En Logroño, a 19 de septiembre de 2013, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. Pedro de Pablo Contreras, D. José María Cid Monreal, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. Enrique de la Iglesia Palacios, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

50/13

Correspondiente a la consulta trasladada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulada por D^a J. S. J., por daños y perjuicios que entiende causados por el fallecimiento de su hermano D. F., tras una cirugía cardiaca practicada en un centro hospitalario privado concertado con el SERIS; y que valora en 200.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero

El escrito de reclamación fue presentado el día 1 de febrero de 2013, solicitando una indemnización de 200.000 euros por los daños morales que entiende se le han causado como consecuencia de la muerte de su expresado hermano, que considera imputables a la asistencia sanitaria prestada en la Clínica *L. M.*, concertada con el Servicio Riojano de Salud.

En dicho escrito, la reclamante termina diciendo que, *“cuando llegaron al hospital mi madre y mi primo, una Enfermera se le acercó a mi primo y le dijo que ya había fallecido de una neumonía, cuando entraron a verlo, a los dos o tres minutos, desenchufaron una máquina y le dijeron a mi madre: ahora ha fallecido”*.

Segundo

Con fecha 15 de febrero de 2013, la Jefa de la Sección de Asesoramiento y Normativa de la Consejería de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja requirió a la reclamante, al amparo de lo dispuesto, en aplicación del art. 71 de la Ley 30/1992, por el art. 6 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, para que, en el plazo de diez días, procediera a acreditar su parentesco con el paciente fallecido, indicándole que,

de no hacerlo, se le tendría por desistida de su petición mediante el dictado de la correspondiente resolución en el expediente de responsabilidad patrimonial.

Tercero

Cumpliendo con dicho requerimiento, la reclamante presentó, el 27 de febrero de 2013, varias certificaciones del Registro civil, en las que consta:

- El matrimonio canónico contraído el 22 de noviembre de 1925, en Aguilar del Río Alhama, entre don V. S. A. con doña M. J. G.
- El nacimiento en Aguilar de su hijo legítimo, don F. S. J., que tuvo lugar el 28 de agosto de 1933.
- El nacimiento en la misma localidad de su hija legítima, doña J. S. J., que tuvo lugar el 18 de octubre de 1945.

Sin embargo, en nota al margen de la inscripción en el Registro civil del nacimiento de D. F.S. J., se hace constar que éste contrajo matrimonio el día 6 de septiembre de 1973.

Cuarto

Seguido el expediente en todos sus trámites, con fecha 6 de agosto de 2013, se dictó la Propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación por no ser imputable el daño alegado al funcionamiento de los Servicios Públicos Sanitarios.

En la misma, se consideran como hechos probados los siguientes:

- D. F. S.J., con antecedentes de hipertensión arterial, fibrilación auricular crónica y estenosis aórtica moderada-severa, ingresó el 27 de noviembre de 2012 en el Servicio de Cardiología del Hospital de *San Pedro*, por presentar un síndrome coronario agudo e insuficiencia cardíaca.
- Tras su estabilización, se completa el estudio diagnóstico mediante un ecocardiograma y una coronariografía, siendo diagnosticado de estenosis aórtica severa sintomática y enfermedad severa de tronco coronario izquierdo y dos vasos. Existiendo indicación de cirugía de recambio valvular aórtico y revascularización miocárdica, se hace interconsulta al Servicio de Cirugía Cardíaca, que acepta la intervención, siendo trasladado a la Clínica *L. M.* el día 11 de diciembre de 2012.
- Encontrándose ingresado pendiente de cirugía, el 15 de diciembre de 2012 presenta fiebre, que se mantiene durante tres días, con clínica respiratoria con tos y flemas amarillas. Se realizan analíticas de sangre y orina, sin presentar signos de infección aguda; y se recogen muestras para realizar hemocultivos, cultivos de esputo y orina, presentando ligera positividad a *legionella* en éste último, ante lo que se pauta tratamiento antibiótico.
- La evolución es favorable pero, debido al alto riesgo de intervención en ese momento y dada su estabilidad cardiológica, se decide posponer la cirugía en dos semanas, si para entonces ha

completado la resolución del proceso respiratorio, que es diagnosticado de neumonía nosocomial tardía (posible infección por *legionella*).

- Es dado de alta hospitalaria el 19 de diciembre de 2012, con tratamiento ambulatorio vía oral. En el informe de alta, se reflejan recomendaciones de suspender el tratamiento con Adiro y Clopidogrel una semana antes de la cirugía y suspender las inyecciones de Clexane el día antes de la cirugía.
- El 7 de enero de 2013, reingresa en la Clínica *L. M.* para someterse, al día siguiente, a la intervención cardiaca. Se informa al Cardiólogo que lo valora que la temperatura del paciente, desde el alta de 19 de diciembre de 2012, ha sido inferior a 37°C, que se ha suspendido el Adiro y Clopidogrel seis días antes y que seis días ya no se ha puesto la HBPN. En la exploración física que se realiza, no se aprecian signos de interés y, en la analítica realizada, se encuentran todos los parámetros dentro de la normalidad.
- El 8 de enero de 2013, es intervenido, realizándose pontaje coronario con vena safena interna a coronaria derecha, más reemplazo valvular aórtico por bioprótesis. Según consta en el protocolo de la intervención quirúrgica, la salida del *bypass* fue difícil, necesitando soporte de inotropos y vasoconstrictores, además de balón de contrapulsación. También surgieron problemas con la hemostasia, debido al sangrado en sábana continuo.
- Tras la intervención, comienza con sangrado por drenajes, a ritmo de 450 ml/hora, por lo que se decide reintervenir. En esta nueva intervención, no se encuentra punto sangrante, rezumando sangre profusamente por todos los lechos quirúrgicos. Se le transfunden tres concentrados de hematíes, cuatro unidades de plasma y un pool de plaquetas, ingresando en la Unidad de Cuidados Intensivos. Se informa a la familia de la situación de gravedad y de las posibles complicaciones.
- Al día siguiente, presenta un cuadro compatible con choque hipovolémico cardiogénico con inestabilidad eléctrica, arritmia por fibrilación auricular, alteración de la función renal y coagulopatía con plaquetopenia. Se pautan diferentes tratamientos farmacológicos y se continúa con la transfusión de hemoderivados.
- A pesar de ello, en los siguientes días, continúa con inestabilidad hemodinámica que necesita inotropos, vasopresores y BCIAO en aumento. En todo momento se encuentra sedado y con ventilación mecánica. Además presenta disfunción renal, hipoglucemias que precisan de aporte de suero glucosado, elevación de transaminasas y episodios de fiebre, para los que realizan cultivos de sangre, orina y aspirado traqueal; pautándose tratamiento con antibióticos de amplio espectro. Es diagnosticado de fracaso multiorgánico (fallo hemodinámico, renal, respiratorio y hepático).
- El 13 de enero de 2013, se realiza TAC toracoabdominal, apreciándose proceso infeccioso en LID y derrame pleural izquierdo, sin presentar alteraciones mediastínicas, pericárdicas ni abdominales. Se decide monitorización hemodinámica con PicCO, apreciándose signos de bajo gasto cardiaco, precarga estática elevada y alteración severa de la contractilidad. Se inicia tratamiento con bodutamina, que se suspende por mala tolerancia, administrándose perfusión con dopamina.
- Durante esa noche, presenta gran inestabilidad de hemodinámica, que requiere el aumento de vasoactivos a dosis máximas, sin ser efectivos. Se realiza ecoscopia apreciándose disfunción severa del ventrículo izquierdo. Se avisa al Servicio de Cirugía Cardiaca, el cual no considera posible la opción quirúrgica terapéutica. Presentando fallo ventricular izquierdo refractario a vasopresores y disociación electromecánica, el paciente fallece a las 9.30 horas del día 14 de enero de 2013.

Pues bien, atendiendo a estos datos fácticos, la Instructora del expediente estima que la atención sanitaria prestada a dicho paciente fue conforme a la *lex artis*; y estima también cumplido el requisito de que el paciente prestara su *consentimiento informado* antes de practicarle las intervenciones a que fue sometido, a pesar de que la reclamante considera el documento en el que consta este último fue firmado por otra persona y presenta un informe pericial que corrobora tal conclusión.

Quinto

La Dirección General de los Servicios Jurídicos se muestra disconforme con la Propuesta de resolución en su informe, emitido el 21 de agosto de 2013. En él, estima que ha de considerarse probado que el paciente no emitió en persona el consentimiento informado que es legalmente necesario para ser intervenido, por lo que estima que la reclamante ha de ser indemnizada conforme al baremo que determina las indemnizaciones que deben abonar las compañías de seguro en caso de muerte derivada de accidentes de circulación.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 30 de agosto de 2013, registrado de entrada en este Consejo el 2 de septiembre de 2013, el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 4 de septiembre de 2013, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo

El artículo 12.1 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una propuesta de resolución.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción hoy vigente, limita la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 50.000 euros.

Al reclamarse por la interesada la cantidad de 200.000 euros, no cabe dudar del carácter preceptivo de nuestro dictamen.

En cuanto al contenido del dictamen, éste, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Segundo

La presunción jurisprudencial del daño moral y la consiguiente legitimación para reclamar la indemnización del mismo atribuida a determinados familiares del fallecido

En los casos de muerte de una persona como generadora de responsabilidad *ex art.* 1902 Cc., es doctrina reiterada de la Sala 1ª del Tribunal Supremo la de que están legitimados para reclamar la indemnización de los daños morales los familiares más próximos del fallecido; aunque considerando –eso sí– que tienen tal legitimación *iure proprio* y no como *herederos forzosos* del causante (cfr. STS. 20 julio 1995 y arts. 606 ss. Cc.).

Pues bien, a partir de ahí, la jurisprudencia atribuye la legitimación de los daños morales derivados del fallecimiento de una persona e imputables a la conducta de otra, en primer lugar al viudo o viuda junto con los hijos del fallecido, y en segundo término a sus padres si la víctima está soltera. Así, por ejemplo, la STS (Sala 2ª) de 2 julio 1979 negó a los padres de la persona muerta, por concurrir con su viuda, el derecho a cobrar una indemnización por daño moral; y la STS (Sala 1ª) de 14 diciembre 1996 resume esta jurisprudencia y en el caso concreto concede la indemnización a los padres, a pesar de estar privados por falta de la atención precisa de la guarda de la menor –y por tanto no casada– fallecida, por considerar probado que habían sufrido «sufrimiento moral».

Así pues, lo que hace el Tribunal Supremo es *presumir* la existencia de un daño moral derivado de la muerte que afecta a los familiares del fallecido, que por eso están legitimados en el orden indicado para exigir su indemnización al causante del daño cuando exista la imprescindible relación de causalidad entre el mismo y la conducta del que lo hubiere producido.

Por lo demás, este es el criterio adoptado por el Baremo que –en desarrollo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, cuyo texto refundido fue aprobado en 2004– determina cada año la cuantía de las indemnizaciones por muerte en accidentes de circulación. En efecto, como puede comprobarse en el vigente, las indemnizaciones previstas lo son por *grupos excluyentes*, lo que significa que, si la víctima no tiene hijos ni cónyuge pero sí ascendientes (Grupo IV), sólo pueden ser indemnizados –en la cuantía prevista– los *hermanos menores de edad que convivan con la víctima* (véase la Resolución de 21 de enero de 2013, BOE núm. 26 de 30 de enero, pág. 7256).

Pues bien, en el presente caso y como ya hemos destacado en los Antecedentes de Hecho, según manifiesta expresamente en su escrito la reclamante, al morir D. F. S. J., vivía la madre de ambos, que fue –junto con un primo de aquélla– la primera en enterarse de su fallecimiento. Sin embargo, la madre del fallecido no ha formulado en este caso reclamación alguna, ni por sí misma ni a través de su hija Dª J. S. J. –mayor de edad, casada y con vida autónoma–, que ha actuado en todo momento en su propio nombre e interés, por lo que no le es aplicable la jurisprudencia indicada ni tampoco –por analogía, ya que el mismo no rige en los casos de responsabilidad sanitaria ni en otros no comprendidos en su ámbito de aplicación legal– lo dispuesto en el Baremo vigente para valorar los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación.

Tercero

La prueba por el reclamante del daño moral sufrido como presupuesto de la responsabilidad patrimonial de la Administración

Por supuesto, la doctrina jurisprudencial consolidada que acabamos de exponer, como tampoco el indicado Baremo –que rige en un ámbito distinto–, no excluye que, en hipótesis como la presente, puedan reclamar la indemnización de los daños morales derivados de la muerte otras personas; pero esto excluye la presunción en que se basa tal doctrina jurisprudencial y entonces hace falta la prueba cumplida de que los daños han sido realmente sufridos por el que reclama, en cuyo caso procede valorar –como dice la STS (Sala 1ª) de 19 diciembre 1986, que cita las de 31 mayo 1983, 25 junio 1984 y 10 diciembre 1985– la «*pérdida en el orden afectivo y educativo, de la compañía de un padre y de un hermano, así como el trauma que supone, incluso en edades tempranas, la desaparición súbita de personas ligadas íntimamente en el entorno diario de los sentimientos más elementales*».

Así pues, lo primero que hace falta en este expediente es que la reclamante acredite la existencia de un daño moral apreciable derivado de la muerte de su hermano D. F. Por las razones que ya hemos indicado, en este caso el daño no puede *presumirse* y no tiene lugar, por tanto, la *inversión de la carga de la prueba* que ello comporta. En definitiva, corresponde a la reclamante aportar datos de entidad suficiente para estimar el daño moral como efectivamente sufrido; mientras que, al no ser los mismos, objeto de presunción alguna, no compete a la Administración la prueba de su inexistencia.

Pues bien, en el expediente sometido a nuestra consideración la reclamante ni siquiera ha alegado el daño moral por ella sufrido, ni tampoco –en consecuencia– ha justificado en modo alguno la entidad del mismo que le lleva a pedir una indemnización, ni más ni menos que de 200.000 euros, a pesar de la avanzada edad que tenía su hermano al fallecer (80 años); y ni siquiera se ha referido en ningún momento a la intensidad de su relación personal con su hermano fallecido, a pesar de vivir en localidades distantes (ella en Ágreda, Provincia de Soria, y él en Inestrillas del Río Alhama, en La Rioja).

En definitiva, este Consejo no tiene duda alguna de que a Dª J. S. J. le afectó el fallecimiento de su hermano y sufrió el natural disgusto al morir éste; pero, a la vez, se ve obligado a poner de manifiesto, aunque sea obvio, que los efectos que para el ser humano comporta el amor fraterno no pueden confundirse con los daños morales: los primeros carecen de consecuencias jurídicas, mientras que sí que pueden tenerlas los segundos; pero, para ello, hace falta que se haya acreditado su existencia y la entidad que requieren para producirlas, lo cual es justamente lo que falta en el expediente sometido a nuestra consideración.

Sólo practicada tal prueba, aportando datos o elementos suficientes para tener por acreditado tal daño moral, puede entrarse luego a valorar si dicho daño está o no causalmente vinculado a la conducta de un determinado sujeto, esto es, a apreciar si existe o no *relación de causalidad* entre ambos hechos; y, una vez acreditada dicha relación –que en sí misma es meramente *fáctica*, y no jurídica–, puede y debe el aplicador del Derecho ocuparse de los *criterios de imputación* establecidos por el ordenamiento para cada uno de los casos, que son los que permiten considerar la responsabilidad como *subjetiva*, que es la regla a la que atiende el art. 1902 Cc. al ocuparse de la que suele ser calificada como *civil extracontractual*, o como *objetiva*, que es el criterio al que atiende la Ley 30/1992, al ocuparse de la calificada como *patrimonial de la Administración*.

Por lo demás, hemos de recordar que nuestro ordenamiento jurídico no atribuye, en ningún caso, a la indemnización un carácter *punitivo*, sino que la misma únicamente comprende –como dice el art. 1902 Cc.– la *reparación* del daño causado; y que, de este principio general, no está excluida la responsabilidad sanitaria, que también requiere la prueba del daño y de la relación de causalidad, siendo esta la premisa que permite valorar los criterios jurídicos de imputación, los cuales –como el Consejo Consultivo ya ha explicado en numerosos dictámenes– están vinculados a la trascendencia legal del *consentimiento informado* del paciente y a la conducta –conforme o no con la *lex artis*– de los Facultativos que le hubieran atendido.

Todo ello determina, a juicio de este Consejo Consultivo, que –sin que sea necesario entrar en el análisis jurídico de si concurren o no en este caso los criterios de imputación de la responsabilidad sanitaria al Servicio Riojano de Salud– ha de desestimarse la reclamación formulada por D^a J.S. J., hermana del fallecido, por no haber alegado ni acreditado en modo alguno el daño moral cuya indemnización pretende.

CONCLUSIÓN

Única

La pretensión de indemnización ejercitada por la reclamante debe ser desestimada, puesto que los daños morales no pueden, en modo alguno, presumirse ni tenerse por acreditados en el expediente.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero