



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 3 / 2 0 2 2

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 24 de febrero de 2022.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), en representación de sus hijos menores de edad (...) y (...), y por (...), (...), (...), (...), (...) y (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 32/2022 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad el 25 de enero de 2022, con entrada en el Consejo Consultivo el 31 de enero de 2022, tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución de 21 de enero de 2022 formulada por el Secretario General del Servicio Canario de la Salud (SCS), como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario.

2. Los reclamantes, acumuladamente, solicitan en total una indemnización de 565.000 euros; esta cuantía determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación del Sr. Consejero para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

3. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

* Ponente: Sra. de León Marrero.

Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

4. Se cumple el requisito de legitimación activa de los interesados, de (...) que actúa en nombre y representación de sus hijos menores, (...) y (...), por el fallecimiento de su padre; de la madre del fallecido, (...) y de (...), (...), (...), (...) y (...), hermanos del fallecido (arts. 31 y 32 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, vigente al interponerse la reclamación el 14 de octubre de 2015, en adelante, LRJAP-PAC).

En cuanto a la legitimación activa, resulta necesario traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su Dictamen 66/2020, de 3 de marzo:

«4.1.1. Respecto a la posibilidad de reclamación por daños -patrimoniales y extrapatrimoniales- derivados del fallecimiento, se ha de indicar lo siguiente:

La doctrina y la jurisprudencia consideran de forma prácticamente unánime que la muerte en sí misma considerada no se indemniza (a quien la sufre), sino que lo que se indemniza es la pérdida neta que sufren aquellas personas que dependían económicamente de los ingresos de la víctima (daño patrimonial), así como el dolor, sufrimiento, aflicción, la pérdida de la compañía, de proyectos conjuntos, etc., que produce a los familiares y allegados la muerte de una familiar (daño no patrimonial).

El fallecimiento de una persona da lugar a daños patrimoniales y no patrimoniales, pero no los sufre el que muere, sino los familiares cercanos, de modo que la indemnización no la perciben iure hereditatis, sino iure proprio. Se trata de un criterio generalizado en el Derecho comparado europeo, en el que la privación de la vida, no se considera un daño a efectos de las normas que regulan la responsabilidad y no es indemnizable.

En nuestro ordenamiento jurídico, el criterio de que el perjudicado por la muerte no es quien muere, sino los parientes allegados, se recoge en el baremo previsto para las indemnizaciones que se deriven de accidentes de tráfico. En consecuencia, la privación de la vida no es indemnizable a quien fallece, y, por tanto, nada se puede transmitir a los herederos del que muere.

La jurisprudencia así lo viene señalando desde hace tiempo. En este sentido, las diversas Salas del Tribunal Supremo consideran hoy que están legitimadas para reclamar por la muerte de una persona quienes resulten personalmente perjudicados por ella, en cuanto dependían económicamente del fallecido o mantenían lazos afectivos con él, de modo que

ejercen un derecho originario y no derivativo. La STS (Sala de lo Civil) de 1 de abril (RJ 2009/4131) señala lo siguiente: "es doctrina pacífica que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable ex iure proprio, al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del de cuius, por lo que la legitimación no corresponde a los herederos en cuanto tales, sino a los perjudicados por el fallecimiento, pues sólo los vivos son capaces de adquirir derechos".

4.1.2. Dicho lo anterior, se ha de añadir que, como muy bien señala la sentencia de 2 de octubre de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec.780/2006), " (...) la temprana y didáctica Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006, estableció lo siguiente: Sin duda el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como `iure hereditatis`, sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 y 14 de diciembre de 1996), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, siendo doctrina de esta Sala, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2003, que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte `iure proprio`, las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en sí del bien `vida` sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible `mortis causa` a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales `iure hereditatis`" (...) ».

A la luz de la doctrina anteriormente expuesta, se entiende cumplido el requisito de legitimación activa de los reclamantes para reclamar por derecho propio la indemnización de los daños derivados del óbito de su padre, hijo y hermano, respectivamente. Legitimación activa que no es puesta en entredicho por la propia Administración Pública sanitaria.

Tal y como se cita en el Dictamen 292/2021, de 24 de mayo, de este Organismo consultivo «sólo podrán reclamar por el daño moral derivado del fallecimiento de (...) aquellos que posean: "vínculos próximos de familia, afectos, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios causados directamente de la muerte producida" (STS, de 4 de noviembre de 1999; STSJ de Navarra n.º 1089/2003, de 17 de octubre de 2003).

Al tratarse de un daño moral en los sentimientos, se hace necesario poner un límite a la condición de legitimado. Es obligado establecer un orden de preferencia excluyente, siguiendo un orden lógico de afinidad con la fallecida, de forma que sean los más inmediatos los que, en su caso, reciban la indemnización con exclusión de los demás, primando de forma

natural, a quienes hayan sufrido de forma más palmaria y directa. El Tribunal Supremo, en algunos casos se refiere a "parientes más allegados". Según la jurisprudencia, puede establecerse un orden de preferencia:

1.- Los miembros de la familia nuclear, que en este caso se desconocen, si bien parece desprenderse de la reclamación que (...) estaba casada y tenía un hijo, que no se identifican (¿?). El dolor de la familia nuclear, es decir, marido e hijos, se presume, no requiere prueba (STS de 15 de abril de 1988). No obstante, estos, los más allegados, no formulan reclamación en este caso.

2.- Para el resto de los parientes no existe presunción, requiriéndose la acreditación de alguna de las siguientes circunstancias para establecer su legitimación: Que pertenezcan de hecho a la familia nuclear por convivir con ella, o bien se demuestren fuertes e importantes vínculos afectivos, asimilándose a los que normalmente se dan entre los miembros de la familia central.

En síntesis, la jurisprudencia ha atribuido la legitimación de los daños morales derivados del fallecimiento de una persona, en primer lugar, al viudo o viuda, junto a los hijos del fallecido y en segundo término a sus padres si la víctima está soltera (STS de 2 de julio de 1979; STS de 14 de diciembre de 1996). Finalmente, los hermanos también estarían legitimados en defecto de otros familiares más allegados (los ya expuestos) (STS de 4 de julio de 2005), debiendo probar en su caso la vinculación afectiva entre ellos, su dependencia económica o su convivencia en el núcleo familiar».

Además, y según consta en el expediente administrativo, los reclamantes actúan mediante la representación, debidamente acreditada, de abogado.

5. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

6. Se cumple el requisito de no extemporaneidad, ya que la acción se ha ejercitado en el plazo legalmente previsto en el art. 142.5 de la citada LRJAP-PAC. Así, la reclamación en nombre de los hijos menores se presentó el 14 de octubre de 2015, en relación con el fallecimiento ocurrido el 16 de octubre de 2014. La reclamación de la madre y hermanos del fallecido se presenta el 15 de octubre de 2015, acumulándose ambas reclamaciones por Resolución del Secretario General del SCS el 22 de octubre de 2015.

La reclamación de responsabilidad patrimonial se suspendió por la incoación de Diligencias Previa n.º 3975/2015 del Juzgado de Instrucción n.º 4 de San Cristóbal de La Laguna, en virtud de resolución del Secretario del SCS de 18 de octubre de 2016. Con fecha 25 de noviembre de 2020 se aporta Auto de 9 de octubre de 2020 por el que se acuerda el sobreseimiento y archivo de la causa. Por Resolución de 3 de

diciembre de 2020 del Secretario General del SCS se deja sin efecto la suspensión del procedimiento y se continúa la tramitación.

7. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver, lo que determina que la reclamación de responsabilidad patrimonial se entienda presuntamente desestimada (arts. 142.7 LRJAP-PAC y 13.3 del RD 429/1993, 26 de marzo); sin embargo, aún expirado el plazo, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 42 LRJAP-PAC) sin vinculación al sentido del silencio administrativo producido, sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que la demora pueda comportar.

8. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución remitida, resultan de aplicación, además de la citada LRJAP-PAC, el RD 429/1993, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

II

1. La reclamante, (...), insta el 14 de octubre de 2015, en nombre y representación de sus hijos menores, la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su exmarido. Concretamente, alega en su escrito de reclamación:

«PRIMERO.- DE LA LEGITIMACION ACTIVA.- En fecha de 17 de octubre de 1997, mi mandante, (...), contrajo matrimonio con (...), de cuya unión han nacido y viven dos hijos, (...) y (...), ambos (...). Dicho matrimonio fue disuelto por divorcio de ambos declarado mediante Sentencia de 10 de junio de 2013.

(...) falleció en fecha de 16 de octubre de 2014, siendo declarados herederos del mismo sus menores hijos (...) y (...), ambos (...) (...).

SEGUNDO.- Sobre las 09:00 horas del día 15 de octubre de 2014, (...), acompañado de su madre, acude al Centro de Salud Laguna-Mercedes, C.S. refiriendo un dolor agudo en MSI, pecho zona izquierda desde hacía 24 horas postesfuerzo, impresiona de dolor en hombro por tendinitis. Ante dichos dolores y dados los antecedentes del paciente -coartación aórtica a

los 10 años- y la valoración de la última revisión de su corazón, se remite por el Dr. (...) a Urgencias del Hospital Universitario de Canarias con carácter de URGENTE, a los fines de ser valorado por cardiología y la actuación que se considere.

El profesional que lo atiende en el centro de salud indica expresamente como problemas fundamentales COARTACION AORTICA. (...).

Efectivamente, sobre las 12:00 horas del día 15 de octubre de 2015, (sic) (...) ingresa en Urgencias del HUC, siendo dado de alta sobre las 22:00 horas con el diagnóstico de dolor muscular, tendinitis del manguito de los rotadores del hombro izquierdo. (...).

En las horas que estuvo en urgencias, sufriendo fuertes dolores en la zona entre del pecho y el hombro izquierdo, se le realizaron dos radiografías, una de tórax y otra de hombro izquierdo, estando tan solo informada la segunda, en la que se manifiesta que no se observan lesiones de fractura.

Se le suministra para el dolor los siguientes medicamentos vía intravenosa: adolonta, primperán, toradol y urbasón desde las 16:40 a las 18:30 horas.

En la historia y comentarios de enfermería se indica que el paciente es remitido desde el centro de salud por dolor en el hombro izquierdo y como antecedentes personales padece una coartación aórtica.

Como se ha indicado, a (...), se le realizaron dos radiografías cuyas impresiones obran en los archivos del HUC; señalándose a los oportunos efectos probatorios dichos archivos.

Sobre las 02:00 horas del día 16 de octubre de 2014, (...) regresa nuevamente a urgencias del HUC con el mismo dolor pero más acentuado, acompañado con expectoración hemática franca y, a la vista del cuadro de inestabilidad hemodinámica, es valorado y se decide su ingreso en UMI con alta sospecha de síndrome aórtico agudo y ello, tras la realización de TC urgente.

A las 05:00 horas del 16 de octubre de 2014, el paciente es trasladado a quirófano siendo a las 08:05 y, tras la intervención, fallece a las 09:50 horas del día 16 de octubre de 2014, siendo el diagnóstico principal: SHOCK HEMORRÁGICO SECUNDARIO A RUPTURA DE ANEURISMA DE AORTA DESCENDENTE. (...).

En el caso que nos ocupa, (...) entra en su Centro de Salud que, ante los antecedentes personales y dolor torácico, se deriva con carácter de URGENCIA al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Canarias, como centro de referencia de cirugía cardíaca. La actuación del centro de salud fue del todo punto correcta y prudente.

En el primer ingreso en urgencias en el HUC, la actuación del mismo es en principio correcta, aunque no en 10 minutos: se toman constantes, antecedentes personales, EKG, analítica y RX de tórax. De todo ello, destacan los antecedentes de alto riesgo para patología aórtica, el EKG no ha cambiado con respecto a los previos, enzimas cardíacas normales. Hasta

ahí, la actuación podría calificarse como "correcta"; pero en la RX de tórax. ya se evidencia aneurisma de grandes dimensiones de aorta torácica roto estando contenido por la pleura a nivel apical. También se hace una RX de hombro donde se visualiza claramente el aneurisma, dadas sus dimensiones.

Es a partir de este punto donde ya no se hace nada más. Se diagnostica de dolor tendinoso del manguito de los rotadores y se administra antiinflamatorios, corticoides -que produce un mayor riesgo de sangrado-, y por último tramadol, que es un derivado mórfico, lo cual indica que el dolor era muy intenso.

Se le da el alta a las 22:00 horas refiriendo dolor e, incluso debe volver a urgencias pues se olvidaron de quitar la vía venosa.

Finalmente regresa a Urgencias con un cuadro de sangrado por la boca procedente del pulmón hemoptisis y shock hemorrágico, con las consecuencias que ya se han puesto de manifiesto.

En definitiva, no solo no se actuó correctamente por parte del servicio de urgencias del HUC en el primer ingreso de (...), sino que dicha actuación puede calificarse como de IMPRUDENCIA PROFESIONAL GRAVE CON RESULTADO DE MUERTE, definida ya en el art. 142 del Código Penal imputable a los profesionales que lo atendieron en el HUC, por cuanto que, pese a que ya procedía del Centro de Salud debidamente dirigido a las URGENCIAS, en calidad de centro de referencia de cirugía cardíaca para su valoración y, en su caso actuación correspondiente y, pese a las RX de tórax y de hombro donde ya se evidencia un aneurisma de grandes dimensiones de aorta torácica roto, estando contenido por la pleura a nivel apical; siendo dado de alta con un diagnóstico de dolor muscular, tendinitis del manguito de los rotadores del hombro izquierdo.

La no intervención en la urgencia o emergencia médica en ese primer momento fue el causante del posterior fallecimiento de (...). (...) ».

Culmina la reclamación con solicitud de indemnización económica de 350.000,00 € para ambos menores.

2. Por su parte, la madre y hermanos del fallecido, presentan reclamación en los siguientes términos:

«PRIMERO.-Los reclamantes (...), (...), (...), (...), (...) y (...) son la madre y hermanos de (...), provisto de DNI numero (...) que falleció en el hospital Universitario de Canarias (HUC), a consecuencia de los hechos que ahora se relatan.

SEGUNDO. -(...), paciente de 45 años de edad, quien convivía con su madre y dos de sus hermanos, (...) y (...), acudió acompañado por su madre, alrededor de las 9:00 h del día 15 de octubre de 2014, al centro de salud La Laguna- Mercedes, refiriendo un dolor agudo en el

pecho, zona izquierda, indicando que había realizado algún esfuerzo físico el día anterior, y que desde entonces estaba con un dolor muy fuerte en la parte izquierda superior del tórax.

El doctor (...) (...) [médico colegiado n.º (...)] ante los dolores que presentaba el paciente, y a la vista de sus antecedentes cardiacos que presentaba una coartación aórtica que había sido intervenida a los 10 años, y que llevaba una vida sana, saludable y normal, luego de practicarle un electrocardiograma a las 10,09 horas, y al persistir los dolores referidos, decidió remitirlo a Urgencias del HUC, solicitando una inmediata valoración cardiológica, y aportando la prueba cardiaca practicada. (El mismo facultativo advirtió al HUC, así mismo, que, en la última revisión cardiológica del paciente, se le había indicado que se le estaba ensanchando la aorta).

TERCERO.- El paciente, (...), una vez salió del centro de salud se dirigió inmediatamente al HUC, en donde ingresó en Urgencias del HUC a las 12:00 horas, con un dolor torácico agudo, - que es un síntoma que engloba un abanico de patologías que podrían ser mortales- y permaneció allí hasta las 22:00 h, momento en el se le dio el alta, previo diagnóstico de tendinitis en el hombro izquierdo, y habiéndosele recetado los medicamentos "Pantecta control 20 mg" (que es un protector gástrico) e "Astefor 400/30", esto es Ibuprofeno con codeína (un analgésico).

En todo momento, desde su ingreso en Urgencias del HUC, tanto el paciente, como su madre, informaron a los sanitarios intervinientes de los antecedentes cardiacos de (...), manifestando así mismo que todo su historial se encontraba en los archivos digitales del Servicio Canario de Salud (en adelante SCS), y que las pruebas que le habían practicado a lo largo de su vida se habían hecho en el Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria (HUNSC); centro en el que se le hacía el seguimiento de sus circunstancias cardiacas (controles cada seis meses).

Durante su estancia de 10 horas en urgencias en el HUC, y según refirió (...), se le realizó un análisis de sangre, y tres radiografías (RX) del tórax, una frontal y lateral, a las 14:09 horas y otra frontal del hombro izquierdo a las 14:12 horas.

De las RX realizadas al paciente en urgencias se obtuvieron imágenes que muestran claramente que "se estaba produciendo un ensanchamiento anormal de la aorta a la altura de la salida del corazón y debajo del hombro izquierdo, que requería una intervención médica inmediata": Ya se veía de forma clara, y que no dejaba lugar a dudas que se encontraban ante una emergencia médica que debía ser resuelta inmediatamente a nivel quirúrgico.

Es de señalar que, pese a tener las radiografías delante donde se evidencia el aneurisma de grandes dimensiones, el dolor torácico agudo del paciente, a pesar de conocer los antecedentes cardiacos del paciente, y el parte del médico del centro de salud con carácter urgente solicitando una valoración cardiológica, no se tiene constancia que se hubiera

realizado ninguna otra prueba a (...) durante las más de diez horas que permaneció ingresado en urgencias.

Se le practicó una radiografía del hombro izquierdo en donde se aprecia también el importante aneurisma, y los facultativos intervinientes diagnosticaron al paciente erróneamente una tendinitis en el hombro izquierdo, le pusieron el brazo en cabestrillo, le administraron antiinflamatorios, corticoides -con el mayor riesgo de sangrado que ellos producen y por último TRAMADOL, que es un derivado mórfico, (lo que evidencia la intensidad del dolor que estaba padeciendo) y con una vía intravenosa puesta lo mandaron a su casa.

Es de advertir que cuando los facultativos dieron de alta al paciente, éste tuvo que volver al servicio de urgencias porque no le habían retirado la vía que le habían puesto. Esta circunstancia fue advertida por (...) [hermano de (...)], ya que el paciente aturdido por el dolor que tenía, y con el brazo en cabestrillo, ni siquiera había advertido esta circunstancia. Además (...) pidió ese día un impreso de reclamaciones en el ámbito sanitario para poner una reclamación por el excesivo y decadente trato sufrido en su paso por el HUC, pero según refirió a sus hermanos "para poner la reclamación al día siguiente".

CUARTO. -Una vez dado de alta, el paciente acudió a la farmacia, junto con su hermano, para comprar los medicamentos que le fueron recetados: "Pantecta control 20 mg" e "ibuprofeno". Los pudo adquirir porque eran medicamentos que no necesitaban receta, puesto que no le dieron receta en el HUC.

Ya en casa, muy cansado y dolorido, cenó una tortilla francesa, se tomó una pastilla de cada uno de los medicamentos que le habían prescrito, y se acostó.

- Poco antes de la 1:00 horas, del día 16 de octubre, (...) despertó a su hermano, (...), advirtiéndole que llamara a una ambulancia urgentemente, mientras tosía y expulsaba sangre por la boca.

El hermano avisó al 112, servicio que se activó a las 1:02 horas (tal y como consta en el informe de asistencia de la ambulancia y que fue entregado por el hospital).

Después de realizar la llamada, (...) y su madre se encontraron a su hermano (...) inclinado en el baño, tosiendo sangre y con una toalla ensangrentada en la mano.

Una vez que llegó la ambulancia lo trasladaron a Urgencias del HUC.

QUINTO. - A las 1.47 horas del día 16 de octubre de 2014, (...) ingresó nuevamente en Urgencias del HUC, con un dolor torácico más agudo en el pecho y con expectoración hemática.

SEXTO. - NO FUE SINO A LAS 3:30 HORAS, CASI DOS HORAS MAS TARDE, cuando avisaron a los familiares de (...) que se encontraban en la sala de espera de urgencias del HUC (su

madre y sus hermanos) que a (...) lo habían llevado a la UVI, porque las placas indicaban que había hemorragia.

La familia fue acompañada a la UVI y allí les esperaban dos señoritas vestidas de sanitarias que les dijeron que (...) estaba muy grave y que le iban a realizar una operación a vida o muerte, ya que al haber una hemorragia tan grande no sabían, al abrir, lo que podría ocurrir exactamente.

A continuación, los acompañaron a la sala de espera de la UVI, y es entonces cuando la madre y el hermano de (...) comenzaron a avisar al resto de la familia.

SEPTIMO. - A las 4:30 horas, aproximadamente, volvieron a salir las dos señoritas, preguntando a los familiares que se encontraban allí si tenían "la última eco (ecografía) que se le había realizado o si sabían la localización del problema en el corazón de (...)". A lo cual, los familiares muy asustados y superados ya por la concatenación de errores y circunstancias catastróficas les dijeron que corrieran a ver las pruebas que ELLOS MISMOS les habían hecho el día anterior en urgencias en el MISMO HOSPITAL, que (...) estuvo allí todo el día ingresado, y les reiteraron nuevamente que su historial completo se encontraba digitalizado en el Servicio canario de Salud, a través de La Residencia (HUSNC); a lo cual las señoritas les refirieron que era "muy difícil conseguirlo", así sin más.

OCTAVO. - Solo a las 5:00 horas bajaron a quirófano a (...). Una vez finalizada la operación la Dra. (...) informó a la familia del estado de salud de (...), diciéndoles que estaba muy crítico, y que eran muy importantes las próximas horas. Advirtió así mismo que durante la intervención pudo sufrir daños neurológicos, pero que fue un riesgo que hubo que correr porque la prioridad era intentar salvar su vida. Manifestando además que la intervención "había llegado tarde",

(...) falleció a las 9:50 horas del día 16 de octubre de 2014. (...).

Todos los retrasos observados en la atención del paciente, con la falta de un diagnóstico acertado como consecuencia de la no aplicación de todos los medios posibles, así como la inobservancia de la "lex artis", determinó una pérdida de oportunidad que agravó considerablemente el estado de salud del paciente, y todo ello conllevó a un daño irreparable, el fallecimiento de (...)

DECIMO. - Si bien es cierto que los pacientes no pueden exigir resultados en la prestación de la asistencia sanitaria prestada por los servicios públicos, no es menos cierto que sí tienen derecho a exigir ser tratados con diligencia y aplicando todos los medios e instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias.

Este funcionamiento normal o anormal de la administración sanitaria queda agravado además por el hecho incomprensible que se le refiriera a la familia de que era "muy difícil" acceder al historial del paciente que se encontraba en la Residencia Ntra. Sra. de Candelaria, máxime cuando este centro se encontraba, y se encuentra, integrado, al igual que el HUC, en

el Servicio Canario de Salud además de estar integrados en el sistema de Historia Clínica Digital del Sistema Nacional de Salud (HcdSNS), y el de la Historia Clínica Electrónica del Servicio Canario de la Salud (Drago Web).

Las muchas impericias y gravísimas negligencias cometidas por los facultativos que atendieron en urgencias a (...) vienen además agravadas por el hecho que, pese a que permaneció durante más de 10 horas en urgencias del HUC, con un fuerte dolor que no remitía, no se dio aviso al servicio de cardiología para que fuera examinado por un especialista, no se le hizo un TAC, se le administraron medicamentos que perjudicaban su estado (...) etc.

Existe un nexo causal entre la inacción de los facultativos de urgencias del HUC que examinaron a (...), con omisión de todos los medios e instrumentos que la ciencia médica ponía a su servicio, y el resultado final producido, esto es, el fallecimiento de (...). NO ES POSIBLE QUE UNA TENDINITIS EN EL HOMBRO PUEDA PROVOCAR LA MUERTE DEL PACIENTE. Se produjo un resultado antijurídico que en ningún caso el paciente estaba obligado a soportar, resultado que vino determinado por la absoluta inacción de los facultativos (durante más de 10 horas) que omitieron la utilización de todos los medios e instrumentos médicos a su alcance, haciendo caso omiso al protocolo de actuación que la lex artis demandaba para el caso en cuestión.

Por otro lado, de entre las muchas impericias y negligencias de los facultativos que atendieron en urgencias a (...) está el tiempo precioso perdido desde su segunda entrada al Hospital hasta su intervención, en donde al parecer nada pudo hacerse por su vida: Desde que llaman a la ambulancia y esta contacta con el hospital avisando del servicio y del estado del paciente hasta su intervención a vida o muerte PASAN más de cuatro horas. (...) ».

Concluye la reclamación con solicitud de indemnización de 215.200 euros a los perjudicados, distribuida de la siguiente manera: a (...), la cantidad de 101.500 € en calidad de perjuicio personal básico, perjuicio personal particular, convivencia con el fallecido y daño emergente; a sus hermanos (...) y (...), la cantidad de 30.600 € a cada uno, en calidad de perjuicio personal básico, perjuicio personal particular, convivencia con el fallecido y daño emergente; a sus hermanos (...), (...) y (...) la cantidad de 17.500 € a cada uno en calidad de perjuicio personal básico, perjuicio personal particular, y daño emergente.

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan las siguientes actuaciones:

1.- Mediante escritos de fechas 14 y 15 de octubre de 2015 respectivamente, (...), [en nombre y representación de los menores (...) y (...), hijos del fallecido], (...), madre, y (...), (...), (...), (...) y (...) hermanos del mismo, instan por separado la iniciación de dos procedimientos de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de (...).

2.- Por Resoluciones de 20 y 22 de octubre de 2015 del Secretario General del Servicio Canario de la Salud, se admiten a trámite ambas reclamaciones y se solicitan los informes pertinentes y la historia clínica del afectado. Con las mismas fechas se solicita el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) para que, a la vista de la historia clínica y de los informes médicos del Servicio que supuestamente causó el daño, se pronuncie acerca de la asistencia sanitaria prestada

3.- A la vista de la identidad de los hechos reclamados en ambas solicitudes, por Resolución de 22 de octubre de 2015, el Secretario General del Servicio Canario de la Salud acuerda la acumulación de las reclamaciones presentadas y continuar su tramitación con el número de expediente 139/15.

4.- Con fecha 5 de noviembre de 2015, (...) aporta Auto de 26 de octubre de 2015 por el que se admite a trámite la querrela interpuesta por ella misma ante el Juzgado de Instrucción n.º 4 de San Cristóbal de La Laguna, incoando Diligencias Previas sobre los hechos reclamados.

Por Resolución de 18 de octubre de 2016 del Secretario General del Servicio Canario de la Salud se suspende el procedimiento de responsabilidad patrimonial n.º 139/15 por hallarse causa penal pendiente, debiendo mantenerse la suspensión hasta que recaiga resolución firme.

Con fecha 25 de noviembre de 2020 se presenta Auto de fecha 9 de octubre de 2020 dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de San Cristóbal de La Laguna, en el curso de las Diligencias Previas núm. 3.975/2015, por el que se acuerda el sobreseimiento y archivo de la causa.

Mediante Resolución de 3 de diciembre de 2020 del Secretario General del Servicio Canario de la Salud se deja sin efecto la suspensión del procedimiento de responsabilidad patrimonial, y se continúa con su tramitación

5.- Con fecha 12 de mayo de 2021 el SIP emite informe (folios n.º 304-310), en el que se expone la siguiente sucesión cronológica de hechos:

«- El paciente de 45 años, presentaba con antecedentes de cirugía por coartación aórtica en Madrid cuando contaba con 10 años. Se sometía a revisiones periódicas en el Servicio de

Cardiología del HUNSC: En revisión y ecocardiograma transtorácico de 26 de junio de 2014 consta: "Cavidades cardíacas de tamaño y contractilidad normales. Válvula aórtica bicúspide con regurgitación mínima. Ligeramente dilatada a nivel de Senos de Valsalva. Zona de reparación de coartación aórtica sin datos de obstrucción ni de expansión". Es decir, en esa fecha presentaba ligera dilatación en aorta torácica ascendente, según medición seriada de los diámetros de la raíz aórtica durante el seguimiento».

El SIP, a efectos ilustrativos, señala las mediciones desde 2010:

- 18 de marzo de 2010: 39 mm
- 17 de noviembre de 2011: 41 mm
- 5 de marzo de 2013: 39 mm
- 26 de junio de 2014: 42 mm

Considerando la situación y estabilidad clínica, con zona de reparación aórtica sin alteración, se indicó continuar controles periódicos.

«- El día 15 de octubre de 2014: El paciente acude a su médico de Atención Primaria alrededor de las 11:00 h. Refiere dolor agudo en miembro superior izquierdo (hombro y brazo izquierdo) desde hace 24 horas post-esfuerzo (al cargar un bote, pintando).

A la exploración, únicamente se objetiva dolor a la movilización del miembro superior izquierdo: "Eupneico y orientado. Normocoloreado y normohidratado. No meningismo. Auscultación cardio-respiratoria: Rs Cs Rs a 76 l/m, m.v. conservado. Dolor a la movilización de MSI. Extremidades normales".

- Llegada al HUC a las 11:57 h. En triaje, enfermería registra: "Dolor en hombro izquierdo tras esfuerzo físico hace 24 horas. El dolor se modifica con los movimientos". No existe referencia a dolor torácico agudo.

- A las 02:00 h, reingresa en el HUC por persistencia del mismo dolor de hombro pero ahora manifiesta dolor centrotorácico. Presenta inestabilidad hemodinámica. Se practica Tac y ecocardiograma que revelan la rotura de aneurisma de 8 cm en aorta descendente.

Tras estabilización hemodinámica en Medicina Intensiva y valoración por Cirugía cardiovascular por tratarse de afectación en aorta descendente se somete a procedimiento quirúrgico a cargo de Angiología y Cirugía vascular.

A pesar de cuantas técnicas se realizan se produce éxitus a las 09:50 h del 16 de octubre de 2014».

6.- Con fechas 17 y 20 de agosto de 2021, se notifica a los interesados acuerdo probatorio, abriendo un plazo a fin de que puedan aportar informe pericial propuesto, que finalmente se recibe con fecha 2 de septiembre del mismo año.

7.- Con fechas 10 y 15 de septiembre se notifica trámite de audiencia. Con fecha 27 del mismo mes y año, se recibe escrito de alegaciones basadas, fundamentalmente, en los mismos términos que los ya expuestos en la reclamación inicial.

8.- La Asesoría Jurídica Departamental, entiende que no procede informe, dado que se considera de aplicación lo dispuesto, entre otros, en su informe -AJ5 557/17-C- que trae a colación la STS de 17 julio de 2012, que razona: *«los servicios médicos sanitarios públicos actúan y proponen medios diagnósticos a la vista de los síntomas que los pacientes refieren, pues no es admisible que quien entra en el Servicio de Urgencias o en otras dependencias agoten sin más indicios todas las múltiples pruebas diagnósticas y múltiples patologías sin que los síntomas que se tengan exijan su realización»*. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 19 de abril de 2011 y de 24 de abril de 2012.

9.- Una primera Propuesta de Resolución del Secretario General del SCS propone desestimar la reclamaciones de responsabilidad patrimonial acumuladas por entender que no concurren los requisitos para apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria.

10.- Sometida a dictamen de este Consejo la anterior Propuesta de Resolución, el DCC 537/2021 de 11 de noviembre concluye: *«La Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por los interesados, no es conforme a Derecho, debiendo actuarse conforme a lo señalado en el Fundamento V del presente Dictamen»*. En síntesis, se señalaba en dicho Fundamento V apartados 5 y 6:

« (...) La atención llevada a cabo en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Canarias el día 15 de octubre de 2014 fue incompleta, pues tras anamnesis y exploración física se estableció un posible diagnóstico de tendinitis del manguito de los rotadores y no se investigaron más detalladamente el resto de posibilidades. Dado que además de los datos clínicos de dolor torácico presentaba claramente una radiografía de tórax anormal (se aprecia un ensanchamiento mediastínico de la aorta que no fue posible comparar con radiografías anteriores por problemas de conexión con el servidor del HUNSC, donde se evidencia aneurisma de grandes dimensiones de corte torácica roto, estando contenida por la pleura a nivel apical) se deberían haber realizado otros estudios de imagen complementarios (ecocardiograma, TAC torácico, RNM), que hubieran puesto de manifiesto el diagnóstico de

aneurisma aórtico, como así ocurrió durante el ingreso posterior sobre las 2.00 horas de la madrugada del 16 de octubre.

Es decir, que hubo un retraso en el diagnóstico y el estado clínico del paciente se deterioró rápidamente en horas y llegó a ingresar nuevamente con claros síntomas de shock hipovolémico por rotura del aneurisma que podrían haberse prevenido si el diagnóstico hubiera sido más precoz, aunque no sea posible asegurar que el resultado no hubiera sido el mismo.

En definitiva, la práctica de tomografía axial computarizada o resonancia magnética podría haber confirmado o descartado el ensanchamiento del aneurisma, dado que la radiografía de tórax presentaba imágenes sugestivas de ocupación mediastínica, que hubieran permitido una intervención quirúrgica precoz, cuando el paciente todavía estaba estable hemodinámicamente, con posibilidad de un resultado distinto al del fallecimiento.

Así las cosas, debemos concluir que la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, pues el retraso en la realización de las pruebas oportunas determinó un error en el diagnóstico inicial y un retraso en el correcto tratamiento, mermando las probabilidades de curación del paciente, razón por la cual se concluye la falta de adecuación a la lex artis ad hoc dada por una falta de puesta a disposición del paciente de todos los medios diagnósticos y terapéuticos existentes.

6. Por lo dicho, procede la indemnización, dada la falta de puesta a disposición de todos los medios diagnósticos y terapéuticos existentes. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que no obstante el diagnóstico precoz, como también señala el informe médico forense, "de haber sido diagnosticado correctamente con anterioridad no se puede descartar que el resultado no fuera el mismo".

La indemnización deberá realizarse, en consecuencia, por pérdida de oportunidad, ya que un diagnóstico precoz habría aumentado las posibilidades de supervivencia, pero no hay garantía de que el resultado no fuera el mismo. (...) ».

11.- El 30 de noviembre de 2021 el SIP emite informe complementario cuantificando la indemnización que correspondería a cada reclamante, de lo cual se da traslado a las partes interesadas en fecha 2 de diciembre de 2021, presentándose alegaciones los días 15 y 20 de diciembre de 2021, mostrando disconformidad con la cuantía indemnizatoria.

12.- Finalmente, con fecha 21 de enero de 2022 se formula nueva Propuesta de Resolución parcialmente estimatoria de la reclamación formulada por los hijos y la madre del fallecido en la cantidad total de 160.472,17 euros, excluyendo de la indemnización a los hermanos del fallecido.

IV

1. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial del hijo e hija y la madre del fallecido y desestima la reclamación de todos los hermanos, tanto convivientes como no convivientes.

2. La cuestión sustantiva del expediente de responsabilidad patrimonial ha quedado resuelta en nuestro anterior Dictamen 537/2021, en el que se concluyó que la Propuesta de Resolución no era conforme a Derecho, pues el retraso en la realización de las pruebas oportunas determinó un error en el diagnóstico inicial y un retraso en el correcto tratamiento, mermando las probabilidades de curación del paciente, razón por la cual se concluyó en la falta de adecuación a la *lex artis ad hoc* dada por una falta de puesta a disposición del paciente de todos los medios diagnósticos y terapéuticos existentes. En cuanto a la indemnización, se señaló que su cálculo debería realizarse por pérdida de oportunidad, ya que un diagnóstico precoz habría aumentado las posibilidades de supervivencia, pero sin garantía de que el resultado no fuera el mismo.

3. El SIP, en informe complementario de 26 de mayo de 2021, lleva a cabo la siguiente valoración:

«Considerando las cuantías reclamadas en este procedimiento efectuaremos una valoración de contraste en el caso de no ser considerados los argumentos expuestos en el informe desfavorable precedente.»

1.- El Síndrome aórtico agudo se trata de una entidad con una mortalidad espontánea de hasta el 50% las primeras 48h y que puede llegar al 80% las 2 primeras semanas. La causa más frecuente de muerte es la rotura de la aorta con taponamiento cardíaco (70%), hemotórax (31%), hemomediastino (13%) o hematoma retro o peritoneal (8%). Otras causas de muerte están relacionadas con complicaciones como la insuficiencia cardíaca aguda sobre todo por insuficiencia valvular aórtica aguda o con hipoperfusión orgánica en forma de infarto agudo de miocardio, infarto cerebral o mesentérico. Las tipo A tienen peor pronóstico que las tipo B.

- En todos los casos es muy importante hacer un diagnóstico y poner el tratamiento más adecuado lo más rápidamente posible para bajar la mortalidad global hasta el 23-34% (según las series) y reducir las complicaciones que condicionarán el pronóstico a corto y largo plazo. Guía de Práctica Clínica: Patología de la aorta. Hospital de la Santa Creu i Sant Pau.

2.-Fecha del hecho reclamado: 16.10.2014 Edad: 46 años.

Reclaman dos hijos menores (ERP 139/15), la madre del fallecido y cinco hermanos (ERP 140/15).

La Ley 35/2015 es de aplicación en incidentes ocurridos a partir de su entrada en vigor, esto es el 1 de enero de 2016, por tanto en este caso haremos la valoración siguiendo el sistema aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre y la Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2014 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Tabla I Indemnizaciones básicas por muerte (incluidos daños morales) Grupo II Víctima sin cónyuge y con hijos menores:

Sólo un hijo, de víctima separada legalmente 134.207,73 €

Por cada hijo menor más 47.931,33 €

La cuantía total de la indemnización 182.139,06 € se asignará entre los dos hijos a partes iguales.

A la madre 9.586,26 €

Tabla II Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte Ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal: Hasta 28.758,81 € Hasta el 10 %.

Resultando:

Hijos: 182.139,06 € + 10% = 200.352,96 €

Madre: 28.758,81 € + 10% = 31.634,69 €

A ello le aplicaremos una reducción del 30% por la pérdida de oportunidad de haber obtenido un resultado más satisfactorio, como refleja el informe forense en las Diligencias Previas 3975/2015: " (...) el hecho de haberle practicado un TAC no asegura que el que resultado hubiera sido distinto del fallecimiento de D.? U (...) .".

Hijos: 200.352,96 € - 30% = 140.247,08 €

Madre: 31.634,69 - 30% = 22.144,29 €

Considerando el Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, no procede actualizar la cuantía final comoquiera que hasta la fecha actual dicho índice se ha mantenido en valores negativos».

Se observó en nuestro Dictamen 537/2021 un error en el informe complementario del SIP, por no ser aplicable a este expediente por la fecha de su inicio el art. 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sino el art. 141.3 LRJAP-PAC. Por tanto, la indemnización no ha de actualizarse con el Índice de Garantía de la Competitividad, sino con el IPC fijado por

el Instituto Nacional de Estadística y los intereses que procedan conforme a la Ley General Presupuestaria.

Por su parte, en la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la madre y hermanos del paciente fallecido constan las cantidades reclamadas en concepto de indemnización, y la convivencia del fallecido con su madre y dos de sus hermanos: (...) y (...). También reclaman indemnización los hermanos (...), (...) y (...), que no convivían con el fallecido, sobre las que no se pronunció inicialmente el informe del SIP. El DCC 537/2021 señaló que el reconocimiento o no de indemnización a los hermanos del fallecido debía ser objeto de motivación específica.

4. Tras el informe complementario del SIP de 30 de noviembre de 2021 y el trámite de audiencia a los interesados, se formula nueva Propuesta de Resolución, de acuerdo con lo señalado en nuestro Dictamen, fijando la indemnización de los hijos y madre del fallecido, 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, actualizando la indemnización conforme al IPC.

Se aplica la Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2014 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

No obstante, se observa que la actualización se debe calcular sobre la variación del IPC entre la fecha del fallecimiento del paciente y la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Se aprecia asimismo en la Propuesta de Resolución un error al sumar la cuantía de la indemnización de los dos hijos, al olvidar sumar los resultados de la actualización del 10% derivada de los factores de corrección de las indemnizaciones básicas por muerte. Por tanto, se debe sumar $147.628,50 + 52.724,46 = 200.352,96$. Los sumandos no son $134.207,73 + 47.931,33$ como señala la Propuesta de Resolución, aunque el resultado reflejado de $200.352,96$ es correcto.

La indemnización para la madre sería de 10.544,88 euros.

La indemnización para los hijos, que debe repartirse por partes iguales entre ellos sería la siguiente: 200.352,96 euros. (100.176,48 para cada uno).

Sobre estas cantidades se reduce la indemnización un 30% por pérdida de oportunidad, quedando determinada la cantidad indemnizatoria.

Hijos: 140.247,08 euros (70.123,54 euros para cada uno).

Madre; 7.381,41 euros.

A estas cantidades habrá que añadir la variación porcentual del IPC calculada desde el 16 de octubre de 2014 hasta la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial y los intereses de demora conforme a la Ley General Presupuestaria, según establece el art. 141.3 LRJAP-PAC.

5. En relación con la reclamación por parte de los hermanos del fallecido, que la Propuesta de Resolución desestima, entendemos que no es conforme a Derecho dicha desestimación respecto de los hermanos convivientes del fallecido, toda vez que existe un evidente daño moral al conformar, junto con la madre, la familia nuclear del fallecido

Así, la Propuesta de Resolución resulta conforme a Derecho respecto al orden de preferencia de los familiares, ya que el sistema establecido por el 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 establece un procedimiento con preferencia de los familiares más allegados sobre los que lo están menos, esto es, un orden de preferencia excluyente, desestimando el Tribunal Constitucional en sentencia n.º 190/2005, de 7 de julio, una cuestión de inconstitucionalidad basada en la exclusión de los hermanos mayores de edad del catálogo de perjudicados beneficiarios.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido constante en el reconocimiento de indemnizaciones por daño moral a los hermanos en función de las circunstancias concurrentes, especialmente, en aquellos casos en que resulta acreditada la previa convivencia con la víctima. Haremos referencia a algunos pronunciamientos:

STS de 12 de febrero de 2008 (RJ 2008\2972):

«La jurisprudencia de esta Sala -como recuerda la STS de 4 de julio de 2005, núm. 879/2005 (RJ 2005, 6899) - despejó, hace ya bastante tiempo, "la ambivalente referencia que el antiguo CP (RCL 1973, 2255) hacía a la `familia´ y a los `herederos´, decantándose inequívocamente por el señalamiento de la indemnización a favor del concepto amplio de familia, ya que al fallecer una persona como consecuencia de un delito, la obligación de

indemnizar surge, pero no en virtud del fenómeno sucesorio, ya que el difunto nada llegó a adquirir en vida que pudiera ser integrado en su patrimonio, por lo que nunca podría haber sido objeto de transmisión mortis causa". Y en otras ocasiones hemos señalado (STS de 24 de junio de 2002, núm. 1190/2002 [RJ 2002, 5970]) que "el derecho a la percepción del resarcimiento de las consecuencias derivadas de infracción penal no tiene naturaleza hereditaria sino que es iure proprio".

La STS de 27 de noviembre de 2003, núm. 1625/2003 (RJ 2003, 8852) , aclara que: "El art. 113 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) habla -como receptores de la indemnización- de quienes hubieren sufrido daños materiales o morales, debiéndose reservar esta segunda eventualidad a quienes, efectiva y realmente, hayan padecido una severa aflicción por el fallecimiento de la víctima derivada de unas especiales relaciones previas de afectividad con ésta y, desde luego, cabe advertir que la mera circunstancia de la consanguinidad no es elemento suficiente para determinar automáticamente la realidad de esa significada afectividad, en ocasiones inexistente y que, sin embargo, se puede apreciar en relación a miembros más lejanos de la familia en la línea de consanguinidad o afinidad o, incluso, respecto a personas son integradas en el ámbito familiar".

Por ello mismo, la sentencia de esta Sala de 5 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8667) ya declaraba que "ha de atenderse en la `pecunia doloris`, sobre todo al vacío que deja la víctima en la reclamante, en sus sentimientos de afecto, en su grado de parentesco, permanente convivencia familiar con el perjudicado del que había de ser no sólo apoyo económico sino, sobre todo, afectivo".

Por su parte, también esta Sala ha señalado (SSTS de 13 de junio [RJ 1981, 2652], 20 de octubre [RJ 1981, 3862], 12 de noviembre de 1981 [RJ 1981, 4317] , 20 de abril y 20 de diciembre de 1982 [RJ 1982, 7746], 25 de junio de 1983 [RJ 1983, 3587], y 20 de octubre de 1986 [RJ 1986, 5702]) que los hermanos también pueden ser perjudicados, siempre que a la relación de parentesco se añadan otros daños esenciales como la pérdida de la convivencia, la dependencia económica, u otros supuestos de parecida entidad que pierden su fuerza y eficacia en los casos de abandonos prolongados, desentendimiento de obligaciones familiares, rotura de estos vínculos, ignorancia de paradero u otras causas parecidas que suponen la rotura material y moral de aquéllos de manera voluntaria y consciente.

El motivo debe, pues, ser estimado».

La sentencia 71/2006, de 10 de marzo (JUR 2006\110299) de la Audiencia Provincial de Baleares viene a considerar que el baremo es vinculante en la cuantificación de los daños y factores de corrección o concreción de índices, pero no en otros aspectos, como la determinación de los perjudicados. Señala la sentencia:

«Por lo que se refiere a la impugnación que, a este respecto realiza la entidad (...) y el fundamento de su recurso sobre la consideración de que los diferentes grupos de personas

incluidos en la Tabla I del sistema, tienen carácter excluyente, se ha de considerar lo siguiente: Como primera y principal objeción al mismo debemos recordar que el llamado "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación" responde a lo que queda enunciado en su título: es un sistema de cuantificación de las indemnizaciones a acordar a los perjudicados de accidentes de tráfico. En palabras de la STC 181/2000 de 29 de junio, el "Baremo" vincula " (...) en todo lo que atañe a la apreciación y determinación tanto en sede de proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deban satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos de motor (...) " -Fundamento Jurídico cuarto-, y frente a la denuncia de los Jueces proponentes de las cuestiones de inconstitucionalidad resueltas en la sentencia citada de que la vía vinculante del Baremo deja sin margen de apreciación a los Jueces constituyendo una reducción constitucionalmente inaceptable de la potestad de juzgar, argumenta el Tribunal Constitucional para rechazar tal denuncia que " (...) sus previsiones normativas (las del Baremo) en modo alguno interfieren en el adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional, puesto que corresponde a cada Juez o Tribunal verificar, con arreglo a lo alegado por las partes y lo que hubiese resultado de la prueba practicada, la realidad del hecho dañoso y la conducta e imputación al agente causante del daño, determinando su incidencia en relación a los daños producidos así como subsumir los hechos en las normas (...) ". Ello supone, dicho con claridad, que el baremo es vinculante en el sistema tabular de cuantificación de daños así como en relación a los factores de individualización previstos como factores de corrección o concreción de índices, pero no lo es, entre otros aspectos, ni en la determinación del causante del daño ni en la determinación de los perjudicados, aspecto este último que debe quedar para la determinación judicial pues es preciso recordar que el status de «perjudicado» en caso de fallecimiento no deriva de la relación de parentesco con el fallecido, sino que dimana del perjuicio material y moral que se le causa derivado del siniestro, esto es, no es "iure hereditatis", sino "ex delicto", por ello, en cada caso el Juez o Tribunal deberá indagar quien o quienes han quedado desamparados y desasistidos moral y económicamente a consecuencia del fallecimiento, cuestión estrictamente reservada a la decisión judicial a la vista del caso concreto, con independencia que identificados los perjudicados, la cuantificación de sus perjuicios se efectúe de acuerdo con las previsiones del Baremo».

Igualmente, la sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Cáceres de 13 de febrero de 1995, señala que el derecho al resarcimiento por los perjuicios causados en caso de muerte corresponde a quienes resultan perjudicados por el dolor que produce la pérdida del ser querido y por la pérdida de asistencia económica que proporciona el fallecido, sufriendo tales perjuicios las personas ligadas con la víctima por vínculos próximos de familia, afecto, convivencia real, dependencia económica y

situaciones familiares, sin que hayan razones que impidan la apreciación de la existencia de una pluralidad de perjudicados.

En definitiva, los Tribunales fundamentan sus resoluciones estimatorias del derecho a la indemnización en el hecho de la convivencia y ayuda mutua entre los perjudicados.

Resulta ilustrativa la siguiente sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva n.º 16/2007, de 25 de enero, Jur 2013\141797 cuando señala:

«La cuestión a resolver es jurídica y puede ser abordada a la vista de la Ley, de los datos objetivos que obran en autos y de lo que consta en la documentación de las actuaciones, así como la jurisprudencia aplicable.

En el recurso no se discute la legitimación activa de los recurrentes, sino que deba ser acogida su petición indemnizatoria, es decir que lo que se discute es el alcance de sus derechos sustantivos a ser indemnizados, en tanto que hermanos mayores de edad del fallecido en accidente de tráfico, circunstancia esta que tampoco discuten las partes, no obstante la aseguradora afirma que no son perjudicados conforme al baremo.

En este sentido sabido es desde la sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, que los baremos aplicables a las indemnizaciones por muerte y daños personales en accidentes de circulación son constitucionales y vinculantes, pero incidiendo dicha resolución en cuanto al punto de vista de la cuantificación de las indemnizaciones, lo que viene a ratificar la sentencia 190/2005, citada por las partes, del mismo Tribunal, pero realizando más especificaciones en relación a los grupos de personas que designa el baremo como perjudicados, refiriéndose específicamente al caso de la enumeración de las personas que contiene el baremo en la Tabla I-IV, concluyendo que no afecta al principio de igualdad, en lo que respecta a la designación de los hermanos menores y no mayores como beneficiarios de indemnización por muerte de un hermano, sin que niegue que en ambos casos puedan estar afectados moralmente por la pérdida de tan cercano familiar, no obstante entendiendo que el baremo excluye a estos de la indemnización por daño moral debido a la pérdida sufrida por el fallecimiento de un hermano, en atención a la limitación de la cuantificación que contiene el baremo para este tipo de indemnizaciones y el grado de parentesco de los familiares supervivientes del finado, como se contempla en la citada Tabla I. Grupos IV y V (donde se alude a los hermanos como perjudicados en fallecimiento sin cónyuge, con ascendiente o defecto de ellos). Pero no es menos cierto que puede tenerse en cuenta el caso concreto cuando ocurran circunstancias que hagan de la aplicación literal del baremo una situación injusta a la vista de lo acreditado, así lo viene entendiendo esta Audiencia Provincial en dos sentencias, una de la Sección 2ª de 31.03.2003 y la otra de la 3ª de 26.03.2004, estableciendo la primera de las citadas para un caso ciertamente similar al que nos ocupa, en su fundamento jurídico segundo, lo siguiente: "SEGUNDO.- Son datos de

partida que la hermana de la víctima fallecida a la que se concede indemnización tenía entre 18 y 19 años al sufrir la pérdida de la accidentada, y que convivía con ella. Ciertas las reflexiones de la parte recurrente a propósito de la obligatoriedad de la aplicación de los criterios de tasación de daños y perjuicios físicos y morales en estos supuestos, y que la Tabla I Grupo IV del Baremo de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor (Grupo que parece identificar a una víctima inserta en una familia de la que aún no se ha despegado, para crear un núcleo familiar propio con su matrimonio o unión estable a otra persona - Grupo I- o rodeándose de hijos - Grupo II y III-) se refiere solo a hermanos menores de edad; pero este Tribunal sostiene el mismo criterio que guía la decisión del juzgador a quo, perfectamente explicada en la sentencia, y que permite hacer analogía razonable en la determinación de perjudicados cuando concurren causas bastantes para ello, examinando caso por caso y aceptando que quien efectivamente acredita un dolor moral intenso pueda exigir una compensación. El sentido de la sentencia del Tribunal Constitucional que cita la recurrente era fiscalizar hasta qué punto el Baremo obligatorio privaba a las titulares de un interés legítimo de su derecho de hacer valer su pretensión en juicio (con especial atención al problema de los límites cuantitativos de las indemnizaciones), sin que se afrontara específicamente la cuestión de la posible existencia de acción civil en los hermanos mayores de edad convivientes, los cuales se singularizan como especialmente cualificados en su situación de padecimiento ante el fallecimiento de un pariente directo. El automatismo y el literalismo en el Derecho conducen a la injusticia, y es patente que la analogía aquí, no ya permite sino que invita y hasta exige reconocer a los hermanos mayores de edad en convivencia con la víctima el derecho a recibir compensación por el evidente dolor moral sufrido, máxime cuando es escasísima la diferencia de edad o el tiempo transcurrido desde que alcanza la mayoría de edad el reclamante (y el legislador parece que considera como de pérdida de la convivencia ope legis, presumiendo que el mayor de edad abandona el domicilio o se aleja física y sentimentalmente de sus hermanos), cuando en la realidad hay mayores razones para reconocer indemnización en este caso que en otros de menor edad de tales hermanos.

En ese sentido, la analogía hecha valer, no ya para todo hermano, sino para este hermano que se señala en la sentencia (con su particular situación de convivencia no interrumpida y cercanía a la edad que cita el Baremo), es plenamente razonable, a lo que añadido que parece de mayor sentido conceder indemnización a esta persona que a un hermano de 6 meses, que podría reclamarla sin que en realidad hubiera llegado siquiera a conocer a su hermano fallecido, ni sufrir entonces el dolor moral derivado de tal desgracia, ni aun sufrirlo en el futuro como lo sufre el mayor de edad cercano a la víctima en este caso; el baremo ha de ser aplicado e interpretado con cierta flexibilidad a fin de no desvirtuar sus principios ni hacerlo absurdo, sin que sea propósito de este Tribunal corregir al legislador ni arrogarse tareas más allá de su cometido cuando afirma que parece este supuesto, no un

olvido de la Ley, sino campo abonado para la aplicación natural del artículo 4.1 y 3 del Código civil (LEG 1889, 27) en aquellos casos en que exista razón concreta bastante para ello. No es suficiente razón para rechazar esta posibilidad el que la Tabla I del Baremo, en el Grupo V, únicamente prevea indemnización para hermanos mayores de edad en el caso de ausencia de ascendientes, ya que el argumento de que cuando no hay padres o abuelos solo parecen parientes cercanos los hermanos y se permite así ampliar el círculo de beneficiarios a quienes se considera merecedores de compensación por daño moral, choca con la similitud de situación real entre los incluidos en el apartado final del grupo IV con el caso del hermano mayor aquí contemplado. Otra cosa sería si la reclamación la ejercitara un hermano mayor de edad pero con su propia familia consolidada, como si fuera hermano de más de cuarenta años con hijos u otros factores que permitan diferenciar su situación del hoy reconocido como perjudicado por analogía”.

Tales criterios son compartidos y no los que contiene la sentencia en cuanto a la responsabilidad civil, por lo tanto, en este caso no cabe negar la indemnización para los reclamantes que contaban con 18 y 19 años cuando ocurrió la muerte de su hermano, que vivían en la misma casa con sus padres, de la que todavía no habían salido para vivir separadamente, y negarles la reparación del daño moral por la muerte sufrida por un familiar directo como el que nos ocupa podría dar lugar a situación injusta que no puede ser desconocida, por lo tanto hemos de estar al caso concreto y a lo acreditado en él, pues no estamos hablando aquí de cualesquiera hermanos, sino de estos en particular que por la proximidad de su edad, por una convivencia en la casa familiar entre ellos durante toda su vida, su afectación es patente ante dicha pérdida, por lo tanto la analogía invocada por la parte recurrente es razonable, ya que el daño moral es ciertamente importante, cosa distinta sería si los hermanos que reclaman se hubieran independizado de su familia o la diferencia de edad fuese grande, porque en estos casos la relación afectiva no es tan intensa y el daño moral sería más difícil de justificar, por otra parte decir que aplicando el baremo de forma literal podrían darse también situaciones poco lógicas, en las que como afirma la sentencia trascrita, se llegaría a indemnizar a un hermano de meses de edad, que no ha tenido ningún conocimiento de su hermano fallecido, no tendría daño moral por el desconocimiento del mismo debido a su edad y sin embargo la indemnización para este no sería nunca discutida, por tanto el baremo debe ser interpretado y aplicado con cierta flexibilidad, a fin de no desvirtuar sus principios, llegando en ciertos casos a lo absurdo, por lo tanto las normas, sin desconocerlas, han de ser ponderadas e interpretadas en el caso concreto, teniendo en cuenta que la analogía puede operar en supuestos como el que nos ocupa (arts. 3 y 4.1, CC), por lo tanto el recurso debe ser estimado y acordar que sean indemnizados los recurrentes conforme a la cuantía que revé el baremo en su tabla I, Grupo IV, como si los hermanos fuesen menores, teniendo en cuenta que el baremo aplicable será el correspondiente a la anualidad de 2.004, por ser dicho año el de la ocurrencia del accidente, como tiene acordado esta Audiencia en Acuerdo Plenario de 19 de junio de 2.003».

En suma, la jurisprudencia ha entendido que el baremo contenido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, recoge una presunción *iuris tantum* de posibles beneficiarios que admite prueba en contrario.

En este caso, hay dos hermanos [(...) y (...)] que han acreditado en el expediente la previa convivencia con el fallecido, por lo que cabe presumir un daño moral intenso, al hacer las veces de familia nuclear del fallecido junto con su madre, y por ello, merecen ser indemnizados utilizando el criterio de la analogía que aplica la jurisprudencia, con la misma cantidad que la madre (7.381,41 €), a repartir entre los dos hermanos. Es decir, que corresponde indemnizar a cada uno de los dos hermanos convivientes con la cantidad de 3.690,70 € a lo que habrá que añadir la actualización e intereses prevista en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por los interesados, es parcialmente conforme a Derecho, en los términos señalados en el punto 5 del Fundamento IV del presente Dictamen.