

Dictamen Núm. 262/2023

**V O C A L E S :**

*Sesma Sánchez, Begoña,*  
Presidenta  
*González Cachero, María Isabel*  
*Iglesias Fernández, Jesús Enrique*  
*Baquero Sánchez, Pablo*

Secretario General:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 13 de diciembre de 2023, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 22 de septiembre de 2023 -registrada de entrada el día 27 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios derivados del error en el diagnóstico de una fractura de meseta tibial en rodilla derecha y de extremidad distal de fémur.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 15 de julio de 2022, los interesados -hijos y marido de una paciente fallecida- presentan en el registro del Ayuntamiento de Gijón una reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio de Salud del Principado de Asturias por los daños y perjuicios derivados del error en el diagnóstico de una fractura de meseta tibial en rodilla derecha y de extremidad distal de fémur.

Exponen que la paciente sufrió una caída casual en su domicilio el día 21 de diciembre de 2020 y fue derivada en ambulancia al Servicio de Urgencias del

Hospital ....., donde se le diagnostica "policontusión" y se le recomienda "reposo relativo y ayuda de dos muletas para caminar".

Refieren que una vez en su domicilio "los dolores se mantienen, incluso se agravan, pese a seguir las recomendaciones pautadas, no pudiendo caminar ni con ayuda de bastones, cayéndose en repetidas ocasiones cuando lo intenta, situación que no mejoraba pese al paso de los días, sin que se le diera explicación ni, menos aún, solución alguna por los facultativos" del Hospital ....., por lo que "acudió finalmente el 15 de febrero de 2021 a su médico de cabecera (...), quien extrañado por la situación (...) examinó las radiografías realizadas (...) el (...) 21-12-2020 observando que las mismas muestran fractura de cabeza de peroné, por lo que la remite en ambulancia nuevamente al Servicio de Urgencias" del referido centro, donde ingresa por "fractura intercondílea con trazo articular izquierdo y fractura de meseta tibial lateral derecha", precisando que el estudio TC de ambas rodillas muestra "en el lado izquierdo fractura intercondílea con bordes esclerosos, lo que indica tiempo de evolución, e igualmente lesión de bordes esclerosos en la región anterior de la meseta tibial interna compatible con fractura intramedular. Tras valoración de la paciente en sesión clínica se decide tratamiento conservador de su fractura de meseta tibial para posterior implantación de prótesis de rodilla derecha".

Indican que "los estudios de imagen realizados por el Servicio de Urgencias (...) el 21 de diciembre de 2020 resultaron compatibles con ` posible fractura de cabeza de peroné´ para su médico de Atención Primaria (...) por lo que como consecuencia de esa sospecha diagnóstica de fractura en la extremidad inferior es trasladada en ambulancia" al hospital "el 15 de febrero de 2021, donde se confirmaría posteriormente./ En informe de 25 de marzo de 2021 la paciente presenta acortamiento del miembro inferior izquierdo, solicitándose mensuración y consulta a rehabilitación, y se le explica que precisará alza, valorándose colocación de prótesis de rodilla (...). El informe del Servicio de Traumatología (...) de 3 de junio de 2021, relativo a la evolución de la paciente, señala que camina muy mal, genu valgo severo, acortamiento izquierdo de 7 cm con alza de 6 cm, insistiendo en fisioterapia y que

probablemente precise de prótesis total de rodilla./ Finalmente, el 25 de julio de 2021” su familiar fallece.

Sostienen que “la situación clínica de (la paciente) previa a su fallecimiento es evidente que ha derivado de un claro error de diagnóstico de los servicios de salud pública, pues las fracturas descritas causadas por la caída sufrida el 21 de diciembre de 2020 pasaron desapercibidas para los facultativos (...), lo que le ha supuesto una claudicación o imposibilidad de marcha con serio perjuicio por pérdida de calidad de vida en grado grave, presencia de dolores articulares, especialmente en ambas rodillas y acortamiento de 7 cm de extremidad inferior izquierda, que se prolongó hasta su fallecimiento ocurrido el 25 de julio de 2021”.

Cuantifican la indemnización que solicitan en un total de noventa y seis mil seiscientos cuarenta y tres euros con seis céntimos (96.643,06 €), que calculan con base en el período de tiempo durante el cual fue dependiente para la realización de las actividades básicas de la vida diaria, las secuelas que “previsiblemente se derivarían” de no haber fallecido y el perjuicio moral por pérdida de calidad de vida.

Adjuntan copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Informe del Servicio Urgencias del Hospital ....., de 21 de diciembre de 2020, en el que consta el diagnóstico de “policontusión” y se recomienda “reposo relativo./ Ayuda de dos muletas para caminar”. b) Hojas de episodios de Atención Primaria. c) Informe del Servicio Urgencias, de 15 de febrero de 2021, que refiere el ingreso de la paciente en Traumatología por “fractura intercondílea con trazo articular izquierda y fractura de meseta tibial lateral derecha”. d) Informe de un especialista en Valoración y Baremación del Daño Corporal.

**2.** Mediante oficio de 17 de agosto de 2022, la Jefa de la Sección de Apoyo del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación, las normas de tramitación del procedimiento y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**3.** Previa solicitud formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, el 30 de agosto de 2022 el Gerente del Área Sanitaria V le remite una copia de la historia clínica de la paciente obrante en Atención Primaria.

**4.** El día 15 de noviembre de 2022, la Gerencia del Área Sanitaria IV le envía diversa documentación médica de Atención Primaria y del Servicio de Radiodiagnóstico, así como los informes emitidos por el Área de Gestión Clínica de Urgencias y por el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital .....

El informe del Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias de 16 de septiembre de 2022 indica que, "revisados los estudios de radiología simple realizados el 21 de diciembre de 2020 y teniendo en cuenta la naturaleza de las lesiones que presentaba la paciente en ambas rodillas, se deberían haber diagnosticado en esa asistencia".

El informe del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica, de 11 de noviembre de 2022, señala que la paciente fue "atendida de urgencia el día 21 de diciembre de 2020, siendo diagnosticada de 'policontusión', aconsejando seguimiento por su médico de Atención Primaria (...). El 15 de febrero de 2021 es estudiada de nuevo en Urgencias por dolor e impotencia funcional en ambas extremidades inferiores, ingresando posteriormente en el Servicio de Traumatología con el diagnóstico de: fractura intercondílea izquierda con trazo articular y fractura de meseta tibial lateral derecha (...). Con fecha 19 de febrero de 2021 se anota que (...) flexiona y extiende activamente ambas rodillas y considera posible la consolidación de la fractura de la meseta tibial (...). El TC realizado el mismo día (...) es informado como: fractura intercondílea izquierda y meseta tibial externa con trazos de bordes esclerosos y áreas de consolidación en relación con tiempo de evolución (...). A pesar de ello, se anota que la paciente sufre dolor e incapacidad funcional en ambos miembros inferiores (...). Los días 22 y 23 de febrero se anota que 'valorado el caso conjuntamente' se plantea la opción de tratamiento ortopédico (no quirúrgico) de la meseta tibial derecha, con cirugía protésica posterior. Según consta en la historia clínica, este

planteamiento terapéutico es explicado a la paciente y a su hija (23 de febrero de 2021) (...). Con estas premisas, es dada de alta el 24 de febrero, con las recomendaciones pertinentes (...). Se realiza rehabilitación domiciliaria (...). El 3 de junio de 2021 es la última revisión en Traumatología, se objetiva acortamiento del (miembro inferior) izdo. que compensa con alza de 6 cm. Deformidad en valgo de la rodilla izda. Se plantea la implantación de prótesis cuando mejore la musculatura (...). No hay constancia de más revisiones traumatológicas (...). La paciente desarrolla un cuadro agudo de shock cardiogénico (21 de julio de 2021) que requiere cirugía urgente, con mala evolución posterior que finaliza con exitus (...) el 25 de julio de 2021 por múltiples complicaciones cardiovasculares irreversibles”.

**5.** Previa solicitud del Inspector de Servicios y Centros Sanitarios, el 24 de enero de 2023 la Gerencia del Área Sanitaria IV le remite las radiografías y el TC de la paciente.

**6.** El día 25 de julio de 2023, el Inspector de Prestaciones Sanitarias suscribe un informe técnico de evaluación. En él expone que “analizando la radiografía realizada el día del traumatismo se puede observar que existe una fractura de meseta tibial en rodilla derecha y de extremidad distal de fémur (cóndilo femoral interno) de la rodilla izquierda, ninguna de ellas desplazada, que pasaron desapercibidas, existiendo un inadecuado diagnóstico de policontusión en esta paciente el día 21-12-2020 por parte del Servicio de Urgencias del Hospital ...../ Debido al inadecuado diagnóstico el día 21-12-2020 por parte del Servicio de Urgencias cabe considerar que existió una pérdida de oportunidad terapéutica respecto a la fractura de rodilla derecha, pero no de la izquierda por los siguientes motivos:/ a) La fractura de la rodilla izquierda nunca estuvo desplazada y nunca se desplazó, consolidando correctamente y en correcta posición y sin incongruencia articular en la rodilla afectada. Por tanto, el retraso diagnóstico no motivó ningún perjuicio ni empeoramiento del pronóstico final de esa rodilla./ b) Respecto a la fractura de la meseta tibial de la rodilla derecha, cabe considerar que se produjo una pérdida de oportunidad terapéutica porque

se produjo un desplazamiento secundario respecto a la radiografía inicial, produciéndose una deformidad en valgo con limitaciones funcionales. En caso de haberse diagnosticado el día 21-12-2020 se podría haber tratado correctamente y haber evitado tal desplazamiento secundario./ En referencia a los daños reclamados de la discrepancia de longitud de 7 cm que presentaba la paciente con un alza de 6 cm en pie izquierdo, no consideramos que se deba al hundimiento medido por TAC de aproximadamente 6 mm de la fractura de meseta tibial derecha por los siguientes motivos:/ a) En caso de que se debiera al hundimiento de la meseta tibial de la rodilla derecha el acortamiento debería haberse producido de la extremidad derecha./ b) El acortamiento que presentaba la paciente era muy probablemente secundario a la fractura de la extremidad proximal del fémur izquierdo, que precisó de cirugía de osteosíntesis con clavo endomedular en agosto del 2108, puesto que este tipo de fractura presenta alta tasa de frecuencia de acortamiento de miembro por colapso de la fractura. En la radiografía realizada el 21-12-2020 se observa cómo la paciente presenta un acortamiento y varización del cuello femoral que implica un acortamiento del fémur y del miembro inferior izquierdo, que era el miembro en que (...) llevaba el alza de 6 cm”.

Por otra parte, respecto a la legitimación activa de los reclamantes, advierte que “no reclaman por los daños sufridos por ellos mismos con motivo de la muerte de (la paciente), fallecida el 25 de julio de 2021 por múltiples complicaciones cardiovasculares irreversibles secundarias a un cuadro agudo de shock cardiogénico (21 de julio de 2021) que requirió cirugía urgente, con mala evolución posterior que finaliza con exitus (...). La reclamación la hacen por los daños sufridos en vida por (la paciente). La cuantificación del daño la realizan teniendo en cuenta los días de estabilización de las lesiones que establecen en el día de su muerte, 25 de julio de 2021, y señalan que `si bien no es posible determinar el resultado final del tratamiento (artroplastia total de rodilla) al haber fallecido antes de la intervención quirúrgica, es indudable que previsiblemente se derivarían secuelas como cierto grado de acortamiento que posiblemente no se hubiese podido corregir en su totalidad, pasando por rigidez, dolor, material de osteosíntesis, etc.’, para a continuación atribuir (...) a las

citadas posibles secuelas hasta un total de 31 puntos./ Es decir, se llega a reclamar hasta por secuelas que nunca llegaron a producirse realmente y que son una mera hipótesis de lo que podría haber sucedido pero realmente no llegó ocurrir. En otras palabras, parte del daño que se reclama no es real, ni efectivo ni, por ello, evaluable económicamente./ De todas formas, lo realmente relevante es que a lo largo de las historias clínicas, tanto de Atención Primaria como del hospital, figuran continuas referencias de médicos y enfermeras a que (la paciente) se encontraba siempre consciente, orientada y colaboradora (...). Fue perfectamente informada de su proceso y era concedora del error diagnóstico ocurrido con motivo de su asistencia en Urgencias el día 21 de diciembre de 2020./ El 16 de febrero de 2021 (...) firmó el documento de consentimiento informado para la cirugía de prótesis articular de miembro inferior./ Pues bien, dicho todo lo anterior (...), no interpuso ninguna reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración sanitaria y las secuelas no llegaron a consolidarse antes de su fallecimiento, lo cual determina la falta de legitimación de los actuales reclamantes./ Procede destacar que la presente solicitud de responsabilidad patrimonial no responde a la muerte de la causante por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, supuesto en el que la figura del heredero es sustituida por la del perjudicado, heredero o no. Aquí, el óbito de quien sufrió lesiones en relación con aquel funcionamiento se produce después por causas absolutamente ajenas al mismo. Sus herederos no piden nada por el fallecimiento, sino por los quebrantos que, a su juicio, sufrió su esposa y madre. Por este motivo, los reclamantes carecen de legitimación activa. En los daños físicos y las dolencias es el perjudicado el único legitimado para iniciar la reclamación y a él le corresponde determinar si quiere reclamar o no. Iniciada la acción, si se produjese el fallecimiento, cabe la subrogación dando lugar a una sucesión procesal. Ahora bien, si la acción no se ha presentado en vida por el perjudicado no cabe que ésta se transmita a los herederos porque forme parte de la herencia”.

**7.** Mediante oficio de 27 de julio de 2023, el Instructor del procedimiento comunica a los reclamantes la apertura del trámite de audiencia por un plazo de

quince días, adjuntándoles una copia de los documentos obrantes en el expediente.

**8.** El día 8 de agosto de 2023, los interesados presentan en el registro del Ayuntamiento de Gijón un escrito de alegaciones. En él manifiestan que “no existe en modo alguno la supuesta falta de legitimación activa que esa Administración invoca, habida cuenta de la doctrina jurisprudencial establecida” en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2021, que “afirma la transmisibilidad *mortis causa* de la acción para que los herederos reclamen la indemnización por los daños corporales y morales sufridos por el causante en vida, así como en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid” que citan, y “menos en el presente caso dadas las circunstancias del mismo y el estado de salud de la paciente (...) hasta su fallecimiento, la cual, entre otras consideraciones, se encontraba en tratamiento facultativo derivado del error de diagnóstico, pendiente de tratamiento quirúrgico (artroplastia total de rodilla), hallándose por ello impedida para caminar, precisando silla de ruedas para desplazarse y necesitada de asistencia de otra persona para las actividades de la vida diaria, motivo por el que tuvo que ir a vivir a casa de su hija, sin que por tanto hubiera concluido la curación o la determinación del alcance de las secuelas que señala el artículo 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por lo que es evidente que los reclamantes ostentan la legitimación activa precisa en la presente reclamación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 657, 659 y 661 del Código Civil, en relación con el art. 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (...), art. 19 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

Por otro lado, refieren que “habiendo transcurrido más que sobradamente el plazo establecido para la resolución del presente expediente sin que se haya dictado la correspondiente resolución, esta parte ha interpuesto recurso contencioso-administrativo” ante el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

9. Con fecha 22 de agosto de 2023, el Inspector de Prestaciones Sanitarias actuante elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella expone que la paciente “no interpuso ninguna reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración sanitaria pudiendo hacerlo, lo cual determina la falta de legitimación de los actuales reclamantes./ Procede destacar que la presente solicitud de responsabilidad patrimonial no responde a la muerte de la causante por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, supuesto en el que la figura del heredero es sustituida por la del perjudicado, heredero o no. Aquí, el óbito de quien sufrió lesiones en relación con aquel funcionamiento se produce después por causas absolutamente ajenas al mismo. Sus herederos no piden nada por el fallecimiento, sino por los quebrantos que, a su juicio, sufrió su esposa y madre. Por este motivo, los reclamantes carecen de legitimación activa. En los daños físicos y las dolencias es el perjudicado el único legitimado para iniciar la reclamación y a él le corresponde determinar si quiere reclamar o no. Iniciada la acción, si se produjese el fallecimiento, cabe la subrogación dando lugar a una sucesión procesal. Ahora bien, si la acción no se ha presentado en vida por el perjudicado no cabe que ésta se transmita a los herederos porque forme parte de la herencia (...). Este criterio de falta de legitimación pasiva (*sic*) no se ve desvirtuado por las sentencias que citan los reclamantes en sus alegaciones, dado que (...) nos encontramos ante una situación que se admite pacíficamente en los supuestos en que el perjudicado hubiera ejercitado la reclamación con antelación a su fallecimiento, y fuera de este caso no son uniformes los pronunciamientos judiciales sobre si el título de heredero sustenta la legitimación activa para reclamar por unos daños personalísimos que sólo sufrió el causante en vida y no reclamó antes de fallecer. No obstante, se aprecia una sólida línea jurisprudencial que lo excluye, pero siempre `atendidas las circunstancias del caso concreto y el estado de salud del paciente´, circunstancia concreta que se da en el presente caso. Como ya hemos señalado (...), a lo largo de las historias clínicas, tanto de Atención Primaria como del hospital, figuran continuas referencias de médicos y enfermeras a que (la paciente) se encontraba siempre consciente, orientada y colaboradora (...). Fue perfectamente informada de su proceso y era concedora

del error diagnóstico ocurrido con motivo de su asistencia en Urgencias el día 21 de diciembre de 2020, llegando incluso a firmar el documento de consentimiento informado para la cirugía de prótesis articular de miembro inferior./ (La paciente) no interpuso ninguna reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración sanitaria pudiendo hacerlo antes de su fallecimiento, lo cual determina la falta de legitimación de los actuales reclamantes”.

**10.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de septiembre de 2023, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm. .... de la Consejería de Salud, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos la siguiente consideración fundada en derecho:

**ÚNICA.-** Sometido a consulta un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, este Consejo Consultivo debe emitir su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En el supuesto planteado, los interesados -hijos y marido de la fallecida- solicitan una indemnización de 96.643,06 € por los daños y perjuicios derivados del error en el diagnóstico de una fractura de meseta tibial en rodilla derecha y de extremidad distal de fémur que habría sido calificada inicialmente como “policontusión”. El cálculo de la cuantía indemnizatoria se efectúa teniendo en

cuenta el período de tiempo durante el cual la paciente fue dependiente para la realización de las actividades básicas de la vida diaria, las secuelas que “previsiblemente se derivarían” de no haber fallecido y el perjuicio moral irrogado a aquélla por pérdida en su calidad de vida.

A tenor de la documentación remitida a este Consejo, la Administración asume la existencia de una pérdida de oportunidad terapéutica para la paciente. Así, el informe del Inspector de Prestaciones Sanitarias de 25 de julio de 2023 refiere que, “analizando la radiografía realizada el día del traumatismo, se puede observar que existe una fractura de meseta tibial en rodilla derecha y de extremidad distal de fémur (cóndilo femoral interno) de la rodilla izquierda, ninguna de ellas desplazada, que pasaron desapercibidas, existiendo un inadecuado diagnóstico de policontusión (...) el día 21-12-2020 por parte del Servicio de Urgencias del Hospital .....”. En la misma línea se manifiesta el informe del Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias de 16 de septiembre de 2022. Por otra parte, es notorio -y en ello insiste la propuesta de resolución- que la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria no trae causa en el fallecimiento de la paciente, puesto que -como claramente se desprende de la documentación clínica- tan lamentable circunstancia tiene lugar por causas decididamente ajenas (“múltiples complicaciones cardiovasculares irreversibles”) a la defectuosa diagnosis de las fracturas de meseta tibial en la rodilla derecha y de extremidad distal de fémur de la rodilla izquierda que se realizó el día 21 de diciembre de 2020, y por las que sí se reclama.

Sentado lo anterior, los interesados se refieren en su escrito inicial a “un error de diagnóstico” de las lesiones de la paciente por el Servicio de Urgencias del Hospital ..... que habría supuesto “una claudicación o imposibilidad de marcha con serio perjuicio por pérdida de calidad de vida en grado grave, presencia de dolores articulares, especialmente en ambas rodillas y acortamiento de 7 centímetros de extremidad inferior izquierda, que se prolongó hasta su fallecimiento”, fundamentando la cuantía de la pretensión resarcitoria en la situación de dependencia en la que habría quedado, las secuelas que

“previsiblemente se derivarían” y el perjuicio moral irrogado a aquélla por pérdida de calidad de vida.

Pues bien, procede advertir con carácter previo que el artículo 32.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que, “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”; de esta forma, cuando los interesados incluyen en su pretensión resarcitoria las secuelas que “previsiblemente” habría padecido la paciente de no haber tenido lugar el óbito estarían, en opinión del informe del Inspector de Prestaciones Sanitarias -que compartimos-, reclamando “por secuelas que nunca llegaron a producirse realmente y que son una mera hipótesis de lo que podría haber sucedido pero realmente no llegó ocurrir”, no concurriendo, por tanto, el requisito de la efectividad del daño (por todos, Dictámenes Núm. 97/2014 y 30/2015). Por otra parte, este mismo informe sostiene -en una técnicamente justificada exposición no rebatida por los interesados- que la pérdida de oportunidad terapéutica únicamente es admisible respecto a la fractura de rodilla derecha -no de la izquierda-, y que la discrepancia de longitud de 7 cm que presentaba la paciente con un alza de 6 cm en el pie izquierdo no se debe al hundimiento de 6 mm de la fractura de meseta tibial derecha.

Advertida esta consideración y partiendo del carácter personalísimo del derecho a la salud, debemos destacar que la paciente afectada por el error diagnóstico no formuló mientras pudo (su fallecimiento se produjo el día 25 de julio de 2021 y el eventual error diagnóstico habría tenido lugar el 21 de diciembre de 2020) reclamación de responsabilidad patrimonial alguna frente a la Administración sanitaria del Principado de Asturias en la que pudieran sucederla sus derechohabientes, tal y como ahora parece pretenderse, en los términos de lo establecido en el artículo 4.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC). En estas circunstancias, la reclamación presentada el 15 de julio de 2022 por los hijos y el viudo “en beneficio de los herederos” -según reza en el escrito de reclamación- ha de ser rechazada al no formularse por daños propios,

sino por los sufridos por su madre y esposa, respectivamente, sin que le sucedan en un procedimiento por ella abierto, por lo que carecen de legitimación activa.

Con relación a la legitimación de los herederos para reclamar por los daños personales irrogados al causante, ya indicamos en el Dictamen Núm. 143/2021 que se admite pacíficamente en los supuestos en que este hubiera ejercitado la reclamación con antelación a su fallecimiento, y que fuera de este caso no son uniformes los pronunciamientos judiciales sobre si el título de heredero sustenta la legitimación activa para reclamar por unos daños personalísimos que sólo sufrió el causante en vida y no reclamó antes de fallecer. Así, se aprecia una línea jurisprudencial que lo excluye, pero siempre “atendidas las circunstancias del caso concreto y el estado de salud del paciente” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de abril de 2018 -ECLI:ES:TSJM:2018:4008-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10.ª), pues ha de admitirse cuando el enfermo se encuentra postrado, impedido o privado de su plenitud de condiciones para discernir y ejercitar el derecho a reclamar el daño. Entre los recientes pronunciamientos judiciales, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 15 de enero de 2021 -ECLI:ES:TSJAS:2021:2-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, insiste en que “para poder ejercer tal acción a título de heredero es preciso que la masa hereditaria se integre, bien del derecho conquistado a indemnización, bien del derecho litigioso (mediante subrogación), o bien del derecho a obtener una respuesta indemnizatoria, que requiere haber ejercido el interesado tal reclamación en vida. No existe un derecho genérico a reclamar que pueda actualizarse o ejercerse *ex novo* por los herederos, salvo en los casos en que se acredite la imposibilidad del titular de ejercer o formular tal reclamación por no disponer de plazo para ello al fallecer o quedar incapacitado en su voluntad tras la consolidación de los daños o perjuicios”.

Sin embargo, frente a esta tesis restrictiva de la transmisibilidad se alza ya tiempo atrás un sector de la doctrina con apoyo en algunos pronunciamientos judiciales (entre los que destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:2078-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), argumentándose que el derecho del perjudicado a ser indemnizado

no nace cuando ejercita la acción resarcitoria, sino antes, cuando se produce el daño y como consecuencia del hecho lesivo que lo provoca -al igual que sucede en las relaciones entre particulares, según establece el artículo 1089 del Código Civil-, y que es entonces cuando surge el derecho de crédito resarcitorio que ingresa en su patrimonio y puede transmitirse a los herederos.

Ahora bien, reconocido que el derecho al resarcimiento nace en el momento en que tiene lugar el hecho lesivo, debemos profundizar en la naturaleza de ese crédito, que no puede desligarse del daño al que viene a compensar.

El Tribunal Supremo afirma en su Sentencia de 13 de septiembre de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:7648- (Sala de lo Civil) que "el derecho de la víctima a ser resarcido por las lesiones y daños nace como consecuencia del accidente que causa este menoscabo físico y la determinación de su alcance está (en) función de la entidad e individualización del daño, según el resultado de la prueba que se practique, que no tiene que ser coincidente con la del informe médico-forense. La consolidación posterior de las lesiones supone (...) que la acción puede ejercitarse puesto que la víctima tiene pleno conocimiento del mismo, por lo que es a partir de entonces cuando comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización (...). En el presente caso, el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento, conforme el artículo 659 del CC. Como señala la Sentencia de 10 de diciembre de 2009, a partir de entonces existe una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva, tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde ese momento a integrar su patrimonio hereditario, con lo que serán sus herederos, en este caso sus padres, los que ostentan derecho *-iure hereditatis-* y, por tanto, legitimación para exigir a la aseguradora su obligación de indemnizar lo que el causante sufrió efectivamente y pudo recibir en vida, a cuenta de la cual, y de los intereses que pudieran corresponderle,

entregó la aseguradora la cantidad de 312.527,75 euros”. Guarda este pronunciamiento relación con lo dispuesto en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, cuyo artículo 76 establece que “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar”.

La anterior doctrina -que ampara la transmisibilidad cuando el “alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense”- se alinea con la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:807-, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil en recurso extraordinario por infracción procesal. Esta sentencia examina la transmisibilidad *mortis causa* de la acción para que los herederos reclamen la indemnización por los daños corporales y morales sufridos por el causante en vida, y concluye que “el daño corporal sufrido por el causante antes del fallecimiento, pericialmente determinado, puede ser reclamado por los herederos y es compatible con el daño experimentado por estos como perjudicados por su fallecimiento”. Razona la Sala de lo Civil del Alto Tribunal al efecto que “los bienes jurídicos sobre los que recae el daño cuando son la vida, la integridad física, los derechos de la personalidad, tienen carácter personalísimo y, como tales, no son transmisibles por herencia, pero cuestión distinta es el derecho a ser resarcido económicamente por mor de la lesión padecida, en tanto en cuanto goza de la naturaleza de un crédito de contenido patrimonial, que no se extingue por la muerte del causante (art. 659 CC)”. Entiende así la Sala que el derecho a la reparación del daño personal sufrido, en cuanto supone el derecho a ser resarcido económicamente por causa de la lesión padecida, es un derecho de crédito de contenido patrimonial que puede transmitirse a los herederos, en cuanto “nace desde el momento en que es causado el daño, como resulta del juego normativo de los arts. 1089 y 1902 del CC, no cuando es ejercitado ante los tribunales o reconocido en una sentencia judicial, que tiene efectos meramente declarativos y no constitutivos del mismo”. En suma, se reconoce la transmisibilidad *mortis causa* del derecho al resarcimiento por el daño corporal “pericialmente determinado” sufrido por el causante.

Debe repararse en que la exigencia de que se trate de un daño “pericialmente determinado” reafirma las conclusiones de la Sentencia de 13 de septiembre de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:7648- (Sala de lo Civil), (supuesto en el que su alcance “estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense”), sin que pueda deducirse de estos pronunciamientos un automatismo por el que todo crédito resarcitorio por daños personales tenga naturaleza patrimonial y como tal se transmita a los herederos, pues de ser así el razonamiento del Alto Tribunal no se detendría en aquella necesidad de que el “perjuicio extrapatrimonial” hubiere quedado “pericialmente determinado”. En estas condiciones, no colisiona con la doctrina expuesta entender que si el damnificado pudo ejercitar las acciones por daños personales y no lo hizo -si no media manifestación de voluntad ni determinación pericial o legal del alcance del daño- puede mantenerse una presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado o de sus representantes legales.

Por otra parte, no se desconoce que en el orden social la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:3321- (Sala de lo Social, Sección 1.ª) sostiene que “conforme al artículo 661 del Código Civil suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones, derechos entre los que se encuentran las acciones resarcitorias no ejercitadas por el mismo y no prescritas al tiempo de su fallecimiento y es que, conforme al artículo 659 del citado Código, la herencia comprende todos los derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte. Ello sentado, la cuestión consiste en determinar si el derecho a la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el causante se transmite a sus herederos cuando fallece antes de pedir o de obtener la reparación de los mismos, cuestión que debe obtener respuesta positiva porque se trata de un derecho ya nacido que forma parte de su patrimonio, aunque se trate de daños morales, pues, conforme a los artículos 1101 y siguientes del Código Civil y a la jurisprudencia de esta Sala, quien causa un daño debe repararlo en su integridad, hasta conseguir la completa indemnidad, lo que supone la obligación de reparar todos los daños patrimoniales causados, así como también los daños morales”. Debe advertirse

no obstante, que la cuestión que dirime aquí el orden social -bajo su prisma tutelar- pertenece en rigor al orden civil (la transmisibilidad *mortis causa* del derecho a la reparación del daño) y en su caso al contencioso-administrativo (en cuanto referida específicamente a un crédito frente a la Administración).

La doctrina consultiva tampoco es pacífica a los efectos de reconocer la legitimación de los herederos para reclamar por los daños personales del causante, si bien en general viene restringiendo la transmisibilidad *mortis causa* del derecho al resarcimiento de los daños personales (físicos, psíquicos y morales). Así, el Consejo Consultivo de Canarias (Dictámenes 66/2020, 141/2022 y 408/2022), el Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen N.º 332/2021), la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco (Dictamen N.º 58/2019) y el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana (Dictámenes 194/2021 y 369/2022) concluyen que los herederos sólo estarán legitimados activamente para reclamar *iure hereditatis* en aquellos casos en los que el causante hubiese ejercitado la reclamación antes de fallecer.

En otros dictámenes se acoge un criterio restrictivo, pero con relevantes modulaciones. Así, el Consejo Consultivo de la Región de Murcia (Dictamen N.º 259/2021) admite la legitimación para suceder al fallecido cuando se trata de pretensiones indemnizatorias de los daños patrimoniales ligados a la enfermedad del causante, no en las pretensiones referidas a los daños personales y morales sufridos por el causante durante su enfermedad.

El Consejo de Estado parte de que el derecho a la indemnización surge en el momento en el que el daño se sufre, con lo que, independientemente de que se ejercite o no la acción indemnizatoria, es un derecho de crédito transmisible *mortis causa* (Dictamen 3292/1999). Conforme razona en el Dictamen 942/2018, "a partir de ahí, cabe establecer una distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales. En cuanto a los daños patrimoniales, no cabe duda de que los herederos del causante tendrán derecho a ser indemnizados como sucesores del fallecido que sufrió tales daños. En cuanto a los daños no patrimoniales por lesiones o secuelas, tampoco cabe duda de que existe legitimación de los herederos para reclamar su indemnización cuando el perjudicado fallece por causas ajenas a esas lesiones o secuelas. Sin embargo -y como ya razonó este

Consejo en su Dictamen N.º 514/2018 (...)-, mucho más discutible es esa legitimación si el fallecimiento ha tenido lugar precisamente como consecuencia de esas mismas lesiones o secuelas, puesto que en ese caso cabe encontrar pronunciamientos judiciales en sentido opuesto en los diversos órganos judiciales y en los distintos órdenes jurisdiccionales./ La Sala de lo Civil y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo han reconocido en alguna ocasión la compatibilidad entre la legitimación *iure hereditatis* y la legitimación *iure proprio* de los familiares de la persona que sufre determinadas lesiones o secuelas y posteriormente fallece como consecuencia de las mismas. En cambio, esta compatibilidad es rechazada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, tal y como se desprende de las Sentencias de dicha Sala de 16 de julio de 2004 (...) y de 3 de julio de 2012”.

Merece puntualizarse que el Consejo de Estado examinaba aquí un supuesto en el que el fallecido no manifestó ninguna voluntad de reclamar ante lesiones que eran de su pleno conocimiento, supuesto que se separa de otros en los que quien aguarda a la consolidación de las secuelas se ve sorprendido por la muerte por causa distinta. Este último caso parece también susceptible de matizaciones -o soluciones distintas-, pues la acción para reclamar es ejercitable antes de la determinación de las secuelas, pero ha de reconocerse que singulariza el supuesto frente a otros en los que el alcance del daño es de pleno conocimiento del perjudicado y este prescinde de reclamarlo (si fallece entonces antes del transcurso del año se habría concretado un riesgo que reside en cada persona y como tal se asume). No parece que subsista controversia acerca de la compatibilidad de la acción como herederos y la acción por daños propios de los familiares, ya que tal compatibilidad -que se admite cuando el causante accionó en vida, sin que merezca en otro caso una solución distinta- viene siendo abordada a través del ajuste de la indemnización correspondiente como herederos del fallecido (reduciendo las cuantías que arroja el baremo en la medida en que responden a una expectativa de vida ya frustrada). En definitiva, la controversia no gira aquí sobre la compatibilidad con la acción que atañe a los familiares por daños propios, sino con la posibilidad per se de deducir la pretensión no ejercitada por el causante.

Más abiertamente, la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña mantiene que debe aceptarse la legitimación activa de quien interpone la acción como heredero del perjudicado en reclamación de daños de carácter físico y moral irrogados al causahabiente y que éste no reclamó en vida, subrayando el carácter patrimonial del crédito de resarcimiento, que nace con el hecho lesivo, no cuando se ejerce la acción indemnizatoria (entre otros, Dictámenes 221/2016, 245/2018 y 226/2022). Asimismo, el Dictamen N.º 621/2023 del Consejo Consultivo de Andalucía recuerda que la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2021 admite que los herederos puedan suceder al perjudicado en el derecho a ser indemnizado por un daño moral. En concreto, se reconoce la sucesión de los herederos en el derecho a ser indemnizado por lesión del derecho del fallecido a la autodeterminación terapéutica por ausencia de consentimiento informado (bien estrictamente personal) sin que hubiese mediado reclamación previa por parte de la causante. Razona a continuación el dictamen que “los bienes jurídicos sobre los que recae el daño (salud, vida o integridad física) tienen carácter personalísimo y, como tales, no son transmisibles por herencia (...). Ahora bien, sin perjuicio de esta consideración, el derecho a ser resarcido económicamente por consecuencia de la lesión padecida sobre tales derechos goza de la naturaleza de crédito de contenido patrimonial (...). Este derecho al resarcimiento económico nace desde el momento en que es causada la lesión sobre aquellos bienes jurídicos (...), no cuando es ejercitado ante los tribunales o reconocido en una sentencia judicial, que tiene efectos meramente declarativos y no constitutivos del mismo. Por lo tanto, es susceptible de ser transmitido a sus herederos (...) quienes podrán ejercer la acción resarcitoria en el plazo del año a contar desde que la lesión de la que trae causa se produjo (artículo 67.1 de la LPAC). Ahora bien, para que esa ‘susceptibilidad’ a transmitirse pase a que realmente lo sea es necesario cumplir, conforme a la jurisprudencia, con un presupuesto previo para entender transmitido el derecho a reclamar por daños de carácter personalísimo como es que el daño haya sido identificado antes del fallecimiento del causante (...), con independencia de que su cuantificación se fije en un momento posterior (...), pues, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de

2009, a partir de entonces nace una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva, tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde ese momento a integrar su patrimonio hereditario". La remisión a estos últimos pronunciamientos judiciales nos aboca a remitirnos a las consideraciones antes vertidas sobre los mismos, que nos reconducen a la necesidad de la previa determinación pericial o legal del daño.

En el Dictamen N.º 47/2023 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid se reseña que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de octubre de 2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10.ª) supuso un cambio de criterio en la materia que se fundamenta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2021 (Sala de lo Civil), favorable a la reclamación por los herederos del daño corporal sufrido por el causante "pericialmente determinado". Se razona a continuación que el derecho al resarcimiento de la lesión por daños personales es un derecho de crédito *intuitu personae* que sólo lo puede reclamar el titular lesionado, pues si fuera un derecho de crédito sin más sería transmisible tanto *inter vivos* como *mortis causa*, de conformidad con el artículo 1112 del Código Civil, cuando el Tribunal Supremo (Sentencia de 22 de enero de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª) no admite la cesión *inter vivos* del derecho a ser indemnizado en virtud de responsabilidad patrimonial de la Administración. Con rigor, argumenta la Comisión Jurídica Asesora que "hay que tener en cuenta la naturaleza del bien o derecho dañado. Si se trata de un bien o derecho patrimonial, como puede ser el daño sufrido en un automóvil, el derecho de crédito a la reparación del mismo es transmisible con el automóvil. En cambio, cuando el daño recae sobre la vida, la integridad física o derechos de la personalidad, el derecho de crédito a la reparación del mismo es *intuitu personae*, al estar ligado al perjudicado que ha sufrido la lesión, teniendo en cuenta las circunstancias que sólo se dan en el titular del derecho de crédito". Se repara en la coherencia de esta consideración con las disposiciones de la Ley de Contrato de Seguro, cuyo artículo 43 establece que el asegurador, una vez

pagada la indemnización, puede ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente las personas responsables, del mismo, hasta el límite de la indemnización, y, en cambio, para el seguro de personas (artículo 82) prevé que el asegurador, aun después de pagada la indemnización, no puede subrogarse en los derechos que en su caso correspondan al asegurado contra un tercero como consecuencia del siniestro, salvo los gastos de asistencia sanitaria. De este modo, la regla general es la intransmisibilidad de estos derechos de crédito *intuitu personae*, y así debe reafirmarse a la vista de los artículos 4 y 6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen, y el artículo 7.1 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. La mencionada Ley Orgánica explicita en su preámbulo que la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, si bien la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho. Pero en el caso de que la lesión tenga lugar antes del fallecimiento sin que el titular del derecho lesionado ejerciera las acciones reconocidas en la ley, sólo subsisten éstas si no hubieran podido ser ejercitadas por aquél o por su representante legal, pues si se pudo ejercitarlas y no se hizo existe una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado o su representante legal. Por lo que se refiere a la excepción del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, se trata también de un supuesto especial de responsabilidad civil causada a terceros en accidentes de tráfico que establece un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación en el que se recoge un método legal de delimitación cuantitativa del importe de las indemnizaciones exigibles. Este régimen indemnizatorio se impone en todo caso, con independencia de la existencia o inexistencia de seguro y de los límites cuantitativos del aseguramiento obligatorio, y se articula a través de un cuadro de importes fijados en función de los distintos conceptos indemnizables que

permiten, atendidas las circunstancias de cada supuesto concreto y dentro de unos márgenes máximos y mínimos, individualizar la indemnización derivada de los daños sufridos por las personas en un accidente de circulación. Constituye, por tanto, una cuantificación legal del daño causado, pues la aplicación de este sistema de valoración del daño supone, automáticamente, el reconocimiento de un derecho de crédito para el perjudicado por un accidente de tráfico, de acuerdo con los criterios y límites establecidos en la ley, de manera que la reparación del daño padecido se traduce siempre en una indemnización económica. Este régimen contemplado para los accidentes de circulación ha dado lugar a un gran número de pronunciamientos judiciales, especialmente en el orden civil, formando una doctrina consolidada sobre el derecho de daños en esta materia especial que no puede trasladarse íntegramente al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No siendo pacífica la cuestión que nos ocupa, procede advertir que recientemente el Auto del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2023 -ECLI:ES:TS:2023:2011A- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) ha admitido como cuestión de interés casacional una controversia análoga a la aquí examinada, la de “si el derecho que ostenta la persona afectada por una situación de dependencia antes de la aprobación del Programa Individual de Atención (...) es transmisible a sus herederos en el momento de su fallecimiento a los efectos de percibir los servicios y prestaciones correspondientes a la dependencia como consecuencia de la dilación de la Administración al tramitar el expediente”. Tomando en consideración que las prestaciones concretas se determinan en el Programa Individual de Atención pero la afectada tenía derecho a ellas desde el reconocimiento de su situación de dependencia, no parece que deba obviarse el contenido marcadamente patrimonial de algunas de esas prestaciones, resultando que a raíz del retardo de la Administración la dependiente se vio privada de un ingreso que le abocó a consumir sus recursos o los de su familia.

En definitiva, hemos de ponderar que en materia de responsabilidad patrimonial no nos enfrentamos, con carácter general, al resarcimiento de conceptos indemnizables tasados por una norma -a diferencia de los supuestos

en los que es de aplicación directa el baremo de tráfico-, advirtiéndose que: 1.º) La determinación del alcance del daño (“pericialmente determinado”) se exige también por los tribunales del orden civil, en cualquier caso, como presupuesto previo para entender transmitido el derecho a reclamar los daños de carácter personalísimo. 2.º) El derecho a reclamar será transmisible cuando el daño afecte a un bien o derecho patrimonial (como en el aludido caso del automóvil, en el que el derecho de crédito a la reparación del mismo se entenderá transmitido con el vehículo). 3.º) Tratándose de daños personales, su resarcimiento no ha de desligarse de esa naturaleza, pero debe ponderarse si el perjuicio tiene una inmediata traducción o repercusión patrimonial y si el fallecido tuvo un margen de libre decisión. 4.º) Así, debe reputarse transmitido a los herederos todo daño del que derive un menoscabo patrimonial cierto, lo que incluye el cuantificado por la norma o el “pericialmente determinado” en la medida en que se traducen en una minoración de la masa hereditaria, quedando aquí comprendidos los gastos a los que el fallecido tuviere que haber hecho frente a raíz del siniestro. 5.º) No se estima transmisible en otro caso cuando el daño recae sobre la integridad física o moral del fallecido, salvo que, atendidas las circunstancias concretas del supuesto, la persona afectada no se hubiere hallado en condiciones para discernir y ejercitar su derecho o que mediare alguna manifestación de voluntad de la que pueda deducirse su voluntad de reclamar. 6.º) Más allá, merece singularizarse el supuesto de quien aguarda a la consolidación de las secuelas y se ve sorprendido por la muerte por causa distinta. De sobrevenir el fallecimiento a resultas del mismo hecho lesivo, la compensación que corresponde a los familiares se reconduce a la pauta para daños propios (sin perjuicio de que puedan acumularse dos pretensiones si el fallecido reclamó en vida), pero si fallece por causas ajenas al siniestro indemnizable cuando sus secuelas le eran aún desconocidas podría plantearse que no opera la presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración personal para el perjudicado.

En el presente supuesto, es notorio que la perjudicada se vio considerablemente limitada en su capacidad para desplazarse y desarrollar las actividades básicas de la vida diaria, pero en ningún momento se ha alegado ni

probado que hubiese quedado “incapacitada en su voluntad” -como recuerda el informe del Inspector de Prestaciones Sanitarias de 25 de julio de 2023, “a lo largo de las historias clínicas, tanto de Atención Primaria como del hospital, figuran continuas referencias de médicos y enfermeras a que (la paciente) se encontraba siempre consciente, orientada y colaboradora”; fue “perfectamente informada de su proceso y era conocedora del error diagnóstico ocurrido con motivo de su asistencia en Urgencias el día 21 de diciembre de 2020”, y “el 16 de febrero de 2021 (...) firmó el documento de consentimiento informado para la cirugía de prótesis articular de miembro inferior”-, requisito al que se refiere la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 15 de enero de 2021, por lo que no estamos en las condiciones precisas para admitir la presencia de un derecho a reclamar actualizable o ejercitable *ex novo* por sus herederos. Además, resulta pacífico que tampoco la paciente se encontraba en aquellos momentos privada del apoyo, asistencia y consejo por parte de quienes ahora formulan la reclamación (hijos y marido), a los que bien pudo haber conferido, si tal hubiese sido su voluntad, la oportuna representación para actuar en su nombre.

Por otra parte, la alegación efectuada por los interesados en el trámite de audiencia de la circunstancia de encontrarse la enferma “en tratamiento facultativo derivado del error de diagnóstico, pendiente de tratamiento quirúrgico (artroplastia total de rodilla)” y que, por tanto, no “hubiera concluido la curación o la determinación del alcance de las secuelas que señala el artículo 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre”, no puede ser acogida, como pretenden, para admitir que “los reclamantes ostentan la legitimación activa precisa en la presente reclamación”, pues lo que el apartado 1 de tal precepto establece es el término *a quo* del plazo de prescripción (un año) al que está sometido el “derecho a reclamar”, y no el momento a partir del cual cabe presentar la reclamación. Se constata en este supuesto que transcurrió un amplio lapso temporal desde la determinación de las secuelas sin que la perjudicada dedujera acción, pudiendo hacerlo.

En el contexto de una una relación tan singular como la que media entre médico y paciente, resulta una presunción excesiva pretender que todo daño

imputable a un error en el marco de la atención sanitaria comporta el ejercicio de la correspondiente reclamación. Tal posicionamiento pasaría por alto, en opinión de este Consejo, un extremo de singular importancia y al que se debe -como esfera de la libre voluntad- el máximo de los respetos: que para entrar a formar parte de la relación jurídica en que la exigencia de responsabilidad patrimonial consiste debe mediar la libre decisión del afectado, basada en su íntima convicción de sentirse no sólo perjudicado, sino necesitado de reparación en su esfera patrimonial o moral.

En definitiva, aunque desde una perspectiva exclusivamente técnico-médica o jurídico-formal quepa referirse a una persona como perjudicada por una actuación de los servicios públicos sanitarios, ello no implica *per se* su automático posicionamiento en la situación jurídica de reclamante, pues para que esto tenga lugar se precisa -salvo en el caso de que medie una iniciación de oficio *ex* artículo 65.1 de la LPAC- la interposición de la correspondiente reclamación, requisito que adquiere una especial significación por su vinculación con el reconocimiento de la voluntad del titular como elemento estructural del derecho subjetivo. El "derecho a reclamar" al que se refiere la normativa administrativa -caso del referido artículo 67 de la LPAC-, como todo derecho subjetivo (en este caso de naturaleza patrimonial), tiene un dimensión interna (reconocimiento de la voluntad de su titular) y una dimensión externa (posibilidad de exigencia frente a terceros), y entre la objetiva condición de perjudicado y la situación jurídica activa de reclamante media, ineludiblemente, una manifestación de la voluntad de su titular, en la cual, de no haberse hallado imposibilitado *de facto* o *de iure*, no puede ser sustituido por otra persona.

Con todo, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de

octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el presente dictamen, no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por .....

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,