

Dictamen nº: **540/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **12.12.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 12 de diciembre de 2019, aprobado por unanimidad, 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 el abogado de Dña. y D. (hijos), Dña. (esposa), Dña. (madre), D., D., D., Dña. y D. (hermanos) (en adelante, todos ellos “*los reclamantes*” o “*los interesados*”) por la deficiente asistencia sanitaria dispensada a D. (en adelante “*el paciente*”) en el Centro de Salud Barajas, al considerar que su fallecimiento se produjo al pautarle Metamizol por padecer herpes zóster, a pesar de ser alérgico, lo que le produjo un shock anafiláctico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 17 de febrero de 2017 se presentó en el registro de la Consejería de Sanidad la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el abogado de los familiares del fallecido (sólo se identificaba a la primera de los familiares citados en el encabezamiento) en la que solicitaban una indemnización por el

fallecimiento del paciente, acaecido el 18 de febrero de 2016 en el Hospital Universitario Ramón y Cajal, donde ingresó el día 17 del mismo mes y año tras sufrir un shock anafiláctico que le produjo una parada cardiorrespiratoria.

La reclamación relataba que el fallecido acudió el citado día 17 de febrero de 2016 al Centro de Salud Barajas con molestias posteriormente diagnosticadas como un herpes zóster torácico. Se le pautó por la doctora, entre otros, Metamizol 575 mg 20 cápsulas cuando, según la historia clínica del paciente existente en el propio centro, tenía reconocida una intolerancia a AINES (antinflamatorios no esteroideos) y, en concreto, al Metamizol pues había sido tratado de asma por AINES el 17 de junio de 2005, faringitis el 11 de junio de 2008 y bursitis el 17 de diciembre de 2014. Señalan los reclamantes que el Metamizol es un principio activo por lo que su ingesta produjo en el paciente un shock anafiláctico, con posterior parada cardiorrespiratoria. Tras la intervención del SAMUR, fue trasladado al Hospital Universitario Ramón y Cajal donde falleció al día siguiente.

Se acompañan a la solicitud historia clínica del paciente, tanto en el Centro de Salud Barajas como en el Hospital Universitario Ramón y Cajal, informe de atención del SAMUR, certificado de defunción del paciente y Documento Nacional de Identidad de la viuda e hijos del fallecido. Con posterioridad, el 4 de abril de 2017, a requerimiento del órgano instructor, se identifican los hijos, esposa y hermanos del finado como reclamantes y confieren su representación al letrado que presentó la reclamación. Los reclamantes no fijan en su escrito la cuantía de la indemnización.

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

El paciente, de 67 años de edad, acude el 17 de febrero de 2016

al Centro de Salud de Barajas por presentar lesiones cutáneas, siendo diagnosticado de un herpes zóster torácico, de modo que la doctora le prescribe Famciclovir 500 mg, fomentos con sulfato de cobre hasta que las lesiones estén en fase de costra y Metamizol 575 mg.

Como antecedentes de importancia, consta en el expediente que en el año 2003 se abre historia clínica en el Centro de Salud de Barajas, en la que se refleja en el apartado “Alergias”: “aines, pirazolonas, paracetamol” y, como “Antecedentes Médicos” “Alergia Fármacos-Asma por Aines”. El paciente es derivado el 28 de noviembre de 2003 al Servicio de Alergología del Hospital Universitario Ramón y Cajal para valoración, no acudiendo el paciente a consulta, por lo que en el año 2004 vuelve a ser derivado por su médico de Atención Primaria

De igual modo, con fecha 2 de marzo 2005 el paciente acude a consulta externa del Servicio de Alergología, donde el informe señala como diagnóstico “probable ASA (asma bronquial, intolerancia a Aines y poliposis nasal)”.

El 8 de junio de 2005 acude nuevamente a consulta del Servicio de Alergología. En esa fecha se refleja en el informe “anosmia de muchos años de evolución. Usa Ventolin® a demanda al menos 1 vez por semana. Esta igual a largo de todo el año sin especial variación estacional. Se aprecian pólipos en ambas fosas nasales”. Queda anotado en el informe: “Prohibido AINES que tome paracetamol”.

El 17 de febrero de 2016, el paciente es trasladado por el SAMUR a Urgencias del Hospital Universitario Ramón y Cajal. Según refiere el familiar que estaba con él, 20 minutos después de tomarse un comprimido de Metamizol, ha presentado de forma brusca dificultad respiratoria, por lo que se ha administrado Ventolín. Posteriormente queda inconsciente, iniciándose masaje cardíaco por el familiar. Los

medios de apoyo vital básico llegan a las 14.05 horas, encontrándose al paciente en asistolia. 15 minutos después llegan los medios de apoyo vital avanzado, objetivándose una actividad eléctrica sin pulso. Durante el traslado presenta nueva parada cardiorrespiratoria, también en actividad eléctrica sin pulso.

Tras el ingreso en Urgencias, a las 15:48 horas, se le consigue estabilizar y se realiza una radiografía de tórax donde se observa un neumotórax izquierdo. Tras la exploración y las correspondientes pruebas, los hallazgos descritos son compatibles con encefalopatía hipóxico-isquémica, con afectación supra e infratentorial. Ausencia de flujo arterial en sistema vertebrobasilar, neumotórax, neumodiastino y enfisema subcutáneo, así como fracturas costales superiores izquierdas.

Durante su evolución presenta un deterioro neurológico, por lo que se le realiza un TAC cerebral y angio TC que muestran signos compatibles con encefalopatía hipóxico-isquémica, con afectación supra e infratentorial.

La mañana del 18 de febrero de 2016 la exploración clínica del paciente, corroborada por una EGG, muestra una situación de muerte encefálica, falleciendo el mismo día. El juicio clínico revela como diagnóstico *“parada cardiorrespiratoria en vía pública en asistolia recuperada, secundaria probablemente a shock anafiláctico. Neumotórax izquierdo. Encefalopatía postanóxica grave. Muerte encefálica”*

TERCERO.- Recibida la reclamación por el Servicio Madrileño de Salud, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

(título preliminar, capítulo IV) (en adelante LRJSP).

Se incorporó al expediente la historia clínica y, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 79 y 81.1 de la LPAC, se aportó también el informe de las doctoras, la titular y una médico residente, que atendieron al paciente en el Centro de Salud de Barajas el 17 de febrero de 2016, fechado el referido informe el 26 de abril de 2017, en el que se manifiesta que *“tras la exploración del paciente, se objetivaron lesiones cutáneas en hemitórax izquierdo con distribución metamérica y se le diagnosticó de herpes zóster torácico”*. Señala el informe que, tras pautar Famciclovir 500 mg *“antes de prescribirle tratamiento para el dolor, estuve explicando a la médico residente que estaba conmigo en la consulta las alternativas farmacológicas del tratamiento del dolor en el herpes zóster, incluyendo la escala analgésica de menor a mayor, y las posibles alergias en caso de alergias medicamentosas...El paciente escuchó la conversación completa y a la hora de prescribirle la medicación para el dolor y explicarle la pauta, en ningún caso refirió que tuviese alergia o intolerancia a ninguno de los medicamentos mencionados en esta conversación, entre los que estaba incluido el Metamizol, que es el que finalmente se le pautó por si tuviese dolor”*.

En todo caso, si bien la doctora señala que *“que dicha alergia no estaba documentada de una manera definitiva, y es por eso por lo que en la historia clínica figura con interrogantes”*, no es menos claro que afirma que *“el 17 de junio de 2005, en otra visita al centro de salud para revisión de una herida en región pretibial derecha, refiere “asma bronquial con intolerancia a AINES, lo que se hace constar en la historia clínica...”*.

Consta asimismo informe del jefe del Servicio de Alergología del Hospital Universitario Ramón y Cajal, de 4 de mayo de 2018, que refiere como *“en la historia clínica del paciente consta una primera*

visita el 2 de marzo de 2005, en la que se dio el primer diagnóstico provisional de asma bronquial, intolerancia a antiinflamatorios no esteroideos...el estudio alergológico se llevó a cabo el 1 de abril de 2005 ...en dicho estudio se confirmó la tolerancia a los siguientes antiinflamatorios no esteroideos: paracetamol e ixonixino así como a Brotibromuro de escolapamuna (buscapina), página 67 de la historia clínica. El día 8 de junio se ve al paciente de nuevo en consulta de alergología, en esta cita aparece recogido por el alergólogo las siguientes indicaciones: “se prohíben AINES, se le deja tomar paracetamol...todo ello reflejado en la página 64 de la historia clínica. No hay constancia de nuevas visitas al departamento de alergología”.

Para la Inspección Sanitaria, cuyo informe fue requerido en la instrucción del expediente, la asistencia prestada fue inadecuada puesto que, cuando el 8 de junio de 2005 el paciente acude de nuevo a consulta del Servicio de Alergología, “en esa fecha se refleja en el informe: anosmia de muchos años de evolución. Usa Ventolín a demanda al menos una vez por semana. Está igual a lo largo del año sin especial variación estacional. Se aprecian pólipos en ambas fosas nasales”, de modo que como recoge la médico inspectora “queda anotado en el informe: prohibido AINES que tome paracetamol...”

Según el informe, el paciente presentaba los síntomas de ASA o asma asociado a intolerancia a AINES, que se caracteriza por la presencia de asma bronquial, sinusitis y poliposis nasal e intolerancia a la aspirina y a otros AINES, tales como pirazolonas, indometacina, naproxeno, ibuprofeno o ácido mefenámico. Por ello “se le prohíbe la toma de AINES y el Servicio de Alergia en el año 2005 establece como protocolo analgésico para este paciente: buscapina, nixin y paracetamol. Dichas recomendaciones son anotadas en la Historia de Atención Primaria el 17 de junio de 2005 por la doctora”

Además, expone la Inspección Médica que *“hay que señalar que cualquier AINE puede producir un cuadro de anafilaxia, si bien los AINES del grupo pirazol (grupo al que pertenece el metamizol) son la principal causa, en orden de frecuencia, de reacción anafilactoide”*.

Concluida la instrucción del procedimiento, se confirió trámite de audiencia a los reclamantes, que presentaron escrito de fecha 26 de junio de 2019, en el que manifiestan su conformidad con las conclusiones del informe de la Inspección Médica y dejan en manos de la Administración la fijación de la indemnización correspondiente.

El 7 de noviembre de 2019 el viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución, que estimó parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial, reconociendo una indemnización por todos los conceptos de 369.912 euros

CUARTO.- Por escrito dirigido por delegación por el viceconsejero de Sanidad, de 14 de noviembre de 2019, -con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 18 de noviembre-, se formuló preceptiva consulta a dicho órgano.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 524/19, al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 12 de diciembre de 2019.

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 indeterminada 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).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, está regulada en la LPAC, según establece su artículo 1.1. Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el 32.1 de la LRJSP, en cuanto sufren el daño moral que provoca el fallecimiento de su hijo, esposo, padre y hermano respectivamente. Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco que ligaba a los interesados con el fallecido mediante copia del Libro de Familia. Actúan representados por un abogado y ha quedado debidamente acreditada dicha representación mediante la aportación de la correspondiente escritura de poder.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid por ser la titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

El 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 67 LPAC). En el presente caso, la reclamación ha sido interpuesta en plazo legal, pues se presentó el 17 de febrero de 2017, mientras que el fallecimiento del paciente tuvo lugar el 18 de febrero de 2016.

No se observa ningún defecto en el procedimiento tramitado. Se ha recabado el informe del servicio al que se imputa el daño, de acuerdo con los artículos 79 y 81 de la LPAC, y consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a las reclamantes, de conformidad con el artículo 82 de la LPAC, que presentaron escrito de alegaciones.

Y finalmente, se dictó la propuesta de resolución según lo exigido en el artículo 91 de la LPAC.

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 art. 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 LRJSP 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:

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 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 en cuanto que 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.- 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 5ª) de 15 de marzo de 2018 (recurso de casación 1016/2016), 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 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”».

Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron al paciente, debemos partir de lo que constituye regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de septiembre de 2016 (recurso 60/2014), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sin embargo, en el presente supuesto, esa obligación de prueba que recae sobre la parte reclamante se ve atemperada por la propia historia clínica del paciente, donde constan debidamente aquellos antecedentes que debieron ser tomados en consideración por la doctora que le prescribió Metamizol como analgésico ante los dolores que el herpes zóster que padecía pudiera provocarle.

En este sentido, debemos recordar cómo dicha historia clínica ya recogía que el paciente acude el 2 de marzo de 2005 a consulta externa del Servicio de Alergología y el informe es claro al respecto

cuando expone que se trata de un *“paciente varón que desde hace 20 años, tomo una aspirina (AAS) y sufrió cuadro de broncoespasmo (no recuerda otras reacciones). Hace 25 años, a raíz de intervención de hernia inguinal se le administró Nolotil® sufriendo cuadro de broncoespasmo requiriendo atención en UVI, precisando corticoides sistémicos. Hace 12-14 años cuadro de resfriado tomó alka.seltzer® sufriendo nuevo cuadro de broncoespasmo. Fue diagnosticado de asma bronquial, en seguimiento por Sanitas, desde hace 20 años, actualmente sin tratamiento salvo B 2 de acción corta de forma puntual. No ha precisado acudir a Urgencias. Únicamente tolera Deprancol.”* Este proceso lleva a que se indique por el Servicio de Alergología el 8 de junio de 2005, de modo taxativo, *“prohibido Aines que tome paracetamol”*, protocolo analgésico que, como señala la Inspección Médica, anota en la historia clínica de Atención Primaria la propia doctora.

Debido a ello, la médico inspectora concluye que en la asistencia sanitaria prestada al paciente ha sido inadecuada *“por entender que en ningún caso se tenía que haber prescrito Metamizol al paciente en base al informe del Servicio de Alergia del Hospital Ramón y Cajal en que se prohibía la utilización de AINES en este paciente”*

Conclusión a la que debemos atenernos dado que el informe de la Inspección Sanitaria obedece a criterios de imparcialidad, objetividad y profesionalidad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en multitud de sentencias, entre ellas la dictada el 22 de junio de 2017 (recurso 1405/2012):

“...sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis, puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso

y de las partes que han de informar la actuación del médico inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”.

En definitiva, conviene señalar que la alergia que padecía el paciente figuraba anotada en su historia clínica y no consta en el expediente que la doctora que prescribió el fármaco le interrogase acerca de sus posibles alergias. En este punto, es preciso recordar que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, determina en su artículo 16 que *“la historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente. Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia”.*

QUINTA.- Procede, por tanto, la valoración de los daños, lo que ha de hacerse aplicando el baremo establecido para las víctimas de accidentes de tráfico 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. Ello, sin perjuicio de que ese baremo sea meramente orientativo y no vinculante como ha señalado, esta Comisión Jurídica Asesora en diversos dictámenes siguiendo la jurisprudencia contenida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2016 (rec. 2387/2015) puesto que dicho instrumento de valoración del daño está pensado para un supuesto distinto, 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. Como puso de manifiesto el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en el Dictamen 105/15, de 11 de marzo, con ocasión de un procedimiento de

responsabilidad patrimonial iniciado de oficio como consecuencia del desprendimiento de una rama de un árbol en el Parque de El Retiro de Madrid que provocó el fallecimiento de un padre y daños a sus hijos menores y otros parientes del difunto, no puede desconocerse que el “*petium doloris*” es de muy difícil cálculo. A este respecto, el Tribunal Supremo, en diversas sentencias, entre otras, la Sentencia de 19 de noviembre de 2013 (recurso 1830/2011) afirma que "el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de *petium doloris*, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso”.

En el presente supuesto, los reclamantes remiten a la fijación por la Administración de la cuantía de la indemnización, y aquélla opta por la aplicación objetiva del citado baremo, tomando en consideración que se trata del fallecimiento de un varón de 67 años de edad, con esposa y dos hijos (la hija con convivencia y dependencia económica) y madre más cinco hermanos vivos. Partiendo de la última declaración de la renta del fallecido (año 2015) resultan las siguientes cuantías:

Para la esposa: por perjuicio básico 117.000 euros y por perjuicio patrimonial, 400 euros por daño emergente y 40.633 euros por lucro cesante, lo que hace un total de 158.000 euros.

Para la madre, por perjuicio básico 40.000 euros, perjuicio particular 10.000 euros y por perjuicio patrimonial, 400 euros por daño emergente, lo que hace un total de 50.400 euros.

Para la hija (con convivencia y dependencia): por perjuicio básico 20.000 euros, por perjuicio particular 30.000 euros y por perjuicio

patrimonial, 400 euros por daño emergente y 13.676 euros por lucro cesante, lo que hace un total de 64.076 euros.

Para el hijo, por perjuicio básico 20.000 euros más perjuicio patrimonial, daño emergente, de 400 euros, con un total 20.400 euros.

Para cada uno de los cinco hermanos, por perjuicio básico 15.000 más perjuicio patrimonial de 400 euros por daño emergente, lo que hace un total de 15.400 euros.

Todo ello supone una indemnización total de 369.912 euros, que deberá actualizarse a la fecha de finalización del procedimiento. Esta Comisión Jurídica Asesora considera adecuada y correcta la referida indemnización.

Por todo cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por la atención sanitaria dispensada, reconociendo a los reclamantes una indemnización por todos los conceptos de 369.912 euros, cantidad que habrá de ser actualizada la fecha de resolución del procedimiento.

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 12 de diciembre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 540/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid