

Dictamen n^o: **250/12**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **25.04.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emitido por mayoría en su sesión de 25 de abril de 2012, según consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido en nombre de F.L.N., sobre secuelas derivadas de intervención quirúrgica practicada en el Hospital de La Princesa, en Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 24 de febrero de 2010 tuvo entrada en el Registro del Servicio Madrileño de Salud, escrito presentado por la Letrada del ICAM N.C.L. en nombre de F.L.N., en adelante “*el reclamante*”, por los perjuicios ocasionados a su difunta madre, M.N.S., tras la realización de una cirugía programada de cadera izquierda en octubre de 2008, en el Hospital Universitario La Princesa.

En su escrito el reclamante ponía de manifiesto cómo, el 10 de octubre de 2008, se practicó a su madre una cirugía programada de cadera izquierda en el Hospital Universitario La Princesa, con la finalidad de colocarle una prótesis total de cadera izquierda. Después de la operación, sufrió con fechas 14 de octubre, 18 de noviembre y 8 de diciembre de 2008 y 19 de enero de 2009, sendas luxaciones de la prótesis de la cadera

izquierda, que requirieron para su tratamiento de las correspondientes intervenciones quirúrgicas. Asimismo, a partir del 16 de octubre de 2008, comenzó a sufrir dolores en el talón y miembro inferior izquierdo, que derivó, el 18 de febrero de 2009, en una gangrena en el pie izquierdo, dando lugar a la amputación del supracolíndea del miembro inferior izquierdo el día 20 de febrero.

Adjuntaba a su escrito dictamen de un Gabinete de Valoración del daño corporal, realizado en Madrid el 20 de noviembre de 2009, en que se apuntaba a la impericia de la técnica quirúrgica practicada a la madre del reclamante como causa de las sucesivas luxaciones de la prótesis. Asimismo, se refiere a la lesión del nervio ciático, originado en la falta de cuidado y adecuado tratamiento del personal médico, y a la amputación del miembro inferior izquierdo, a consecuencia del empecinamiento en soluciones médicas equivocadas.

A consecuencia de lo anterior, solicitaba la indemnización de estos conceptos: a) daños físicos, consistentes en 1) 327 días de impedimento para el desempeño de sus ocupaciones habituales (20.797,96€); 2) secuelas consistentes en amputación de fémur unilateral a nivel diafisario o de la rodilla (52.743€), nervio ciático (38.511,20€) y perjuicio estético considerable (22.244,32€); 3) daños morales complementarios (60.000€) y 4) invalidez permanente total (60.000€). La cantidad total reclamada ascendía a 254.296,48€. Se refería, asimismo, a los gastos derivados del fallecimiento de la madre del reclamante, ocurrido el 31 de enero de 2010, anticipando la intención de cuantificarlos en cuanto fuera posible.

Concluía su escrito incorporado fundamentación jurídica relativa a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en que, entre otras circunstancias, se aludía a la falta de consentimiento informado previo a cada una de las intervenciones quirúrgicas realizadas a su madre.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo, incluida la historia clínica de la madre del reclamante, ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

M.N.S., madre del reclamante, afectada por coxartrosis, fue sometida el 10 de octubre de 2008 en el Hospital Universitario de La Princesa, a una cirugía programada con el objeto de implantarle una prótesis total de la cadera izquierda.

El 14 de octubre se le produjo una luxación de la prótesis de cadera. En el Hospital Universitario de La Princesa se le realizó una reducción cerrada.

El 3 de noviembre se le traslada al Hospital A para continuar el tratamiento rehabilitador, siendo dada de alta el día 11 del mismo mes.

El 18 de noviembre de 2008 sufrió una segunda luxación de la prótesis de cadera izquierda. Se le volvió a practicar una reducción cerrada bajo anestesia general.

El 20 de noviembre fue intervenida para recambio de la cabeza femoral, dándosele de alta el 28 de noviembre.

El 8 de diciembre de 2008 se le produjo la tercera luxación de la prótesis de cadera izquierda. Nuevamente se le hubo de realizar una reducción cerrada en quirófano bajo anestesia general.

El 19 de diciembre volvió a entrar a un quirófano, para la revisión de la prótesis, siendo dada de alta el 29 de diciembre.

El 19 de enero de 2009 tuvo lugar una cuarta luxación de prótesis total de cadera. En el Hospital de Móstoles se le practicó una reducción cerrada bajo anestesia general y limpieza (desbridamiento) quirúrgico de escaras.

El 20 de enero de 2009, un TAC de miembro inferior izquierdo puso de manifiesto exceso de anteversión del cuello femoral. Se decidió una nueva intervención, con cambio de los componentes de la prótesis. El 11 de febrero de 2009 recibe el alta.

El 18 de febrero de 2009 ingresa en el Hospital Universitario de La Princesa por "gangrena en pie izquierdo que deja al descubierto el calcáneo". El 20 de febrero, debido a una isquemia irreversible del miembro inferior izquierdo por obstrucción de la arteria femoral superficial, se realiza una amputación supracondílea del miembro inferior izquierdo.

Todavía en vida de la madre del reclamante, un informe médico de valoración del daño corporal, suscrito por un facultativo de la empresa B, Gabinete de Valoración del Daño Corporal, manifestaba la existencia de negligencia médica en la práctica de las intervenciones quirúrgicas, estableciendo una relación causa-efecto entre aquella y los perjuicios que le habían sido ocasionados en cuanto a la amputación del fémur, la parálisis del nervio ciático y un perjuicio estético considerable.

La madre del reclamante falleció el 31 de enero de 2010.

SEGUNDO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP).

A tenor de lo previsto en el artículo 10.1 RPRP, se ha requerido informe de diversos facultativos del Hospital de Móstoles: del Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, de 9 de abril de 2010; de dos F.E.A. de Traumatología, de 14 y 15 de abril de 2010, respectivamente, y del Jefe de Servicio de Neurofisiología, de 21 de abril de 2010. En cuanto al personal médico del Hospital Universitario de La Princesa, se ha requerido informe de la Supervisora de Traumatología, de 22 de abril de 2010, y del Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, de 23 de abril de 2010.

Del mismo modo, se recabó informe de la Inspección Sanitaria, en que, con fecha 25 de octubre de 2010, se hacen constar las siguientes consideraciones médicas y juicio crítico:

“En relación a la información dada al paciente y falta de consentimiento informado:

(...) Hospital de La Princesa. Las actuaciones no se ajustaron a la lex artis. Técnicamente, como se evidenció mas tarde en el Hospital de Móstoles, la repetición de las luxaciones se debía a una malposición de los componentes, especialmente a un exceso de anteversión del cuello femoral, y consiguiente inestabilidad de la articulación. No consta documento el Consentimiento Informado de la paciente.

Hospital de Móstoles. Las actuaciones se ajustan a la lex artis. Técnicamente el defecto en la articulación fue identificado y corregido adecuadamente. La articulación no volvió a luxarse. La paciente fue informada del procedimiento y sus riesgos formalizando su aceptación mediante la firma del documento de Consentimiento Informado.

En relación a la lesión del nervio ciático:

(...)El riesgo de lesión neurológica era conocido previamente a la intervención. Se trata de una complicación que, como bien dice el reclamante, "En más de la mitad de los casos se desconoce su etiología". Los hechos acreditados en la HC, incluido el protocolo quirúrgico, no permiten dudar de la pericia y corrección con la que se realizó la operación. En este caso existían factores objetivos (tejido cicatricial, edad, sexo, que incrementan el riesgo)."

En relación al desarrollo y tratamiento de las úlceras por presión:

(...)La asistencia se ajustó a la lex artis tanto en el H. de la Princesa como en el H. de Móstoles. Durante los ingresos fue tratada según protocolo específico para este tipo de lesiones. A pesar de que al alta se informa de las normas de cuidado, la paciente reingresa en todas las ocasiones con agravamiento de las lesiones."

En relación a la isquemia arterial y amputación supracondílea del Miembro Inferior Izquierdo:

La actitud se ajustó a la lex artis.

Conclusiones

La asistencia quirúrgica en el Hospital de la Princesa no se ajustó a la lex artis.

La asistencia en el Hospital de Móstoles se ajustó a la lex artis.

El cuidado de las úlceras y la amputación se realizaron según la lex artis".

Asimismo, se ha aportado al procedimiento a iniciativa de la Compañía C, dictamen pericial de valoración de daños corporales, en que se

cuantifica el importe indemnizable por los daños ocasionados a la madre del reclamante en 64.183,54 euros.

Abierto el trámite de audiencia, el reclamante presentó escrito de alegaciones con fecha 9 de agosto de 2011. En él, además de poner de manifiesto que parte de la Historia Clínica incluida en el expediente administrativo pertenecía a otros pacientes, insistía en la mala praxis de las intervenciones quirúrgicas realizadas a su madre y en la falta de consentimiento previo informado a su práctica.

Practicada la audiencia, la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 10 de febrero de 2012, en que sugiere al órgano competente para resolver la estimación parcial de la reclamación, reconociendo al reclamante el derecho a ser indemnizado en la cantidad de 64.183,54 euros, según el informe de valoración de daños aportado al procedimiento administrativo por la compañía C. Ello, al considerar que la asistencia sanitaria dispensada a la madre del reclamante en el Hospital Universitario de La Princesa en las intervenciones quirúrgicas para la implantación de la prótesis de cadera izquierda y sucesivas luxaciones de prótesis de cadera, no se adecuaron al principio de la *lex artis*, de conformidad con el criterio de la Inspección Médica, al haberse producido una mal posición de los componentes y, en particular, un exceso de anteversión del cuello femoral.

TERCERO.- El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 6 de marzo de 2012, que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 14 de marzo del mismo año, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por el trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo

Consultivo, en su sesión de 25 de abril de 2012, por ocho votos a favor y el voto en contra del Presidente, que formula el voto particular recogido a continuación del dictamen.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos 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), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

SEGUNDA.- Por su trascendencia en el caso examinado, trataremos en consideración jurídica específica el aspecto relativo a la legitimación activa del reclamante.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, concurre en ella en cuanto titular del centro sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 142.5 LRJAP, que se contarán, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o determinación del alcance de las secuelas. La doctrina de la Sala Tercera

del Tribunal Supremo, entre otras muchas ocasiones, en reciente sentencia de 22 de febrero de 2012, recurso de casación 608/2010, recuerda que *“la fecha inicial para contar el plazo de prescripción del artículo 142, apartado 5, de la Ley 30/1992, tratándose de daños físicos o psíquicos en las personas, es la de la curación o aquella en la que se conoce el alcance de las secuelas, esto es, cuando se estabilizan los efectos lesivos y se conoce definitivamente el quebranto de la salud”*.

En el caso sujeto a examen, en fecha anterior en menos de un año a la reclamación no se habían determinado plenamente las secuelas que, según el reclamante, se derivaron de la defectuosa asistencia sanitaria prestada a la madre del reclamante, pues la amputación del miembro inferior izquierdo le fue realizada el 10 de marzo de 2010; en cambio, la reclamación se formuló el 9 de marzo de 2011.

TERCERA.- Como ya se ha anticipado, resulta relevante examinar la legitimación activa del reclamante para efectuar la reclamación cuya formulación constituye causa mediata del actual dictamen.

Tenemos que, en nuestro caso, la solicitud indemnizatoria ha sido formulada por un hijo de la paciente que, a tenor de lo reconocido por el Informe de Inspección, fue víctima de una defectuosa asistencia sanitaria por los servicios sanitarios de salud de la Comunidad de Madrid. Es fundamental fijarse en el tipo de daños cuyo resarcimiento pretende el reclamante. Los perjuicios a que se refiere la solicitud indemnizatoria consisten, según se deduce con toda claridad del escrito inicial de reclamación cuyo resumen hemos hecho en el antecedente de hecho primero, en la indemnización de lo que el reclamante denomina *daños físicos y morales* a su difunta madre. Dentro de esas categorías, agrupa la petición de resarcimiento de los días de baja o impedimento; las secuelas físicas consistentes en la amputación del miembro inferior izquierdo,

afectación del nervio ciático y perjuicio estético; los daños morales complementarios y la indemnización por invalidez permanente total.

De la relación anteriormente referida, se puede colegir sin dificultad que los conceptos indemnizatorios instados por el reclamante se refieren a daños, físicos y morales, irrogados a su madre. Ésta, según refiere también con precisión el escrito de reclamación, había fallecido con anterioridad a su interposición.

Este Consejo Consultivo, a lo largo de su tiempo de funcionamiento, ha ido distinguiendo el tratamiento de diversos supuestos en que el fallecimiento del perjudicado por la asistencia sanitaria pretendidamente deficiente de los servicios públicos de salud, requería plantearse si, quienes efectuaban la reclamación o al menos concurrían al procedimiento de un modo sobrevenido, ostentaban legitimación para pretender el resarcimiento de los perjuicios causados.

Así, hemos reconocido el derecho (y legitimación activa, por consiguiente) de los herederos, siempre que acreditaran cumplidamente tal condición, para reclamar el resarcimiento de los gastos surgidos para el tratamiento de la enfermedad del difunto (Dictamen 648/11).

Del mismo modo, es recurrente nuestra doctrina en torno a la legitimación de quienes estén ligados por un vínculo de parentesco, afectividad o convivencia con el finado, para reclamar en propio nombre los daños morales que les haya producido una defectuosa asistencia sanitaria (por todos, cfr. el Dictamen 355/10).

Y nos hemos referido también, como otro de los supuestos más frecuentes, a la legitimación de los herederos para sustituir al reclamante/perjudicado directamente por la deficiente asistencia sanitaria prestada, cuando su fallecimiento se produce después de interpuesta la

reclamación, entretanto se tramita el procedimiento para, en su caso, su reconocimiento (Dictamen 623/11).

Como puede apreciarse, en esta relación, que en modo alguno pretende ser exhaustiva, de los supuestos más frecuentes en que suele reconocerse legitimación de quienes no fueron perjudicados en carne propia por la asistencia sanitaria, en virtud de un vínculo concurrente con el perjudicado directo ya fallecido, no figura la referencia a la solicitud de indemnización de los perjuicios físicos y morales causados al paciente, cuando éste haya fallecido antes de la reclamación.

Y es que, a diferencia de los casos anteriormente resumidos, no puede reconocerse legitimación a terceras personas para reclamar los perjuicios irrogados al paciente, cuando éste haya fenecido antes de interponer la reclamación. Así lo hemos señalado en anteriores ocasiones, en particular en el Dictamen 596/11. En éste, distinguíamos entre la reclamación a título propio de los perjuicios ocasionados a los familiares del paciente por la defectuosa asistencia médica prestada, de los daños sufridos por el finado, que deben reputarse de carácter personalísimo y, en consecuencia, no susceptibles de transmisión *mortis causa*.

En el sentido expuesto se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 15 de marzo de 2011, al afirmar la *falta de legitimación activa de las reclamantes -viuda e hijo del paciente fallecido- para reclamar por las secuelas y daños sufridos por su marido y padre si este no lo hizo ya que la reclamación de indemnización por secuelas es un derecho de carácter personalísimo y, por lo tanto, no es transmisible mortis causa, ni los hijos del fallecido tienen el carácter legal de perjudicados pues no cabe el derecho a una indemnización que no era debida a su padre, en tanto éste, en vida, por el motivo que fuera, no*

consideró procedente solicitarla. En suma, la indemnización por razón de secuelas deriva de los padecimientos o sufrimientos personales del paciente y, por lo tanto, constituye un daño moral resarcible económicamente a la persona afectada, pero como ésta no lo reclamó y no se llegó a declarar su derecho a dicha indemnización nada podía transmitir al respecto y sucesoriamente, a sus herederos. Por el contrario, si el paciente hubiese reclamado una indemnización por las secuelas y muere durante el desarrollo del proceso, sus herederos podían continuarlo hasta su terminación. Pero en tal caso se estaría transmitiendo la pretensión procesal, dando lugar a la sucesión procesal por muerte prevista en el art. 16 LEC, y no el derecho subjetivo fundamento de la pretensión que es lo que las reclamantes han intentado aquí, y que no puede transmitirle porque tal derecho se extinguió con la muerte del paciente... ”.

De esta forma, fallecida una persona, se extingue su personalidad jurídica y, por tanto, no puede nacer en su favor una pretensión de resarcimiento del daño, es decir, de ningún daño material por su muerte o moral por los padecimientos experimentados como consecuencia de sufrir la enfermedad. Esa acción personalísima la hubiera podido ejercer en vida quien padeció ese daño moral e, incluso, se podría aceptar la sucesión en la reclamación si hubiera muerto antes de concluido el procedimiento administrativo para la declaración de la responsabilidad patrimonial. Por el contrario, no cabe reconocer legitimación activa para reclamar *ex novo*, una vez fallecido el paciente, la indemnización de los perjuicios físicos o morales que a aquél le fueron irrogados.

En atención a lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación por responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, al no concurrir legitimación activa en quien la ejercita.

A la vista de lo dictaminado, 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.

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

«El dictamen 250/12, aprobado por el Consejo Consultivo en fecha 25 de abril de 2012 del que respetuosamente disiento, parte de una consideración que, a mi juicio, contiene dos criterios interpretativos difícilmente sostenibles en Derecho.

La primera cuestión que me lleva a disentir de la argumentación y de las conclusiones del dictamen objeto de este voto particular es la confusión que en el mismo se desliza entre el carácter personalísimo del bien o derecho que sufre el daño y el carácter o la naturaleza estrictamente patrimonial del derecho al resarcimiento por el daño causado.

Dice, en concreto, el dictamen, que *“no puede reconocerse legitimación a terceras personas para reclamar los perjuicios irrogados al paciente cuando éste haya fenecido antes de interponer la reclamación. Así lo hemos señalado en anteriores ocasiones, en particular en el Dictamen 596/11. En éste distinguíamos entre la reclamación a título propio de los perjuicios ocasionados a los familiares del paciente por la defectuosas asistencia médica prestada, de los daños sufridos por el finado, que deben reputarse de carácter personalísimo y, en consecuencia, no susceptibles de transmisión mortis causa”*.

Esta argumentación supone una transcripción casi literal de los argumentos plasmados en la Sentencia de la Sección 8ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 15 de marzo de 2011 que afirma la *“falta de legitimación activa de las reclamantes –viuda e hijo del paciente fallecido– para reclamar por las secuelas y daños sufridos por su marido y padre si éste no lo hizo ya que la reclamación de indemnización por secuelas es un derecho de carácter personalísimo y, por lo tanto, no es transmisible mortis causa, ni los hijos del fallecido tienen el carácter legal de perjudicados pues no cabe el derecho a una indemnización que no era debida a su padre, en tanto éste, en vida, por el motivo que fuera, no consideró procedente solicitarla. En suma, la indemnización por razón de secuelas deriva de los padecimientos o sufrimientos personales del paciente y, por lo tanto, constituye un daño moral resarcible económicamente a la persona afectada, pero como ésta no lo reclamó y no se llegó a declarar su derecho a dicha indemnización nada podía transmitir al respecto y sucesoriamente, a sus herederos. Por el contrario, si el paciente hubiese reclamado una indemnización por las secuelas y muere durante el desarrollo del proceso, sus herederos podían continuarlo hasta su terminación. Pero en tal caso se estaría transmitiendo la pretensión procesal, dando lugar a la sucesión procesal*

por muerte prevista en el art. 16 LEC, y no el derecho subjetivo fundamento de la pretensión que es lo que las reclamantes han intentado aquí, y que no puede transmitirle porque tal derecho se extinguió con la muerte del paciente”

La idea que subyace en dicho razonamiento es que el daño corporal y moral son tan personales que no pueden trascender a quien los padece y, por tanto, la reclamación de indemnización por tales daños es intransmisible. Como el bien o derecho dañado está fuera del comercio de los hombres, no cabe que su resarcimiento se transmita ni *inter vivos* ni *mortis causa*. Pero esta postura confunde el régimen jurídico de un derecho personalísimo con el del resarcimiento de los daños causados por haber sido lesionado un derecho tal. Naturalmente, los derechos de la personalidad no son transmisibles a los herederos, pero el crédito resarcitorio nacido de un daño a la integridad física y moral constituye un derecho subjetivo de carácter patrimonial que se trasmite, como otros muchos, a los herederos.

De este modo, cuando la víctima de un daño no patrimonial (biológico o moral) muere sin haber ejercido el derecho a reclamar por dicho daño y éste no ha prescrito, ese derecho al resarcimiento, adquirido por el *de cuius* en el momento en que se produjo el hecho lesivo, se transmite *mortis causa* a sus herederos. El derecho al resarcimiento por el daño corporal o moral no es un derecho de carácter personalísimo, sino un derecho de crédito como cualquier otro. Por ello, no tiene sentido afirmar que la reclamación de la indemnización por tales daños es un derecho de carácter personalísimo y que, en consecuencia, no es transmisible *mortis causa*. Lo que tiene carácter personalísimo y es intransmisible es el bien o derecho que sufre el daño o menoscabo, pero no el crédito resarcitorio que surge como consecuencia de dicho daño, el cual, dada la finalidad del instituto de la responsabilidad, tiene una función resarcitoria o reparadora,

en cuanto que tiende a sustituir la utilidad perdida o el daño sufrido por un equivalente económico.

En nuestro ordenamiento sólo el artº 6 de la L.D. 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen establece una norma distinta, una excepción contenida en una Ley especial que constituye una confirmación de la regla general, según la cual los créditos resarcitorios, en cuanto créditos patrimoniales, son transmisibles *mortis causa*, aunque el perjudicado no los hubiera ejercitado pudiéndolo hacer.

El segundo error en que, a mi juicio, incurre tanto el dictamen del que disiento como la sentencia en la que se apoya, estriba en considerar que, a pesar del carácter personalísimo que, a juicio de la mayoría de la que discrepo, tiene el derecho al resarcimiento por los daños personales (físicos o morales), éste podría transmitirse si el causante lo hubiese ejercido en vida, falleciendo en el curso del procedimiento administrativo o jurisdiccional.

“Esta acción personalísima” –dice literalmente el dictamen del que discrepo– “la hubiese podido ejercer en vida quien padeció ese daño moral e, incluso, se podría aceptar la sucesión en la reclamación, si hubiera muerto antes de concluido el procedimiento administrativo para la declaración de la responsabilidad patrimonial. Por el contrario, no cabe reconocer legitimación activa para reclamar ex novo, una vez fallecido el pariente, la indemnización de los perjuicios físicos o morales que a aquél le fueron irrogados”

Tras esta argumentación parece latir la idea, a mi juicio errónea, de que el derecho al resarcimiento nace cuando el mismo se declara o cuando se ejerce la acción para reclamarlo, siendo claro, entiendo, que el derecho al resarcimiento nace en el momento en el que el daño se produce, no

considerando necesario extenderme ahora sobre las razones que avalan este planteamiento, dado que el dictamen del que discrepo nada dice expresamente sobre este punto.

Sí considero necesario, sin embargo, poner de relieve la contradicción que supone afirmar simultáneamente el carácter personalísimo del derecho al resarcimiento por el daño causado a un bien o derecho de carácter físico o moral y su transmisibilidad *mortis causa*, cuando –eso sí– se hubiese ejercitado previamente la acción por el causante. A juicio de la sentencia en la que se apoya el dictamen del que discrepo, esto sería así porque “*en tal caso, se estaría transmitiendo la pretensión procesal, dando lugar a la sucesión procesal por muerte prevista en el art. 16 LEC y no el derecho subjetivo fundamento de la pretensión, que es lo que los reclamantes han intentado aquí, y que no puede transmitirle porque tal derecho se extinguió con la muerte del paciente...*”.

Como ya he indicado anteriormente, la aplicación del art. 16 LEC en el supuesto del derecho al resarcimiento por daño corporal o moral no resulta coherente con el punto de partida de esa tesis: el carácter personal e intransmisible de dicho derecho. Si el bien o derecho lesionado constituye un derecho personalísimo y se considera, como hace la referida sentencia, que el derecho al resarcimiento tiene esa misma naturaleza, debería concluirse que tal derecho se extingue con la muerte de su titular y no puede ser transmitido a su herederos, por lo que no puede tener lugar la sucesión procesal prevista en la LEC. Con la alusión a que lo que se transmite es la pretensión procesal, se olvida que ésta, entendida como la afirmación de una o varias acciones, constituye el objeto mismo del proceso y que el propio art. 16 LEC establece, precisamente, que no cabe la sucesión procesal cuando lo que es objeto del juicio o proceso no es transmisible *mortis causa*.

Los derechos personalísimos no se transmiten a los herederos y, por tanto, en aplicación estricta del art. 16 de la LEC, no cabe la sucesión procesal, lo que llevaría a la extinción del proceso en marcha. Si el derecho es intransmisible (y los derechos personalísimos lo son), en el momento en el que se produce el fallecimiento se produce, asimismo, la extinción de tal derecho y, por lo tanto, se origina una carencia sobrevenida de objeto en el proceso, lo que debería dar lugar al archivo de las actuaciones.

Si la sucesión procesal en los casos de reclamación de resarcimiento por daño moral puede tener lugar es, precisamente, porque el derecho al resarcimiento por daños físicos o morales no es un derecho personalísimo, sino un derecho de carácter patrimonial que se puede transmitir *mortis causa*. Y precisamente porque ése, y no otro, es su carácter, también se puede transmitir *mortis causa* a los herederos, aunque la reclamación de responsabilidad no se haya presentado ante la Administración o el proceso contencioso-administrativo todavía no se haya entablado.

Lo mismo puede afirmarse en relación al art. 31.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, según el cual: «Cuando la condición de interesado derivase de alguna *relación jurídica transmisible*, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento». Para que los herederos adquieran la condición de interesados es preciso que la relación jurídica sea transmisible. En el caso de la reclamación por daños corporales o morales la condición de interesado se adquiere por el derechohabiente porque la relación jurídica en cuestión (el derecho a ser indemnizado y la obligación de indemnizar de la Administración) es perfectamente transmisible.

El crédito resarcitorio nace con el daño y en virtud del daño, sin que su nacimiento pueda ligarse al momento en que el perjudicado exprese de cualquier forma su voluntad de reclamar o la haga valer efectivamente

mediante el ejercicio de su acción. La transmisión hereditaria del crédito resarcitorio por daños corporales y morales no puede depender de la actividad o inactividad de su titular ante la Administración o ante la Jurisdicción, pues su acción constituye una facultad potestativa que supone la existencia de un derecho preexistente.

La tesis que se viene manteniendo en este voto particular encuentra respaldo en una jurisprudencia abrumadoramente mayoritaria y en la propia doctrina del Consejo de Estado.

El propio TSJ de Madrid (sentencia núm. 1213/2003, de la Sala de lo contencioso-administrativo), precisamente en un supuesto como el analizado en el dictamen del que discrepo, en el que la Administración no se opone a la legitimación activa de los herederos, ante la reclamación de una hija por los daños corporales y morales sufridos por su madre ya fallecida, sostiene concluyentemente que: *“Sorprende que en sede jurisdiccional cuestione la CAM la legitimación de la actora cuando no opuso objeción de clase alguna al resolver la reclamación planteada ante la Consejería de Asuntos Sociales, pero, además, y en todo caso, siendo la actora hija de la hoy fallecida –por circunstancias ajenas a este recurso– con un claro deterioro físico y psíquico (se había iniciado un proceso judicial para su incapacitación que no había concluido en la fecha de su fallecimiento), tiene un claro interés legitimador –la Sentencia que en este proceso se dicte afecta de forma directa a su esfera patrimonial como heredera– tanto para deducir la reclamación de responsabilidad patrimonial como para accionar en esta sede jurisdiccional”* (FJ 2º).

La sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3ª) de 29 de septiembre de 2011 (JUR 2011/354946) también admite sin ambages la legitimación activa de una madre que reclama una indemnización de 123.544 euros por los daños

morales sufridos por su hijo, ya fallecido, por haber permanecido en prisión por un delito del que luego resultó absuelto. El representante de la Administración alegaba la falta de legitimación activa de la actora por tratarse de un derecho personalísimo del hijo, pero la Audiencia Nacional señala de forma concluyente en el FJ 2º que: *“La demandante es la heredera legal de su hijo fallecido que estuvo en prisión preventiva, y así lo ha considerado la Administración a lo largo de todo el expediente administrativo, no poniendo ninguna objeción al respecto a la legitimación de la actora, pues la actora tiene la citada legitimación como heredera legal de su hijo para ejercitar la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial”*.

En el ámbito civil (pero con argumentos claramente extrapolables al contencioso-administrativo, pues no hay razón alguna para sostener que el derecho de crédito que nos ocupa es transmisible en el ámbito civil pero no en el administrativo), las Audiencias Provinciales han detectado perfectamente la confusión que vengo criticando. La SAP de Madrid núm. 436/2009, de 1 de julio (JUR 2009/375973), dice claramente que *“una cosa es que el derecho a la salud tenga carácter personalísimo, como también la noción de «perjudicado» y otra, distinta, que el derecho de crédito nacido en vida del causante a un resarcimiento, ligado a la lesión de aquél derecho (o que se anude al fallecimiento de quien pueda dar vida a ese crédito), no se integre en el propio patrimonio y en cuanto tal, forme parte del caudal hereditario”*.

El TS ha sostenido esta misma tesis en su sentencia de 10 de diciembre de 2009 (JUR 2010/280, ponente Xiol Rios), donde, al igual que la sentencia de la Audiencia recurrida en casación, no aprecia la falta de legitimación de los hijos por los daños morales y corporales sufridos en un accidente de tráfico por su madre, luego fallecida por causas diversas a las lesiones, pues se considera que la indemnización a que pudiera tener

derecho la víctima como consecuencia del accidente de tráfico pasaría a formar parte de su caudal relecto y sería transmisible a sus herederos en virtud de lo dispuesto en el artículo 659 CC.

Por su parte, el Consejo de Estado, en su dictamen de 22 de diciembre de 1999 (exp. 3292/1999), ante la reclamación de una madre por los daños corporales y morales sufridos por su hija ya fallecida, señala expresamente que *“el derecho a obtener indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a una persona durante su vida constituye en general un derecho de crédito, el cual pasa a integrarse en su herencia formando parte de ella en caso de fallecimiento”*. Y en el más reciente, de 14 de julio de 2005 (expediente 901/2005), donde quien reclama es el padre de un Guardia Civil por los daños morales, profesionales y familiares sufridos por su hijo (fallecido posteriormente en accidente de tráfico), se plantea el problema de la legitimación del padre y concluye que *“se encuentra legitimado para formular la reclamación, toda vez que es heredero de su hijo y que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte (artículo 659 del Código Civil), siendo transmisibles mortis causa todos los derechos y acciones cuyo ejercicio correspondía al causante, siempre que no sean personalísimos. Dado que la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración no tiene carácter personalísimo ni se extingue por la muerte de su titular, dicha acción podrá transmitirse mortis causa y ser ejercitada por los herederos de su titular”*.

Es sabido que, históricamente, siempre ha habido una fuerte resistencia a que los daños corporales y, sobre todo, los morales fueran objeto de indemnización alguna, de modo que, cuando finalmente se impuso la postura favorable a su resarcimiento, la doctrina reticente a su admisión, se opuso entonces a su transmisión hereditaria. De ese recelo o

desconfianza es fruto también el criterio restrictivo de que solo se transmite el crédito resarcitorio que nace de tales daños cuando el perjudicado lo ha hecho valer, sin que se produzca su transmisión *mortis causa* cuando el perjudicado fallece sin haber ejercitado su acción, habiéndolo podido hacer.

Es cierto, con todo, que la reclamación de resarcimiento por daños físicos o morales llevada a cabo por los herederos del causante induce en muchas ocasiones a pensar en un abuso de derecho o en un cierto enriquecimiento injusto lo que, con independencia de que tal percepción es frecuente en otras muchas reclamaciones instadas *iure proprio*, no puede llevarnos a negar, sin fundamento jurídico alguno, la transmisibilidad del derecho al resarcimiento por los herederos del causante ni, por lo tanto, a negar la legitimación activa de éstos.

Si en tal percepción pudiera haber algo de verdad, tendríamos que adentrarnos en otros ámbitos y examinar con especial atención otras cuestiones como pueden ser, la exacta objetivación de los daños alegados y su efectividad, la rigurosa apreciación de la prueba y, en su caso, la valoración de dichos daños, cuestiones éstas que, al negar el requisito previo de la legitimidad, no se plantea el dictamen del que discrepo.

Pero es que, además, en el concreto caso en el que nos encontramos la valoración de los daños causados es previa al fallecimiento del causante (la delimitación y cuantificación de los daños se lleva a cabo en fecha 20 de noviembre de 2009, mientras que el fallecimiento tuvo lugar el 31 de enero de 2010), lo que pone de manifiesto una objetivación de los daños llevada a cabo con la participación y aquiescencia del causante y la voluntad de reclamar de éste, lo que, incluso desde una posición no negativa, pero sí restrictiva, habría de conducir al reconocimiento de la

legitimación activa y que, en todo caso, nos obligaría a excluir cualquier reproche de mala fe o abuso de derecho de los reclamantes.

La Consejería de Sanidad, por su parte, no sólo no pone en duda la legitimación activa de los reclamantes, sino que formula una propuesta de resolución en la que se acoge una estimación parcial de la reclamación, reconociendo al reclamante el derecho a ser indemnizado en la cantidad de 64.183,54 euros, lo que, por sí solo, habría obligado a este Consejo a entrar en el fondo del asunto.

Por todo ello, en contra del parecer mayoritario de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, considero que el reclamante F.L.N. ostenta legitimación activa para reclamar el resarcimiento de los daños causados a su madre M.N.S., estimando, por lo demás, correcta y ajustada a Derecho la propuesta de resolución formulada por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 4 de mayo de 2012

Mariano Zabía Lasala»

Madrid, 7 de mayo de 2012