

Dictamen nº: **97/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **23.03.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 23 de marzo de 2011 sobre la consulta formulada por el Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por E.F.L., en adelante “*la reclamante*”, por deficiente asistencia sanitaria prestada por el Centro Sanitario de Arganda, el Hospital del Sureste y el Hospital Universitario Gregorio Marañón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 11 de enero de 2010, la reclamante presentó reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del error en el diagnóstico de un sarcoma, siendo tratado como lumbalgia. Cuantifica la indemnización en un importe de 414.290,179 euros.

Posteriormente, con fecha 29 de octubre de 2010, A.L., M.F.L. y V.F.L. han presentado escrito en el que comunican el fallecimiento de la reclamante con fecha 1 de octubre de 2010, y se personan como herederas legales y universales por ser madre y hermanas, respectivamente, solicitando la sucesión procedural para continuar el expediente.

La Historia Clínica y restante documentación médica, han puesto de manifiesto los siguientes hechos:

La reclamante, con 29 años de edad a la fecha de los hechos, comienza, en agosto de 2007, con dolor lumbar por el que fue atendida en múltiples ocasiones en su Centro de Salud de Atención Primaria y en los servicios de urgencia de los Hospitales del Sureste y Gregorio Marañón. La primera vez que acude al servicio de atención primaria de Arganda fue el 21 de agosto de 2007 refiriendo dolor en la columna lumbar baja izquierda de tipo mecánico que se irradia a la pierna izquierda por la cara posterior hasta la ante pierna, donde le diagnosticaron lumbalgia.

Acude con los mismos síntomas, a los que incorpora parestesias del pie izquierdo, hasta en cuatro ocasiones más al centro de salud de Arganda hasta que finalmente el 1 de noviembre de 2007 se dirige al Servicio de Urgencias del Hospital Gregorio Marañón en donde se pone de manifiesto que lleva dos meses con dichos dolores y que empeora con el reposo, tras exploración se descartó patología que requiriese atención hospitalaria urgente.

Ante la persistencia de los síntomas acude nuevamente, hasta en tres ocasiones al Servicio de Atención Primaria y el 15 de enero de 2008, ante la persistencia del dolor en la región lumbar irradiado a la pierna izquierda acude al servicio de Urgencias del Hospital Gregorio Marañón, donde tras exploración normal le diagnosticaron de “*lumbocitalgia*” y la necesidad de control por su médico de atención primaria.

En las diversas consultas al médico de atención primaria (17 y 25 de enero, 1, 15 y 22 de febrero) la paciente refiere que no mejora de su dolor, por lo que se solicitó la realización de un TAC lumbar. El 5 de marzo de 2008 en el Servicio de urgencias del Hospital Gregorio Marañón se le realizó una radiografía de pelvis que se informa “*sin alteraciones en la articulación sacroiliaca izquierda*”. El diagnóstico fue de dolor de características inflamatorias en la cadera, recomendando que fuera sometida a control por Reumatología.

Tras acudir en diversas ocasiones al centro de salud donde le administran inyectables de “*celestone cronodose 1M*” y siendo el TAC de la región lumbar realizado el 28 de marzo de 2008 normal, acude a consultas externas de Medicina Interna y reumatología del Hospital del Sureste el 5 de junio de 2008, donde ante la persistencia del dolor en la zona lumbar a pesar del tratamiento de diez meses de evolución, se decide la necesidad de descartar espondilitis anquilosante, para ello se solicita una analítica, una radiografía de los sacro ilíacas y la remisión al Servicio de reumatología del Hospital Gregorio Marañón. La analítica presenta “*leucocitosis con linfopenia, aumento protrombina, aumento LDH, aumento proteína C reactiva y de la inmunoglobulina M*”.

El 18 de junio de 2008 acude al servicio de Urgencias del Hospital Gregorio Marañón remitido por el Servicio de Reumatología para ingreso urgente ante la sospecha de patología lumbosacra. La paciente refiere clínica de un año de evolución de dolor mecánico en el glúteo izquierdo y aparición de masa glúteo-sacro en cuadrante superoexterno de nalga izquierda que ha ido aumentando. Refiere disminución de peso y de apetito. No tiene síndrome febril asociado, ni otro dolor óseo o articular, el dolor no cede con analgesia convencional ni se irradia a la pierna.

Finalmente, el 24 de junio de 2008 le realizan diversas pruebas diagnosticándole un tumor óseo extenso en sacro e iliaco izquierdo (sarcoma sinovial sacroiliaco izquierdo) compatible con leiomiosarcoma.

En el tórax se visualizan varias imágenes nodulares en ambos hemotórax tanto en los lóbulos superiores como en los inferiores.

Fue intervenida quirúrgicamente, el 25 de septiembre de 2008, realizándose resección tumoral y radioterapia intraoperatoria. Durante el postoperatorio la paciente presenta un cuadro clínico de infección de la herida quirúrgica que requiere varios desbridamientos quirúrgicos y

valoración por los Servicios de Cirugía Plástica y Microbiología, siendo dada de alta el 14 de noviembre de 2008.

Posteriormente fue reintervenida, el 17 de marzo de 2009, para resección de metástasis pulmonares bilaterales, seguida de 5 ciclos de quimioterapia, desde abril a julio de 2009.

Tras dichos tratamientos presentó secuelas neurológicas y psicológicas con falta de acondicionamiento físico, lesión CPE y atrofia que precisa corrección con antiequino y rehabilitación. Camina con un bastón inglés en terreno llano, y podría ir con dos bastones el resto, soliendo ir en silla de ruedas. Mediante Resolución de 30 de agosto de 2010 el Instituto Nacional de la Seguridad Social le ha reconocido el grado de incapacidad de Gran Invalidez.

En febrero de 2010 presenta recidiva local y colateral, falleciendo finalmente el 1 de octubre de 2010 en el Hospital Gregorio Marañón de Madrid.

SEGUNDO.- Por dichos hechos se ha instruido el 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 (LRJ-PAC), y por 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.

De conformidad con el artículo 10.1 del precitado reglamento se ha emitido informe del Coordinador de Urgencias del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, el cual, de fecha 12 de marzo de 2010, declara que:

“Los sarcomas son una patología muy infrecuente y de muy difícil diagnóstico, especialmente los localizados en la pelvis como el caso que nos

ocupa. Tampoco la edad de presentación podría haber ayudado a su sospecha, ya que frecuentemente afecta a sujetos más jóvenes que la propia paciente.

Desgraciadamente son tumores muy agresivos y las metástasis concretamente en el que nos ocupa, por la vascularización de la pelvis acompañan al debut de dicho tumor, aunque estas no sean macroscópicas.

Lo que no produce datos que lo hagan sospechar ni clínica ni epidemiológicamente es muy difícil de sospechar.

Los medios que se disponen en las urgencias son muy limitados, se intenta actuar con protocolos que minimicen la incertidumbre, pero inevitablemente es una constante en el proceso diagnóstico que nunca se puede evitar completamente.

La realización en el ámbito de la urgencia hospitalaria de la radiología en el dolor lumbar tan solo tiene indicación ante sospecha de fractura, que no es el caso. En ocasiones y ante persistencia de dolores, si en el ámbito extrahospitalario o en consultas externas no se ha realizada se lleva a cabo, pese a su baja rentabilidad en un intento de agilizar los estudios, como se llevó en la tercera visita a la urgencia realizándose un estudio radiológico incluso más orientado a la localización del proceso que padecía la paciente (radiografía de pelvis el 5 de marzo de 2008) en el que no se encontró ningún hallazgo sugerente de tumoración ósea.

Por tanto, considero que la actuación en la urgencia fue la correcta y que no influyó en el pronóstico ni en las secuelas de la paciente ya que desgraciadamente existen procesos de extraordinaria dificultad en su diagnóstico, haciendo imposible el diagnóstico precoz por la propia naturaleza de dichas enfermedades en su presentación”.

Consta también, informe del Jefe de Medicina Interna del Hospital del Sureste, de fecha 11 de marzo de 2010, declara que:

“Se trata de una paciente de 30 años sin antecedentes de interés que consulta el día 3 de junio de 2008 por un cuadro de 10 meses de evolución de dolor lumbar izquierdo irradiado a glúteo que mejoraba con movimiento, le despertaba por la noche y no se acompañaba de ningún otro dato en el interrogatorio dirigido. La paciente aportaba TAC lumbar informado como normal y había sido valorado por Neurología que descartaba patología radicular como causa del proceso. Recibía tratamiento con analgésico y con corticoides habiendo experimentado mejoría parcial del dolor. A la exploración las constantes eran normales y llamaba la atención dolor intenso a la palpación de la zona glútea superointerna sin otros datos patológicos.

Ante la sospecha de posible afectación sacroiliaca izquierda de características inflamatorias se solicita analítica completa, revisión en un mes y canalización a consultas de Reumatología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón (HGUGM). Se recomendó disminuir pauta de corticoides progresivamente. La analítica se realizó el día 11 de junio de 2008 e incluía hemograma, coagulación, bioquímica (perfil renal, hepático, tiroideo), proteinograma, inmunoglobulina, reactantes de fase aguda, autoanticuerpos, complemento y HI a B27. La paciente no volvió a revisión.

Posteriormente, con fecha 22 de octubre de 2008 existe una nota en la historia en la que se informa sobre la recepción de un fax procedente del HGUGM (fechado el 13 de octubre de 2008) en el que solicitan aclaración del motivo de derivación al servicio de Reumatología de su hospital. Se intenta contactar telefónicamente con la paciente sin conseguirlo.

En resumen y a la vista de lo expuesto creo que la actuación en consultas fue adecuada y se actuó con diligencia para intentar establecer el diagnóstico de la paciente”.

El 29 de abril de 2009 la médica que atendió a la reclamante elabora un informe sobre los hechos en el que se indica lo siguiente:

“- Con respecto a mi actuación en los hechos denunciados, la paciente acudió a mi consulta el día 21 de agosto de 2007 con cuadro de dolor en columna lumbar izquierda de tipo mecánico irradiado a cara posterior hasta antepierna, no presentaba alteración de fuerza ni sensibilidad, no refería otros síntomas de interés. A la exploración presentaba dolor a la palpación a nivel de columna lumbar izquierda paravertebral con maniobra de Lasegue dudosa positiva y deambulaba normal.

La impresión diagnóstica fue lumbalgia VS posible lumbociática primer episodio en paciente joven sin otros signos de importancia. Le pauté reposo relativo, antiinflamatorios y relajante muscular por la noche. Le doy justificante por 3 días para no ir al trabajo.

- El día 23/08/2007 acude de nuevo por dolor lumbar izquierdo. mecánico, la exploración física no había cambiado y no tenía otros síntomas importantes de interés. Doy baja laboral y pauto diclofenaco 50 cada Sh.

- El día 27/08/2007 acude a consulta para obtener parte de confirmación, refería mejoría del dolor con el tratamiento pero seguía con algo de dolor.

- El día 31/06/2007 acude a consulta para parte de confirmación y refiere dolor irradiado a rodilla y a veces nota parestesias en planta del pie izquierdo, no otras alteraciones neurológicas ni datos de interés.

A la exploración presentaba Lasegue dudosamente positivo. Le aconsejo realizar fisioterapia, prolongo baja laboral y le doy volante interconsulta para Neurología para estudio y realizar pruebas complementarias.

En los días posteriores yo estaba en periodo vacacional y es atendida por otro médico del centro de salud para recoger partes de confirmación.

En este punto, destacar que el cuadro que presentaba la paciente era, según mi impresión diagnóstica, el primer episodio de lumbalgia va lumbociática en paciente joven que no manifestaba otros síntomas asociados de alarma.

La paciente mejoró con tratamiento con fisioterapia y antiinflamatorios. En el primer episodio de lumbalgia, que mejora con tratamiento, no es necesario realizar pruebas complementarias, adjunto protocolos de actuación como Documento 1.

El día 31 de agosto de 2007, es decir, sólo diez días después de la primera consulta, de la cual reitero que mostró mejoría al tratamiento indicado, le derivé a Neurología para estudio del proceso y para que le realizaran las pruebas complementarias oportunas, como podrían ser TAC. RNM, las cuales son de mejor resolución que una radiografía.

No obstante, como más adelante se expondrá, la paciente no acudió a la consulta de neurología.

- Acude a mi consulta el día 19/09/2007 refiriendo que está en tratamiento con fisioterapia con mejoría y quiere alta laboral. Doy alta, lo cual no indica en su reclamación.

- Desde que le di el alta, no acudió de nuevo a mi consulta para ser tratada por dolor lumbar hasta el día 11/01/2008 (por lo que entiendo que la fecha que indica en la reclamación del 11 de noviembre de 2007 es errónea. Ni siquiera vino a la consulta para aportar el informe de urgencias hospitalarias del día 1/11/2007 al que alude en su reclamación,

Efectivamente, el día 1/10/2007 acude a consulta por un cuadro de gastroenteritis aguda y el día 27/11/2007 por caída en el autobús al salir del trabajo con contusión lumbar que derivó a la MUTUA.

Fue en la consulta del 11 de enero de 2008 cuando me indicó que no había acudido al neurólogo, hecho que omite en su reclamación.

Le volví a dar otro parte interconsulta para el neurólogo indicándole que debía acudir. No pauté ninguna prueba complementaria por que fue remitida al especialista.

- El día 17/01/2008 acude a consulta con informe de urgencias del Hospital Gregorio Marañón con diagnóstico de lumbociática izquierda, lo cual coincidía con mi diagnóstico, y le doy de nuevo baja laboral, reposo relativo y antiinflamatorios.

- El día 25/01/2008 acude por no mejoría de todo del dolor, pauto tratamiento de zaldiar cada 8h alternando con Metamizol 575 mg, la exploración física seguía sin cambios.

- El día 15/02/2008 aporta informe de neurología, le pide TAC lumbar. Puesto que el médico especialista le habla pedido TAC lumbar para estudio no consideré necesario realizar más pruebas complementarias.

- El día 22/02/2008 acude a mi consulta refiriendo mejoría y doy alta laboral, lo cual no indica en la reclamación.

A partir de ese día la paciente realiza un cambio de médico y no vuelvo tener contacto con la paciente.

Entiendo que con los datos aportados, los cuales constan en la Historia Clínica, puede apreciarse que mi actuación con la paciente fue del todo correcta, realizando un seguimiento de la patología que presentaba, la cual aparecía y desaparecía mostrando mejorías, y derivándola al neurólogo, sin poder dar información de lo sucedido después del día 22 de febrero de

2008, fecha en la que fue dada de alta al mejorar de su situación, al cambiar de médico”.

Asimismo, consta informe clínico, de fecha 23 de abril de 2010, de la médica del Centro de Atención Primaria 1 que se hizo cargo de la misma a partir de febrero de 2008, de en el que se declara que “

Esta paciente fue adscrita a mi cupo en febrero de 2008; no obstante yo no me hice cargo de la misma hasta el 19 de marzo de 2008, fecha tras la que me incorporé tras una IT.

Ya había sido vista en Neurología, en Traumatología y siguiendo las indicaciones del traumatólogo la derivé a Reumatología con carácter preferente puesto que no se contempla la derivación urgente a Consultas Externas de una especialidad.

Informé a la paciente de la demora que existía en el Servicio de Reumatología del H.G.M.M. de 2 a 3 meses, solicité analítica con pruebas reumáticas y reactantes de fase aguda. Por las características del cuadro clínico y los resultados de la analítica me reafirmé en la convicción que debía ser valorada nuevamente por Traumatología por lo que la derivé preferente a éste servicio del Hospital del Sureste, que había entrado en funcionamiento recientemente. La agenda de traumatología estaba cerrada por lo que opté por derivarla a Medicina Interna, puesto que no había reumatología en dicho hospital, como puerta de entrada a especializada.

Si bien no dejó constancia en historia clínica hablaba con la paciente respecto a que podíamos hacer, y en alguna ocasión le sugerí derivarla a urgencias, tanto del H.G.M.M. como al Hospital del Sureste. No pareció buena idea puesto que ya había acudido en varias ocasiones. Ella optó por solicitar atención especializada a través de la Mutua, sin

obtener resultado. Actué con la convicción de que estaba haciendo todo lo que estaba a mi alcance con el fin de que se llegara a un diagnóstico”.

Por último, la Inspección Sanitaria ha emitido informe el 5 de julio de 2010 en el que concluye que “(…)

1º.- La asistencia prestada en Atención Primaria y servicio de urgencias, desde el inicio del cuadro, en agosto de 2007, hasta el mes de marzo de 2008, fue correcta para un cuadro de dolor lumbar inespecífico de tipo mecánico, sin signos/síntomas de alarma, con tratamiento sintomático.

2º.- En marzo de 2008, aunque tiene estudios recientes, Rx y TAC sin alteraciones, el cuadro presenta características de dolor tipo inflamatorio por lo que en este momento sí está indicado una postura más activa para hacer un diagnóstico diferencial. A partir de este momento sí se aprecia una deficiente asistencia por falta de coordinación de los distintos niveles asistenciales. La paciente fue remitida, en marzo, al hospital del Sureste donde, por carencia de recursos, no hay agenda de trauma ni existe reumatólogo, no fue atendida hasta junio en Medicina Interna, desde donde la remiten a reumatología del hospital Gregorio Marañón.

Finalmente se llega al diagnóstico del tumor el hospital Gregorio Marañón, en junio de 2008, tras acudir la paciente una vez más al servicio de urgencias de dicho hospital.

Como conclusión, no es posible definir cuánto ha podido demorar el diagnóstico esta falta de coordinación y, a su vez, en qué medida haya podido agravar el pronóstico de la paciente. El sarcoma es un tumor bastante infrecuente y de difícil diagnóstico. Su clasificación, factores pronósticos y pauta terapéutica son controvertidos. La forma más típica de presentación consiste en la aparición de una masa yuxtaarticular indolora

o con dolor poco intenso, ocasionalmente con muchos meses de evolución hasta su diagnóstico definitivo (hasta incluso más de un año). Se caracterizan por la invasión local y una propensión a metástasis. En el momento del diagnóstico, cerca del 10% de los casos se presentan con metástasis, pero la diseminación metastásica posterior, se puede producir en el 25-50% de los casos”.

Tras la emisión de dichos informes se ha cumplimentado adecuadamente el trámite de audiencia. El 18 de octubre de 2010 la madre y hermanas de la reclamante presentan escrito de alegaciones en el que se pone de manifiesto el fallecimiento de la reclamante y su voluntad de subrogarse en la acción ejercitada en tanto, se ratifican en las pretensiones de la reclamación inicial y denuncian que el expediente no está completo, al no haberse remitido toda la historia clínica de la reclamante del Hospital Gregorio Marañón.

Adjuntan al escrito de alegaciones copia de la Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 30 de agosto de 2010 por la que se reconoce a la reclamante el grado de incapacidad de gran invalidez. Copia del certificado de defunción de la reclamante de fecha 1 de octubre de 2010 y copia del libro de familia de la reclamante.

Una vez tramitado el procedimiento, se dictó propuesta de resolución desestimatoria el 1 de febrero de 2011, la cual fue informada desfavorablemente por los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid. El Servicio jurídico considera que debe retrotraerse el procedimiento para la subsanación del expediente administrativo solicitado y que de acuerdo con el informe de la Inspección Médica la reclamación debe ser estimada.

TERCERO.- El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 15 de febrero de 2011, que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 18 de febrero de 2011, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por

reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 23 marzo de 2011.

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

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LRCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros (414290,17 euros) y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

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

SEGUNDA.- Ostenta la reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC, por cuanto es la persona afectada por la supuesta deficiente asistencia sanitaria dispensada por el Servicio Público de Salud.

Ahora bien, al haberse producido el fallecimiento de la reclamante durante la sustanciación de la reclamación, se plantea la posibilidad de su transmisión a sus herederos. El artículo 31.3 de la LRJ-PAC señala que *“cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica*

transmisible, el derecho habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”.

La herencia de una persona comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte de conformidad con el artículo 659 del Código Civil. La reclamante interpuso reclamación de responsabilidad patrimonial por considerar que la asistencia sanitaria dispensada por el Servicio Madrileño de Salud no fue correcta, produciéndose un error de diagnóstico, pues le diagnosticaron lumbalgia cuando lo que realmente tenía era un tumor. Esa deficiente asistencia sanitaria le ha ocasionado a la reclamante unos daños susceptibles de valoración económica que han sido reclamados por la misma. Al producirse su fallecimiento, dicha acción se integra en el haber hereditario y es susceptible de transmisión. A tal efecto, resulta relevante la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 17 de octubre de 2003 (RJ 2004/8), a cuyo tenor:

“En el caso analizado existió un daño personal a la fallecida, que le ocasionó un importante sufrimiento por la no detección por los servicios sanitarios del cáncer que culminó con su muerte. Tal derecho era resarcible a la propia perjudicada, la fallecida, la cual había solicitado el reconocimiento del derecho de forma personal, habiendo fallecido antes de que la Administración dictara resolución al respecto. Es obvio que de haberse reconocido por la Administración la existencia del derecho de indemnización el mismo hubiera sido transmisible, hereditariamente, a los ahora actores, por lo que no se ve una diferencia conceptual con la hipótesis analizada, pues el derecho al resarcimiento puede existir, aun no reconocido en la vía administrativa. Tal derecho existe o no, más el devengo del mismo ya se habría generado una vez que se ha producido el supuesto de hecho que genera el mismo, no teniendo carácter constitutivo la resolución administrativa que pueda reconocer tal derecho al resarcimiento.

No puede entenderse que el derecho al resarcimiento de la fallecida sea un derecho personalísimo no transmisible a sus herederos, su sufrimiento sí fue personalísimo mas es resarcible, compensable pecuniariamente, y tal resarcimiento constituye un derecho patrimonial, ya devengado una vez que el mismo se ha producido y susceptible de transmisión a sus herederos. No puede compartirse la idea expresada por la Administración de que se trataba de una mera expectativa de derecho que se extinguió con la muerte de la perjudicada, pues el daño moral ha provocado un derecho de resarcimiento pecuniario superior a una mera expectativa, constituyendo un derecho ya perfeccionado, susceptible de transmisión, así piénsese que si tal derecho ya hubiera sido reconocido en vía administrativa, el mismo hubiera por sucesión hereditaria ingresado en el patrimonio de los herederos, por lo que la muerte no puede alterar las consecuencias que se hubieran producido de no mediar la misma, y ello sin perjuicio de que a causa de la muerte se produjera, suceso entonces incierto, un perjuicio personal para los actores, susceptible de indemnización independiente, iure proprio, del que corresponde a la fallecida, ello con independencia de que de no haber mediado dicha muerte ya se hubieran podido producir perjuicios personales a los herederos”.

Como ya pusimos de manifiesto en el Dictamen 50/2008, no siempre los herederos sufren perjuicios como consecuencia de la muerte del causante, de manera que los únicos legitimados para reclamar serán los que hayan sufrido directamente un perjuicio patrimonial o moral como consecuencia de la muerte.

El Tribunal Supremo ha sido claro al entender que de la muerte en sí no deriva derecho alguno que se incluya en la herencia de la víctima. Siendo los legitimados de *iure proprio* para reclamar la indemnización los perjudicados por el fallecimiento, sean o no herederos, entre otras sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1999 (recurso de casación nº 428/1995) y 24 de junio de 1998 (recurso de casación

2291/1004); en esta última se dice que “*la muerte de un ser querido no incorpora a su as hereditario ningún derecho patrimonial nacido de su propia muerte*”.

En dicho aspecto, señala el Tribunal Supremo, en la sentencia de 4 de noviembre de 1999 (recurso de casación nº 428/1995), en un supuesto en el que el padre del fallecido había ejercitado una acción de reclamación de daños y perjuicios en nombre y representación de la herencia yacente, solicitando la condena de la demandada a abonarle a la comunidad hereditaria una determinada suma, declaró que “*la tesis de que, en los casos de muerte por un hecho delictivo, el destinatario directo de la indemnización era la propia víctima y por sucesión sus herederos (Sentencias de 30 de noviembre de 1932, 4 de marzo de 1944, 27 de noviembre de 1954, 23 de junio de 1956 y 24 de febrero de 1968)*, está hoy superada por el propio Tribunal Supremo, que ha rectificado su anterior postura, afirmando categóricamente que, en el supuesto analizado, los destinatarios inmediatos y directos son los perjudicados, que reciben la indemnización “*iure proprio*” y no por vía hereditaria, cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, debiendo entenderse por perjudicado aquella persona ligada a la víctima por vínculos próximos de familia, afecto, relaciones de convivencia real, dependencia económica y otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios derivados directamente de la muerte producida por el hecho delictivo”.

Tanto la madre como las hermanas de la reclamante han solicitado que se las tenga por subrogadas en la acción ejercitada por la misma. Por ello, no están reclamando el daño moral padecido por ellas mismas sino una subrogación de la acción interpuesta por la persona afectada por la supuesta deficiente asistencia sanitaria. Para ello es necesario que se solicite la aportación del título hereditario, no basta con acreditar su relación de

parentesco sino que es necesario que se acredite su condición de herederos, ya sea a título de sucesión intestada o testada.

Por todo ello, no puede admitirse la legitimación activa de la madre y las hermanas por lo que debe requerirse para que aporten el correspondiente título sucesorio en los términos contemplados por el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Comunidad de Madrid tiene legitimación pasiva al ser la titular del servicio sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tal efecto dispone el artículo 142.5 de la LRJ-PAC “*el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas*”. En el caso objeto de dictamen la reclamación se interpuso el 11 de enero de 2010 y el error de diagnóstico tuvo lugar desde agosto de 2007 hasta junio de 2008 en que le diagnosticaron el sarcoma. Ahora bien, atendiendo al criterio del *dies a quo* establecido en el artículo 142.5 de la LRJ-PAC, al haberse producido el fallecimiento como consecuencia de una recidiva del cáncer el 1 de octubre de 2010 entendemos que la reclamación ha sido interpuesta en plazo, pues una vez se determinó el sarcoma fue intervenida quirúrgicamente en dos ocasiones, el 24 de septiembre de 2008 para resección tumoral y el 16 de marzo de 2009 para resección de nódulos pulmonares bilaterales.

En definitiva, no habiéndose acreditado la cualidad de herederas de la madre y hermanas de la reclamante no puede tramitarse la presente reclamación, por lo que debe retrotraerse el procedimiento al momento anterior a la propuesta de resolución a los efectos de solicitar la acreditación de la cualidad de herederas de la reclamante.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Debe acordarse la retroacción del procedimiento para permitir que la madre y las hermanas de la reclamante acrediten su condición de herederas en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

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.

Madrid, 23 de marzo de 2011

