

Dictamen nº: **96/23**

Consulta: **Consejero de Sanidad**

Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación: **02.03.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 2 de marzo de 2023, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con la reclamación formulada por D. (en adelante, “*el reclamante*”) que actúa en nombre propio y en nombre y representación de su hijo, por la sobredosificación de ketamina administrada a su hijo, en el Hospital Universitario de Torrejón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 11 de junio de 2021, la persona citada en el encabezamiento presenta un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial en el que relata que su hijo, de 10 años de edad en el momento de los hechos, le hicieron daño en un brazo en el colegio y acudieron a Urgencias del Hospital Universitario de Torrejón donde les informan que se trataba de una fractura y les explican el proceso a realizar, esperan a que los llamen y “*entramos en una sala con el traumatólogo y con dos enfermeras y le tumbaran en una mesa larga y le ponen la ketamina, (que fue la anestesia que optan poner) seguidamente me dicen que salga de dicha sala*” y veinte

minutos más tarde cuando lo llaman para coger a su hijo lo encuentra “*con una postura un poco rara y me doy cuenta de que en ningún momento el niño ha estado monitorizado, le cojo en brazos y empieza a hacer ruidos muy extraños y en ese momento es cuando le monitorizan, doy dos pasos y veo que mi hijo tiene de saturación 40% y se lo digo inmediatamente a la enfermera y salimos corriendo a una cama y en ese momento empieza a sonar una sirena y aparecen unas 20 personas a atender a mi hijo*”.

Prosigue su relato señalando que tres minutos después su hijo estaba estabilizado y le informan que se le había cerrado la tráquea, intentaron despertar al niño y pasados 30 minutos fueron avisados desde toxicología que su hijo había recibido una sobredosis de ketamina y le podía causar una parada cardiaca, que “*le querían administrar una dosis para 30 kilos y le administraron para 130 kilos*” lo que considera una barbaridad, un fallo enorme para un niño de 10 años.

Refiere que, “*por suerte*”, el niño despertó pronto, le hicieron una PCR y fue trasladado en ambulancia al Hospital Infantil Universitario Niño Jesús porque necesitaba estar en observación en UCI pediátrica de la que no disponía el Hospital Universitario de Torrejón, donde permaneció esa noche y el día siguiente entero, recibiendo alta en la mañana del 6 de marzo de 2021.

Solicita una indemnización de 15.000 euros por daños morales.

Acompaña con su escrito diversa documentación médica, y, previo requerimiento, aporta el libro de familia.

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

El paciente, de 10 años de edad en el momento de los hechos, acude el 4 de marzo de 2021 a Urgencias del Hospital Universitario de Torrejón por dolor e impotencia funcional en brazo derecho. Refiere que ha notado un crujido y desde entonces dolor e impotencia funcional. Se realiza exploración física, Rx y es valorado por Traumatología siendo diagnosticado de fractura de 1/3 distal de radio y 1/3 de medio cíbito.

Se procede a la reducción cerrada bajo sedoanalgesia con ketamina intravenosa. Se pauta dosis de 1.5 mgs/kg (total 50 mgs) a pasar lento (más de un minuto).

Se realiza procedimiento sin incidencias, con monitorización cardiorrespiratoria. Al terminar se pasa con monitorización a observación, a los 2 minutos aproximadamente inicia con sonidos de VAS, desaturación SAT 02 38% con regular captación y cianosis labial.

Enfermería avisa a los médicos que encuentran al paciente con apnea obstructiva. Se realiza tracción mandibular junto con extensión cervical, se coloca “Guedel” y se administra oxígeno al 100% en mascarilla y reservorio. Se aspiran abundantes secreciones. Presenta saturación >95% y estabilidad hemodinámica, en todo momento.

A los 10 minutos presenta mejoría de la dificultad respiratoria. Se retira Guedel y se colocan gafas nasales a 2 l/pm. A los 30 minutos, mantiene escasa respuesta al dolor, miosis poco reactiva a la luz y constantes estables sin soportes. Presenta mejoría progresiva del estado de conciencia respondiendo, con apertura ocular, a estímulos verbales, con localización de estímulos dolorosos, sin respuesta verbal. Glasgow 8-9.

Al revisar la dosis infundida de ketamina se objetiva que se ha administrado 250 mg (8mg/kg) y se informa al padre.

Ante la posibilidad de nueva aparición de efectos secundarios, se contacta con el SUMMA para traslado del paciente a centro hospitalario con Unidad de Cuidados Intensivos.

El paciente es trasladado el 5 de marzo desde el Hospital Universitario de Torrejón al Hospital Infantil Universitario Niño Jesús. Ingresa en la UCI donde permanece hemodinámicamente estable y requiere oxígeno en gafas nasales nocturno (hasta 2 lpm) que se retira al despertar. Trasladado a sala desde la UCI, permanece afebril, con tensión arterial y frecuencia cardiaca en límites normales. Mantiene saturación de oxígeno basal >95%, sin precisar oxigenoterapia. Alimentación enteral oral con buena tolerancia. No vomita. Es valorado por Traumatología que le seguirá en consultas.

Recibe alta el 5 de marzo de 2021 con diagnóstico principal de intoxicación accidental por ketamina.

Consta en las anotaciones de la historia clínica del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús del día 14 de abril de 2021:

“Desde el alta, no ha requerido nuevos ingresos hospitalarios, está en seguimiento con el traumatólogo. No tiene ningún tratamiento. Desarrollo psicomotor normal, aunque todavía tiene una escayola, por lo que no ha podido incorporarse a las actividades deportivas. Duerme bien 8 horas. No impresiona de dolor. Creen que su hijo no tiene ninguna limitación global consecuencia del ingreso en UCIP. La familia ha conseguido incorporarse a su rutina diaria. Escala FSS: 6. PCPC: 2. J.C.: No se observa Sº post UCI” (folio 59).

TERCERO.- Presentada la reclamación se inició el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Se ha incorporado al expediente la historia clínica del hijo del reclamante del Hospital Universitario de Torrejón y del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, pese a no ser objeto de reproche.

Asimismo, se ha incorporado al procedimiento el informe del Hospital Universitario de Torrejón en el que se relata la asistencia dispensada al menor desde que acudió a Urgencias por dolor e impotencia funcional en el brazo derecho hasta la indicación de realizar la sedación con ketamina para realizar la intervención quirúrgica. Recoge también el informe que tras la finalización del procedimiento, el menor comenzó a presentar sonidos de vías aéreas superiores y cianosis labial, saturación en el monitor de 38% y el personal de Enfermería avisó de manera urgente a los pediatras de guardia que por sospecha de apnea obstructiva realizaron maniobras de apertura de la vía aérea y administración de oxígeno al 100% con mascarilla reservorio, se colocó una cánula de Guedel y se aspiran secreciones permaneciendo hemodinámicamente estable. Presentó mejoría clínica desde el punto de vista respiratorio a los 10 minutos y a los 30 minutos del evento el paciente presentó constantes vitales estables, sin precisar soporte, pero se evidencia a la exploración Glasgow 9 puntos, con escasa respuesta al dolor, miosis poco reactiva a la luz, movimiento intencionado de la boca y nistagmo horizontal bilateral.

Añade el informe que “*ante estos hallazgos de la exploración neurológica, se realiza revisión de la medicación administrada para la sedación, evidenciado que la dosis de ketamina cargada para la*

administración era de 250 mg (7.8 mg/kg), en lugar de la dosis prescrita por el pediatra de guardia, debido a un error en la preparación del medicamento por parte del personal de Enfermería, ya que no se había realizado la dilución correcta del mismo. De la dosis preparada no se administró el 100% al paciente, ya que como se realiza en la práctica habitual, se administró de forma progresiva, hasta lograr el efecto sedante deseado en el paciente, lo que se consiguió según refiere el facultativo que realizó el procedimiento, con aproximadamente la mitad de la dosis.

Tras constatar la sobredosificación del medicamento, se contacta con el instituto nacional de toxicología, que indica que por la vida media del fármaco el paciente precisa de observación en una unidad de cuidados intensivos pediátricos al menos por 24-48 horas, motivo por el cual se contacta al SUMMA para realizar el traslado a un centro terciario, por carecer de esta unidad en nuestro centro”.

Consta también el informe de la Inspección Sanitaria, que considera incorrecta o inadecuada a la *lex artis* la asistencia sanitaria dispensada al menor, ya que “*se ha producido un error en la preparación del medicamento denominado KETAMINA lo cual conllevó una sobredosificación del medicamento en el proceso de reducción de una fractura de radio con cubito cerrado en el Hospital Universitario de Torrejón”.*

Concluida la instrucción del procedimiento, se confirió trámite de audiencia al hospital concertado y al reclamante, mediante anuncio publicado en el BOE del día 2 de noviembre de 2022 previo intento infructuoso de notificación en el domicilio indicado.

No figura en el expediente la presentación de alegaciones.

Finalmente, el 23 de enero de 2023 se formuló propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación formulada reconociendo una indemnización por importe de 1.000 euros.

CUARTO.- El 30 de enero de 2023 se formuló preceptiva consulta a este órgano consultivo.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 41/23, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 2 de marzo de 2023.

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 igual 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, iniciado a instancia de interesada, según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRSJP) cuyo capítulo IV del libro preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El menor ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la LRJSP, al haber recibido la asistencia sanitaria objeto de reproche.

Actúa debidamente representado por su padre a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil que atribuye a los padres la representación legal de los hijos menores no emancipados. Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco mediante copia del libro de familia.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por el Hospital Universitario de Torrejón, en virtud del concierto suscrito con la Comunidad de Madrid. En este punto cabe indicar que 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 la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder.

En este sentido se ha manifestado esta Comisión Jurídica Asesora (dictámenes 112/16, de 19 de mayo, 193/17, de 18 de mayo y 107/18, de 8 de marzo, entre otros muchos) asumiendo la 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 9^a). En esta misma línea se sitúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de mayo de 2019 (recurso 68/2019) que, tras destacar que la LPAC no recoge una previsión similar a la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), considera que, en los casos en los que la asistencia sanitaria a usuarios del Sistema Nacional de Salud es prestada por entidades concertadas con la Administración (como era el caso), se trata de sujetos privados con funciones administrativas integrados en los servicios públicos sanitarios, por lo que no es posible que se les demande ante la jurisdicción civil ya que actual en funciones de servicio público.

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 67.1 de la LPAC).

En el presente caso, en el que se reclama por error en la dosis de ketamina administrada al menor el día 4 de marzo de 2021, debe reputarse formulada en plazo la reclamación presentada el 11 de junio de 2021, con independencia de la fecha de curación o de estabilización de las secuelas.

Por lo que se refiere al procedimiento seguido en la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se observa que en cumplimiento del artículo 81 de la LPAC ha emitido informe el Hospital Universitario de Torrejón. También se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del reclamante y ha emitido informe

la Inspección Sanitaria con el resultado expuesto en los antecedentes de este dictamen. Tras ello, se confirió trámite de audiencia al interesado y al centro hospitalario concertado y se redactó la propuesta de resolución en sentido estimatorio parcial de la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada.

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 LPAC y por la LRJSP en su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes.

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”*.

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 recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de mayo de 2016 (recurso 1153/2012) *“que cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial viene declarando 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, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico”*.

CUARTA.- En este caso se reclaman daños morales por la sobredosificación de ketamina administrada al menor.

Resulta suficientemente acreditado en el expediente que el menor fue sometido a una intervención de reducción cerrada de fractura de cúbito y radio en el brazo derecho y se pautó sedoanalgesia con ketamina intravenosa 1.5 mgs/kg, indicada en niños y adultos, según los informes obrantes en el expediente, como anestésico en intervenciones diagnósticas y terapéuticas que no requieren de relajación muscular. Resulta también acreditado, que, por error en la preparación del medicamento, la dosis de ketamina administrada fue de 250 mgs (8 mgs/kg) en lugar de la dosis prescrita.

Del error queda la pertinente constancia en la historia clínica y es reconocido por el servicio causante del daño, por la Inspección Sanitaria y por la propia Administración sanitaria.

Resulta evidente y no requiere mayor esfuerzo argumentativo que el interesado no tiene la obligación jurídica de soportar el daño causado por este funcionamiento inadecuado de los servicios sanitarios, por lo que procede reconocer la reclamación de responsabilidad patrimonial.

QUINTA.- Sentado lo anterior, procede pronunciarse sobre la concreta valoración del daño.

En el supuesto que es objeto de este dictamen se reclaman daños morales por el miedo, la inquietud y angustia que la sobredosificación de ketamina podía producir y produjo en el menor y que cuantifican en 15.000 euros.

Sobre los daños morales, esta Comisión Jurídica Asesora viene señalando (dictamen 714/22, de 22 de noviembre y dictamen 560/19,

entre otros) que “*los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales*” y “*la situación básica para que pueda darse un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia*”.

En la Sentencia de 29 de junio de 2011 del Tribunal Supremo (recurso 3561/2007), se mantiene que “*a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración se incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave*”.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008 (recurso 2717/2005): «*el concepto de “daño moral” borroso, relativo e impreciso, (como recuerda la sentencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo de fecha 27 de julio de 2006) alude al que es causado al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral (misma sentencia). De éste, susceptible de subdividirse en tantas subcategorías como bienes y derechos lo integran, forma parte, como valor que sustenta y fundamenta todos los demás, el de la dignidad de la persona, mencionado en primer término en el artículo 10.1 nuestra Constitución. Para ésta, la dignidad es un atributo de la persona, un valor, un bien jurídico, un derecho inherente a ella del que es titular siempre y en todo caso por el solo hecho de serlo, de ser persona*».

En este caso, resulta indubitable la inquietud y angustia que la sobredosificación de ketamina provoca a un padre y su hijo menor de edad.

En cuanto a la valoración de dicho daño moral, hemos señalado reiteradamente que es extremadamente complicada por su gran subjetivismo (así nuestro dictamen 165/18, de 12 de abril, en el que se citan las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 (recurso 592/2006) y 23 de marzo de 2011 (recurso 2302/2009). En punto a su concreta indemnización, 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 moral, y señala que la cuantía debe fijarse “*de un modo estimativo atendiendo a las circunstancias concurrentes*”.

En nuestro caso, teniendo en cuenta la sintomatología que presentó el menor (desaturación y apnea obstructiva, entre otras), el tiempo en la desaparición de la misma (ingresa el 4 de marzo de 2021 y recibe alta en el Hospital Infantil Universitario Niño Jesús el 6 de marzo de 2021) incluido el día que permaneció ingresado en la UCI, se considera adecuado reconocer una cantidad global y actualizada de 4.500 euros.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial y reconocer una indemnización global y actualizada de 4.500 euros.

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 2 de marzo de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 96/23

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid