

Dictamen nº: **42/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **07.02.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 7 de febrero de 2019, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D., en nombre y representación de D. y Dña. por los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su madre, Dña., que atribuyen a una sobredosificación de Sintrom en el Hospital Universitario La Paz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente de responsabilidad patrimonial trae de causa del escrito de reclamación formulado por un abogado, en nombre y representación de la personas citadas en el encabezamiento de este dictamen, presentado el 21 de diciembre de 2015 en el Departamento de Presidencia, Función Pública, Interior y Justicia del Gobierno de Navarra y registrado de entrada en el Servicio Madrileño de Salud el 30 de diciembre de 2015.

Los reclamantes detallan en su escrito que el 28 de diciembre de 2014 su madre acudió al Servicio de Urgencias del Hospital

Universitario La Paz por un proceso gripal y problemas respiratorios, quedando ingresada para observación y tratamiento. Exponen que fue diagnosticada de un proceso infeccioso de origen respiratorio y que al detectarse también una “*fibrilación auricular paroxística*” se inició tratamiento con Sintrom. El 31 de diciembre de 2014 la madre de los reclamantes pasó a planta de hospitalización.

Los interesados prosiguen señalando que el 3 de enero de 2015 su familiar comenzó con un cuadro febril de manera que se cambió el antibiótico a vía intravenosa. El día siguiente la paciente se mostraba incoherente al hablar, balbuceaba y realizaba gestos extraños, si bien no fue examinada por un facultativo, a pesar de que fue requerido por los familiares, sino que las enfermeras manifestaron que se trataba de algo normal en personas mayores, administrándole el tratamiento que tenía pautado.

Continuando con el relato fáctico de la reclamación, los interesados exponen que la noche del 4 de enero su madre sufrió una relajación de esfínteres, momento en que se decidió avisar a un médico, que informó de la gravedad del cuadro al sufrir la paciente una hemorragia interna “*seguramente como consecuencia de una dosis demasiado elevada de Sintrom*”. La madre de los reclamantes falleció a las 22:55 horas del día 4 de enero de 2015, constando en el certificado de defunción como causa de la muerte “*sobredosificación de Sintrom y hemorragia digestiva*”.

Por todo lo expuesto los reclamantes solicitan una indemnización por el fallecimiento de su madre que cuantifican en 200.000 euros más los intereses legales.

Con la reclamación los interesados acompañan el poder de representación otorgado al firmante del escrito de reclamación y el certificado de defunción de su familiar.

Consta que a requerimiento del instructor del procedimiento los reclamantes aportaron copia del libro de familia de la fallecida (folios 22 a 28 del expediente).

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

La madre de los reclamantes, de 84 años de edad en el momento de los hechos, contaba con antecedentes, entre otros, de hipertensión arterial, obesidad mórbida, insuficiencia cardíaca diastólica, fibrilación auricular paroxística, aneurisma de la arteria pulmonar, insuficiencia arterial crónica, fibromialgia y asma extrínseco con reagudizaciones frecuentes en seguimiento por el Servicio de Neumología. El día 27 de diciembre de 2014 fue llevada al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario La Paz por un cuadro de disnea, tos productiva con esputos amarillentos, dolor pleurítico y edemas. Había sido tratada por su médico de Atención Primaria con prednisona, levofloxacino y acetil cisteína, sin mejoría.

En la exploración física y analítica realizada en el Servicio de Urgencias se evidenció un INR (cociente internacional normalizado) de 1 y en el electrocardiograma (ECG) un episodio de fibrilación auricular. Se pautó tratamiento profiláctico con heparina de bajo peso molecular y ECG de control al día siguiente para poder decidir el inicio de anticoagulación.

La mañana del 28 de diciembre de 2014 la madre de los reclamantes presentaba fibrilación auricular, edemas hasta rodilla en miembros inferiores, más marcado en el derecho, y lesión dérmica fluctuante a la presión en tercio superolateral de la pierna que se abrió en la exploración, drenando abundante líquido sanguíneo purulento. Realizado Doppler venoso no se apreciaron signos de trombosis venosa profunda. Con los antecedentes de fibrilación auricular paroxística y

un CHADS-Vasc de 9,6 %, la tarde del 28 de diciembre se decidió iniciar anticoagulación con Sintrom 2 mg y continuar el tratamiento antibiótico. Se pautó analítica de control el día siguiente con la indicación de vigilar la creatinina.

El 29 de diciembre de 2014 por la tarde la madre de los reclamantes mostraba en la analítica un INR de 1,2 y la actividad de protombina era de 66 (en un rango de 70-120), por lo que ante la evolución tórpida se pautó el ingreso hospitalario.

El 30 de diciembre la paciente persistía con disnea subjetiva y expectoración purulenta. Se anotó el resultado analítico de INR 1,2.

El 1 de enero de 2015 la madre de los reclamantes ingresó a cargo del Servicio de Medicina Interna con un INR de 2,3.

El 2 de enero de 2015 (viernes) la paciente estaba relativamente estable con buen nivel de conciencia. Se mantuvo el tratamiento pautado y la anticoagulación con Sintrom. En las anotaciones de ese día consta *“el lunes control del Sintrom”*.

El 3 de enero de 2015 la madre de los reclamantes presentó un pico febril con empeoramiento del estado general por lo que se cambió el antibiótico pautado.

El 4 de enero de 2015 la paciente sufrió una caída accidental con traumatismo cráneo encefálico. Según las anotaciones de enfermería de ese día, la madre de los reclamantes *“se cae del sillón estando acompañada con el familiar ya que le estaban intentando poner la cuña”*, por lo que se avisó a los médicos de guardia al presentar un episodio de desorientación sin focalidad neurológica.

A las 21 horas del 4 de enero de 2015 la madre de los reclamantes presentó hemorragia digestiva por lo que se realizó una analítica de urgencia que mostró un INR de 5,1.

La paciente empeoró clínicamente de manera rápida, falleciendo a las 22,55 horas del 4 de enero de 2015.

En el certificado médico de defunción consta como causa de fallecimiento la parada cardiorrespiratoria debida a sobredosificación de Sintrom y hemorragia digestiva.

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).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la madre de los reclamantes del Hospital Universitario La Paz y del Hospital Carlos III (folios 35 a 2.256 del expediente).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se ha emitido informe firmado por el FEA y el jefe del Servicio de Medicina Interna del Hospital Universitario La Paz. En el referido informe se indica que la única vez que se vio a la madre de los reclamantes fue la mañana del 2 de enero de 2015 (viernes), los días siguientes eran fiesta, de manera que la habría vuelto a revisar el lunes 5 de enero pero falleció el día anterior. El informe destaca que la paciente se encontraba en buena situación mental y sin ninguna incidencia que obligara a hacer algún cambio en el tratamiento prescrito en Urgencias. Refiere que se había iniciado anticoagulación con Sintrom

debido a "*una fibrilación auricular (FA) paroxística*" por lo que no se cuestionó el tratamiento porque la fibrilación auricular tanto en sus formas paroxística, persistente o permanente, comporta un riesgo aumentado de embolias procedentes de la aurícula izquierda del corazón. Detalla que según el índice CHADS2DS2-VASc, unánimemente aceptado en todo el mundo como medidor del riesgo de embolias cerebrales, la paciente sumaba un total de 6 puntos y que puntuaciones de 2 o más comportan riesgo moderado a alto de embolias, e indican la necesidad de anticoagulación siempre que no esté contraindicada. Por otro lado indica que la fibrilación auricular de tipo no valvular, que era el caso, requiere de un nivel de anticoagulación entre 2 y 3 medido por el INR y que en la visita a la paciente se observó que el último control de INR del día anterior (1 de enero) el resultado era de 2,3 que se encontraba dentro del rango terapéutico correcto, por lo que se programó un nuevo control analítico general y de INR para que se efectuará el lunes día 5 por la mañana temprano. Por último indica que la asistencia de los días 3 y 4 fue llevada a cabo por los médicos de guardia.

También se ha incorporado al procedimiento el informe del coordinador de Urgencias del Hospital Universitario La Paz en el que se expone que dada la evolución de la paciente en el Servicio de Urgencias se decidió ingreso en el Servicio de Medicina Interna y que en todo momento durante su estancia de observación sin ingreso la paciente permaneció estable y con el rango de anticoagulación correcto.

También figura en el expediente el informe de la Inspección Sanitaria que tras examinar la historia clínica de la paciente fallecida, los informes emitidos en el curso del procedimiento y efectuar las oportunas consideraciones médicas, señala que hubo una indicación clara y procedente de anticoagulación, primero con Clexane por el encamamiento y sospecha de trombosis en miembros inferiores, no confirmada por eco doppler, y después por fibrilación auricular

paroxística con un Chads-Vasc muy alto. El informe añade que considerado el margen de seguridad del INR (de 2 a 4) y la cifra más alta obtenida por la paciente el día 1 de enero, tras cuatro días tomando Sintrom fue de 2,3, posiblemente sería asumible que a pesar de no estar estabilizada la cifra de INR y por tanto estando en fase de ajuste de dosis, se pautase nueva analítica en cuatro días. No obstante el informe subraya que la paciente era una persona de 84 años de edad con muy importante patología multiorgánica, tanto cardio pulmonar como hepática, esencial para el metabolismo del Sintrom y para la coagulación, *“lo que hace insuficiente los niveles de control que podrían ser aceptables en personas más jóvenes y con menos patología, permitiendo afirmar que en este caso, con toda probabilidad, hubiese sido razonable realizar controles de INR diarios que permitiesen un ajuste de dosis de anticoagulantes más fino y cierta estabilidad en la precaria homeostasis multisistémica que era posible”*. Por ello concluye que *“se aprecia una frecuencia subóptima de determinaciones del INR, con trascendencia en el ajuste de dosis de Sintrom, que permite asumir razonablemente un peso etiológico en la desestabilización irreversible de los precarios equilibrios funcionales previos y por tanto en el exitus de la paciente”*.

Consta en los folios 2.270 a 2.272 un informe emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud en relación con *“la determinación de la posible pérdida de oportunidad”* respecto a la asistencia sanitaria dispensada a la madre de los reclamantes y en el que se indica que a la vista de la documentación no puede llevarse a cabo un estudio que concluya con unas cifras de pérdida de oportunidad valorables. Añade que el riesgo de complicaciones (trombosis/hemorragia) con un INR de 2-3 es del 4,3 por año y con un INR >5, como era el caso de la paciente, esta cifra se eleva hasta el 52,3%. Por lo expuesto concluye que pese a la pluripatología de la paciente, no era en absoluto esperable una hemorragia en caso de buen control del INR, y *“se puede*

atribuir la hemorragia y posterior fallecimiento de la paciente a su mal control”.

Figura en el folio 2.273 un escrito de la aseguradora del Servicio Madrileño de Salud en el que se indica que no se ha podido contactar con los letrados de los reclamantes, a pesar de haberlo intentado en varias ocasiones, por lo que da por fracasada la negociación.

Conferido trámite de audiencia, el representante de los reclamantes presentó el 22 de noviembre de 2018 un escrito de alegaciones en el que considera acreditada por los informes obrantes en el expediente la mala praxis denunciada. Además se opone a la cantidad ofrecida por la compañía aseguradora (20.576,93 euros) que, según manifiesta, le habría sido comunicada telefónicamente al personal de su despacho. Aduce que debe aplicarse el baremo establecido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación *“dado que es el baremo que se está utilizando hoy en día en los tribunales como referencia”*. Con base al citado baremo concreta en 76.877,35 euros la cantidad indemnizatoria que correspondería a los reclamantes, en la que incluye los intereses establecidos en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS).

Finalmente el 22 de enero de 2019 el viceconsejero de Sanidad, formula propuesta de resolución que estima parcialmente la reclamación formulada por entender, en base a los informes técnicos que obran en el procedimiento, que la asistencia prestada a la madre de los interesados no fue correcta y conforme con la *lex artis*. Se propone una indemnización de 22.561,30 euros, que se considera que deberá actualizarse a la fecha que se ponga fin al procedimiento. La citada cantidad se obtiene aplicando el baremo vigente a la fecha del fallecimiento de la madre de los reclamantes y aplicando el porcentaje

correspondiente a la pérdida de oportunidad establecida en el informe de la compañía aseguradora que la cifró en un 52,3 %.

CUARTO.- El 23 de enero de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 7 de febrero de 2019.

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 euros, y a 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 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 formulada 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.

Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC, en cuanto sufren el daño moral que provoca el fallecimiento de su madre. Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco que ligaba a los interesados con la fallecida mediante copia del libro de familia. Los reclamantes actúan representados por un abogado habiendo quedado debidamente justificada en el procedimiento la representación que ostenta el firmante del escrito de reclamación.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende se atribuye a la asistencia prestada por personal médico del Hospital Universitario La Paz integrado en la red sanitaria pública madrileña.

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 (cfr. artículo 142.5 de la LRJ-PAC). En el presente caso, ocurrido el fallecimiento de la madre de los reclamantes el día 4 de enero de 2015, cabe entender presentada en plazo la reclamación formulada el 21 de diciembre de ese mismo año.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. De acuerdo con el artículo 10 del RPRP, se han recabado informes de los servicios médicos implicados en la asistencia de la

madre de los reclamantes en el Hospital Universitario La Paz. Consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria, que obra en el expediente. Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a los reclamantes, de conformidad con los artículos 9, 10 y 11 del RPRP, y 82 y 84 de la LRJ-PAC.

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.

No obstante debemos llamar la atención sobre el excesivo plazo de tramitación del procedimiento, que excede en mucho el plazo de seis meses establecido en la ley. Ahora bien, como hemos mantenido en anteriores dictámenes, el transcurso del plazo de resolución y notificación no exime a la Administración de su obligación de resolver expresamente y sin vinculación alguna con el sentido del silencio desestimatorio producido (artículos 42.1 y 43.3 b) de la LRJ-PAC), ni en consecuencia a esta Comisión Jurídica Asesora de dictaminar la consulta.

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea*

consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada Ley 39/2015, si bien, como ya apuntamos anteriormente, en este caso habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP, dada la fecha de iniciación del procedimiento.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración 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, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2017 (recurso 787/2015), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, *“en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria 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, que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, 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. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha "lex artis" respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos*

perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado.”.

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En dicho sentido recuerda la Sentencia de 6 de octubre de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid RC 32/2017, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que *“(...) la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”.*

En este caso no cabe duda a tenor del expediente examinado que el daño es el fallecimiento de la madre de los reclamantes que constituye un *“daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 –recurso 7013/2000- y en similar sentido la Sentencia de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999-) y que jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993 –recurso 395/1993-, 19 de noviembre de 1994 –recurso 12968/1991- y 28 de febrero de 1995 –recurso 1902/1991-), aunque de difícil valoración económica.

La existencia de un daño, sin embargo, no es suficiente para declarar la existencia de responsabilidad, por lo que ha de analizarse si concurren los demás requisitos necesarios para apreciarla.

Los reclamantes imputan el daño a la actuación del Hospital Universitario La Paz al haber ocurrido el fallecimiento de su madre por una sobredosificación de Sintrom durante el ingreso hospitalario, que consideran podría haberse evitado si se hubiera pautado un control más estrecho del índice INR de coagulación sanguínea.

De la historia clínica resulta que la paciente, afectada por varias patologías crónicas, ingresó en el Hospital Universitario La Paz por un cuadro de disnea, tos productiva con esputos amarillentos, dolor pleurítico y edema. No se discute que la madre de los reclamantes precisara anticoagulación, lo que en palabras de la Inspección Sanitaria, constituía una indicación clara y procedente, primero con Clexane por el encamamiento y sospecha de trombosis en miembros inferiores y posteriormente por fibrilación auricular paroxística en nivel muy alto. Se inició tratamiento con Sintrom el 28 de diciembre de 2014, al día siguiente del ingreso hospitalario, y se realizaron controles diarios de INR los días 29, 30 y 31 de diciembre y el día 1 de enero (jueves) pautándose el siguiente control para el día 5 de enero (lunes), no obstante el 4 de enero al sufrir una hemorragia digestiva se realizó un control urgente que determinó una cifra de INR de 5,1, falleciendo la madre de los reclamantes ese mismo día.

En el informe del Servicio de Medicina Interna implicado en el proceso asistencial de la paciente se explica que, en el control realizado en la citada fecha de 1 de enero, la madre de los interesados presentaba un resultado de INR de 2,3, que se hallaba en el rango terapéutico correcto, de manera que en la revisión que realizó a la familiar de los reclamantes el día 2 de enero consideró que, de acuerdo

con el citado resultado, lo procedente era realizar un nuevo control el día 5.

Para la Inspección Sanitaria la explicación dada por el Servicio de Medicina Interna podría ser asumible en pacientes *“más jóvenes y con menos patología”* pues, según expone, la cifra de 2,3 de INR se encuentra dentro del margen de seguridad que se sitúa entre 2 y 4,5. Sin embargo considera que en este caso no se puede obviar que se trataba de una paciente de 84 años con una muy importante patología cardiopulmonar y también hepática, esencial para el metabolismo del Sintrom y para la coagulación, por lo que afirma que *“en este caso, con toda probabilidad, hubiese sido razonable realizar controles de INR diarios que permitiesen un ajuste de dosis de anticoagulantes más fino y cierta estabilidad en la precaria homeostasis mutisistemática que era posible”*.

La falta de realización de controles diarios de INR en una paciente de las características subrayadas por la Inspección Sanitaria, carece de una explicación razonable por parte del servicio implicado en el proceso asistencial de la madre de los reclamantes y constituye para la Inspección Sanitaria una atención médica no adecuada y a esta conclusión, que comparte la propuesta de resolución, debemos atenernos dada la relevancia que en línea con la jurisprudencia solemos otorgar al criterio de la Inspección Sanitaria, ya que su fuerza de convicción deviene de su profesionalidad, objetividad e imparcialidad respecto del caso y de las partes (así Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de julio de 2018 (recurso 768/2016)).

En este caso, por tanto, podemos concluir que los controles de INR no se realizaron de forma adecuada, lo que supuso una pérdida de oportunidad para la madre de los interesados, pues si dichos controles se hubieran realizado diariamente, como sostiene la Inspección

Sanitaria, la elevación del índice podría haber sido detectada de manera más temprana y la paciente podría haber tenido un más rápido tratamiento y tal vez una mejor evolución.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de noviembre de 2018 (recurso 703/2016), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los casos de pérdida de oportunidad *“el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera”* y añade *“constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una falta de servicio”*.

QUINTA.- Procede pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados, valoración que habrá de calcularse con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de la actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, según dispone el artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

Dado que en materia de asistencia sanitaria no existe un baremo de obligado cumplimiento, la valoración se realiza en ocasiones según los parámetros de los baremos aplicables a la responsabilidad civil de los accidentes de circulación.

En este caso, dada las fechas fallecimiento de la madre de los reclamantes, no resulta de aplicación la Ley 35/2015 citada por los interesados, pues la misma es aplicable a los accidentes ocurridos tras su entrada en vigor (1 de enero de 2016) según su disposición transitoria, por lo que habría que acudir al baremo recogido en el texto refundido 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, y a la Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2014 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (aplicable también en el año 2015).

Ello, sin perjuicio de que ese baremo es meramente orientativo y no vinculante como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2016 (rec. 2387/2015) porque dicho instrumento de valoración del daño está pensado para un supuesto distinto al de la responsabilidad sanitaria, esto es, el propio de los accidentes de tráfico. Este matiz resulta especialmente relevante en los casos en los que los daños sufridos por quien reclama no están expresamente previstos en el baremo, caso del paciente que acude a un centro sanitario con la expectativa de ver solucionado o al menos mitigado un problema de salud y que, pese a la asistencia prestada, no se logra evitar el daño.

En este caso en el que valoramos una pérdida de oportunidad, hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes, que normalmente resulta de difícil o incierta apreciación en la mayoría de las ocasiones, pues se trata en realidad de una hipótesis o conjetura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo. Como señala el Tribunal Supremo (así Sentencia de 27 de enero de 2016), en

la pérdida de oportunidad hay *“una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable”*.

En los casos de responsabilidad por apreciar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, tiene señalado esta Comisión Jurídica Asesora, entre otros, en nuestros Dictámenes 146/17, de 6 de abril, y 340/18 de 19 de julio, que el objeto de reparación no es el daño final, sino un daño moral, precisamente el perjuicio proporcional a la pérdida de oportunidad sufrida, valorando en qué medida con una actuación a tiempo se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable para el paciente. Consecuentemente, la indemnización es inferior al daño real sufrido y proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió.

En este caso, sin perjuicio de las dificultades que entraña valorar la privación de expectativas que supuso para la madre de los reclamantes la actuación dispensada en el Hospital Universitario La Paz, parece razonable acudir al baremo como proponen los interesados (aunque no apliquen el adecuado según lo anteriormente dicho) y realiza la propuesta de resolución y por tanto valorar la indemnización en la cantidad de 22.561,30 euros, teniendo en cuenta según el referido baremo el fallecimiento de una persona sin cónyuge y con dos hijos mayores de 25 años, y aplicándole el porcentaje establecido en el informe emitido a instancias de la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud. Esa cantidad deberá ser actualizada a la fecha que se ponga fin al procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

En cuanto el abono de los intereses moratorios establecidos en el artículo 20 de la LCS que reclaman los interesados desde la fecha del fallecimiento de la madre de los reclamantes, no resultan de aplicación como hemos tenido de ocasión de señalar en anteriores dictámenes de

esta Comisión Jurídica Asesora, pues no es posible hablar de demora del asegurador ni, por tanto, de intereses moratorios, cuando todavía la Administración no ha dictado resolución que determine el importe de la indemnización debida (así en el Dictamen 4/17 de 5 de enero, entre otros). En este punto cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2018 (recurso 1022/2018) cuando señala que *“debe concluirse que la obligación del pago no surge hasta la fecha en que se declara la responsabilidad de la Administración con el carácter de firme...no entra en juego la relación generada por el contrato de seguro sino hasta que existe esa declaración firme de responsabilidad, porque es esta responsabilidad que constituye su objeto, por lo que conforme tiene declarado reiteradamente esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en la jurisprudencia en que se funda la sentencia de instancia, no es sino desde dicha firmeza cuando podrían reclamarse esos intereses moratorios del artículo 20.8º de la Ley del Contrato de Seguro”*.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada y reconocer a los interesados una indemnización de 22.561,30 euros, cantidad que deberá ser actualizada a la fecha que se ponga fin al procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

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 7 de febrero de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 42/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid