



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y

Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 6 de abril de 2006, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de Dña. vvvvv, D. ppppp y Dña. ddddd*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 10 de febrero de 2006 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. vvvvv, D. ppppp y Dña. ddddd debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a Dña. xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 14 de febrero de 2006, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 194/2006, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- Dña. xxxxx, de 40 años, con antecedentes personales de alergia a la penicilina, retraso psíquico leve y síndrome ansioso en tratamiento con Trankimacin, acude el 10 de diciembre de 2003 al Hospital hhhhh, de xxxxx, por presentar tos seca de quince días de evolución y disnea de pequeños



esfuerzos, siendo diagnosticada de derrame pericárdico severo tumoral y probable linfoma, además de apreciar la existencia de riesgo de taponamiento cardiaco. Por este motivo se decide su traslado a la UCI del Hospital xxxxx de xxxxx, desde donde es derivada al Servicio de Hematología que, tras realizar un estudio de extensión, emite diagnóstico de linfoma linfoblástico T cortical (E-III), presentándose de forma grave y agresiva.

De acuerdo con el diagnóstico emitido, se programa iniciar tratamiento poliquímico terapéutico BFM-2000 desde el día 12 de diciembre de 2003 hasta el día 8 de febrero de 2004, consistente en administración por vía intravenosa de medicamentos tales como Vincristina y Metrotexate.

El 26 de diciembre de 2003, se le administra erróneamente 1 centímetro cúbico de Vincristina por vía intratecal, que no se llega a administrar completamente, ya que se aprecia la equivocación y se procede de inmediato a realizar un aspirado y tratamiento posterior, ante el cuadro de mielitis química, con ácido glutámico, además de lavados de líquido cefalorraquídeo por doble punción lumbar.

El día 28 de diciembre la paciente presenta un síndrome compatible con secreción inadecuada de hormona antidiurética más diabetes esteroidea, evolucionando a un cuadro de hipotensión con entrada en coma y se la traslada a la UCI.

Ingresa en la UCI el día 29 de diciembre de 2003 en estado de coma, con Glasgow 9, TA 100/60, procediendo los facultativos a realizar lavados de LCR con plasma y posteriormente con suero salino, administrando corticoides, profilaxis de hemorragia digestiva con Pantoprazol y Dopamina.

En los días posteriores, la paciente profundiza en el coma y finalmente fallece el día 7 de enero de 2004.

Segundo.- Mediante escrito presentado el 12 de marzo de 2004 en la Gerencia de Salud de Área de xxxxx, Dña. vvvvv, D. ppppp y Dña. ddddd formulan una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que les ha ocasionado la muerte de su hija y hermana, respectivamente, como fue consecuencia –de acuerdo con dicho escrito– de la administración, por una vía errónea –intratecal–, del medicamento denominado Vincristina.



Solicitan ser indemnizados con 120.000 euros la madre y con 30.000 euros cada uno de los hermanos, de forma que sea íntegramente reparado el daño sufrido, incluido el moral.

Tercero.- Al expediente se han incorporado, además de la historia clínica de la paciente, los siguientes informes de unidades médicas y profesionales:

- Informe del Dr. wwwww, Jefe de Servicio de Hematología del Hospital xxxxx de xxxxx, de 5 de marzo de 2004.

- Informe de la Inspección Médica, de 10 de mayo de 2004, que señala:

“El 26 de diciembre de 2003 se produce un error en la vía de administración, inyectándose 1 cc. de vincristina intratecal. Se detecta inmediatamente y se procede, según protocolo recogido en la ficha técnica del medicamento, a extraer la máxima cantidad posible de material inyectado y LCR.

»(...) Tal y como recoge la ficha técnica del medicamento la administración por vía intratecal de vincristina es letal (...).

»Por tanto nos parece pertinente la reclamación presentada por la familia”.

Cuarto.- Cumplido el trámite de audiencia mediante comparecencia de D. yyyyy en representación de los reclamantes, el 18 de enero de 2005, ante el funcionario encargado de formalizar el referido trámite, no consta que se haya formulado alegación alguna sobre el expediente.

Quinto.- El 28 de diciembre de 2005 se formula la correspondiente propuesta de resolución, en el sentido de que procede estimar parcialmente la reclamación formulada, indemnizando a la madre de la fallecida con la cantidad de 41.335,07 euros, al considerar que, pese al error cometido y el trágico desenlace, procede aplicar el criterio de la pérdida de oportunidades y reducir porcentualmente la cantidad que correspondería según el baremo contenido en



la Resolución correspondiente de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Sexto.- El 13 de enero de 2006 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente sobre la propuesta de resolución indicada.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

Séptimo.- A la vista del contenido del expediente, con fecha 9 de marzo de 2006 este Órgano Consultivo remite a la Universidad de xxxxx –Facultad de Medicina– una petición de informe sobre la reclamación formulada.

El plazo para la emisión de dictamen queda suspendido hasta que, con fecha 28 de marzo de 2006, se recibe el referido informe, que, resumidamente, da respuesta del siguiente modo a las preguntas formuladas:

“1 ¿Podría haber alcanzado un nivel de recuperación suficiente para que pudiera recibir el alta médica e incorporarse a las tareas que hasta su ingreso venía desarrollando?

»(...) En conclusión, todo ello hace improbable que pudiera volver a realizar las tareas de una actividad normal previa.

»2. Cuando en el diagnóstico se refiere a que el linfoma se presenta de forma grave y agresiva ¿debe entenderse que equivale a un estado muy avanzado en la enfermedad y consiguientemente con tendencia, más o menos rápida, a un fatal desenlace?

»(...) La paciente se presentó en una situación de compromiso vital, una vez controlada esta situación, el principal factor de mal pronóstico aparte de la edad era la elevada masa tumoral.

»3. ¿Cuál podría ser la esperanza de vida de la paciente, de no haber desarrollado la mielitis química, consecuencia de la incorrecta administración de la vincristina?



»(...) Hay que recordar que los resultados obtenidos en protocolos de ensayos clínicos no siempre son reproducibles, debido a una posible selección de los mejores casos, un control exhaustivo de los pacientes y su realización en los mejores grupos a nivel mundial.

»Por tanto la cifra de supervivencia libre de enfermedad del 62% y supervivencia global entre 51-67%, habría que considerarlas como máxima posibilidad”.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por 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.

3ª.- Concurren en los interesados los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Se ha de considerar que la solicitud de resarcimiento por los daños morales sufridos legitima a los familiares que presentan la reclamación: madre y hermanos de la fallecida, puesto que ha de entenderse que todo ser humano que se pueda sentir afectado por el daño moral podría pretender ser indemnizado en los casos en los que exista responsabilidad de la Administración.

La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley



3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 1 de marzo, 21 de abril y 29 de octubre de 1998; 28 de enero de 1999; 1 y 25 de octubre de 1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes de 27 de marzo de 2003, expte. nº 183/2003; 6 de febrero de 2003, expte. nº 3583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3251/2002), la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexos causal que implica la necesidad de que el daño sea



consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación formulada por Dña. vvvvv, D. ppppp y Dña. ddddd debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a Dña. xxxxx.

Los interesados han ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, puesto que el fallecimiento de Dña. xxxxx se produjo el 7 de enero de 2004 y la reclamación se interpuso el 12 de marzo de ese mismo año.

Del mismo modo que el sentido recogido en la propuesta de resolución que acompaña al expediente, este Consejo Consultivo considera que en aquél concurren todos y cada uno de los requisitos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Autónoma por anormal funcionamiento del servicio público sanitario.

Así, se ha producido un deficiente funcionamiento del servicio público en el tratamiento de la patología cancerosa de la paciente, dado que se produjo un error en la vía de administración del medicamento denominado Vincristina, lo que hizo que, a pesar de la celeridad con la que reaccionaron los facultativos al apreciar dicho error, fuese imposible evitar el fatal desenlace.

6ª.- Una vez confirmada la concurrencia de los requisitos exigidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario concretar la obligación reparadora que surge como consecuencia de la misma o, lo que es lo mismo, el *quantum* de la indemnización.

Los interesados –madre y hermanos de la fallecida– solicitan en su escrito de reclamación ser resarcidos de los daños sufridos, incluidos los



morales, con 120.000 euros la primera y con 30.000 euros cada uno de los dos hermanos.

Sin embargo, tal y como recuerda la propuesta de resolución remitida a este Consejo junto con el resto del expediente, la valoración de los reclamantes omite el hecho de que la paciente padecía un linfoma linfobástico T. cortical estadio III, por lo que debe tenerse en cuenta su patología a la hora de fijar la indemnización, de acuerdo con las posibilidades de supervivencia de la paciente.

Este es un supuesto en el que procede aplicar la doctrina jurisprudencial de la llamada "pérdida de oportunidades". La Audiencia Nacional, en Sentencia de 15 de octubre de 2003, recoge un supuesto en el que "la actuación de la administración, si bien ha sido contraria a la *lex artis*, no puede decirse que haya sido la única responsable del resultado producido, puesto que un tratamiento médico correcto no garantizaba que se hubiera podido evitar la sordera total y definitiva. Por tanto, lo que debe ser objeto de reparación es, solamente, la pérdida de la oportunidad de que con un tratamiento más acorde a la *lex artis* se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud de la paciente ahora recurrente; el hecho de que se valore, exclusivamente, esta circunstancia obliga a que el importe de la indemnización deba acomodarse a esta circunstancia y que se modere proporcionalmente con el fin de que la cantidad en la que se fije la indemnización valore en exclusiva este concepto indemnizatorio".

Conforme a dicho criterio, la indemnización a conceder a los reclamantes ha de calcularse de acuerdo con las probabilidades que existían de que la paciente sobreviviera, de no haber desarrollado la mielitis química consecuencia de la incorrecta administración de la Vincristina.

Se admite la posibilidad reflejada en la propuesta de acudir, como criterio orientativo, a la baremación contenida en los anexos que se recogen en las resoluciones anuales de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, sin olvidar, tal como manifiesta la citada Sentencia de la Audiencia Nacional, que "en todo caso, (...) cabe convenir que la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial".



7ª.- Expuesto lo anterior, podemos diferenciar los conceptos y las cuantías indemnizatorias correspondientes, por un lado, a la madre de la fallecida y, por otro, a los hermanos de ésta.

Así, en primer lugar, respecto de la indemnización a conceder a la madre de la fallecida, lo expuesto en la consideración jurídica anterior determina que aquélla se calcule con referencia a la cantidad recogida en el grupo IV de la tabla I de la Resolución de 9 de marzo de 2004 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones –vigente en la fecha en que acontecieron los hechos que motivan la reclamación–. Dicho grupo IV contiene la referencia a “víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes”, y a la cantidad reflejada se le ha de añadir el factor de corrección que corresponda, de acuerdo con la tabla II del referido anexo.

Sin embargo, y a diferencia del resultado al que llega la propuesta de resolución –que la cantidad resultante de la aplicación de dichas tablas la reduce al 44% teniendo en cuenta la media de supervivencia, de acuerdo con el antedicho criterio de la pérdida de oportunidades–, este Consejo considera lo siguiente: la bibliografía que se cita en el expediente como sustento para mantener dicho porcentaje del 44% se trae a colación por vez primera en la propuesta de resolución, sin que ningún informe previo, en la fase instructora del expediente, haga un estudio pormenorizado de los datos sobre la enfermedad y la esperanza de vida de la persona que la padece. Éste, sin embargo, se nos presenta con la remisión a este Consejo del informe médico de la Universidad de xxxxx que, citando numerosa bibliografía, concluye al respecto que “(...) la cifra de supervivencia libre de enfermedad del 62% y supervivencia global entre 51-67%, habría que considerarlas como máxima posibilidad”.

Lo anterior determina que este Consejo considere conveniente que, en la resolución que finalmente se dicte, se considere más alto el porcentaje medio de la esperanza de vida de la paciente –alcanzando una media del 60%–, y que éste se aplique sobre la cantidad que resulte de la baremación antedicha, lo que determinará que a la madre de la fallecida le corresponda un mayor montante indemnizatorio.

En segundo lugar, por lo que respecta a los dos hermanos de la fallecida, la propuesta de resolución se limita a señalar que no les corresponde



indemnización alguna, dado que no se recoge en el baremo. Sin embargo, no se ha de olvidar, en primer término, la situación de dependencia, debido a sus deficiencias psíquicas, a la que se hallaba sujeta en vida la fallecida –lo que hace presumible que exigiese un mayor deber de cuidado por los miembros de su familia–; en segundo lugar, y como señalamos en el primer párrafo de la consideración jurídica 3ª del cuerpo del presente dictamen, *todo ser humano que se pueda sentir afectado por el daño moral podría pretender ser indemnizado en los casos en los que exista responsabilidad de la Administración*; y, en tercer y último lugar, y citando nuevamente a la Audiencia Nacional, se debe recordar que “la extensión de la obligación de indemnizar responde, según se deduce de lo dispuesto en los arts. 106.2 de la Constitución y 139.1 de la Ley 30/1992, citada, al principio de la reparación «integral». De ahí que la reparación afecta a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente valiables, como el daño emergente o el lucro cesante –art. 1106 del Código Civil–, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, sino comprendiendo también perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris* (SSTS de 16 de julio de 1984 [RJ 1984, 4231]; 7 de octubre [RJ 1989, 7331] o 1 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 8992]), concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988)”.

Del mismo modo el Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de noviembre de 1993, indica que 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 Sentencia de 23 de febrero de 1988, “las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria”.

Los anteriores pronunciamientos judiciales determinan la conveniencia de valorar, al menos, los daños morales que los hermanos alegan haber sufrido con el fallecimiento de su hermana, modulados en su caso, de acuerdo con el criterio estudiado de la pérdida de oportunidades. Dado el innegable “componente subjetivo en la determinación de los daños morales” (Sentencia



del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1997) y la dificultad que puede suponer la concreción de dichos daños y su valoración, quizá fuese procedente, dada la consideración que tienen los baremos de ser meros criterios orientativos, o bien aplicar el concepto y la cuantía que se estime conveniente de las referidas tablas de la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o bien, en último extremo, abrir un expediente contradictorio sobre este particular.

8ª.- Finalmente, es preciso indicar que el importe de la indemnización que se vaya a conceder deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución estimatoria parcial, en los términos expuestos, en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. vvvvv, D. ppppp y Dña. ddddd debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a Dña. xxxxx.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.