

Dictamen nº: **397/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **25.09.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría en su sesión de 25 de septiembre de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por R.F.R. (en adelante “*el reclamante*”), sobre daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su tía, J.R.G., (en adelante, “*la paciente*”), como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por parte del Hospital del Sureste.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de junio de 2011, el reclamante presentó escrito solicitando la declaración de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid, en relación con los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada a la paciente por parte del Hospital del Sureste.

En su escrito, el reclamante, que manifiesta actuar como familiar y “*representante*” de la paciente, relata que el 3 de junio de 2011 acudió acompañando a ésta al Hospital del Sureste para someterse, por prescripción facultativa, a la práctica de una colonoscopia digestiva, encontrándose en esos momentos en perfecto estado de salud.

Indica que, tras la práctica de la prueba, comenzó a padecer intensos dolores abdominales e inflamación de vientre, por lo que tuvo que

permanecer un tiempo en camilla con sonda rectal y gástrica, sospechándose, habida cuenta de que los síntomas no remitían, de una posible perforación intestinal, descartada por los sanitarios que atribuían los síntomas a una posible acumulación de gases.

Al no ceder los dolores ni la hinchazón abdominal, se decidió pasar a la paciente a Urgencias, informando a los familiares, sobre las 23:00 horas, que se daría el alta médica, a lo cual, indica, se opusieron, recibiendo como respuesta que, por hacerles “*un favor social*”, la mantendrían hasta la mañana siguiente ya que lo único que detectaban eran gases. Finalmente, es dada de alta sobre las 11:00 horas del día 4, aún con intensos dolores e hinchazón abdominal, con la indicación de acudir a consulta el día 9 de junio.

Una vez en su domicilio, ubicado en la Residencia de Mayores de la CAM de Arganda del Rey, es internada en planta clínica por el intenso dolor abdominal que padecía. Su situación se agravó, solicitándose los servicios del SUMMA 112, que acudieron sobre las 18:00 horas, no considerando pertinente su traslado al Servicio de Urgencias.

Sobre las 22:00 horas, la paciente es trasladada al Hospital del Sureste con empeoramiento evidente de su estado de salud.

A las 23:00 horas, según indica la reclamación, el cirujano de guardia informó a la familia que, tras la realización de prueba radiológica, se observó una peritonitis por perforación intestinal, siendo sometida a intervención quirúrgica urgente ante su extrema gravedad. Tras la intervención, cuya duración fue cercana a las siete horas, la paciente presentaba un estado crítico, permaneciendo en la UCI sedada y monitorizada, falleciendo a las 15:30 horas del 7 de junio.

Considera el reclamante que el fallecimiento de la paciente fue consecuencia de la infección intestinal, ocasionada por la peritonitis,

tardíamente detectada y en estado irreversible, por el tiempo transcurrido desde la práctica de la colonoscopia. Manifiesta que:

- La colonoscopia se podría haber obviado por otras pruebas alternativas y menos invasivas, dada su avanzada edad.
- La asistencia por parte del Servicio de Urgencias fue sumamente deficiente y la alta otorgada el día 4 fue prematura, lo que provocó un agravamiento progresivo de su estado.
- La asistencia del SUMMA 112 fue “*anecdótica y deficiente*”.
- Su posterior ingreso en el hospital fue tardío, confirmándose la sospecha de los familiares de perforación intestinal.

Solicita por todo lo expuesto, una indemnización por importe que inicialmente no determina, si bien, en escrito posterior, valora la misma en un millón de euros (1.000.000 €).

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

La paciente, de 85 años de edad en estudio por pérdida de peso, anemia y aumento del número de deposiciones, es atendida en consulta de Digestivo del Hospital del Sureste el 25 de mayo de 2011 (folio 30), solicitándose colonoscopia preferente por alta sospecha de neoplasia intestinal (anemia y masa intestinal).

La colonoscopia es llevada a cabo bajo sedación el 3 de junio de 2011, anotándose la mala preparación de la paciente y apreciándose *en el sigma* medio una masa mamelonada que impresiona de malignidad y es compatible con neoplasia de colon.

En las observaciones se refleja: “*Se ha considerado no progresar la óptica por la mala tolerancia de la paciente que comienza con importante dolor abdominal. Precisa la colocación de sonda rectal*” y “*Puesto que se ha objetivado la potencial causa de la anemia y del síndrome constitucional y de acuerdo con el médico solicitante, no hemos realizado la gastroscopia*” (folio 28).

La paciente es trasladada a Urgencias por dolor en hipogastrio y flanco izquierdo con distensión abdominal y vómitos, por lo que se le coloca inicialmente una sonda rectal. Ingresa a las 13.26 horas por “*importante dolor tras colonoscopia que no remite y distensión abdominal*”.

Se informa a la familia del mal pronóstico (folio 85)

Se decide a las 14.46 horas la práctica de TAC abdomino-pélvico sin contraste, para descartar perforación, y en la que se indica:

“*no se visualiza gas ectópico extraluminal que sugiera perforación intestinal, se aprecia marcada distensión del marco cólico y especialmente del ciego, que probablemente sea secundaria a la introducción de gas; en los cortes superiores en los que se incluyen las bases pulmonares se visualizan múltiples nódulos pulmonares de diferentes tamaños y distribución difusa altamente sugerentes de metástasis; hay gran masa de partes blandas en pelvis e hipogastrio que pudieran corresponder a un gran mioma*” (folio 31).

El día 4 de junio, a las 23 horas, la paciente tolera líquidos y alimentos blandos, sin náuseas ni vómitos, tiene deposición semifluida con restos de sangre roja, mantiene abdomen globuloso, y con percusión timpánica pero depresible a la exploración. Ante la mejora del dolor abdominal se propone alta a la Residencia donde vivía.

Es dada de alta el 4 de junio a las 12 horas con indicación de seguimiento de tratamiento habitual, aumentando paulatinamente la

ingesta, acudir a cita con Digestivo el 9 de junio, y volver a urgencias en caso de dolor abdominal agudo con distensión o fiebre o imposibilidad de tolerar alimentos o líquidos.

El 5 de junio, a las 18:35 horas, desde la Residencia de Mayores donde residía la paciente se avisa al SUMMA 112 solicitando la asistencia de un médico por pequeño sangrado en pañal, fiebre y dificultad para respirar. Acude El SUMMA a las 19.19 horas, finalizando la atención a las 20.04 con el juicio clínico de viriasis. Se pauta antibiótico y paracetamol alterno con nolotil en caso de fiebre superior a 38º y se administra suero vía intravenosa (folio 90).

A las 21.37 horas, el SUMMA 112 recibe una nueva llamada de la residencia por presentar la paciente fuertes dolores abdominales por lo que se asigna una ambulancia para su traslado al Hospital.

A las 23:03 horas (folio 36) ingresa en Urgencias del Hospital del Sureste por dolor, fiebre y distensión abdominal. Se practica radiografía simple de abdomen que objetiva abundante neumoperitoneo, probablemente secundario a perforación intestinal por colonoscopia y mínima dilatación de asas de intestino delgado. Se realiza una analítica a las 23:36 horas y una gasometría a las 4:43 horas del 6 de junio.

Tras intentar estabilizar a la paciente, a las 6:58 horas es intervenida por una perforación intestinal secundaria a neoplasia de colon (folio 61):

A las 10:10 horas se realiza una radiografía de tórax que muestra múltiples nódulos tubulares, bilaterales, de distintos tamaños en relación con metástasis pulmonares.

Tras la intervención, pasa intubada, sedorrelajada y conectada a ventilación mecánica a la UCI para su control.

A las 12:30 se hace constar que la paciente presenta fracaso hemodinámico que requiere resucitación volumétrica (folio 60).

Según el informe de alta presenta fracaso hemodinámico, renal y hematológico, acidosis respiratoria y leucopenia (folio 20).

La paciente fallece a las 15:20 horas del 7 de junio por shock séptico por gram negativos secundario a peritonitis por perforación intestinal.

El estudio anatomo-patológico confirma “*Infiltración por neoplasia de hábito epitelial, compatible con adenocarcinoma*” (folios 25-27).

TERCERO.- A causa de la referida reclamación se ha instruido un 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 (en adelante, LRJ-PAC), 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 (en adelante, RPRP).

Con fecha 29 de junio de 2011, se practicó requerimiento al reclamante a fin de acreditar la legitimación con la que actuaba, y concretar la cuantía indemnizatoria pretendida, o los criterios en base a los cuales pretendía fuese fijada.

En el escrito se requiere que se acredite “*(...) la legitimación (parentesco) con el que actúa en nombre de la finada, o en su caso su representación legal (sic), mediante cualquier medio que deje constancia fidedigna de las mismas, tales como Libro de Familia, Acta de declaración de herederos, sentencia judicial que atribuya la representación legal por incapacidad, etc.*”(folio 7)

El requerimiento es atendido mediante escrito presentado el 11 de julio de 2011, en el que el reclamante concreta el importe de la indemnización pretendida en un millón de euros en función de la edad de la paciente. Según el reclamante su legitimación deriva de ser sobrino de la fallecida al ser uno de los hijos de su hermana. Aporta para acreditarlo “*fotocopia del libro de familia de abuelos maternos y de mis padres*”, obrando además en su poder un “*escrito firmado por mi tía el día de su ingreso para realizarse la fatal colonoscopia en el susodicho Hospital (convendría indagar lo que ocurrió)*”.

Se ha incorporado al expediente informe emitido por el subdirector de Enfermería Responsable de Atención al Usuario del SUMMA 112, de 2 de agosto de 2011, en el que relata la asistencia prestada a la paciente y que ya ha sido expuesta.

Consta, igualmente, informe emitido por el Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo del Hospital del Sureste, de 22 de agosto de 2011, en el que se limita a relatar la asistencia prestada a la paciente.

Igualmente se limita a relatar la asistencia prestada el informe emitido por el jefe de la Sección de Urgencias, de 18 de agosto de 2011.

Consta en el expediente un informe emitido por parte de la Sección de Digestivo, no fechado, y suscrito por tres facultativos en el que se recoge lo siguiente:

“*PUNTO 1 (Previo a la realización de la colonoscopia):*

La paciente, mujer de 85 años, sin prácticamente comorbilidad ni antecedentes médico-quirúrgicos relevantes y en facultades mentales, fue valorada en nuestras consultas el día 25 de Mayo de 2011 por el Dr. V.R. Acudía remitida por anemia y pérdida de peso. En la anamnesis se recogió la marcada pérdida de peso y la alteración del ritmo intestinal y en la exploración se objetivó una probable masa en

flanco abdominal izquierdo. Junto a estos datos presentaba alteraciones analíticas compatibles con anemia. Con este conjunto de datos clínico-analíticos, y con muy buen criterio, se sospecha una neoplasia digestiva de origen colónico y se solicita con carácter preferente una colonoscopia con sedación. (...). Éste es el proceder habitual en este tipo de situaciones donde la colonoscopia es, sin ninguna duda, la prueba de elección.

En este sentido, la observación de que 'la colonoscopia se podría haber obviado por otras pruebas alternativas y menos invasivas, dada su avanzada edad' no tiene excesivo fundamento. La razón es que la colonoscopia, aun siendo una exploración invasiva, es la única prueba diagnóstica con la que podemos obtener muestras histológicas (biopsias) y por tanto confirmar la sospecha diagnóstica y la naturaleza de la lesión para posteriormente realizar un tratamiento adecuado. En este caso la edad de la paciente no supone un impedimento para realizar la prueba, lo que se valora es que el/la paciente esté en condiciones físicas y mentales y no tenga contraindicaciones médicas. En este contexto clínico descrito previamente, sería inadecuado e incorrecto no haber propuesto este procedimiento diagnóstico.

No obstante, antes de realizar la prueba el médico solicitante siempre explica verbalmente la conveniencia e indicación del procedimiento, los riesgos y entrega en mano un consentimiento informado (para ser leído y para que se traiga firmado el día de la exploración, en el caso de que se esté de acuerdo en su realización) donde éstos se especifican detalladamente por escrito y textualmente: A pesar de la adecuada elección de la técnica y de su correcta realización, pueden presentarse: efectos indeseables como distensión abdominal, mareo, dolor, hipotensión, náuseas y vómitos.

Efectos graves (que no son habituales) como hemorragia, perforación, infección, neumoperitoneo, peritonitis. En ocasiones, muy excepcionales, puede aparecer arritmias o complicaciones cardíacas, depresión-parada cardiorrespiratoria y ACV (Accidente Cerebrovascular), que pueden requerir tratamiento médico o quirúrgico, y producir un mínimo riesgo de mortalidad.

En este consentimiento se explicita además: El médico me ha explicado la técnica y sedación que se me va a realizar, los posibles riesgos asociados y, en su caso, la existencia de posibles técnicas o procedimientos alternativos. Por tanto, manifiesto que comprendo las explicaciones que se me han facilitado de forma clara y sencilla, se me ha permitido realizar todas las preguntas que he creído conveniente y me han sido aclaradas todas las dudas.

He sido informado de la posibilidad de revocar este consentimiento en cualquier momento sin necesidad de dar ninguna explicación, aceptando firmar la revocación en caso de que esto suceda. Manifiesto que estoy satisfecho con la información y que comprendo los riesgos posibles del tratamiento. En consecuencia, doy consentimiento para su realización.

PUNTO 2 (Día de la realización de la colonoscopia):

La paciente, mujer de 85 años, acudió el 3 de Junio de 2011 a la Unidad de Endoscopia Digestiva. Antes de iniciar la exploración se volvió a explicar los riesgos. Se realizó la colonoscopia con sedación (Dr. R.) y durante el procedimiento, se detectó una lesión en sigma altamente sugestiva de neoplasia de colon (confirmada posteriormente histológicamente y con carácter infiltrante). (...). Además se objetivó una zona estenótica (estrecha) de aspecto inflamatorio por lo que se consideró ‘no progresar la óptica’ ni realizar ninguna actuación terapéutica para evitar complicaciones, (...).

Posteriormente a la realización de la colonoscopia, la paciente comenzó con intenso dolor abdominal, por lo que se inició tratamiento conservador con sondaje rectal y sondaje nasogástrico en nuestra sala de recuperación, con continua monitorización por parte de enfermería y el facultativo responsable. Puesto que la paciente no mejoró adecuadamente y ante la sospecha de una ‘potencial’ complicación se comentó la situación con los familiares y la paciente y se decidió realizar con carácter urgente una TC Abdominal donde se informa de la distensión abdominal producida por el gas pero se descarta perforación intestinal. En el estudio actual no se visualiza gas ectópico extraluminal que sugiera perforación intestinal. Se aprecia marcada distensión del marco cólico y especialmente distensión del ciego, que probablemente sea secundaria a la introducción de gas para realización de colonoscopia, no obstante se recomienda control clínico. En los cortes superiores en los que se incluyen las bases pulmonares se visualizan múltiples nódulos pulmonares de diferentes tamaños y distribución difusa altamente sugerentes de metástasis.

Gran masa de partes blandas en pelvis e hipogastrio con calcificaciones groseras y áreas hipodensas que podría corresponder a un gran mioma bastante no se valora adecuadamente en este estudio urgente sin contraste’. (...).

A pesar de esto, la paciente continuó con dolor abdominal, por lo que se comentó la situación con el servicio de Urgencias, tal y como se recoge en la historia clínica y se explica a la familia que por nuestra parte, a pesar de no identificarse perforación ni complicación, sería recomendable la observación clínica y radiológica: ‘Tras la exploración la paciente aqueja importante dolor en hipogastrio, flanco izquierdo con distensión abdominal y vómitos que no acaban de ceder con medidas conservadoras y tras colocación de sonda rectal (inicialmente) y posteriormente sonda nasogástrica

(drenaje de bilis). Se decide realizar TAC abdominopélvico para descartar complicación (a pesar de no haber realizado terapéutica ni haber forzado a través de estenosis). De esta manera además probablemente evitemos el TAC para establecer la posible lesión tumoral. En TAC se descarta complicación tras colonoscopia. Presenta abundante gas en colon derecho y ciego. Como hallazgo metástasis hepáticas PLAN:

- Se comenta con la familia el mal pronóstico
 - Se comenta con observación urgencias para control clínico y radiológico.
- (...)

En este sentido, desde el punto de vista del servicio de Digestivo, la praxis realizada ha sido exquisita y totalmente acorde con el protocolo de actuación en estas situaciones:

- La colonoscopia es el método de elección para el diagnóstico de los tumores de colon. La indicación era del todo adecuada.
- La colonoscopia en pacientes con tumores de colon y estenosis o inflamación producidas por la neoplasia tienen un riesgo más elevado de complicaciones como la perforación intestinal. Los tumores del colon en estadio avanzado localizados en sigma, sobre todo si presentan carácter infiltrante (en este caso se trataba de un tumor de sigma muy avanzado, infiltrante, en forma de masa abdominal palpable y con metástasis hepáticas), es frecuente la perforación por la propia evolución de la enfermedad, sin que esta sea consecuencia de actuación iatrogénica. No obstante, se expone en el consentimiento y se explica verbalmente y por escrito antes y durante la exploración todas estas situaciones asociadas a la colonoscopia. El paciente lo comprende y lo firma.

- *Ante la sospecha de una complicación debe realizarse precozmente una prueba de imagen para descartar perforación. En nuestro caso se realizó en esa misma mañana un TC Abdominal. A pesar de informarse como no compatible con perforación se decidió adoptar una actitud prudente, velando en todo momento por el bienestar y la seguridad de la paciente y estableciendo medidas preventivas ante una posible complicación, por este motivo la paciente no se remite a su domicilio sino que se queda en observación a cargo del servicio de Urgencias para la monitorización clínica y radiológica.”*

Concluye afirmando que se actuó correctamente.

Por su parte, la Inspección Médica emite informe, de 9 de enero de 2012, en el que, tras hacer una exposición de hechos y la realización de un TAC tras la colonoscopia para determinar si existió perforación, considera que:

“La existencia de una prueba como el TAC abdominal que no muestra resultados de perforación no excluye la posibilidad de que exista, mucho más en una persona anciana, en donde la clínica es algo diferente a la que presentan otros grupos de edad. Los signos clínicos y la leucocitosis con desviación a la izquierda moderada, junto con la distensión abdominal que se aprecia en el TAC y lo que describe el endoscopista de que solo ha llegado a 45 cm del colon y por tanto ha introducido muy poco gas, y la distensión de marco cólico, hacen pensar en una clínica de perforación y/o obstrucción intestinal.

A las 30 horas del alta hospitalaria es atendida por un facultativo del SUMMA que no objetiva síntomas de irritación peritoneal, que observa fiebre de 38° y una saturación de oxígeno de 86, y orofaringe hiperémica sin adenopatías y valora como diagnóstico una viremia, para lo que indica un tratamiento. No considera que la

paciente había llevado una sonda nasogástrica en el tiempo en el que permaneció en el área de observación de urgencias del H. del Sureste ni que presenta una saturación de oxígeno de 86. La facultativa ha tenido acceso al informe del TAC abdominal.

Vuelve a Urgencias a las 3 horas de ser atendida por el médico del SUMMA con la misma clínica y empeoramiento del estado general franco. Es intervenida tras realizar una radiografía simple de abdomen y una analítica que confirman la sospecha de perforación intestinal y peritonitis.

En ese momento se realiza una cirugía muy agresiva con la extirpación de varios trozos de intestino afectado, además de parte del útero, de la vejiga y se hace una derivación intestinal a fosa iliaca derecha. En la propia cirugía la paciente ya presenta complicaciones que obligan a transfundir y al finalizar pasa para su control a la UCI con mal estado general. En las siguientes horas sufre un fracaso multiorgánico con resultado de fallecimiento de la paciente a las 28 horas de su intervención”.

Concluye el anterior informe que:

“Con independencia del mal pronóstico del cuadro de la paciente, la asistencia prestada no ha sido adecuada en el área de observación de Urgencias en dónde consideran dar alta domiciliaria el día 4-6-11 a las 12 horas del Hospital del Sureste ni por el facultativo del SUMMA que con una saturación de oxígeno de 86 no se plantea otra actuación”.

Consta en el expediente dictamen médico aportado por la Aseguradora de la Administración con fecha 2 de marzo de 2012, en el que considera que la perforación no se produjo a raíz de la colonoscopia ya que no existía gas fuera del espacio endoluminar y de la cirugía posterior se desprende que la perforación estaba muy alejada de la zona explorada y que la

cantidad de gas que se introdujo en el rectosigma no pudo llegar a perforar el ciego. En cuanto a la actuación del SUMMA 112, se limitan a indicar que en la misma no existía abdomen agudo.

Concluye que la actuación de los servicios sanitarios fue correcta y ajustada a la *lex artis*.

Consta notificada por los servicios postales, en fecha 8 de mayo de 2012, conforme a las exigencias del artículo 59 de la LRJ-PAC, la apertura del trámite de audiencia al reclamante que, con fecha 9 de mayo, presentó escrito de alegaciones en el que destaca la conclusión expuesta en el informe de la Inspección Médica y muestra su disconformidad con la desestimación del anterior informe por parte de la asesoría y su aseguradora.

Formalizado el trámite de audiencia, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 18 de julio de 2013, en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial.

CUARTO.- El consejero de Sanidad, mediante Orden de 27 de julio de 2013 que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 3 de julio siguiente solicita la emisión del preceptivo dictamen, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excmo. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 25 de septiembre de 2013, por siete votos a favor y dos votos en contra, con el voto particular discrepante que se recoge a continuación del dictamen.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos 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 (LCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 de la LCC.

El dictamen se emite dentro del plazo legal establecido por el artículo 16 de la LCC.

SEGUNDA.- El reclamante afirma estar legitimado activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, en cuanto familiar de la paciente fallecida. Habida cuenta de la importancia de determinar si existe o no esa legitimación, será objeto de análisis posteriormente.

Se cumple la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid al formar parte el Hospital del Sureste y el SUMMA 112 de los servicios públicos sanitarios.

Por lo que respecta al plazo para reclamar, el artículo 142.5 de la LRJ-PAC establece que prescribe al año de producirse el hecho lesivo y en el caso de daños físicos o psíquicos desde la curación o la determinación de las secuelas.

En este caso, el fallecimiento se produjo el 7 de junio de 2011 y la reclamación se interpuso el 13 de junio siguiente por lo que obviamente la reclamación está dentro del plazo legal.

Los procedimientos de responsabilidad patrimonial han de tramitarse de acuerdo con lo dispuesto 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 estos efectos han emitido informes los servicios que atendieron a la paciente conforme establece el artículo 10 RPRP y se ha concedido trámite de audiencia al reclamante conforme los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 RPRP.

Igualmente, se ha solicitado informe a la Inspección Médica y se ha incorporado como prueba el dictamen pericial aportado por la aseguradora de la Administración.

TERCERA.- Como exponíamos, debe hacerse una especial referencia a la existencia o no de legitimación en el reclamante. Obviamente, puesto que la paciente falleció y la reclamación se basa en una inadecuada atención médica que le ocasionó o, al menos, aceleró su fallecimiento, el daño invocado por el reclamante no puede ser sino un daño propio, de naturaleza moral, por el fallecimiento de su familiar. En este sentido el reclamante manifiesta en su escrito de reclamación, que la mala praxis médica han causado la muerte de la paciente considerando que con ella se ha violado “*un derecho fundamental como es la vida, ante el aberrante desenlace (fallecimiento), que ha sumido a la familia en el más profundo dolor por la pérdida irreparable del ser querido, quedando en el recuerdo su gran espíritu de lucha, educación, inteligencia, empatía, siempre dispuesta a ayudar altruistamente a los demás y, claro está. Excepcional sentido del humor, todo un sínfin de virtudes que más de uno desearía tener*”

Ahora bien, ese alegado daño moral, en cuanto sufrimiento provocado por la pérdida de una persona con la que existe una relación estrecha de afectividad ha sido admitida por este Consejo, sin necesidad de prueba por ser notorio, en el caso de familiares directos tal y como en este sentido se mantiene en la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1992 y de 11 de noviembre de 2004). Sin embargo, en el caso de

parientes menos allegados, de la mera verificación de la relación de parentesco, no se puede inferir la existencia de ese especial sufrimiento psíquico.

Así pues, mientras se puede admitir la legitimación de los familiares en línea recta, ya sea ascendente o descendente, así como la legitimación de los hermanos en la línea colateral, que aparece incluso en normas legales como es el caso del baremo establecido para las víctimas de accidentes de circulación en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, no procede admitir sin más la posible legitimación de los sobrinos y demás colaterales. La legitimación en estos casos puede concurrir en tanto se fundamenta en la producción de un dolor producido por la muerte de una persona con la que se mantiene una relación de afectividad, pero ha de ser probada mediante la acreditación de circunstancias que revelen la existencia de esa relación.

A propósito de los daños morales, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de noviembre de 2010 (recurso 297/2010) recuerda que:

“El problema es que estos daños indirectos pueden tener un alcance prácticamente ilimitado: el daño psicológico, la ausencia del fallecido se generará no sólo en la familia en sentido estricto, padres, cónyuge o pareja, hijos, o hermanos, sino que también puede alcanzar a la familia extensa, tíos, sobrinos, etc, según sea el vínculo o las relaciones que pudo tener el fallecido con los mismos y, porqué no, en íntimos amigos de la víctima, que perderán su amistad y compañía. Hasta donde alcanza el deber de indemnizar del responsable en estos casos es cuestión que debe solventarse conforme a criterios sociales, a estándares sociales que fijen la legitimidad del derecho al resarcimiento por la muerte de una persona.”

A la específica legitimación de los sobrinos por el daño moral que les puede suponer el fallecimiento de su tío se ha referido el Tribunal Constitucional en la sentencia 244/2000, de 16 de octubre. En el recurso de amparo resuelto por esa sentencia las recurrentes entendían que se habían vulnerado sus derechos a la igualdad en la aplicación de la ley y a la tutela judicial efectiva por los órganos judiciales ordinarios al haberseles denegado una indemnización por el fallecimiento en un accidente de tráfico de su tía, al aplicar el baremo de la legislación sobre responsabilidad civil derivada de vehículos a motor que no contempla indemnizaciones a favor de los sobrinos. Como destaca el Tribunal Constitucional no se produjo tal vulneración, ya que el hecho de que la Ley no establezca indemnizaciones automáticas a favor de los sobrinos a diferencia de otros familiares más cercanos no supone el que los sobrinos no puedan acreditar que, a raíz del fallecimiento, han sufrido daños o perjuicios cuantificables. En estos casos, por tanto, al no existir una presunción legal que establezca automáticamente la existencia de daño, han de ser los reclamantes quienes prueben esos daños, ya sean patrimoniales (por ejemplo, gastos de sepelio o dependencia económica de la víctima) o morales (situación de convivencia o especial afectividad) de conformidad con la regla general sobre carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este sentido se ha pronunciado, no solo la jurisprudencia civil (sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de marzo de 2002 (recurso 780/1999) y de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 19 de octubre de 2011 (recurso 177/2011)) sino también este Consejo en el Dictamen 160/08, de 3 de diciembre.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia de 6 de noviembre de 2012 (recurso 380/2009) es contundente al afirmar que:

“No habiéndose acreditado por doña A su convivencia con la fallecida en los años que precedieron a su fallecimiento ni ninguna

otra circunstancia personal relevante que a ella le uniera, como pudiera ser, por ejemplo, su dependencia económica de la fallecida, la sola condición de sobrina carnal -o heredera en caso de premoriencia del marido- no puede considerarse suficiente para pretender un daño moral indemnizable por el fallecimiento de la tía, salvo que extendiéramos dicho daño moral de forma indefinida o indeterminada a todo el círculo parental o de amistades de la fallecida, diluyendo así el concepto mismo de daño moral y dando lugar a una difuminación de la noción de interés legítimo que aparecería, así, desdibujada en sus contornos y apartada de la vinculación real, cierta y efectiva con el objeto de la pretensión que lo caracterizan.

Ciertamente, el art. 24 CE nos obliga a realizar una interpretación favorable del acceso a la jurisdicción y, en definitiva, a un entendimiento teleológico de los presupuestos procesales, pero ello no permite eliminar la exigencia de que quien demanda la tutela judicial resulte ciertamente afectado en sus derechos o intereses por la actuación administrativa que pretende impugnarse, esto es, que obtenga una ventaja efectiva de estimarse la pretensión que ejercita, y es esta relación la que no puede ser apreciada, en este caso, con relación a la actora doña A, derivada de su sola condición de sobrina carnal de la fallecida y heredera testamentaria de ésta en los limitados términos que suponen tal condición para el caso de premoriencia del esposo”, desestimando la Sala el recurso por falta de legitimación ad causam.

Aplicando esta doctrina al presente caso, no resulta en modo alguno probada la existencia de legitimación del reclamante por cuanto no se ha acreditado, más allá de las meras manifestaciones al respecto, que el fallecimiento de su tía le haya ocasionado un daño específico derivado de una especial relación de afectividad motivada por la convivencia, el mutuo

amparo o por existir una relación de dependencia económica respecto de la fallecida.

Del expediente resulta que la paciente vivía en una Residencia de mayores y el reclamante tan solo aporta fotocopias de Libros de Familia que permiten establecer el vínculo de parentesco con su tía pero, como hemos indicado, esa mera relación familiar no permite establecer *per se* la existencia de un daño moral causado por el fallecimiento.

Se ha de recordar en este sentido que para que surja la responsabilidad de la Administración se precisa la cumplida acreditación de todos los elementos que integran ésta, a saber, daño, vinculación con la actuación sanitaria y, en su caso infracción de la *lex artis*. La carga de la prueba pesa, sobre quien formula la reclamación por aplicación de la regla general derivada del artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y en este caso, el reclamante no ha probado la concurrencia del daño moral alegado, en la forma señalada anteriormente, que hubiera determinado la existencia de legitimación activa en el presente procedimiento.

Se ha de recordar en este sentido que las obligaciones impuestas a la Administración en el artículo 71 de la LRJ-PAC, se hallan encaminadas a subsanar las solicitudes que no reúnan los requisitos establecidos en el artículo 70 de la misma LRJ-PAC, pero en absoluto tiene la finalidad de suplir la falta de actividad probatoria de los interesados, en este caso del reclamante.

La consecuencia de la falta de prueba de la existencia de esa especial vinculación con la finada, no derivada de su sola relación de parentesco, ha de recaer sobre quien tiene la carga de la misma, esto es el reclamante. De este modo, la ausencia de acreditación del daño moral alegado, necesario para fundar el derecho que se reclama, y por ende, la legitimación para reclamar, motivan la desestimación de la presente reclamación.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por falta de acreditación de la existencia del daño moral y de la legitimación activa.

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.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN LA CONSEJERA, DÑA. ROSARIO LAINA VALENCIANO

«Discrepando cordial y respetuosamente del parecer de la mayoría en el Dictamen 397/2013 que emite este Consejo con fecha 25 de septiembre de 2013, por el que se acuerda desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial sometida a consulta al entender que no se hallaba acreditado ni el daño sufrido ni la legitimación para reclamar, formuló al amparo del artículo 15. 3 de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Voto Particular, expresando mi parecer contrario a dicha conclusión, en la que como ponente, he expuesto el parecer de la mayoría. Las razones en que se funda mi opinión discrepante, favorable a concluir con la retroacción del procedimiento, son las siguientes:

Tal y como se expresa en el Dictamen, estimo que en los casos de fallecimiento de familiares no allegados, el daño moral que de dicho

fallecimiento se deriva, no se presume de la sola relación de parentesco, sino que, por las razones apuntadas, ha de ser acreditado mediante la prueba de la concurrencia de circunstancias demostrativas de la existencia de una especial relación de afectividad. Asimismo comparto que las obligaciones impuestas en el artículo 71.1 de la LRJ-PAC a la Administración en orden a subsanar las deficiencias de los escritos de solicitud, en ningún caso alcanzan a suplir la deficiente prueba aportada por los interesados, pues no le corresponde a la Administración indagar mediante la oportuna investigación para conocer si el solicitante tiene o no derecho a lo pedido. No obstante ello, entiendo que en el presente caso, la Administración consultante, en el período de instrucción, desarrolló actuaciones, en las que extralimitándose de las obligaciones impuestas de subsanación de requisitos meramente formales en el referido artículo 71.1 de la LRJ-PAC, requirió la aportación de documentos que acreditasen el parentesco, anudando al mismo la legitimación para reclamar. Así consta en el folio 7 del expediente administrativo que con fecha 29 de junio de 2011 se requirió al reclamante para acreditar *"la legitimación (parentesco) con el que actúa en nombre de la finada, o en su caso su representación legal, mediante cualquier medio que deje constancia fidedigna de las mismas, tales como Libro de Familia, Acta de declaración de herederos, sentencia judicial que atribuya la representación legal por incapacidad, etc."*

Dicho requerimiento fue atendido por el reclamante mediante la aportación de los libros de familia de sus abuelos y padres, tal y como le había especificado la Administración consultante. Ésta, continuó la tramitación sin oponer objeción alguna con lo que generó en el reclamante una confianza legítima (artículo 3.1 de la LRJ-PAC), en la idoneidad de dicha documentación para acreditar la legitimación, que el Dictamen, con importante fundamento legal cuestiona.

Si tal y como se concluye en el Dictamen, la Administración consultante resuelve rechazando la reclamación instada, a mi juicio se produciría una clara indefensión en la medida en la que, esa confianza en la validez de la documentación aportada, derivada de la actuación de la Administración, ha privado al reclamante de la posibilidad de aportar a lo largo de la instrucción, la prueba de la existencia de esa especial vinculación con la finada, que supondría la acreditación de la legitimación y del daño moral causado, no derivados de la mera relación de parentesco. No podemos olvidar que nos encontramos ante un procedimiento administrativo, que carece de la rigidez característica del proceso judicial, y muestra de ello es el propio artículo 71.1 de la LRJ-PAC, que obliga a la Administración a requerir la subsanación de los defectos formales. El mismo antiformalismo se observa en el ámbito de la prueba, pues según se deriva del artículo 79.1 de la LRJ-PAC, “*expresión máxima del principio de informalidad del procedimiento administrativo*”, se confiere a los administrados el derecho a aportar pruebas en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia.

Por todo lo expuesto, estimo que el Dictamen hubiera debido concluir con la retroacción del procedimiento a fin de que se requiriese al reclamante para que aportara la prueba de la existencia de esa especial relación de afectividad derivada de circunstancias como pueden ser una convivencia estable y prolongada con la fallecida, la dependencia personal y el mutuo amparo en tanto manifestaciones de la causa de un vacío producido con la ocasión del fallecimiento en el perjudicado. Rechazar la reclamación sin esta previa cautela, a mi juicio, supone aplicar un excesivo formalismo, no predictable del procedimiento administrativo, que se traduce en el sacrificio de la acción, con la lesión del derecho de defensa.

Es el voto particular que emito en Madrid a 26 de septiembre de 2013».

Madrid, 26 de septiembre de 2013