

Dictamen nº: **207/16**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **16.06.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 16 de junio de 2016, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3.f).a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. M.C.Q.R., por la asistencia prestada por el Hospital Clínico San Carlos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en el registro de la Consejería de Sanidad y Consumo el día 29 de abril de 2005, la interesada antes citada, formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por la defectuosa asistencia sanitaria prestada en la administración del tratamiento quimioterápico pautado tras el diagnóstico, en noviembre de 2004, de un disgerminoma ovárico. La reclamante refería haber perdido la audición en un 80% y estaba con hemodiálisis tres días a la semana, por lo que reclamaba una indemnización de 180.000 €.

Interpuesta por la reclamante querrela criminal contra diversos facultativos el día 12 de diciembre de 2006, se acordó la suspensión del procedimiento responsabilidad patrimonial.

Con fecha 4 de noviembre de 2014, la reclamante aporta copia de la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 16, de 20 de enero de 2014 y de la Sentencia nº 620/2014, de 25 de septiembre de 2014 de la Audiencia Provincial de Madrid y solicita la continuación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por el anormal funcionamiento de la Administración.

Solicita una indemnización de 1.116.600 €, que desglosa en 66.000 € por los días que tardó en curar, 600.00 € por las secuelas y 450.000 € por el daño moral causado, con su escritos aporta copia de las sentencias adoptadas.

SEGUNDO.- La Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 16 de Madrid de 20 de enero de 2014 declara probados los siguientes hechos:

“Queda probado del examen en conciencia de las pruebas practicadas, y así se declara, que Dña. M.C.Q.R. acude al servicio de Urgencias del Hospital San Carlos el día 31 de octubre de 2004 a causa de unos dolores en la zona abdominal que venía sufriendo desde hacía 20 días y, tras el diagnostico preceptivo le son indicadas una serie de medidas de tipo dietético.

Ante el empeoramiento de la situación, regresa nuevamente al Hospital el día 2 de noviembre de 2.004, realizándosele en días sucesivos varias ecografías, análisis y otras pruebas que desembocaron en un diagnóstico definitivo de disgerminoma ovárico, comenzando las sesiones de tratamiento de quimioterapia el día 16 de noviembre.

El día 15 de febrero de 2005 Dña. M.C.Q.R. se dirigió a la consulta para iniciar el quinto ciclo de tratamiento, siéndole prescrito por el acusado Dr. (...), sin antecedentes penales, bajo la supervisión del Dr. (...), una dosis de cisplatino de 38,3 mg/día en la hoja de prescripción de citostáticos, con una letra difícil de entender y, con apartados en blanco sobre los datos de altura, peso y superficie corporal de la paciente, que sólo aparecen en la hoja de prescripción del 1º ciclo, hoja de prescripción que se remite por fax al servicio de Farmacia, como habitualmente se hacía, el mismo día 15 de febrero de 2005, recibéndola la acusada (...), sin antecedentes penales, residente de 2º año de la especialidad de Farmacia Hospitalaria que atendía la unidad de citostáticos sin ninguna clase de supervisión por parte de la farmacéutica tutora, que llevaba tres semanas adscrita a esa unidad, limitándose su formación recibida sobre citostáticos a aprender el manejo del programa, como era anotar la prescripción, elaborar la etiqueta y remitir a una auxiliar la preparación de la sustancia, sin que estuviera formada para realizar revisión de la prescripción efectuada por el médico con parámetros como peso, masa corporal, indicaciones previas, historial médico del paciente, protocolos y tablas de dosis máximas u otros, interpretó sin lugar a dudas pero erróneamente que la dosis de cisplatino que el oncólogo el acusado Dr. (...) prescribía era de 383 mg, poniendo así una cantidad diez veces superior a la pautada, apreciación factible por la letra confusa de la hoja de prescripción que llegó por fax, siendo administrada dicha dosis a la perjudicada Dña. M.C.Q.R. que le causo las siguientes lesiones: toxicidad secundaria a quimioterapia por sobredosificación de cisplatino en paciente con disgerminoma ovárico III; hepatopatía tóxica aguda; insuficiencia renal en tratamiento con hemodiálisis; nefrosis bilateral; panmielosis y; derrame pericárdico. Lesiones que se encuentran estabilizadas tras haber invertido 666 días, durante los cuales precisó días de

asistencia facultativa y, 70 días de hospitalización, habiendo estado los 666 días impedida para sus ocupaciones habituales.

Habiéndole quedado como secuelas (valoradas en porcentaje de deficiencia corporal total según las guías de evaluación de las deficiencias permanentes): insuficiencia renal grado II 25% más 5% por la observación y tratamiento médico continuo que requiere injerto renal; cofosis bilateral (implante coclear derecho) 35%; aneurisma de FIVA 6%; pericardiectomía 4%; cicatrices quirúrgica queloide de 8 cm de longitud en región esternal media, cicatrices lineales de 3 y 3, 5 cm de longitud en flexura de codo izquierda y borde radial de muñeca izquierda y; una deficiencia corporal global de 60%.

La acusada (...), sin antecedentes penales, era la directora del Servicio de Farmacia, no quedando acreditado que fuera la supervisora de las prescripciones que le llegaban a la acusada (...) para su consiguiente preparación y administración al paciente”.

TERCERO.- Presentada la reclamación y acordada la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, (en adelante, RPRP).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 10 RPRP, se ha incorporado al expediente el informe, de 22 de marzo de 2005 del Servicio de Oncología Médica del Hospital Clínico San Carlos (folios 114 a 116). Consta, igualmente, informe emitido por la Inspección Sanitaria con fecha 4 de noviembre de 2015 (folios 118 a 124) que fija las siguientes conclusiones: que

“• En general, las hojas de prescripción de citostáticos, que figuran en la historia de la reclamante, están mal cumplimentadas por los oncólogos, con una letra difícil de entender y con apartados en blanco; así, es de destacar, que los datos de altura, peso y superficie corporal de la paciente, solo aparecen en la hoja de

prescripción del 1° ciclo pero en ninguna de los sucesivos. En cuanto a la hoja de prescripción del ciclo donde se produjo un error (folio n° 33) está evidentemente escrita de forma confusa, apreciándose incluso diferencias entre el modelo encontrado en la historia clínica (folio 33) y la copia del mismo documento aportada por el servicio de Farmacia (folio 104). En la primera aparece una coma, que no está en la segunda, tras el "8" de la dosis de cisplatino.

- *El servicio de Farmacia cometió un error grosero en la preparación de la unidosis de cisplatino para el ciclo del día 15 de febrero de 2005, poniendo en la misma una cantidad del citostático 10 veces superior a la pautada. El que la hoja de prescripción fuera confusa no justifica la comisión de tal error, ya que cualquier farmacéutico que hubiera supervisado la repetida hoja, hubiera advertido inmediatamente que 383 mg de cisplatino es una cantidad absolutamente disparatada para administrarla a un ser humano en dosis única, independientemente de su patología, peso, edad, sexo, talla y complejión. Esta certeza le hubiera llevado como mínimo a ponerse en contacto inmediato con Oncología para aclarar la situación. De hecho, el que al día siguiente se advirtiera -antes de conocerse que la paciente había iniciado un cuadro tóxico- por el propio servicio de Farmacia que habían dispensado una unidosis masiva de cisplatino con solo repasar la etiqueta del preparado (105) abunda en la falta de supervisión que existió al preparar la prescripción.*

- *Como consecuencia de la administración masiva de cisplatino a la reclamante, ésta padece en la actualidad una insuficiencia renal crónica que la obliga a hemodializarse tres días por semana y un cofosis bilateral; ambas complicaciones que, en principio, se prevén como irreversibles.*

- *La gerencia y dirección médica pese a tener pleno conocimiento de los hechos en cuanto se produjeron, ni iniciaron investigaciones adicionales encaminadas a esclarecerlos en profundidad ni solicitaron la iniciación de un procedimiento disciplinario que estableciera la posible existencia de responsabilidades individuales o colectivas.*

- *Se ha solicitado al órgano competente, por quien suscribe, que inicie actuaciones disciplinarias encaminadas a determinar las posibles responsabilidades derivadas de los hechos relacionados con la presente reclamación”.*

Por escrito presentado el 21 de febrero de 2006, la interesada elevó la cuantía de la indemnización solicitada a 602.128 €, incluidos 116.459 € por daño moral de familia.

Con fecha 12 de diciembre de 2006 interpuso querrela criminal contra algunos de los facultativos, suspendiéndose el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

El día 31 de octubre de 2014, la interesada presenta escrito en el que pone en conocimiento la finalización del proceso penal, aporta copia de la Sentencia de 20 de enero de 2014 del Juzgado de lo Penal nº 16 de Madrid que absuelve a los facultativos acusados del delito de lesiones imprudentes por el que habían sido acusados y la Sentencia de 25 de septiembre de 2014 de la Audiencia Provincial de Madrid desestimatoria del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado y Auto de 7 de octubre de 2014 del Juzgado de lo Penal nº 16 de Madrid que declara firme la sentencia de 20 de enero de 2014 y solicita la continuación del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Con fecha 2 de febrero de 2015 emite informe de valoración del daño corporal por Dña. T.F.F. que proponía una indemnización de 242.854,23 (31.249,36 € por incapacidad temporal, 175.848,73 € por

incapacidad permanente y 35.756,14 por factor de corrección (folios 312 a 315).

Concedido trámite de audiencia a la reclamante, con fecha 7 de agosto de 2015, el representante de la misma presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta que el expediente está incompleto al no haberse incorporado testimonio total de lo actuado y, en concreto, los informes periciales forenses en los que se justifica su valoración y la elección del baremo AMA y solicita aclaración sobre el procedimiento de selección de la médico que emite el informe de valoración del daño corporal y calcula el importe de los intereses que deben abonarse a la indemnización, por aplicación del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro en 2.232.000 €, *“lo que haría un total de 3.350.000 € aproximadamente”*. Solicita que se aporte copia de toda la historia clínica así como *“el total del archivo judicial del juzgado”* y aporta dictamen técnico facultativo y reconocimiento de grado de discapacidad de 22 de abril de 2013, copia del informe del médico forense, escrito de acusación del Ministerio Fiscal, informe de alta de 16 de junio de 2006 donde consta el trasplante renal el día 24 de mayo de 2006 y justificante de haber solicitado testimonio de las actuaciones penales.

Con fecha 11 de noviembre de 2015, la secretaria general del SERMAS, por delegación de firma del viceconsejero de Sanidad dicta resolución por la que acuerda inadmitir la prueba propuesta consistente en la aportación del testimonio del procedimiento penal del Juzgado de lo Penal nº 16, que se deniega porque los documentos básicos del mismo ya están incorporados al procedimiento y porque la reclamante ha sido parte en el mismo, por lo que corresponde solo a ella su aportación.

En relación con el resto de pruebas propuestas, se admiten todos los documentos presentados por la interesada y, en relación con la

perito que ha firmado los informes de valoración del daño corporal, se informa que

«... presta sus servicios para la empresa Willis Iberia Correduría de Seguros y Reaseguros, S.A., con la que el SERMAS tenía suscrito en el momento de los hechos un contrato de Consultoría, Asistencia, Mediación y Asesoramiento en materia de seguros estableciéndose, entre sus funciones “... la emisión de cuantos informes periciales entienda conveniente el Servicio Madrileño de Salud para la adecuada sustanciación de los procedimientos de exigencia de responsabilidad que se dirijan...”. Por lo tanto, no es funcionaria pública, y no tiene vinculación alguna conocida con la compañía aseguradora»...

Se ha incorporado la historia clínica de la reclamante en el Hospital Clínico San Carlos, donde consta que a la paciente se le realizó un trasplante renal, a pesar del cual resta una insuficiencia renal crónica, presenta un déficit de agudeza auditiva, con sordera total, a pesar de los implantes cocleares.

Con la nueva documentación aportada, se emite nuevo informe de valoración del daño corporal por Dña. T.F.F. con fecha 28 de diciembre de 2015 en el que propone una indemnización de 346.688,09 €.

Concedido nuevo trámite de audiencia, la reclamante presenta alegaciones en las que manifiesta su disconformidad con la valoración y reitera su solicitud de indemnización de 1.116.00 € más los intereses del 20% de 2.232.000 €.

Con fecha 19 de abril de 2016, la secretaria general del SERMAS por delegación de firma del viceconsejero de Sanidad, formula propuesta de resolución que estima la reclamación 346.688,09 € y reconoce una indemnización de 406.839,51 €, una vez actualizada la anterior cantidad.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 6 de mayo de 2016 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 234/16, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 16 de junio de 2016.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación en soporte CD, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f).a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 €, y por solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de interesada, según consta en los antecedentes, tiene su tramitación regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), desarrollados en el RPRP.

La reclamante ostenta legitimación activa al haber recibido la atención sanitaria, administración del tratamiento quimioterápico, objeto de reproche.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, al tratarse el Hospital Clínico San Carlos de un centro perteneciente a su red asistencial.

Por último y en lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, interpuesta la reclamación el día 4 de mayo de 2005 no existe duda alguna de que está planteada en plazo, pues en la fecha de presentación de la solicitud de responsabilidad patrimonial no se habían estabilizado las secuelas. Una vez finalizado el procedimiento penal que dio lugar a la suspensión del procedimiento de responsabilidad patrimonial, y se dictó Auto de 7 de octubre de 2014 del Juzgado de lo Penal de nº 16 de Madrid en el que se declara la firmeza de la Sentencia de 20 de enero de 2014, la interesada presenta escrito el día 31 de octubre de 2014 en el que solicita la continuación del procedimiento suspendido.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas los

actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se ha practicado la prueba precisa mediante informe del servicio interviniente en este caso, informe del Servicio de Oncología del Hospital Clínico San Carlos. Consta, igualmente, la emisión de informe por la Inspección Sanitaria y la incorporación al expediente la historia clínica de la paciente.

La solicitud de prueba formulada por la interesada ha sido admitida con excepción de la referida a la aportación del testimonio del proceso penal al considerar el instructor que, al haber sido parte en dicho procedimiento, puede aportar esos documentos.

Tras la tramitación del procedimiento, se ha puesto el expediente de manifiesto para alegaciones, en cumplimiento de los artículos 9, 10 y 11 del R.D. 429/1993, 82 y 84 de la Ley 30/1992, a la interesada en el procedimiento y formulado propuesta de resolución.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge en el art. 106.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 30/92, de 26 de noviembre, en su Título X, artículos 139 y siguientes.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2015 (recurso de casación 3547/2013) y 25 de mayo de 2014 (recurso de casación 5998/2011), requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJPAC:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que “es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) “*no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa*”.

CUARTA.- En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) que *“no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente”,* por lo que *“si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido”* ya que *“la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”*.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las Sentencias de 2 de enero de 2012 (recurso de casación núm. 3156/2010) y de 27 de abril de 2015, (recurso de casación núm. 2114/2013), en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales “*puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido*”, cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

QUINTA.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, queda acreditado en el expediente administrativo pues así declara como hecho probado la Sentencia de 20 de enero de 2014 del Juzgado de lo Penal nº 16 de Madrid que la paciente, como consecuencia de la administración de una dosis de cisplatino diez veces superior a la que tenía que habersele administrado, sufrió una toxicidad secundaria a quimioterapia con

“... hepatopatía tóxica aguda; insuficiencia renal en tratamiento con hemodiálisis; cofosis bilateral; panmielosis y; derrame pericárdico. Lesiones que se encuentran estabilizadas tras haber invertido 666 días, durante los cuales precisó días de asistencia facultativa y, 70 días de hospitalización, habiendo estado los 666 días impedida para sus ocupaciones habituales.”

Habiéndole quedado como secuelas (valoradas en porcentaje de deficiencia corporal total según las guías de evaluación de las deficiencias permanentes): insuficiencia renal grado II 25% más 5% por la observación y tratamiento médico continuo que requiere injerto renal; cofosis bilateral (implante coclear derecho) 35%; aneurisma de FIVA 6%; pericardiotomía 4%; cicatrices quirúrgica queloide de 8 cm de longitud en región esternal media, cicatrices lineales de 3 y 3, 5 cm. de longitud en flexura de codo izquierda y borde radial de muñeca izquierda y; una deficiencia corporal global de 60%”.

Daños que la interesada no tiene obligación de soportar, por lo que concurre la antijuridicidad de los mismos y, en consecuencia, la existencia de responsabilidad patrimonial.

SEXTA.- Reconocida la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración procede efectuar la valoración del daño.

La reclamante solicita una indemnización de 1.116.000 € además de los intereses moratorios previstos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro. Considera de aplicación, para la valoración del daño el informe del forense emitido en el procedimiento penal, informe que se limita a señalar las secuelas y los porcentajes de discapacidad que suponen, pero que no fija la indemnización que corresponde a la reclamante por dichas secuelas.

Resulta probado en el expediente la relación de causalidad entre las secuelas citadas y la toxicidad secundaria a la quimioterapia (como recoge el informe forense y declara la sentencia) por lo que no es posible, como hace el informe de valoración del daño corporal de T.F.F., no tener en cuenta el derrame pericárdico y el aneurisma como secuelas. Aunque fueron complicaciones que quedaron resueltas, fue necesaria la práctica de una ventana pericárdica, por lo que sí pueden calificarse como secuelas como hace el informe del forense. Si bien es

cierto que este último informe atribuye unos porcentajes (4 y 6 por ciento, respectivamente) del baremo de tablas A.M.A. (Asociación Médica Americana) que dificultan su valoración, ello no es óbice para que deban ser consideradas secuelas.

Las tablas A.M.A. se utilizan para la determinación del grado de minusvalía pero que no puede ser empleado para determinación de una puntuación de secuelas, como así pone de manifiesto la perito. La utilización de estas tablas es propia de seguros de vida y accidentes en los que hay un capital asegurado y se calcula el porcentaje de discapacidad que se aplica al capital total para conseguir la cifra exacta que debe abonarse. Por esta razón, lo procedente sería la valoración de las secuelas de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Por ello, ante la dificultad de convertir dichos porcentajes en puntos por secuelas, esta Comisión Jurídica Asesora considera conveniente fijar una cantidad a tanto alzado, dado el carácter orientador que tiene el baremo, que se fija en 500.000 €, cantidad que se entiende actualizada al momento en el que se dicte la propuesta de resolución.

Valoración global admitida por la jurisprudencia, como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de marzo de 2016 (recurso contencioso-administrativo 586/2012) que declara:

«La aplicación del baremo del RD Legislativo 8/2004, sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, no tiene carácter vinculante, pues de acuerdo con la doctrina consolidada de esta Sala, antes citada, su aplicación se efectúa a efectos orientadores o analógicos, sin que limite las facultades de la Sala en orden a la concreción de la indemnización que estime

aplicable para procurar la indemnidad del perjudicado, en atención a las circunstancias concurrentes. Así se afirma, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2015 (Sec. 6ª, Recurso de casación: 233/2013. Además, el Tribunal Supremo admite la admite la posibilidad de efectuar una valoración global del daño, por ejemplo, en sentencia de 17 de julio de 2014 (Sec. 4ª, Recurso: 3724/2012, la Sala Tercera se pronuncia a favor de esta clase de determinación en los siguientes términos:

“Hemos considerado adecuada la apreciación global del daño, entre otras, en Sentencia de 9 de junio de 2009 (recurso de casación nº 1822/2005), al señalar que "A la hora de efectuar la valoración", como señala la sentencia de 10 de abril de 2008 , la Jurisprudencia (SSTS 20 de octubre de 1987 ; 15 de abril de 1988 ó 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990, derive de una "apreciación racional aunque no matemática" pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se "carece de parámetros o módulos objetivos", debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S 23 de febrero de 1988, "las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas" en una suma dineraria”».

Finalmente, en relación con la aplicación de los intereses previstos por el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, este precepto, modificado por la disposición adicional 6ª de Ley 30/1995, de 8 noviembre, establece para cuando el asegurador haya incurrido en mora en los términos que el precepto prevé: *"Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere*

procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro, procederá la imposición por el órgano judicial de oficio: "consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 %; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial . No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 %". Asimismo el apartado 8 establece que "No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable".

En relación con este precepto, el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 4 de julio de 2012 (recurso de casación nº 2724/2011) que señala que se «ha ido matizando la aplicación del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, configurándolo como “multa penitencial”», sin que sea posible aplicarlos automáticamente como pretende la reclamante. Según la citada sentencia,

“(...) la jurisprudencia de esta Sala (véanse, entre muchas otras, las Sentencias de 11 de noviembre y de 21 de diciembre de 2007) ha destacado la necesidad de valorar la posición de las partes y la razonabilidad de la oposición o del impago por parte de la compañía aseguradora, sentando la regla de que los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro se deben si no se encuentra una razón justificativa del impago de la indemnización por parte de la compañía aseguradora, y precisando que la norma se dirige a atajar el problema práctico de utilizar el proceso como maniobra para retrasar o dificultar el cumplimiento de la obligación de pago de la indemnización. Se trata, pues, de verificar en cada caso la razonabilidad de la postura del asegurador resistente o renuente al pago de la indemnización; razonabilidad que cabe apreciar, con

carácter general, en los casos en que se discute la existencia del siniestro, sus causas, o la cobertura del seguro, o cuando hay incertidumbre sobre el importe de la indemnización, habiéndose valorado los elementos de razonabilidad en el proceso mismo, en los casos en que la oposición se declara al menos parcialmente ajustada a Derecho, cuando es necesaria la determinación judicial ante la discrepancia de las partes, o cuando se reclama una indemnización notablemente exagerada (Sentencia de 21 de diciembre de 2007)”.

En el presente caso, iniciado el procedimiento de responsabilidad patrimonial en abril de 2005, la reclamante interpuso querrela criminal contra los facultativos que la atendieron, lo que ha demorado el procedimiento de responsabilidad patrimonial pues no recayó Auto de Firmeza de la Sentencia de 20 de enero de 2014 del Juzgado de lo Penal nº 16 de Madrid, hasta el 7 de octubre de 2014, una vez desestimado el recurso de apelación interpuesto por la recurrente contra la sentencia de instancia.

Por ello, no es posible hablar de demora del asegurador cuando, todavía la Administración no ha dictado resolución que determine el importe de la indemnización debida.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada en la cantidad alzada de 500.000 €.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 16 de junio de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 207/16

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid