PAC dispone que *“Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en el plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos con indicación de que, si así no lo*

*hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42”.*

En el presente caso, el instructor ha requerido en dos ocasiones al reclamante pero en ninguna de ellas para que se identificase el daño cuya indemnización se pretendía:

- La primera, el 30 de julio de 2008 para que acreditase la representación de la madre enferma, a lo que el interesado contestó que su madre ya había fallecido. Esta afirmación, a pesar de no haber sido acreditada por el reclamante, es dada por buena por la instrucción.

- La segunda, el 29 de octubre de 2008, en que *“lamentando el fallecimiento de su madre (...) a fin de acreditar su condición de derecho habiente y por tanto de interesado, rogamos nos aporte cualquier medio de prueba que deje constancia de dicha condición, como bien pudieran ser libro de familia, acta notarial de declaración de herederos, etc.”*. Como ha quedado puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho el interesado ya había presentado copia del libro de familia con anterioridad, el 23 de octubre de 2008.

Lo que en ningún momento ha sido requerido por la instrucción es la subsanación de la reclamación para que se especificase el daño cuya indemnización se pretendía y, en caso de considerar que dicho daño era el fallecimiento de la enferma, tampoco se solicitó su prueba por medio alguno, limitándose a dar por buena la afirmación del interesado de que el fallecimiento se había producido, sin que quepa interpretar que la solicitud de acreditación de la condición de heredero lleva implícita la de acreditación de fallecimiento ya que los documentos que se citan (libro de familia y acta notarial de declaración de herederos) no dan prueba del fallecimiento y habría bastado con requerir certificado de defunción.

**QUINTA.-** En cuanto a la cumplimentación del trámite de audiencia, también consideramos que ha sido deficiente en el presente caso y que ha podido causar indefensión al reclamante ya que no se ha efectuado una correcta notificación de este trámite.

El artículo 84.1 de la LRJ-PAC dispone que *“Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5”*.

El artículo 59.2 LRJ-PAC establece: *“(…) Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes”*.

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2004 (recurso de casación en interés de ley 70/2003) ha fijado como doctrina legal que la expresión “en una hora distinta” *“determina la validez de una notificación que guarde una diferencia de al menos sesenta minutos a la hora en que se practicó el primer intento de notificación”*.

En el caso sometido a dictamen, como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho los dos intentos se produjeron a las 11:40 horas, por lo que no se cumplió el requisito de intentar la notificación “en una hora distinta”, como preceptúa la ley.

La incorrecta realización del trámite de audiencia al interesado podría constituir indefensión y con ello podría producirse la anulabilidad del procedimiento en virtud del artículo 63.2 LRJ-PAC.

Por ello, es criterio de este órgano consultivo que deben retrotraerse las actuaciones para que se firme el informe de la Inspección Sanitaria, se requiera al reclamante que acredite el fallecimiento de su madre y se le otorgue correctamente el trámite de audiencia y vista del expediente a los efectos de que pueda formular las alegaciones que estime pertinentes, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.1 de la LRJ-PAC.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede retrotraer el procedimiento para que se firme el informe de la Inspección Sanitaria, se requiera al reclamante que acredite el fallecimiento de su madre y se le notifique correctamente el trámite de audiencia y vista del expediente y, así, pueda formular las alegaciones que estime pertinentes, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.1 de la LRJ-PAC.

A la vista de todo lo expuesto, 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.

Madrid, 21 de diciembre de 2011