



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

NOTIFICADO

03 JULIO 2023

LEXNET

**T.S.J.MURCIA SALA 1 CON/AD
MURCIA**

SENTENCIA: 00344/2023

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Equipo/usuario: UP3
Modelo: N11600
PALACIO DE JUSTICIA, RONDA DE GARAY, 5
DIR3:J00008050
Correo electrónico:
N.I.G: 30030 33 3 2022 0000087

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000024 /2022
Sobre: RESPON. PATRIMONIAL DE LA ADMON.
De D./ña.

ABOGADO IGNACIO MARTINEZ GARCIA, IGNACIO MARTINEZ GARCIA , IGNACIO MARTINEZ GARCIA , IGNACIO MARTINEZ GARCIA , IGNACIO MARTINEZ GARCIA , IGNACIO MARTINEZ GARCIA
PROCURADOR D./D^a. MIGUEL ANGEL GALVEZ GIMENEZ, MIGUEL ANGEL GALVEZ GIMENEZ , MIGUEL ANGEL GALVEZ GIMENEZ , MIGUEL ANGEL GALVEZ GIMENEZ , MIGUEL ANGEL GALVEZ GIMENEZ
Contra D./D^a. INSTITUTO MURCIANO DE ACCION SOCIAL
ABOGADO LETRADO DE LA COMUNIDAD
PROCURADOR D./D^a.

**RECURSO núm. 24/2022
SENTENCIA núm. 344/2023**

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA**

SECCIÓN PRIMERA

Compuesta por las Ilmas. Sras.:
Dña. María Consuelo Uris Lloret
Presidenta
Dña. Pilar Rubio Berná
Dña. María Esperanza Sánchez de la Vega
Magistradas

Ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA nº 344/23

En Murcia, a diecinueve de junio de dos mil veintitrés



Firmado por: MA CONSUELO URIS
LLORET
26/06/2023 12:04

Firmado por: MARIA ESPERANZA
SANCHEZ DE LA VEGA
27/06/2023 07:08

Firmado por: PILAR RUBIO BERNA
27/06/2023 10:44

En el recurso contencioso administrativo nº 24/2022, tramitado por las normas ordinarias, en cuantía de 288.044,87 euros, y referido a responsabilidad patrimonial.

Parte demandante:

, representados por el Procurador D. Miguel Ángel Gálvez Giménez y dirigidos por el Letrado D. Ignacio Martínez García.

Parte demandada: Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, representada y dirigida por el Letrado de la Comunidad.

Acto administrativo impugnado: Resolución desestimatoria presunta de la Consejería de Mujer, Igualdad, LGTBI, Familias y Política Social, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los recurrentes por perjuicios derivados de asistencia sanitaria.

Pretensión deducida en la demanda: Que se dicte sentencia por la que "... se declare la nulidad de la resolución recurrida, así como la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, y se reconozca el derecho de mis mandantes a ser indemnizados con un principal de 288.044,77 euros - 181.004,33 euros para la viuda, y 26.760,11 euros para cada uno de los cuatro hijos , , y , cantidad que deberá ser actualizada conforme al I.P.C. acumulado desde la producción del daño el 18/1/2021; e incrementada en los intereses de demora de la LGP en adelante (art. 34.3 de la Ley 40/15) hasta el efectivo pago".

Siendo Ponente la Magistrada **Ilma. Sra. Doña María Consuelo Uris Lloret**, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso en fecha 19 de enero de 2022, y, admitido a trámite, y previa reclamación y recepción del expediente administrativo, la parte actora formalizó su demanda, deduciendo la pretensión a que se ha hecho referencia.

SEGUNDO. - La parte demandada se opuso al recurso e interesó su desestimación.



TERCERO. - Ha habido recibimiento del recurso a prueba, con el resultado que consta en las actuaciones y cuya valoración se hará en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

CUARTO. - Presentados escritos de conclusiones por las partes, se señaló para la votación y fallo el día 2 de junio de 2023, fecha en que tuvo lugar, quedando las actuaciones concluidas y pendientes de sentencia.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Según resulta del expediente administrativo en fecha 9 de marzo de 2021 el Letrado Sr. Martínez García, en nombre y representación de los ahora demandantes, formuló una reclamación por responsabilidad patrimonial ante el Instituto Murciano de Acción Social (IMAS) por el fallecimiento de D. Alegaba, en síntesis, que el Sr.

se encontraba ingresado en la Residencia Psicogeriátrica Virgen del Valle de El Palmar, concertada con el IMAS, y el día 18 de enero de 2021 murió atragantado por cuerpo extraño alimenticio, cuando se encontraba en el comedor del centro. Consideraba que de haberse ejercido correctamente el cuidado del paciente, este suceso no se hubiera producido. Reclamaba una indemnización por importe total de 288.044,77 euros, cantidad que desglosaba en la que entendía corresponder a cada reclamante, viuda e hijos.

Considerando presuntamente desestimada la reclamación acudió a esta vía jurisdiccional. Alega en la demanda que, cuando se produjo el atragantamiento, el Sr. se encontraba en el comedor de la residencia sin supervisión alguna, y, al final de la cena, el personal de auxiliares y de enfermería lo encontraron rígido y sin responder a estímulos ni órdenes verbales. Según versión de dicho personal se procedió de inmediato a aplicar el protocolo de actuación frente a esta emergencia vital: se bajó el cuerpo al suelo, se le realizó la maniobra de Heimlich por sospecha de atragantamiento por cuerpo extraño que obstruía la vía aérea y se iniciaron maniobras de reanimación cardio-pulmonar básicas (RCP). Un segundo enfermero acudió en auxilio, pero constató que el residente había fallecido y que las maniobras de reanimación que se efectuaban ya eran infructuosas. Se avisó simultáneamente al 112; se informó al médico que había un residente fallecido, que estaba en el suelo del comedor y se solicitó si había alguna objeción en su traslado a la cama de una habitación contigua. El médico autorizó su traslado y avisó que tardaría en llegar a la residencia geriátrica. Se



efectuó otra llamada a la médico de guardia del IMAS la cual indicó la realización de un electrocardiograma para confirmar la defunción en espera de su llegada al centro. Se canceló el aviso del 112 en espera de la médico de guardia del IMAS.

La médico de guardia del IMAS, Dra. _____, certificó la muerte de D. _____ avisó al médico forense y comunicó el exitus a los familiares. El cuerpo se trasladó al Instituto Anatómico Forense de Murcia para su autopsia, que determinó como causa del fallecimiento una insuficiencia respiratoria aguda causada por asfixia por cuerpo extraño (bolo alimenticio). Se estimó la hora de la muerte hacia las 20:15 horas. No obstante, se confirmó que no había restos de comida en el estómago, por lo que se confirma que la asfixia se debió producir en las primeras ingestas de la cena. Tampoco se constataron signos de vómitos. Y pese a lo informado en el expediente, no se observó en la atención al paciente -una vez detectado el atragantamiento- el protocolo de actuación antes situaciones de urgencia, facilitado por el propio IMAS.

Considera la parte actora que concurren todos los presupuestos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, y aporta dictamen pericial para acreditar la antijuridicidad de la actuación del personal que asistía al paciente y el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el resultado del fallecimiento. Reclama igual importe indemnizatorio que en vía administrativa.

La parte demandada se opone al recurso. Hace referencia a los distintos informes obrantes en el expediente, y alega que en el protocolo aplicable a D. _____ consta que precisaba restricciones de movimiento por contención mecánica continua y con carácter pautado, y le correspondía una dieta de fácil masticación baja en sal. Dicho protocolo se cumplía de forma estricta en la Residencia, siendo el Sr. _____ autónomo para comer, aunque siempre con la dieta prescrita. El hecho del atragantamiento se produjo al final de la cena y de manera fortuita e inevitable, ya que cuatro auxiliares y una enfermera se encontraban en el comedor realizando su función de vigilancia y distribución de la dietas y texturas de las comidas de los residentes, vigilando en todo momento la buena ingesta y supervisando y atendiendo posibles anomalías o incidentes, sin embargo, por parte del Sr. _____ no se produjo manifestación externa de sufrir anomalía ni solicitud de auxilio, y cuando el personal se percató de que se encontraba rígido y no respondía a su llamada, se procedió de forma inmediata a aplicar el protocolo de actuación ante situación de urgencias, realizándole la maniobra de Heimlich sin éxito, por lo que se le bajó al suelo para realizarle la reanimación cardiopulmonar,

comprobando que no tenía pulso, no reaccionaba a los estímulos y quedando fallecido.

De esta forma, a pesar de que el personal de la Residencia aplicó la diligencia debida en todo momento, cumpliendo con su función de vigilancia y supervisión, y a pesar de haber aplicado el protocolo de actuación de forma correcta y precisa, ajustándose a los estándares exigibles, el trágico desenlace no pudo evitarse al haber tenido lugar el mismo de manera fortuita e insuperable.

En las Diligencias Previas Procedimiento Abreviado 242/2021, seguidas como consecuencia del fallecimiento, se dictó auto de sobreseimiento en fecha 14 de enero de 2022.

Añade la parte demandada que el hecho de que el Sr. fuera usuario de la Residencia Psicogeriátrica Virgen del Valle no implica que cualquier suceso que ocurra en un centro de estas características deba ser necesariamente indemnizado por la Administración, pues de lo contrario se desnaturalizaría el instituto de la responsabilidad patrimonial, tal y como viene afirmando el Consejo de Estado, exigiéndose un vínculo entre el hecho dañoso y la acción u omisión de los servicios públicos. Asimismo, a nivel jurisprudencial se ha matizado el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración al rechazar que la mera titularidad del servicio determine responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir. El nivel de diligencia, atención y cuidado que la parte actora pretende que se hubiera tenido con el finado excede claramente de los estándares de funcionamiento y posibilidades materiales de atención que podían dispensarse en la Residencia Virgen del Valle, y ello porque solo a través de una atención individualizada, (esto es, una enfermera o un auxiliar que hubiera monitorizado personalmente la ingesta alimenticia del finado durante todo el proceso de la cena) se podría haber evitado el hecho luctuoso.

Por otra parte, y frente a la referencia hecha en el informe pericial del Dr. a los múltiples intentos de autolisis del Sr. , en ningún momento se apunta a que el fallecimiento responda un intento consumado de autolisis que haya desembocado en la muerte, y el protocolo de cuidados para evitar esos gestos autolíticos nada tiene que ver con el seguido para la supervisión de un paciente durante las comidas o las cenas.



Tampoco existe “incuria” o desatención del personal de la clínica respecto del finado y ello lo acredita su seguimiento constante, como puede apreciarse en las continuas anotaciones que sobre el mismo y su curso evolutivo figuran en el expediente.

Discrepa la parte demandada, por último, de la valoración del daño.

SEGUNDO. – La responsabilidad patrimonial de la Administración se configura en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 106.2 de la Constitución y 32 de la Ley 40/2015), como una responsabilidad directa y objetiva, que obliga a aquella a indemnizar toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Si bien, no todo daño que produzca la Administración es indemnizable, sino tan solo los que merezcan la consideración de lesión, entendida, según la doctrina y jurisprudencia, como daño antijurídico, no porque la conducta de quien lo causa sea contraria a Derecho, sino porque el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo, por no existir causas de justificación que lo legitimen.

Por tanto, los requisitos que deben concurrir para tener derecho a la indemnización por razón de responsabilidad patrimonial de la Administración son los siguientes:

- 1) Existencia y realidad de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona, y que el interesado no tenga el deber jurídico de soportarlo.
- 2) Que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y no producido por fuerza mayor.
- 3) Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño o lesión. Ha de determinarse, por tanto, si existe una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños que se invocan, es decir, si los mismos son imputables a la Administración.

Como ha declarado el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias (entre otras, en la reciente de 18 de julio de 2007), la responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico, tiene su base no solo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el artículo 24 de la Constitución, sino también, de modo específico, en el artículo 106.2 de la propia Constitución al



disponer que los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Asimismo, a los fines del artículo 106.2 de la Constitución, la jurisprudencia, en constante doctrina, ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que, entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque, como ha declarado igualmente en reiteradísimas ocasiones es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Es además jurisprudencia reiteradísima que solo son indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar.

TERCERO. – En el expediente administrativo se emitieron distintos informes. Así, consta informe médico sobre antecedentes personales del paciente, diagnósticos y tratamiento. Destacan sus múltiples ingresos desde 2008 en el Hospital Psiquiátrico Román Alberca por sintomatología depresiva y gestos autolíticos, estando institucionalizado en residencia psicogerítrica desde 2015. En cuanto a los hechos que dieron lugar al fallecimiento, emitió informe el Coordinador de Enfermería del centro, haciendo constar lo siguiente:

“Residente con antecedentes de Trastorno depresivo recurrente grave sin síntomas psicóticos y numerosos antecedentes autolíticos, hasta algunos presenciados por los propios familiares en el momento de las visitas, por este motivo se contuvo en silla con peto con perineal evitando caídas, lo que no le impidió tirarse alguna vez con la silla de ruedas o el sillón.



En la cena del 18 de enero 2021, es autónomo para comer, lo hace solo. Está en su mesa con peto perineal a la silla de ruedas en el comedor de la planta. El personal de enfermería compuesto de 4 auxiliares y de una enfermera están en el comedor y desempeñan su función de vigilancia de la correcta distribución de las dietas y de las texturas de las comidas a los residentes, refuerzo de la hidratación, supervisión de la buena ingesta, ayuda a comer a los que necesitan, supervisión de la toma de fármacos y atención a posibles anomalías o incidentes que puedan surgir en ese momento.

Casi al final de la cena, está rígido y no responde a la llamada del personal, no se observa en ningún momento manifestación externa de sufrir anomalía ni solicitud de auxilio. Acude el personal a atenderlo.

Se procede de forma inmediata aplicar el protocolo de actuación ante situación de urgencias. Le revisan la boca por si encuentran restos de comida. Y aunque no tienen nada se realiza la maniobra de Heimlich sin éxito y se le baja al suelo para realizarle reanimación cardiopulmonar, se comprueba que no tiene pulso. Un segundo enfermero acude en ayuda pero solo pueden comprobar que no reacciona a los estímulos y queda fallecido.

Simultáneamente se avisa al servicio de emergencia del 112 para que venga. Tras explicarle la situación se le pregunta si se puede movilizar el cuerpo para no dejarlo en el suelo del comedor, el médico del 112 confirma que se le traslade a una cama fuera del comedor. El medico del 112 comenta que tardarán en acudir.

Tras trasladar el cuerpo a una habitación de enfermería se avisa al médico de guardia del IMAS. Este por teléfono solicita que sea realizado un EKG de comprobación mientras se desplaza a la residencia. Se cancela el aviso al 112 ya que llegaba el médico de guardia del IMAS. Cuando llega este, comprueba que Antonio ha fallecido y decide dar aviso al forense y se traslada el cuerpo para realizar autopsia”.

En informe complementario se transcribe anotación del expediente médico de 18 de enero de 2021, de la Dra. , médico de guardia del IMAS:

“18/01/21. Me avisan por EXITUS

A mi llegada al centro, el residente, se encuentra en la zona de enfermería, acostado en la cama con livideces. Tiene una leve tumoración en zona parieto-occipital con hematoma de evolución. Probables restos de comida en ropa, no vómito.

Me dicen que la muerte se ha producido en el salón, estando en la mesa cenando. Estaba inclinado hacia atrás y con los ojos en blanco. Han intentado reanimarlo, pero no ha sido posible. Por indicación del 112 lo trasladan a la habitación. Ante la dudosa causa de la muerte contacto con el forense. Hablo con familia.”

En dicho informe complementario se hace constar también lo siguiente:

“Ratificamos que se aplicó la maniobra de Heimlich en aplicación del protocolo de actuación en caso de urgencia. sin reparar en la cantidad de comida que hubiese podido

ingerir entre las 20 y las 20.15 horas del día 18/01/2021, por lo que la prestación del servicio asistencial se ajustó a los estándares exigibles y la diligencia debida en estas situaciones.

En relación a la ausencia de dentadura debe indicarse que no es obstáculo para que pueda comer de forma autónoma, aunque sí afecta en lo referente a la dieta prescrita por el médico, dieta de fácil masticación baja en sal.

Respecto a la autonomía finado. no figura en ningún documento la indicación médica de precisar de ayuda para comer”.

La parte actora aportó en vía administrativa y ahora en el proceso, un dictamen emitido por el Dr. D. _____, en el que se recogen las siguientes conclusiones finales:

“✓ Infracción del deber de cuidado y vigilancia propia de este tipo de Centros que deben velar por la supervisión de los internos de especial riesgo durante las comidas. El Sr.

sufrió una disfagia a alimentos sólidos, era un paciente de edad avanzada, con restricción de movilidad usando peto en la silla, con intentos de autólisis, edéntulo, polimedicado con psicotrópicos. La pauta de "dieta blanda texturizada" no era óbice para considerarlo un paciente de riesgo alto de atragantamientos y, en consecuencia, el deber de una vigilancia estrecha y permanente.

✓ El atragantamiento y subsiguiente asfixia tuvo que suceder al principio de la cena, sobre las 20:00H. La ausencia de comida en el estómago e intestino delgado, la ausencia de vómito en el torso y la presencia de gran cantidad de alimento en la vía aérea superior con sólo "algunos restos de comida en el esófago", son signos evidentes de que el atragantamiento ocurrió en las primeras ingestas y no al final de la cena, momento en que el personal a su cargo advirtió la emergencia vital. Esta secuencia cronológica denota incuria o abandono negligente de las medidas de control y vigilancia.

✓ Se produjo un abandono negligente del enfermo. Es incomprensible que no se percataran de los signos y síntomas que concurren en un paciente con asfixia por atragantamiento. Estos signos son bien conocidos y detallados en la literatura médica: manos en el cuello, agitación psicomotriz (el paciente fue encontrado con la cabeza hacia atrás y la mirada hacia arriba), cianosis, respiración estridulosa y/o sibilantes respiratorios, tos espasmódica.... Durante un tiempo de unos 5-10 minutos el paciente debió sufrir asfixia con hipoxia/anoxia y la insuficiencia respiratoria aguda finalizar tras este tiempo en una PCR y muerte cerebral. En definitiva, se puede concluir que durante este tiempo no hubo ningún cuidador en el comedor.

✓ Se vulneró el protocolo de RCP básica. No se hizo de forma correcta en las secuencias de ventilación y de circulación. No se practicó el preceptivo ECG para estos casos y se omitió la posibilidad de que pudiera beneficiarse de una desfibrilación inmediata en caso de arritmia por FV o TV que, como se ha comentado, pueden cursar sin pulso.

✓ Si se hubieran considerado los riesgos de atragantamiento y procedido a una vigilancia estrecha con registro periódico de dicho riesgo, cuidados continuos en la comida y, en caso de atragantamiento, maniobras inmediatas y efectivas el Sr. tenía elevadas posibilidades de haber sobrevivido”.

CUARTO. – En período de prueba compareció Dña.

, médico del IMAS que acudió al centro y comprobó el fallecimiento del Sr. Manifestó no recordar los hechos, pero que por protocolo se hace un electrocardiograma para constatar el fallecimiento, y en este caso se haría igualmente.

Compareció también Dña. , enfermera que acudió al ser avisada de la situación, y que, según manifestó, hizo la maniobra de Heimlich, pese a estar inconsciente el Sr. , por agotar todos los intentos de revertir la situación, y que hubo que ponerle en el suelo porque estaba con sujeción en la silla, y se actuó según protocolo. El resto de las auxiliares que declararon como testigos -Sras. , , y , manifestaron no haber visto el atragantamiento y que todas ellas estaban realizando sus funciones en el comedor, sobre todo asistiendo a los residentes no autónomos para la alimentación.

El perito de la parte actora, Dr. contestó a preguntas de dicha parte que el Sr. tenía un riesgo de atragantamiento, y, según protocolo, requería un seguimiento especial. Añadió que no pudo suceder al acabar la cena, pues como se vio en la autopsia no había alimentos en el estómago, tuvo que ser en las primeras ingestas cuando se produjo el atragantamiento. No había tampoco vomitado, y la comida empieza a las 8, y se dice que ocurrió a las 8:15. La asfixia presenta unos síntomas como sofoco, tos, cambio en la coloración de la piel, gritos incluso, signos muy evidentes. No es posible que haya habido una muerte súbita, al instante. Puede transcurrir unos 5-10 minutos desde el atragantamiento hasta la muerte, con claros síntomas, y hay que actuar rápidamente para revertir la situación. Si el paciente está inconsciente hay que hacer RCP. En este caso no había marcas ni señales de haberse hecho. Si se presencia el episodio deben iniciarse maniobras efectivas, ventilar con ambú, maniobra de Heimlich, avisar a urgencias, entre otras actuaciones.

A preguntas de la parte demandada, contestó que no tienen por qué aparecer todos los síntomas del atragantamiento, pero sí hay manifestaciones externas, la más aparatosa es poner las manos en la garganta. El paciente no está tranquilo, hay mecanismos para intentar revertir la situación. Era un

paciente de riesgo, tomaba cinco medicamentos que podían comprometer la correcta deglución.

QUINTO. – Del conjunto de las pruebas practicadas se desprende que D. era un paciente de riesgo de atragantamiento, por su enfermedad, medicación que tomaba y por la propia evolución de su patología psiquiátrica y de su conducta, como se hizo constar por el centro al hacer las correspondientes anotaciones, obrantes en el expediente. Ello no significa que no pudiera comer solo, cumpliéndose en este sentido la pauta fijada para este residente de dieta de fácil masticación, y no necesitando, al parecer, de ayuda para la ingesta de alimento. Ocurre, sin embargo, que no se sabe dar explicación por parte de quienes se encontraban en el momento de su fallecimiento en el comedor de las circunstancias en que se produjo el atragantamiento. Alega la parte demandada que no hubo signos ni avisos de atragantamiento o asfixia, pero hasta un profano en la materia puede entender que una persona que se está asfixiando por un bolo de alimento da muestras o signos de estar sufriendo ese episodio, a no ser que tenga sus facultades cognitivas y respuestas a estímulos tan disminuidas que no sea capaz de mostrar síntoma alguno, lo que no consta en este caso.

También alega la parte demandada que había una constante atención a la evolución y estado del paciente, y ciertamente, así consta en las actuaciones. Ello permitía constatar, precisamente, que era un paciente de riesgo de atragantamiento.

Partiendo de lo anterior, y prescindiendo de si se hizo o no la maniobra de Hemlich, o reanimación cardiopulmonar, o de la hora del fallecimiento, es lo cierto que nadie advirtió lo que estaba sucediendo y ello es inadmisibles en un centro asistencial, con personas con patologías psiquiátricas como era el caso de este paciente. Podría justificarse la no advertencia de la situación si hubiera ocurrido el suceso encontrándose solo el paciente, pero no en un salón en el que se estaban sirviendo las cenas y, por dicho motivo, había una enfermera y varias auxiliares presentes. Y, como consta en las actuaciones, había bastante cantidad de comida en las vías altas del fallecido (por ello se produjo la asfixia), de modo que durante un tiempo debió estar ingiriendo sin tragar normalmente, lo que tampoco fue advertido.

Lo anterior ya determina la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada. Ocurre, además, que la no advertencia de la situación impidió revertirla en sus primeros momentos, mediante las maniobras o actuaciones que exige el protocolo existente para el caso de

atragantamiento. De las declaraciones de los testigos se desprende que cuando se dieron cuenta de que D. no estaba bien había fallecido ya, estaba rígido e inconsciente. Lo mismo manifestaron al avisar al 112, lo habían visto ya rígido y sin respirar. La conclusión que se obtiene es que falleció atragantado -es decir, asfixiado- en el comedor sin que nadie lo advirtiera, pese a que, como decimos, no es un suceso que no parece que pueda producirse de forma silenciosa y sin aviso alguno. En este caso se invierte la carga de la prueba, es decir, que ante un episodio de este tipo es la Administración demandada la que tiene que aportar un dictamen médico que acredite que una persona puede morir atragantada de forma inadvertida para el resto de las personas que están a su alrededor, y, especialmente, para quienes tenían el deber de vigilancia de que no se produzca una situación como la descrita, y, en su caso, intentar revertirla a la mayor rapidez. No consta tampoco que se hubiera producido alguna incidencia durante la cena de los residentes que demandara una especial atención, adicional a la habitual vigilancia y custodia, y que por ello se desatendiera por breve tiempo a algunos residentes.

Se desprende de lo expuesto que ha habido un anormal funcionamiento del servicio público, por lo que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración e indemnizar por el resultado dañoso producido. En este sentido no podemos hablar de pérdida de oportunidad, pues correspondía también a la parte demandada acreditar que aún habiéndose detectado desde su inicio el episodio de atragantamiento, y aplicado las maniobras y realizado las actuaciones según protocolo, el resultado final hubiera sido el mismo.

SEXTO. - La parte demandante reclama una indemnización por importe de 288.044,77 euros, conforme al baremo de tráfico de la Ley 35/2015, y según el desglose por perjudicado siguiente:

- (cónyuge):
Perjuicio personal básico (hasta 67 años) 94.819,28 euros.
Por cada año de matrimonio > 15, 36.874,25 euros.
Perjuicio personal particular 25% 32.923,38 euros
Perjuicio patrimonial sin necesidad de justificación 421,42 euros
Lucro cesante 15.966 €
Total 181.004,33 €

- Por cada uno de los cuatro hijos:
Perjuicio personal básico 21.070,95 euros.
Perjuicio personal particular 25% 5.267,74 euros
Perjuicio patrimonial sin necesidad de justificación 421,42 euros



tener en cuenta las circunstancias en qué se produjo el fallecimiento, sin asistencia alguna, pese a disponer el centro de los medios humanos y materiales para haber puesto en marcha el protocolo para salvarle la vida, y ello supone un daño cualificado.

Respecto al lucro cesante, alega que el fallecido Sr. percibía una pensión de jubilación por la edad que tenía al momento de su fallecimiento, y que su viuda es considerada por la Ley como perjudicada a efectos de ser acreedora del lucro cesante que le corresponde. El artículo 88 de la Ley 35/2015 únicamente prevé que las pensiones públicas a las que tengan derecho los perjudicados por el fallecimiento de la víctima, tales como la de viudedad, únicamente producen el efecto de reducir el perjuicio, pero en ningún caso está previsto por la Ley que el lucro cesante que sufre la viuda del Sr. Reina pueda o deba ser compensado con la pensión de viudedad a la que tiene derecho.

Reconoce, por último, la parte actora que incurrió en un error de cálculo de la indemnización por la edad del Sr. al momento del fallecimiento, por lo que la cantidad total reclamada es de 261.706,08 euros.

SÉPTIMO. – El artículo 33.5 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, considera como perjuicios excepcionales “los perjuicios relevantes, ocasionados por circunstancias singulares y no contemplados conforme a las reglas y límites del sistema”.

En el presente caso no se aprecian esas circunstancias singulares, pues el fallecimiento se produjo por un mal funcionamiento del servicio público, pero no por abandono del fallecido como alega la parte. Se ignoran las circunstancias concretas en qué se produjo el atragantamiento, y lo que ha valorado esta Sala es que el personal que se encontraba en el comedor no se percató de la situación que estaba aconteciendo. También se ignora si pese a todos los cuidados y advertencias se hubiera producido ese atragantamiento, incluso por la ingesta excesiva y rápida del alimento, pues se trataba de un paciente que había tenido ya conductas imprevisibles. Y si se indemniza por el resultado lesivo es por la no acreditación por la parte demandada de que los intentos de revertir el atragantamiento no hubieran dado resultado, pero se ignora también qué hubiera sucedido, aunque se hubieran empleado todos los mecanismos necesarios para evitar la asfixia. Por tanto, no hay un perjuicio excepcional, y el daño moral ya está incluido en la indemnización por daño material.





Respecto al lucro cesante, no se trata de compensar nada, pero por desgracia el fallecimiento de D. no ha representado para su viuda ningún menoscabo económico, pues percibía una pensión, pero llevaba ya muchos años ingresado y sin actividad que generara ingresos de ningún tipo, y, además, tenía reconocida la dependencia, con la correspondiente aportación económica del interesado.

No se cumplen, por tanto, los requisitos establecidos en el artículo 80 de la citada Ley, fundamentalmente, la dependencia económica de la viuda respecto de los ingresos del fallecido.

OCTAVO. - En la fecha del fallecimiento el Sr. tenía 72 años. De acuerdo con el baremo -orientativo para esta jurisdicción- establecido en la Ley 35/2015, a su viuda le correspondería la siguiente indemnización por perjuicio personal básico:

73.748,33 euros por edad y años de convivencia
36.874,25 euros por años adicionales de matrimonio
421,42 euros, sin justificación

Total 111.044 euros.

Y para cada uno de los hijos correspondería:

21.070,95 euros por perjuicio personal básico
421,42 euros sin justificación

Total 21.492,37 euros.

NOVENO. - Por lo expuesto, procede estimar en parte el recurso, sin que sean de apreciar circunstancias que determinen una expresa imposición de costas, de conformidad con el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

En atención a todo lo expuesto, **Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,**

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por



y

contra la resolución desestimatoria presunta de la Consejería de Mujer, Igualdad, LGTBI, Familias y Política Social de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de la reclamación por responsabilidad patrimonial formulada por los recurrentes, y anulamos dicho acto por no ser conforme a derecho, debiendo la Administración demandada indemnizarles en las siguientes cantidades:

- 111.044 euros a Dña.
- 21.492,37 euros a Dña.
- 21.492,37 euros a Dña.
- 21.492,37 euros a D.
- 21.492,37 euros a Dña.

Dichas cantidades devengarán el interés legal desde la fecha de la reclamación hasta su efectivo abono.

No ha lugar a un especial pronunciamiento en costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo previsto en el artículo 86.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, siempre y cuando el asunto presente interés casacional según lo dispuesto en el artículo 88 de la citada ley. El mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el artículo 89.2 de la LJCA.

En el caso previsto en el artículo 86.3 podrá interponerse recurso de casación ante la Sección correspondiente de esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

