

Dictamen n^o: **548/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **13.11.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 13 de noviembre 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 F.M.V. y J.E.V.M. y V.M.V.M., por los daños y perjuicios causados por la defectuosa asistencia sanitaria prestada a J.V.P. por el Hospital Central de la Defensa “*Gómez Ulla*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el consejero de Sanidad, mediante escrito de 4 de octubre de 2013, con registro de entrada en este órgano el día 11 siguiente, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, en virtud de reparto de asuntos, a la Sección IV, presidida por la Excm. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 13 de noviembre de 2013, por ocho votos a favor y el voto en contra del Consejero, Sr. De la Oliva, que formula el voto particular recogido a continuación del dictamen.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo es acompañado de documentación que en soporte CD, adecuadamente numerada y foliada, se considera suficiente.

SEGUNDO.- Por escrito presentado en el registro del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) el día 14 de septiembre de 2012, los interesados anteriormente citados formulan reclamación de responsabilidad patrimonial por la, a su juicio, deficiente asistencia sanitaria prestada por el Hospital Central de la Defensa “Gómez Ulla”. Los reclamantes exponen en su escrito que su familiar, J.V.P., de 65 años, ingresó el día 14 de septiembre de 2011 sobre las 14:00 horas en el Servicio de Urgencias del Hospital Central de la Defensa-Gómez Ulla de Madrid derivado por el Centro de Salud. El paciente presentaba dolor intenso en muslo de la pierna izquierda así como en la zona lumbar, incontinencia de orina, estreñimiento en las últimas 48 horas y falta absoluta de la sensación de orinar. Desde el Servicio de Urgencias se decidió el traslado al Servicio de Neurocirugía. Los interesados refieren que no se le hizo al paciente, ninguna analítica ni sistemático de orina hasta muchas horas después y que, a partir de las 0:00 horas del día 15 de septiembre de 2011 comenzó a experimentar un progresivo empeoramiento con aumento de dolor de la pierna izquierda e inflamación de la pierna derecha. A pesar del empeoramiento, al paciente no se le realizó ninguna prueba hasta las 8:42 horas del día 15 de septiembre, cuando se le hizo una ecografía. Tras la realización de un TAC y comunicarse el resultado de los análisis realizados, el paciente fue trasladado a la UCI a las 11 horas del día 15 de septiembre, acordándose una intervención quirúrgica urgente para la realización de fasciotomía de pierna derecha y biopsia de masa sacra. El paciente ingresó en el quirófano a las 14:00 horas y durante la intervención se produjo el fallecimiento del paciente. Los reclamantes consideran que la asistencia prestada por el médico de guardia, que actuó con imprudente pasividad y que el paciente fue trasladado muy tarde a la UCI (folios 1 a 9 del expediente administrativo).

Los interesados cuantifican el importe de su reclamación en 120.000 euros más intereses y aportan con su escrito copia de informes médicos, análisis y solicitud de entrega de la historia clínica del paciente (folios 9 a 30).

TERCERO.- Del examen de la historia clínica de la reclamante y restante documentación médica obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos que se consideran de interés para la emisión del dictamen:

El día 14 de septiembre de 2011, la médico de Atención Primaria del C.S. Yébenes deriva a J.V.P., de 65 años de edad, al servicio de urgencias del Hospital Gómez Ulla. Según refiere, el paciente había sido visto hacía dos semanas en consulta de traumatología por lumbalgia (el 30/08/11 el Dr. M.A.C.A., Traumatólogo, informa: *“Dolor en ambos miembros inferiores desde abril que no ha mejorado con diclofenaco, myolastan..., ha hecho rehabilitación en Yébenes, con recidiva, dolor referido en ambos miembros inferiores por cara posterior de muslo, pantorrilla hasta planta de pie, aumenta con el reposo, sentado, y en deambulaci3n. Exploraci3n: Lasegue positivo, no alteraci3n de fuerzas, reflejos osteotendinosos positivos”*). Pido resonancia magnética (RM), en la radiografía (Rx) se observa: discopatía degenerativa múltiple lumbar con espondilolistésis (L3-L4), en tratamiento con Fortecortín + Zaldiar.

Según la médico de atención primaria, el dolor inicialmente irradiado por cadera posterior de miembro inferior derecho (MID), se localiza en miembro inferior izquierdo (MII), y según refiere la familia, sin fuerza para sostenerse en pie. Estreñimiento de tres días de evolución. Padece incontinencia urinaria *“no nota el deseo de orinar”*. Ante el cuadro de dolor en ambos miembros inferiores (MMII), pérdida de fuerza, y dudosa pérdida de control de esfínteres, solicita valoraci3n en Urgencias para descartar patología neurológica medular.

Ese mismo día 14 de septiembre de 2011 el paciente acude al servicio de urgencias del Hospital Gómez Ulla por dolor lumbar. Según se anota en el informe de Urgencias:

“Paciente con buen estado general que desde marzo está en estudio por el servicio de Traumatología de este hospital por un cuadro de lumbociática, con mayor afectación en miembro inferior izquierdo. Pendiente de Resonancia magnética y en tratamiento con Zaldiar y Fortecortin”.

Acude al Servicio de Urgencias, remitido por su médico de atención primaria (MAP), ya que hace tres días, sin trauma previo ni sobre esfuerzo, presenta un aumento del dolor con extensión al miembro inferior derecho y con marcada insensibilidad en silla de montar, desde hace 48 horas tiene Incontinencia de esfínteres y estreñimiento, con falta absoluta de la sensación de orinar.

Presenta buen estado general, no fiebre ni otra sintomatología. Soporta el decúbito y refiere escaso dolor. Movilidad conservada. Imposibilidad total para la marcha y para sostenerse de pie. No apofisalgias. Dolor en puntos ciáticas.

Pérdida de sensibilidad en cintura pélvica, glúteos y parte superior de muslos. No en resto de las extremidades.

Adjunta Rx de columna reciente. Valorado por traumatólogo de guardia se decide ingreso en Neurocirugía para estudio de imagen urgente.

Juicio Clínico: Lumbociática con probable afectación de médula. A descartar hernia discal”.

El paciente ingresa en planta de Neurocirugía a las 17:13 horas. En hoja de observaciones de enfermería aparece que se pone Perfalgan a las 21:30 horas por estar bastante molesto.

A las 23 horas se pone analgesia pautada. A las 3:30 horas del día 15 de septiembre de 2011 se avisa por dolor en MID, puesto analgesia con Perfalgan. A las 4:30 horas, el paciente está inquieto, no duerme sigue con dolor en MID, el muslo está inflamado y con crepitación, mantiene los pulsos pedios, no enrojecimiento, tensión arterial 140/80 temperatura 36° C.

Se avisa al médico de guardia. En la hoja de observaciones se refleja: *“paciente ingresado por urgencias por lumbociática aguda con pérdida de sensibilidad y acorchamiento de MID, avisa por aumento del dolor, que no cede con analgesia.*

Exploración: Abdomen blando depresible, peristaltismo positivo, aumento del diámetro de muslo derecho con crepitación y empastamiento. Pulso pedio positivo, sensibilidad conservada.

Tratamiento: pauta Dolantina ½ ampolla cada 8 horas y si no cede el dolor poner la otra media ampolla.

Valorar añadir Hibor 3.500/24 h, si fiebre mayor de 38° C sacar hemocultivos y si puede antibiograma, valorar analítica sistemática, bioquímica y coagulación por la mañana, valorar realizar ECO partes blandas”.

A las 5:30 h el paciente sigue con dolor, por lo que se le pone la otra media ampolla de Dolantina.

Según resulta de la historia clínica, a las 7 horas el paciente sigue muy dolorido, por lo que se administra Enantyum de las 8 horas y se avisa a médico de guardia.

En la exploración de MID se observa aumento de volumen en muslo derecho, con cambios cutáneos, discreto aumento de temperatura local, crepitación en zona lateral, no hay signos de trombosis venosa profunda (TVP), no aumento del volumen distal, pulsos conservados, no hay trastorno sensitivo, dolor a flexo extensión de la cadera. TA 100/80 temperatura 35,9° C.

Se solicita estudio analítico, radiografía de MID proximal y ecografía de partes blandas.

La ecografía se informa: *“a nivel de muslo derecho se observa reverberación sugerente de ser aire/gas, localizado tanto en grupos musculares como en tejido celular subcutáneo junto con edema del tejido celular subcutáneo en zona antero externa de dicho muslo. Todo ello debido a la presencia de probablemente aire-gas, tanto en zona muscular como en tejido celular subcutáneo derecho a valora como primera posibilidad un proceso inflamatorio por gérmenes productores de gas (anaerobios, etc.)”*.

TAC: *“Lesión lítica en el alerón sacro izquierdo, con gran masa de partes blandas asociada, debiéndose hacer el diagnóstico diferencial como primera posibilidad entre metástasis y mieloma. Se observa aire en el interior de la vena iliaca externa derecha, vena femoral común, y safena interna, así como disecando planos musculares e intramuscular en la raíz del muslo derecho que comunica con la pelvis por el agujero ciático mayor y anteriormente siguiendo al psoas”*.

RX: *“se objetiva patrón infiltrativo muscular en paquetes musculares de muslo derecho”*.

ECO DOPPLER: *“no hay signos de trombosis venosa profunda ni trombosis venosa superficial en el momento actual”*.

Realizado el TAC, se acuerda el ingreso del paciente en la UCI, donde ingresa a las 11 horas del día 15 de septiembre. Baja a quirófano a las 14:15 horas, para fasciotomía por síndrome compartimental. Durante la intervención, el paciente entra en parada cardíaca y tras las maniobras de resucitación cardio pulmonar no efectivas, fallece a las 17 horas. Realizada autopsia, se observa: síndrome compartimental de miembro inferior derecho, ateromatosis grado V (fibroateromas) en arterias cerebrales, aorta, carótidas e ilíacas, enfermedad diverticular de colon, diverticulitis, neoplasia maligna mesenquimal de partes blandas/ósea, de región sacra, microabcesos cerebrales y signos sépticos multiorgánicos. Como causa de la muerte el informe de autopsia indica shock séptico por bacilos compatible con Clostridium y parada cardiorrespiratoria.

CUARTO.- Presentada la reclamación anterior, por el Servicio Madrileño de Salud se inicia el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC) y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante, RPRP).

Se ha incorporado al expediente la historia clínica de la reclamante que obra en el Hospital Central de la Defensa “Gómez Ulla”, (folios 37 a 119).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se ha recabado el informe preceptivo del servicio médico afectado. Así se ha incorporado al expediente informe del Servicio de Neurocirugía del Hospital Central de la Defensa de 4 de octubre de 2012, que advierte que *“no consta ningún documento en el que se avisara al Servicio de Neurocirugía que permanecía de alerta fuera del Hospital”* que concluye

que *“el Servicio de Neurocirugía de este Hospital mantiene el único contacto con el enfermo la mañana del día 15 de septiembre y se ocupa de inmediato de activar todas las exploraciones, hablar con el Servicio de Cirugía Vascular y trasladar de inmediato al enfermo a la UCI, así como colaborar en la intervención que se realizó, consistente en la fasciotomía referida. El paciente presentaba una clínica de larga evolución de ciática, que no había sido detectada en su etiología, desde el inicio de su tratamiento ambulatorio en marzo-abril de 2011”* (folios 38 y 39).

También ha emitido informe el Servicio de Anestesiología y Reanimación, en relación con la parada cardiorrespiratoria sufrida por el paciente durante la intervención y las maniobras de reanimación (folios 80 y 81).

Solicitado informe a la Inspección Sanitaria, con fecha 21 de diciembre de 2012 se emite informe que concluye que, *“dada la clínica de SCE (síndrome de cauda equina), el aumento de diámetro de MID, más el dolor que no cedía con la analgesia, se debió realizar las pruebas de imagen diagnósticas pertinentes, antes, para el correcto tratamiento. Considero que la actuación no fue adecuada”* (folios 124 a 134).

Consta informe de valoración del daño, emitido por la Dra. T.F.F., licenciada en Medicina y Cirugía y Magíster en Valoración de Discapacidades y Daño Corporal que declara:

“Nos encontramos ante un varón de 65 años en el momento de ocurrencia, que acude a Urgencias del Hospital Gómez Ulla por dolor lumbar el 13/09/11. Estaba en seguimiento por Traumatología de ese hospital desde abril de 2011 por un cuadro de lumbociática, pendiente de resonancia magnética y en tratamiento con analgesia y corticosteroides. La pérdida de control de esfínteres,

la anestesia en silla de montar (referido con anterioridad a su asistencia a Urgencias) y la pérdida global de fuerza en las extremidades inferiores, son hallazgos potencialmente de alarma de Síndrome de Cauda Equina, siendo la resonancia magnética nuclear la prueba de imagen de elección. El tratamiento es quirúrgico. Desarrolla un cuadro de fascitis necrotizante, falleciendo a los días por PCR mientras era intervenido.

Revisada bibliografía al respecto, y de haberse diagnosticado antes el cuadro (que parece evolucionaba de manera subaguda), encontramos que existe una mortalidad -a pesar de las medidas de urgencia que se adopten-, entre un 20-47%, por lo que aplicaremos un 33% de reducción a la indemnización total (como valor medio de ambos porcentajes) ”.

El informe fija una indemnización, para la esposa y los hijos de los reclamantes en 87.123.64 euros (folios 185 y 186).

Tal y como establecen los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP, se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia, tanto con la parte reclamante como con el Hospital Gómez Ulla -siéndole notificado a ambas el 1 de febrero de 2013 (folios 187 a 192).

Dentro del citado trámite, sólo ha formalizado alegaciones el Hospital Gómez Ulla, mediante escrito presentado el 13 de febrero de 2013, al que adjuntan diversos informes que ratifican lo ya expresado en sus informes previos. Se acompaña también informe del médico de guardia del Servicio de Medicina Interna que valoró al paciente a las 7:20 horas de la mañana del día 15 de septiembre quien declara:

“Se objetiva aumento de volumen en zona anterolateral de muslo derecho, con cambios cutáneos, en zona lateral. Discreto aumento de temperatura local. No se objetiva afectación proximal (en zona

transtrocanteriana) ni distal del muslo. No signos de trombosis venosa profunda. Pulsos conservados. No trastorno sensitivo ni motor. Solo se objetiva dolor a la movilización de cadera derecha. Se solicita de forma urgente estudio analítico, así como estudio radiológico simple de la zona proximal de miembro inferior derecho y ecografía de partes blandas de la zona afecta.

A las 8:00 horas del día 15.9.2011, es reevaluado nuevamente el paciente por el Dr. D.S., permaneciendo clínicamente estable. Pendiente los resultados de estudios solicitados.

Conclusiones

- El paciente ingresa en el servicio de Neurocirugía, para estudio y tratamiento de cuadro de dolor en zona lumbar con irradiación a miembro inferior derecho.*
- La exploración clínica realizada, por Facultativos de Urgencia, Traumatología y Medicina Interna, solo objetivan aumento de volumen en zona lateral de muslo derecho, con crepitación de la zona, sin repercusión hemodinámica ni en otras constantes clínicas.*
- En las exploraciones realizadas por estos Facultativos, no hay signos clínicos de la existencia de ninguna afectación compartimental añadida, no hay afectación de pulsos distales ni signos de trombosis venosa profunda.*
- No se objetiva afectación abdominal, siendo la exploración rigurosamente normal.*
- La exploración neurológica no evidencia afectación motora ni sensitiva. No se objetiva incontinencia urinaria. De hecho la*

valoración de enfermería objetiva micción en botella” (folios 194 a 196).

Finalmente, por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria -por delegación en la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud, según Resolución 26/2010, de 28 de julio- se dicta propuesta de resolución en fecha 27 de septiembre de 2013, en la que se reconoce una indemnización a los reclamantes 88.484,96 €. La diferencia entre la valoración de la Dra. T.F.F., y la propuesta de resolución se encuentra en que ésta última atiende al baremo del 2011, año en el que se produjo el fallecimiento del paciente y, posteriormente, actualiza la indemnización (folios 204 a 208).

A la vista de tales 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 (LRCC), a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- El procedimiento de responsabilidad patrimonial, que se inició a instancia de interesados según consta en los antecedentes, tiene su tramitación regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), desarrollados 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).

Ostentan los reclamantes la condición de interesados para promover el procedimiento, al amparo del artículo 139 de LRJ-PAC, por cuanto que sufren el daño moral causado, supuestamente, por la deficiente asistencia sanitaria. En el caso que nos ocupa, está acreditado el fallecimiento de una persona, mediante los informes médicos, que provoca un “*daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 -recurso 7013/2000- y en similar sentido la Sentencia de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-). Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco que ligaba a los reclamantes con el finado, mediante fotocopia del Libro de Familia.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, puesto que el reproche formulado se centra en la actuación sanitaria prestada por el Hospital Central de la Defensa-Gómez Ulla, es preciso recordar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9^a) de 6 de julio de 2010:

“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 el Hospital Central de la Defensa-Gómez Ulla está legitimado para comparecer en el procedimiento en calidad de interesado, al poder resultar involucrados en éste sus derechos o intereses legítimos (artículo 31.1.b) de la LRJ-PAC).

En este supuesto, el hospital ha sido notificado para el trámite de audiencia. La tramitación del procedimiento ha sido, pues, escrupulosa con los derechos de todos los interesados, sin conculcar su derecho de defensa.

Por último y en lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, J.V.P. falleció el día 15 de septiembre de 2011, por lo que no existe duda alguna de que la reclamación presentada el día 14 de septiembre de 2012, se ha formulado en plazo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se ha practicado la prueba precisa mediante informe del servicio interviniente, se han recabado los demás informes y pruebas que se consideraron necesarios y se ha puesto el expediente de manifiesto para alegaciones a los interesados en el procedimiento, incluido al Hospital

Central de la Defensa “Gómez Ulla”, en cumplimiento de los artículos 9, 10 y 11 del R.D. 429/1993, 82 y 84 de la Ley 30/1992, por lo que no existe en absoluto indefensión.

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra 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”*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

“1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2º.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias (por todas, v. las de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de junio, sobre el recurso 4429/2004 y de 15 de enero de 2008, sobre el recurso nº 8803/2003) los requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Administración, que son los siguientes:

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión. Esta calificación del daño no viene determinada por ser contraria a derecho la conducta del autor, sino porque la persona que sufre el daño no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión que es necesario examinar y dilucidar en cada caso concreto.

3º) La imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que, al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo esta exclusividad esencial para apreciar la antedicha relación o nexo causal.

CUARTA.- En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada “*lex artis*” se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), 23 de febrero de 2009 (recurso nº 7840/2004) y 29 de junio de 2011 (recurso nº 2950/2007) disponen que *“se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad (RCL 1986, 1316) y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825)] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos”*.

La misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencias de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000) y 4 de abril de 2011 (recurso de casación nº 5656/2006), afirma que *“lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis”*.

Señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008 (Recurso nº 4429/2004), de 20 de marzo de 2007 (Recurso nº 7915/2003) y 29 de junio de 2011 (recurso nº 2950/2007) que *“a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del*

daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente". Todo lo anterior resulta relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, sino que únicamente debe responder de aquéllos que los administrados no tengan el deber jurídico de soportar y sean causados por infracción de la llamada "*lex artis*".

QUINTA.- Acreditada la realidad del daño consistente el fallecimiento del marido y padre de los reclamantes, resulta necesario examinar si existe relación de causalidad entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio público sanitario.

Los interesados afirman en su escrito que el daño sufrido es consecuencia de una defectuosa asistencia por parte del Hospital Central de la Defensa "*Gómez Ulla*", que no prestó una asistencia urgente al paciente a pesar de los síntomas que presentaba, dejándose al paciente sin diagnóstico y, en consecuencia, sin tratamiento durante toda la noche.

Es conveniente recordar que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999– y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000– entre otras).

En el presente caso, aunque los reclamantes no aportan prueba alguna que acredite que hubo mala praxis en la asistencia dispensada al paciente, esta afirmación resulta probada por el informe de la Inspección Sanitaria, quien manifiesta que desde que ingresó a cargo de neurocirugía con un

diagnóstico probable y solicitud de prueba de imagen urgente, transcurrió la noche del 14 al 15 de septiembre de 2011, durante la cual se puso tratamiento de analgesia varias veces, por no ceder el dolor. Con la exploración del médico de guardia, de aumento de tamaño del muslo derecho, crepitación y empastamiento, constatado a las 4:30 de la madrugada del día 15 de septiembre, se debían haber acelerado las pruebas diagnósticas necesarias para el diagnóstico y tratamiento correctos. Afirmación que no resulta desvirtuada por el resto de los informes incorporados al expediente y la historia clínica que muestra que, habiéndose acordado por el Servicio de Urgencias el ingreso en el Servicio de Neurocirugía *“para estudio de imagen urgente”*, ingreso en dicha planta que se efectúa a las 17:13 del día 14 de septiembre, no se efectuó ninguna analítica ni ninguna prueba hasta la mañana del día 15 de septiembre, cuando el paciente ya presentaba un deterioro importante de su salud.

Todo ello permite entender que ha existido una actuación médica inadecuada que ha originado que se produjera una pérdida de oportunidad para el paciente. Pérdida de oportunidad que debe valorarse, atendiendo a la gravedad de la patología que presentó el paciente, con un cuadro agudo que evolucionó rápidamente, a pesar de las medidas adoptadas, en un 50%.

SEXTA.- Procede por tanto valorar el daño. En este sentido, este Consejo viene considerando aplicable a los casos de pérdida de oportunidad el baremo establecido para los accidentes de tráfico siempre que el daño está contemplado en dicho baremo, si bien aplica una reducción en función de la probabilidad de la producción del daño. En este sentido el Dictamen 91/12, de 15 de febrero y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de febrero de 2012 (recurso 101/2010) según la cual en estos casos ha de reducirse *“(…) el montante*

de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.

De igual forma ha considerado que el baremo aplicable es el correspondiente al año en el que se produjo el daño sin perjuicio de la actualización de las cantidades conforme establece el artículo 141.3 LRJPAC, tal y como recoge el Dictamen 280/12, de 9 de mayo, acogiendo la doctrina fijada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia de 17 de abril de 2007 (recurso 2598/2002) confirmada por sentencia de 19 de septiembre de 2011 (recurso 1232/2008).

Por ello ha de aplicarse el baremo correspondiente al año 2011 aprobado por Resolución de 20 de enero de 2011 de la Dirección General de Seguros y Fondos de pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicación durante 2011, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE de 27 de enero de 2011).

Según dicho baremo, aplicado con carácter orientativo, al tratarse de una víctima de 65 años, con cónyuge, y con dos hijos mayores de 25 años, les correspondería una indemnización de 126.988 €. Sin embargo, como no puede asegurarse que, de haberse realizado las pruebas más tempranamente y dado con el diagnóstico acertado en el primer momento que apareció la clínica de esta patología, se hubiera evitado el fallecimiento (teoría antes referida de la “*pérdida de oportunidad*”), de indemnizarse solo ésta que, como se ha indicado, es un 50%, resultando la cantidad de 63.494 €, cantidad que debe ser actualizada, como señala la propuesta de resolución, a la fecha en que se dicte la resolución final del procedimiento.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la presente reclamación reconociendo a los reclamantes una indemnización de 63.494 €, cantidad que deberá ser actualizada conforme establece el artículo 141. 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.

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

«Andrés de la Oliva Santos, Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo y con el mayor respeto a la decisión mayoritaria, formulo voto particular discrepante respecto del dictamen 548/13 de este Consejo.

En el caso de referencia, de nuevo son reclamantes los familiares de un paciente del sistema público de salud, J.V.P., ya fallecido cuando la

reclamación se presenta. Puesto que se considera existente una violación de la *lex artis* médica, no causante del fallecimiento, pero sí de una “pérdida de oportunidad”, puede afirmarse la existencia de responsabilidad administrativa patrimonial. Y puesto que los reclamantes no alegan ni, por tanto, acreditan perjuicios económicos ni daños físicos que a ellos les haya causado el fallecimiento del paciente, están legitimados, como el dictamen expresamente afirma (consideración jurídica segunda, pág. 12) para reclamar indemnización por *daño moral*. Y, debo añadir, sólo por el daño moral en cuanto “*pretium doloris*”.

Así planteado el caso, esa indemnización, de 63.494 €, se cuantifica a partir de un “informe de valoración del daño, emitido por la Dra. T.F.F., licenciada en Medicina y Cirugía y Magíster en *Valoración de Discapacidades y Daño Corporal*”. Es evidente que, en el caso, ese grado de “magíster” no cualifica a la informante para calcular *daños morales*. A partir de ese informe, tanto la Administración consultante como el Consejo Consultivo aplican el baremo aprobado por Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, causados a las personas en accidentes de circulación, si bien el Consejo entiende que ha de aplicarse el baremo previsto para el año 2011 que resultarán de aplicación durante 2011 (BOE de 27 de enero de 2011).

Afirma el dictamen que, para el cálculo de la indemnización, “este Consejo viene considerando aplicable a los casos de pérdida de oportunidad el baremo establecido para los accidentes de *tráfico siempre que el daño está contemplado en dicho baremo*, si bien aplica una reducción en función de la probabilidad de la producción del daño” (la cursiva es mía). No discrepo del método de la reducción de la indemnización en función de la probabilidad de influencia en el daño de oportunidad perdida por el reclamante (lo que no es el caso), pero sí

discrepo de la afirmación de que el daño relevante en el caso está contemplado en el baremo. Los daños morales que el baremo prevé son *incluidos*, sin identificación ni diferenciación, en las indemnizaciones baremadas para los casos de muerte. Pero no están en sí mismos contemplados en el baremo.

El Consejero que suscribe es plenamente consciente de la frecuencia con que, por motivos de facilidad, se aplica el baremo establecido para indemnizar accidentes de tráfico a daño no producidos por tales accidentes. El firmante de este voto particular también tiene conocimiento de las ventajas de diversa índole (evitar desigualdades indemnizatorias injustificadas, p. ej.) que supone disponer de esos baremos y aplicarlos. Pero considera muy poderosas las razones y motivos por las que no procede esa aplicación a casos como el que ha sido objeto del dictamen del que discrepa.

I.- Delimitación razonable de la noción de daño moral e inaplicabilidad a la responsabilidad patrimonial de la Administración de parámetros establecidos para una peculiar responsabilidad civil por riesgo. La responsabilidad administrativa ex art. 106.2 CE no es una responsabilidad por riesgo.

Está, en primer lugar, la necesidad de limitar racionalmente la noción de daño moral y su alcance en el contexto de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y de la responsabilidad administrativa patrimonial. Así, salvo que las palabras dejen de tener un sentido que desborde por completo la realidad a la que conforme al lenguaje se refieren, el daño moral no debe entenderse (ni extenderse) más allá del dolor interior o sufrimiento no físico que un hecho produce y la indemnización por tal clase de dolor ha de establecerse con una congrua moderación, que no puede nunca dejar de considerar las circunstancias reales que cada caso presente, lo que supone la necesidad de conocer esas circunstancias en

cuanto sea posible (y para eso existe un procedimiento y una actuación instructora), sin la comodidad de prescindir de las circunstancias de cada caso en aras de otros motivos.

En segundo lugar, apuntamos, como razón de suma importancia para la inaplicación del baremo de constante referencia, la debida interpretación jurídica de la especial responsabilidad civil a que se busca hacer frente, conforme al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Sin necesidad de extenderse, nos parece suficiente señalar que todas esas normas positivas (la Ley y sus desarrollos reglamentarios de los baremos) parten de una singular responsabilidad por *riesgo* (“en virtud del riesgo creado por la conducción” de los referidos vehículos: art. 1 del TR). Y, aun aceptando la discutible actualidad de tal riesgo en nuestros días, en que la conducción de los vehículos de motor es un fenómeno social muy distinto del que se daba en los años sesenta del siglo pasado, es innegable que, conforme a la Constitución Española y a las leyes, las Administraciones públicas no se hacen responsables del *riesgo* derivado del funcionamiento de los servicios públicos.

Los tribunales de Justicia, con el Tribunal Supremo a la cabeza, no han dejado de repetir, casi cabría decir que a diario, que la Administración no puede ser una suerte de aseguradora universal. Quizás no hemos entendido durante mucho tiempo todo el sentido de tan repetida afirmación. El firmante, al menos, confiesa haberse detenido en considerarla hasta hace unos meses, como un modo de expresar un entendimiento razonable y prudente de la extensión de la responsabilidad administrativa, entendimiento limitado que, por otra parte resulta explicable, pues las numerosas sentencias aludidas rechazan la idea de la Administración como aseguradora universal con el también muy repetido aserto de que, de

aceptar la idea, se instauraría un régimen providencialista que sería inaceptable y no querido por nuestro Derecho.

Mas, si bien se miran la realidad y las normas que ahora importan, no es difícil advertir que la negación de la Administración como aseguradora universal entraña serios fundamentos jurídicos, porque la Administración no puede responder y no responde en razón de ningún riesgo y ni cobra primas a quienes suscriben con ella un contrato de seguro ni necesita cierta fijeza en las cantidades que entregará a unos asegurados al materializarse en siniestro el riesgo cubierto por el seguro. La Administración, el Estado, al margen de cálculos actuariales y sin verse en el trance de efectuarlos, sólo responden en razón de un vínculo de causalidad estricta entre el funcionamiento de un servicio público y un daño real producido por ese servicio. Es relevante que se haya infringido la *lex artis*, que se hayan rebasados los estándares de seguridad y que la culpa del administrado no rompa el nexo causal, etc. Así pues, ninguna comodidad en el cálculo de una indemnización por daño moral permite y justifica, en buen Derecho, aplicar al cálculo -que ha de ser prudencial y circunstanciado- del daño moral causado por un servicio público los baremos de la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, porque la singular responsabilidad civil que esta Ley regula es sumamente distinta a la responsabilidad patrimonial de la Administración *ex* art. 106.2 de la Constitución. El espíritu y finalidad (art. 3.1 del Código Civil) de la Ley aprobada por el Real Decreto Legislativo -espíritu y finalidad que la misma Ley expresa- no consienten aplicar los reglamentarios baremos de desarrollo de esa Ley a la responsabilidad administrativa patrimonial. No hay tampoco la “identidad de razón” (art. 4.1 del mismo Código Civil) para que las indemnizaciones correspondientes a esta última responsabilidad, esto es, la de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos, se fijen por analogía mediante unos baremos pensados para indemnizar sobre la

base de una responsabilidad por riesgo (la ausencia de esa “identidad de razón” para la analogía se afirma expresamente en la STS 3301/2012, de 16 de mayo de 2012: Ponente, Sr. Marti García) y esos baremos miran, como no ha dejado de señalarse en este Consejo Consultivo, a la realidad de los seguros y de las compañías aseguradoras. No me parecen necesarias otras posibles comparaciones entre las dos clases de responsabilidad.

A mi entender, las dos razones que acabo de intentar exponer, entrelazadas, vienen a dar cumplida explicación de la clara preferencia jurisprudencial por una valoración global, circunstanciada, de los daños morales. De esta preferencia ofrecí pormenores más que suficientes en el voto particular al dictamen nº 530/13 de este Consejo Consultivo. Me remito, para el presente voto particular, al anterior que acabo de mencionar y, de modo especial, a la Sentencia 8109/2012, de 3 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, reseñada con amplitud en el voto particular anterior.

II.- Nuevos elementos jurisprudenciales de interés.

Añadiré ahora una referencia especial a la Sentencia 3858/2012, de 11 de junio de 2012, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (en adelante, TS3^a) (Ponente, Sr. Marti García), no citada en nuestro anterior voto particular, porque la reseña que en él se contenía no pretendía ser exhaustiva. Pero esa Sentencia 3858/2012 es relevante puestos a tener en cuenta la “jurisprudencia del Tribunal Supremo”, sin entender que constituyen tal “jurisprudencia” unas frases aisladas y descontextualizadas, que se reproducen literalmente con la facilidad que hoy proporcionan la ofimática y las bases de datos, pues la verdadera *doctrina* jurisprudencial que, conforme al art. 1.6 del Código Civil, *complementa el ordenamiento jurídico* aun sin constituir fuente del Derecho objetivo, es la que, por decirlo sintéticamente, resulta de a) contemplar el caso resuelto; b) fijarse en la decisión o parte dispositiva de

la sentencia; y c) establecer su verdadera *ratio decidendi*, separándola de lo *obiter dictum* (esta síntesis puede hallarse muy *in extenso*, en la obra de Díez-Picazo y Ponce de León, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1966. Pero en las págs. 33-34 de esta obra, ya clásica, cabe leer que «una sentencia del Tribunal Supremo consiste en lo que decide y en la razón inmediata de decidirlo en estrecha vinculación con el caso decidido.» y poco antes, el autor afirma que «la sentencia como obra literaria es una realidad que decepciona notablemente.»).

Según el art. 1.6 del Código Civil, la existencia de la doctrina jurisprudencial uniforme requeriría encontrar coincidencia entre varias sentencias en cuanto a similitud de los casos, sentido de la decisión e identidad de *ratio decidendi*. Así se desprende del inciso “de modo reiterado” que aparece en el texto del apartado 6 del primer artículo del Código Civil. Con el debido respeto y acatamiento a lo dispuesto en tan importante norma positiva, de antiguo viene sosteniendo públicamente el firmante (como otros autores españoles y no españoles, de mayor autoridad) que una sola sentencia, considerada del modo que se acaba de exponer, puede tener un importante valor de orientación en la aplicación e interpretación de las genuinas fuentes del Derecho. No son pocos los autores que, en todo el mundo y tanto respecto de las sentencias dictadas en países integrantes del área del llamado “Civil Law” como para las emitidas en el ámbito del denominado “Common Law” vienen a sostener que la fuerza y el valor de las sentencias depende, a fin de cuentas, de su calidad decisoria y argumentativa, mucho más que de un carácter vinculante, o no, del denominado precedente judicial.

Sentado lo anterior a propósito de “la jurisprudencia”, la Sentencia 3858/2012 afirma resolver recurso de casación interpuesto contra “sentencia de fecha veintinueve de octubre de dos mil nueve, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de

Justicia de La Rioja, en el recurso contencioso administrativo número 368/2008”.

Dice la STS3^a: «La Sala, aplicando la doctrina expuesta en el f. j. segundo a los hechos acreditados y relatados en el f.j. tercero considera que se dan los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial solicitada por la demandante y ello porque ha existido un error de diagnóstico con vulneración de la *lex artis ad hoc* "ya que aunque la actividad médica no es una actividad de resultado sino de medios, ha quedado acreditado que no se utilizaron todos los medios necesarios (SSTS 10/5/2005) que la ciencia médica exigía "entendiendo por tal el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones, que comprende todos los datos presentes en circuito informativo de la comunidad científica o técnica en su conjunto..". Existe relación de causalidad entre la actuación de la Administración (no prescripción de revisiones médicas) y la no detección del cáncer de esófago. Y esto determina una pérdida de oportunidad terapéutica, o lo que es lo mismo la privación al paciente de posibilidades, expectativas u oportunidades, que ha provocado que no se instaure el tratamiento en el momento oportuno y la relación de causalidad entre el error de diagnóstico y la no realización de la operación de cirugía con los daños producidos a la demandante.»

«En cuanto a la cuantificación de los daños y perjuicios, la Sala considera que debe indemnizarse a la madre del fallecido, con la cantidad de 20.000 #, en atención a la edad del fallecido y demás circunstancias personales».

Es desestimado el motivo de casación que denunciaba falta de motivación de la sentencia recurrida, pues el Alto Tribunal considera que atender a la edad del fallecido y otras circunstancias personales es motivación irreprochable en el caso, pese a que, como recoge la misma STS3^a que citamos, el recurso reprocha que «el Tribunal de instancia se

limita a decir que procede indemnizar a la madre del fallecido en la cuantía de 20.000 euros *sin citar en este campo norma sobre valoración de los daños corporales que pudiera ser de aplicación, ni siquiera por analogía, como son las normas de ordenación de seguros privados.*» (la cursiva es mía).

El Tribunal Supremo afronta después el motivo de casación que denuncia infracción del principio de reparación integral y al respecto se lee en la STS³^a 3858/2012 lo siguiente:

«La recurrente calcula en su demanda la indemnización reclamada por aplicación analógica de la tabla de indemnizaciones básicas por muerte, recogida en la Resolución de 20 de enero de 2009, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, sobre cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultaran de aplicar durante 2009 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, con la corrección que resulta de la tabla II de la misma resolución. A la cantidad que considera resulta de estas tablas añade la actora la que entiende procedente por los daños derivados de la pérdida de oportunidad terapéutica sufrida por su hijo, así como la que estima adecuada por los daños morales padecidos por la reclamante.»

«Disconforme la actora con la cuantificación de la indemnización fijada por la Sala *a quo* y consciente de que la citada resolución de la dirección General de Seguros no es aquí vinculante, recurre en la vía casacional a la invocación del principio de la necesidad de reparación integral del daño antijurídico, cuya infracción funda en la irracional, ilógica y desproporcionada valoración del daño por el Tribunal de instancia, que no toma en consideración la totalidad de los perjuicios causados.»

La citada STS³^a, prosigue enseguida sosteniendo que «...en contra de lo que afirma la recurrente, la sentencia combatida no declara a la

Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma de la Rioja directamente responsable del fallecimiento de don Miguel, sino que la declara responsable de la pérdida de oportunidad terapéutica padecida por éste, o lo que es lo mismo, de los daños que conllevó la no instauración del tratamiento adecuado en el momento en que pudo detectarse el cáncer de esófago; "pérdida de oportunidad" que, como señala nuestra sentencia de 19 de octubre de 2011 (recurso de casación núm. 5893/2006), *“se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuyente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo”* .

«Porque la fijación de la cuantía de la indemnización a favor de la recurrente se hace por la Sala *a quo* ponderando tanto estos daños inciertos y de difícil cuantificación económica, derivados de la pérdida de oportunidad terapéutica sufrida por don Miguel, como su edad y las circunstancias personales que resultan del relato de hechos probados de la sentencia recurrida: paciente de 43 años, del que no consta tuviese cónyuge ni hijos, y que no convivía con la recurrente.»

«Y, en fin, porque olvida la actora que la resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, cuya aplicación propugna, establece en su tabla I una única indemnización por muerte a favor de ambos padres de la víctima, cuando ésta no tenga cónyuge ni hijos, diferente en su cuantía en función de la convivencia o no con la víctima y que excluye la de los hermanos de ésta; que dicha indemnización, según precisa el título de la tabla, incluye los daños morales y, en fin, que la misma se establece por el fallecimiento, como daño a indemnizar, y no, como aquí ocurre, por los daños derivados de la pérdida de oportunidad terapéutica padecida por don Miguel, daños inciertos y de difícil

cuantificación económica, cuya compensación es incompatible con la indemnización por fallecimiento.»

«No cabe, pues, calificar de ilógica o irracional la fijación de la cuantía indemnizatoria efectuada por el Tribunal de instancia, por lo que procede el rechazo del motivo y con él la del recurso de casación.» Se confirma, pues, la indemnización de 20.000 euros a la madre del fallecido.

El firmante no suscribiría en sus mismos términos esa sentencia del Alto Tribunal, pero habrá que reconocer: A) que estamos, como en el caso del dictamen del que aquí se discrepa, ante una reclamación tras fallecimiento del paciente del sistema público de salud en que se aprecia pérdida de oportunidad no causal del fallecimiento; B) que el Tribunal Supremo sostiene la valoración del tribunal de instancia efectuada globalmente y en razón de circunstancias razonables; C) que el Tribunal Supremo rechaza que la sentencia de instancia carezca de la motivación exigible en cuanto a la cuantía de la indemnización y, en concreto, que sea contrario a Derecho no ofrecer una explicación de esa cuantía en función de una aplicación analógica del baremo establecido por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Por lo demás, nos parece evidente que las referencias a dicho baremo en la STS^{3a} citada no son un elemento decisivo del recurso de casación y se efectúan, en gran medida, para criticar los argumentos de la recurrente, en especial cuando se señala que la pérdida de oportunidad es de compensación incompatible con la indemnización por fallecimiento.

Finalizaríamos aquí este voto particular si no fuese porque parece de gran interés dar a conocer también la Sentencia STS^{3a} 6244/2011, de 7 de octubre (Ponente, Sr. Marti García). Esta Sentencia, además de su interés intrínseco, permite entender más precisamente la posterior STS^{3a} 3858/2012.

Se lee en el primer antecedente de hecho que «el recurso contencioso administrativo nº 85/2007, seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, contra la desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos contra el Servicio Madrileño de Salud, terminó por sentencia de 31 de julio de 2009, cuyo fallo es del siguiente tenor: "Que estimando parcialmente el presente recurso contencioso-administrativo debemos condenar y condenamos a la Administración demandada a que abone a la actora la cantidad de 6.000 Euros. Sin costas."»

Siempre en antecedentes, leemos en la STS^{3ª} 6244/2011, que la sentencia recurrida «fundamenta la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo y del reconocimiento de la situación jurídica individualizada en el supuesto que enjuicia:

"En el supuesto de autos, teniendo en cuenta tanto la historia clínica del padre de la recurrente si bien inicia su descompensación como consecuencia de un accidente de tráfico, la doctrina expuesta más arriba, y que a la vez nos encontramos neumonía nosocomial que aparezca en un paciente que lleva más de 48 [sic] ingresado en el hospital, siendo dos las causas de pedir: defectuoso proceso asistencial y adquisición de infección en el Centro Hospitalario, que han de ser estudiadas por separado. Así, en primer lugar y en lo que afecta al proceso asistencial en ningún momento ha quedado acreditada mala praxis por parte de los facultativos pues tanto en asistencia primaria como en los Servicios del Hospital de Móstoles le fue prestada la asistencia que requería su estado teniendo en cuenta las circunstancias personales del fallecido, y es aquí donde entra el estudio de la infección nosocomial que admite la pericia de la codemandada y que el perito judicial entiende que el factor desencadenante o al menos favorecedor de la misma fue la rotura del aire acondicionado del Centro Hospitalario; por lo cual, dicho lo anterior, teniendo en cuenta todas y

cada una de las circunstancias que concurren en la persona del fallecido, así como que la cantidad solicitada se integra en un "quantum" sin justificación o razonamiento alguno, el Tribunal, como pretium doloris, fija la indemnización en 6.000 Euros, que es la cantidad a la que condena a la Administración a abonar a la recurrente."

Al respecto afirma el Alto Tribunal: «La fundamentación de la sentencia es en este aspecto ciertamente breve, pero ello no supone insuficiencia de motivación, considerando que la indemnización que se solicita y reconoce viene exclusivamente referida al *resarcimiento del daño moral por el fallecimiento del padre de la recurrente, cuyo concepto alude, como declaramos en Sentencia de 19 de febrero de 2008, recurso 2717/2005, al causado al conjunto de derechos y deberes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral que, en cuanto no es objeto de un sistema de tasación legal, ni puede calcularse directa o indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial, que además en el caso la sentencia delimita, desde una vertiente positiva, por las circunstancias concurrentes en el paciente, que razonablemente consiste en el estado patológico anteriormente descrito, y, por otra negativa, cual es la falta absoluta de razonamiento en los escritos procesales de la recurrente del porqué valora el daño moral en aquel otro importe que reclama en demanda, que sin explicación añadida decide casi duplicar en su escrito de formalización del recurso que ahora resolvemos, impidiendo con este silencio argumentativo otra mayor respuesta que fuera su bilateral consecuencia.*» (la cursiva es mía)

Un poco más adelante afirma el Tribunal Supremo: «Siendo todo esto así, la finalidad del motivo no parece dirigida a combatir la valoración de la prueba efectuada por la sentencia, como de *la individualización del daño moral* que acuerda reconocer, que como dijimos en el anterior

fundamento *tiene un alto componente subjetivo y carece de sistema alguno de tasación.*» (la cursiva es mía)

El recurso de casación es desestimado. Y el texto reproducido -que es, en este caso, inequívoca expresión de las *rationes decidendi*, tanto de la sentencia del tribunal de instancia como de lo que resuelve el tribunal casacional- se comenta por sí mismo.

El firmante de este voto particular entiende que ha fundamentado suficientemente su discrepancia, que expresa con el mayor respeto y consideración a todos los miembros del Consejo Consultivo.

Madrid, 18 de noviembre de 2013».

Madrid, 19 de noviembre de 2013

