

Dictamen nº: **494/17**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **30.11.17**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 30 de noviembre de 2017, 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. .... que atribuye al error padecido en el Hospital Universitario de Torrejón al realizarle una citología con una torunda usada previamente en una paciente infectada con VIH.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 20 de mayo de 2016 se presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial en el Servicio Madrileño de Salud, en la que la interesada solicitaba una indemnización por la defectuosa asistencia sanitaria que se le dispensó en el citado hospital. Relataba que acudió al hospital el 20 de mayo de 2015 a que le practicasen una citología y test de HPV (virus del papiloma humano) en relación con una displasia de cérvix (uterina) y al día siguiente le avisaron de que volviera urgentemente. Allí le comunicaron, con absoluta impersonalidad, frialdad y falta de empatía, que tenían una fuerte sospecha de que la torunda utilizada para hacerle la citología el día anterior pudiera no ser estéril y estar contaminada con muestras biológicas de la paciente

anterior, infectada con el virus VIH y en tratamiento antirretroviral, lo que había ocurrido por lo que calificaron como un error humano de la enfermera que tomó la muestra. Ante la posibilidad de que se hubiera infectado por el virus VIH le pusieron un tratamiento con antirretrovirales que le ha ocasionado diversos padecimientos físicos.

Por ello solicita una indemnización de 90.000 €:

- 60.000 € para indemnizar tanto el daño moral derivado del *“padecimiento por el contagio de la enfermedad y la ansiedad acerca de cuáles serían las consecuencias de padecer la misma”* como el daño moral referido a la pérdida de calidad de vida *“en el ámbito personal, social, de relaciones y de proyectos futuros”* de una persona de 29 años que *“a día de hoy”* se ven frustrados por ignorar si puede estar infectada con el virus.

- 30.000 € correspondientes a las secuelas físicas (malestar estomacal, náuseas, brotes de lesiones cutáneas con empeoramiento en invierno, eritema y descamación con excoりaciones generalizadas) que ha debido afrontar como consecuencia del tratamiento farmacológico que ha tenido que seguir.

Solicitaba el recibimiento del procedimiento a prueba y acompañaba diversa documentación médica y la ficha técnica de los medicamentos que tuvo que tomar en la que se especificaba sus indicaciones, posología y efectos adversos.

**SEGUNDO.-** Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

La paciente, de 28 años en el momento de producirse los hechos, con antecedentes de eczema/urticaria por sensibilización a gato, así como antecedentes de alergia (almendra, cacahuete, pipa de girasol),

dermatitis de contacto a níquel y rinoconjuntivitis persistente leve, había sido diagnosticada de dermatitis atópica ya en 2012.

También desde 2012 venía siendo sometida a seguimiento por displasia de cérvix uterino al haberle detectado signos de infección por HPV y condilomas perianales. Fue sometida a una colposcopia en 2013. En 2014 la citología dio resultado positivo al HPV.

El 20 de mayo de 2015 acudió a consulta para la realización de una citología y test de HPV. Al finalizar la consulta se sospechó que la torunda utilizada pudiera estar contaminada con una muestra biológica de una paciente anterior portadora del VIH con una carga viral indetectable y sometida a tratamiento antirretroviral, por lo que se citó a la paciente al día siguiente para explicarle la situación. Se extrajo serología y analítica. Consta en la historia clínica que, aunque la posibilidad de transmisión en el caso de haberse producido el contacto, mediante secreciones en torunda expuesta al aire y carga viral indetectable, era prácticamente nula, se consideró procedente iniciar tratamiento profiláctico frente al VIH durante 28 días con Raltegravir 1c/12h y Truvada 1c/24h.

El 26 de mayo, a los cinco días de iniciar el tratamiento, la reclamante acudió con su madre y se les explicó de nuevo la situación y la imposibilidad de saber si la torunda estaba contaminada o no. “*Se resuelven dudas*”. Refirió epigastralgia, algo de náuseas y pesadillas. La serología dio resultados negativos pero se decidió continuar el tratamiento.

El 3 de julio 2015 acudió a consulta de Medicina Interna habiendo completando el tratamiento sin incidencias. Los resultados de la serología de VIH fueron negativos, con carga viral indetectable.

El 21 de agosto de 2015 se le realizó analítica y serología completa (prueba trimestral) con resultado VIH negativo y carga viral indetectable.

El 27 de agosto de 2015 acudió a revisión de Medicina Interna, estando la paciente asintomática.

En la revisión por Medicina Interna de 3 de diciembre de 2015, los resultados de la serología fueron negativos a la carga viral. Tuvo una reacción cutánea “*que parece que pudiera ser alérgica*” tras dos semanas de tratamiento con *Eritromicina*. Desde agosto de 2015 había seguido también un tratamiento antibiótico para *citrobacter braaki*.

En la consulta del 21 de diciembre de 2015 fue dada de alta tras seguimiento de seis meses sin seroconversión. La impresión diagnóstica que se anotó fue: dudosa exposición a VIH de riesgo mínimo con seguimiento de seis meses sin seroconversión.

El 18 de enero de 2016 acudió al Servicio de Alergología por presentar eczema en múltiples localizaciones. La paciente refería un brote de dermatitis atópica más intensa desde diciembre, atribuida inicialmente al uso de antibiótico al haber comenzado el brote a los 3-4 días del inicio del tratamiento antibiótico. Informó igualmente que los síntomas habían empeorado incluso después de terminar la antibioterapia. El facultativo emitió un informe con el juicio clínico de eczema/urticaria por sensibilización a gato (tiene uno en casa estando en contacto directo), sensibilización a frutos secos, dermatitis de contacto por níquel y rinoconjuntivis persistente leve.

El 19 de enero de 2016 acudió al Servicio de Dermatología del Hospital Universitario de Torrejón, aquejada de unas lesiones cutáneas con empeoramiento en invierno y antes de cada menstruación. El juicio clínico establecido por el dermatólogo fue dermatitis atópica severa.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), y en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se incorporaron al expediente la historia clínica y los informes de la atención que le fue prestada a la paciente.

El 22 de junio de 2016 emitieron un informe conjunto el director médico quirúrgico, la directora de Enfermería, el jefe de servicio de Ginecología y Obstetricia y la supervisora de Consultas Externas, en el que pusieron de manifiesto que la atención sanitaria se había prestado en virtud del concierto sanitario que el hospital tenía con la Consejería de Sanidad y que todos los profesionales que atendieron a la paciente pertenecían a la Administración Sanitaria Madrileña.

Respecto de los hechos objeto de la reclamación, señalaron que el 20 de mayo de 2015 la paciente acudió a consulta para la realización de una citología y test de HPV tras la cual se detectó la falta de las muestras de una paciente, por lo que después de revisar las muestras existentes, se llegó a la conclusión de que probablemente se hubieran podido utilizar las mismas torundas en dos pacientes diferentes, la de la reclamante y la de la paciente anterior, enferma de VIH +, y que venía siendo controlada regularmente por el Servicio de Medicina Interna del hospital y que desde febrero de 2015 presentaba una carga viral indetectable.

Seguía relatando el informe que al día siguiente fue atendida por la jefa del servicio de Obstetricia y Ginecología que informó de lo ocurrido y de que la posibilidad de transmisión en el caso de haberse producido el contacto era prácticamente nula. Pese a ello se consideró procedente realizar un estudio serológico e iniciar tratamiento profiláctico frente a VIH durante 28 días, con la misma pauta que se aplicaba en los profesionales sanitarios cuando sufren un accidente con material biológico. La paciente aceptó el tratamiento.

El 3 de junio la paciente y su madre mantuvieron una reunión con la supervisora de Consultas Externas, la jefa de servicio de Obstetricia y Ginecología, la directora de Enfermería y el director Quirúrgico en la que reiteradamente se transmitieron las disculpas institucionales por si el contacto hubiera ocurrido, al tiempo que se ofreció apoyo y cualquier tipo de atención que precisase. No se volvió a contactar con la dirección del hospital pese a acudir regularmente a los controles establecidos por Medicina Interna y por Obstetricia y Ginecología.

El informe seguía relatando los controles realizados por el servicio de Medicina Interna en los días 3 de julio (fecha en la que ya había finalizado el tratamiento sin ninguna incidencia), 22 de agosto, 3 de diciembre y 21 de diciembre, en los que se objetivaron en todo momento serologías negativas y ausencia de cualquier tipo de síntomas en la paciente, y en esta última fecha se le dio el alta.

Y concluían que, desde que se le dio el alta en diciembre de 2015, la paciente había permanecido libre de toda sintomatología que pudiera tener relación con la asistencia cuestionada y con las medidas de control adoptadas profilácticamente.

La Inspección sanitaria, en su informe de 19 de septiembre de 2016, consideró que la asistencia sanitaria que recibió la reclamante el 20 de mayo de 2015 no se ajustó a la normal práctica clínica, por

cometerse un error por la enfermera en la recogida de muestras de la citología, como se reconoció por la Dirección del Hospital Universitario de Torrejón. Sin embargo, respecto al resto de actuaciones practicadas en la asistencia a la paciente y el tratamiento instaurado, la Inspección afirmó que se ajustaban a los protocolos y normativa vigentes. En cuanto a las secuelas sufridas por el tratamiento, la paciente sufrió algunos de los efectos adversos de la medicación, como son la somnolencia, epigastralgia y mareos, pero no podía considerarse que la patología dermatológica derivase del tratamiento instaurado puesto que durante el tiempo que estuvo tratada con los antirretrovirales no presentó dermatitis, sino que fue referida seis meses después de concluir el tratamiento y, además, desde 2012 presentaba antecedentes dermatológicos y alérgicos diagnosticados ya en esa fecha como dermatitis atópica.

También se incorporó al procedimiento un dictamen pericial para determinar y valorar el daño corporal de acuerdo con el RDL 15/35 (sic), daño que estimó en 215 días no improductivos los comprendidos entre el 21 de mayo de 2015 (en que comenzó el tratamiento con antirretrovirales) hasta el 21 de diciembre de 2015, que se le dio el alta tras los controles a los que fue sometida, y que valoró en 6.757,45 € (31,43 €/día).

El informe no valoraba ninguna secuela porque la paciente padecía dermatitis atópica y psoriasis ya con anterioridad al tratamiento, y concluía que la hipersensibilidad y la dermatitis que apareció en diciembre, no guardaba relación temporal con la medicación antiretroviral que la informada tomó durante 28 días y que finalizó el 18 de junio de 2015.

Conferido trámite de audiencia, la reclamante presentó alegaciones en las que discrepaba de los informes obrantes en autos, lamentaba que

se refirieran a la negligencia cometida como error involuntario y reiteraba el daño físico y moral padecido.

La propuesta de resolución de 10 de octubre de 2017 estimó parcialmente la reclamación por considerar que se había infringido la *lex artis* por mala praxis o falta de cuidado, y que esa mala praxis supuso, en una relación de causa a efecto, el padecimiento de unos daños y perjuicios que la reclamante no tenía la obligación de soportar. Aceptaba la valoración del informe pericial aportado al procedimiento pero indemnizaba el perjuicio moral añadido de la incertidumbre sobre la posible infección, que se mantuvo hasta que le fue confirmada a la paciente la ausencia de enfermedad a los tres meses del incidente, considerando el periodo ventana para el VIH (tiempo que puede tardar el cuerpo de una persona VIH positiva en producir una cantidad suficiente de anticuerpos para que las pruebas de anticuerpos puedan detectar la infección). Reconocía por este concepto una cantidad a tanto alzado de 3.000 €, que unidos a la indemnización estimada pericialmente de 6.831,78 (ya actualizada), totalizaba una indemnización de 9.831,78 €.

**CUARTO.-** El 24 de octubre de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid un escrito del viceconsejero de Sanidad por el que, por delegación del consejero de Sanidad, se formuló preceptiva consulta.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente a la letrada vocal Dña. M.<sup>a</sup> Dolores Sánchez Delgado que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 30 de noviembre de 2017.

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 delegada 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).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según establece su artículo 1.1. No obstante, de conformidad con su disposición transitoria tercera, apartado a), dado que este procedimiento se incoó a raíz de la reclamación remitida al SERMAS con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, resulta de aplicación la normativa anterior, esto es, los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, que han sido desarrollados en el RPRP.

La reclamante está legitimada activamente al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC al sufrir la asistencia sanitaria que se ha calificado por el SERMAS como actuación negligente y contraria a la *lex artis*.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, al prestarse el servicio sanitario por el Hospital Universitario de Torrejón, centro concertado con la Comunidad de Madrid. Así, como ya señaló el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (valgan por todos los dictámenes 211/12, de 11 de abril y 13/15, de 21 de enero), asumiendo la también reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresada, entre otras, en la sentencia de 6 de julio de 2010 (recurso 201/2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª), y ha sido reiterado por esta Comisión Jurídica Asesora (así, el Dictamen 112/16, de 19 de mayo, el Dictamen 209/17, de 25 de mayo, y el Dictamen 413/17 de 19 de octubre, entre otros) es imputable a la Administración Sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que le une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (*ex* artículo 142.5 de la LRJ-PAC). En el presente caso, la reclamación se presentó el día 20 de mayo de 2016. Dado que se está reclamando por la asistencia sanitaria prestada a la paciente el día 20 de mayo de 2015, por la que, además, estuvo sometida a tratamiento durante 28 días y fue dada de alta el 21 de diciembre de 2015, debe considerarse que la acción de responsabilidad se ha ejercitado en el plazo legalmente establecido.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. De acuerdo con el artículo 10 del RPRP, se ha recabado

informe de los servicios médicos implicados, que lo han emitido conjuntamente. Y consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria, que obra en el expediente. Asimismo, se incorporó un dictamen pericial de valoración del daño corporal.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a la reclamante, de conformidad con los artículos 9, 10 y 11 del RPRP, y 82 y 84 de la LRJ-PAC, que se ratificó en lo ya manifestado en su reclamación.

Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, tal y como establece el artículo 12.1 en relación con el artículo 13.2 del RPRP, propuesta remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

**TERCERA.-** La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española, 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 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes, y que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, requiere la concurrencia de varios requisitos, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJ-PAC:

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.

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. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras 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”*.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16 de marzo de 2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no

verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico:

*“(...) lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta (...). Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.*

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público porque el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19 de mayo de 2015, RC 4397/2010) ha señalado que *“(...) no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más 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".*

**CUARTA.-** La propia Administración Sanitaria reconoce en este caso que concurren los requisitos para apreciar su responsabilidad: se ha producido un daño a la paciente, que ha tenido que someterse a un tratamiento profiláctico innecesario ante la sospecha que de la enfermera que le realizó la citología hubiera podido cometer el error de utilizar una torunda ya empleada en una paciente infectada por el virus VIH.

La posibilidad de que se hubiera podido cometer ese error fue reconocida en el informe conjunto emitido el 22 de junio de 2016 por el director médico quirúrgico, la directora de Enfermería, el jefe de servicio de Ginecología y Obstetricia y la supervisora de Consultas Externas del hospital implicado.

No obstante, tras dicha actuación errónea la paciente fue debidamente tratada, tal y como confirmó la Inspección médica en su informe, que señaló que, respecto al resto de actuaciones practicadas en la asistencia a la paciente y el tratamiento instaurado, se ajustaban a los protocolos y normativa vigentes.

**QUINTA.-** Acreditada la realidad del daño y su relación de causalidad con los servicios públicos, procede, por exigencias de lo

dispuesto en el artículo 12 del RPRP, pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

La propuesta de resolución valora los daños según el momento en que los daños se produjeron –el 20 de mayo de 2015–, de conformidad con el artículo 141.3 de la LRJ-PAC, y acude al baremo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, actualizado mediante Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

La propuesta de resolución acoge la valoración del dictamen pericial que reconoce 215 días no improductivos, desde el 21 de mayo de 2015 (fecha en que se notifica la posibilidad de haberse cometido el error y se comienza el tratamiento) hasta el 21 de diciembre de 2015, en que se le da el alta definitiva. Durante ese periodo la paciente se sometió a un tratamiento profiláctico durante 28 días y fue objeto de controles periódicos a los 15 días, a los 45 días, a los 3 y a los 6 meses siguientes, con práctica de serología para determinar si se había producido la infección, posibilidad que era remota puesto que la torunda había estado expuesta al aire y la paciente portadora del virus presentaba desde febrero cargas indetectables del virus, como se informó a la paciente.

Las lesiones cutáneas que presentó la paciente en enero de 2016, tanto el informe de la Inspección Sanitaria como el de valoración del daño, consideran improbable que estén relacionados con el tratamiento antirretroviral pautado puesto que, durante el tiempo que duró el tratamiento, la paciente no presentó reacciones cutáneas sino que se presentaron seis meses después de la finalización del mismo el 18 de junio de 2015.

Las lesiones se diagnosticaron como “*dermatitis atópica severa*”, dermatitis de la que constan antecedentes en su historia clínica desde 2012 y que están más relacionadas con la toma de antibióticos (*Eritromicina*) para tratar otras patologías que presentaba (folio 105 del expediente).

El informe de la Inspección sí considera imputables al fármaco antirretroviral los síntomas digestivos referidos por la paciente al principio del tratamiento antirretroviral ya que se incluyen entre los posibles efectos secundarios de dicho tratamiento y existe una coincidencia temporal, pero esos síntomas, que no han dejado secuelas ni han persistido, estarían comprendidos en la indemnización de los días no improductivos.

Así pues, el daño a indemnizar sería el haberse tenido que someter a un tratamiento durante 28 días, que le ocasionaron molestias digestivas al principio del tratamiento, con controles periódicos los 15 días, a los 45 días, a los 3 y a los 6 meses siguientes. Sin embargo durante ese tiempo ni el tratamiento ni los controles le han supuesto limitaciones en su vida habitual, por lo que consideramos que el daño ocasionado en este caso es más bien un daño moral, consistente en la lógica preocupación y sentimientos de inquietud e incertidumbre que sufrió la paciente por no saber si contraería finalmente la enfermedad (que, en cuestión de tiempo la propuesta de resolución cuantifica en tres meses, correspondientes al periodo ventana del VIH tras el que se confirmó la ausencia de enfermedad), aunque, según el informe conjunto de los servicios hospitalarios implicados, a la paciente se le informó de que la posibilidad de infección era remota puesto que la torunda había estado expuesta al aire y la paciente portadora del virus presentaba desde febrero cargas indetectables del virus.

Para valorar ese daño moral no resulta procedente la aplicación del baremo utilizado por la propuesta de resolución para cuantificar la

indemnización. Así, la Sentencia de 11 de mayo de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (P.O. 1018/2013), resalta la dificultad de cuantificar ese daño para lo cual deberán ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso a la hora de determinar la cuantía *“de un modo estimativo atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin que, ni siquiera con carácter orientativo, proceda fijar la cuantía de la indemnización con base en módulos objetivos o tablas indemnizatorias como las contempladas en las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones”*. En este sentido nos pronunciamos en nuestros Dictamen 283/17 de 13 de julio.

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, con cita de otras sentencias, 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 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 o 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».*

En el caso de la reclamante, ponderando las circunstancias, consideramos adecuado reconocerle una indemnización global de 10.000 euros, cantidad que ha de considerarse actualizada.

Por todo lo expuesto la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente,

## **CONCLUSIÓN**

Procede estimar parcialmente la reclamación reconociendo a la reclamante una indemnización global por importe de 10.000 € euros, cantidad que ha de considerarse actualizada.

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 30 de noviembre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 494/17

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid