



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 1 3 / 2 0 0 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 1 de julio de 2009.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por S.P.A. y F.M.M., en nombre propio y en representación de S.M.P., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario. Error de diagnóstico (EXP. 264/2009 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución, formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, Organismo Autónomo de la Comunidad Autónoma, por la que se propone desestimar la reclamación de indemnización por daños que se alega se han producido por el funcionamiento del servicio público sanitario, que ante ella se presenta por los interesados en el ejercicio del derecho indemnizatorio, al efecto contemplado en el Ordenamiento Jurídico [art. 106.2 de la Constitución y arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC)], exigiendo la correspondiente responsabilidad patrimonial del titular del servicio.

2. La solicitud del Dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, estando legitimada para solicitarla la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la misma Ley.

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

3. Los afectados en su escrito de reclamación manifiestan que el día 11 de diciembre de 2004, nacieron sus hijos P. y A., permaneciendo ingresado el primero, por espacio de 10 días, en el Hospital Materno-Infantil, a causa de distrés respiratorio inmediato, con hipoventilación en el pulmón izquierdo, mientras que la niña estuvo ingresada en dicho Centro hospitalario, inmediatamente después de su nacimiento, por espacio de nueve días hasta adquirir el peso adecuado; tras dichos periodos, se les dio el alta médica.

4. El 19 de enero de 2005, ambos niños inician lo que aparentemente se trataba de un proceso catarral ordinario, acudiendo ese mismo día al neonatólogo privado, quien les prescribe un medicamento denominado "Pilka".

Ante su mala evolución, pues el catarro en las vías altas corría el peligro de extenderse por los bronquios, fueron llevados, el 24 de enero de 2005, al Servicio de Urgencia del Hospital Materno-Infantil, y ambos presentaban tos seca, flemas y el niño, además, un aumento del trabajo respiratorio, siendo diagnosticados de catarro en vías altas, prescribiéndoseles lavados nasales con suero fisiológico, más "Estilson" y "Pilka".

Posteriormente, el 28 de enero de 2005, sus padecimientos se agravaron, ya que comenzaron a presentar cuadros de tos intensa, dificultad para respirar, falta de apetito y vómitos frecuentes, por lo que acuden de nuevo al Hospital y sin que varíe el diagnóstico anterior son dados de alta, pero acuden a su neonatólogo, que también trabaja en el hospital Materno-Infantil, trabajo que compatibiliza con su consulta privada, indicándoles que continúen con el mismo tratamiento.

5. El día 29 de enero de 2005, alrededor de las 5:30 horas, A. ingresa en dicho Centro hospitalario con fiebre, crisis de toses muy violentas y cianosis peribucal sin apnea y se le hacen placas de tórax y analítica; sin embargo, su hermano que no presenta un estado tan grave es dado de alta. Ese mismo día, se le hace un hemograma a A. en el que presenta un índice de 42.300 leucocitos.

A. continúa ingresada y el día 30 de enero de 2005 aumentan sus cuadros de tos, que se vuelven más intensos, comunicándoles la pediatra de guardia a los padres que podría tener tos ferina (bordetella pertussis).

El día 31 de enero de 2005, se le realiza de nuevo un hemograma a A., cuyo resultado son 103.800 leucocitos, y continúa con una mala evolución clínica, con episodios frecuentes de desaturación de oxígeno, taquicardia sinusal, hipoventilación

y cianosis, sin que se le hagan nuevas analíticas, ni el hematólogo, pese a requerirlo los padres, realice valoración alguna de las analíticas ya realizadas.

El 1 de febrero de 2005, A. es ingresada en la Unidad de Medicina Intensiva, con un cuadro de insuficiencia aguda y se le realiza un nuevo hemograma en el que ya presenta 118.700 leucocitos, continuando su empeoramiento. Finalmente, el 2 de febrero de 2005, a las 01:40 horas fallece, sin que se haya realizado los análisis necesarios para determinar qué germen ha causado su bronconeumonía.

Posteriormente, nueve días después de su fallecimiento se identifica, a través del análisis de su mucosidad, que la etiología de su bronconeumonía, "bordetella pertussis", es decir tos ferina.

6. En lo que respecta a la evolución de P., después de ser dado de alta el 29 de enero de 2005 continuó con la mala evolución de su enfermedad y se le llevó al Doctor D.R., su neonatólogo, tanto en su consulta privada como en la del Hospital Materno Infantil, los días comprendidos entre el 31 de enero y el 4 de febrero de 2005, sin que se le variara ni el diagnóstico, ni el tratamiento inicial pese a su evidente desmejora, con dificultad respiratoria, vómitos y cuadros de tos constantes.

El 5 de febrero de 2009, después de pasar muy mala noche con fiebre, acuden al Servicio de Urgencias de dicho Hospital donde se le ingresa por bronquiolitis, estado febril, polipnea irregular. Horas después, el intensivista considera que, por presentar cuadro intenso de tos pertusoide, el afectado padece tos ferina, prescribiéndole eritromicina, rechazándose los análisis correspondientes; sin embargo, ya es tarde y la salud de su hijo está muy deteriorada por lo que fallece el 6 de febrero de 2009, a las 22:45 horas.

7. Los afectados entienden que de la actuación de los Servicios médicos dimana responsabilidad patrimonial, ya que hubo una evidente *mala praxis*, puesto que ante la grave evolución de la enfermedad de sus hijos, la ineficacia de los tratamientos prescritos, los síntomas evidentes de tos ferina, como los cuadros de tos, fiebre, vómitos, la leucocitosis o el fallecimiento de su hija, mantuvieron un diagnóstico erróneo, como declaró el médico forense en su informe, emitido durante las diligencias penales abiertas a causa del fallecimiento de su hijos, y no realizaron la totalidad de los análisis clínicos necesarios para determinar el origen de su enfermedad, pese a que existen pruebas diagnósticas y tratamientos adecuados para dicha enfermedad, actuando de forma errónea como si se tratara de un cuadro vírico

sobreinfectado, propio de la epidemia viral existente la isla en dichas fechas y no de una tos ferina.

El fallecimiento de los afectados le ha provocado al padre un trastorno por estrés postraumático crónico y una transformación persistente de la personalidad, que constituye una lesión psíquica grave, cuya evolución es imprevisible y en todo caso mórbida. La madre de los fallecidos sufre un trastorno por estrés postraumático crónico y grave con comorbilidad con un trastorno depresivo-ansioso crónico y persistente. La hija de ambos manifiesta desajustes emocionales y conductas inapropiadas, es decir un desequilibrio emocional.

Por todo ello, incluyendo el fallecimiento e sus hijos se solicita una indemnización total de 1.300.000 euros.

8. Son de aplicación tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como 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, siendo una materia, cuya regulación no ha sido desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias, aun teniendo competencia estatutaria para ello.

II

1.¹

2. Por otra parte, en cuanto a la concurrencia de los requisitos constitucional y legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, regulados en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los arts. 139 y ss. LRJAP-PAC, se observa lo siguiente:

Los afectados son titulares de un interés legítimo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 139.1 LRJAP-PAC, puesto que alegan haber sufrido un daño derivado del funcionamiento del servicio público sanitario. Por lo tanto tienen legitimación activa, pudiendo iniciar el procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 142.1 LRJAP-PAC y la condición de interesados de acuerdo con el art. 31 LRJAP-PAC. No se ha presentado, ni se les ha requerido la documentación acreditativa de su relación paterno-filial con los fallecidos.

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

La competencia para tramitar y resolver la reclamación le corresponde al Servicio Canario de la Salud, por ser el titular de la gestión del servicio prestado.

En cuanto al plazo para reclamar, concurre este requisito, ya que se ha reclamado dentro del plazo legalmente previsto en el art. 142.5 LRJAP-PAC, pues las actuaciones penales suspendieron el plazo de prescripción referido.

El daño por el que se reclama es efectivo, evaluable económicamente y está individualizado en las personas de los interesados, de acuerdo con lo prescrito en el art. 139.2 LRJAP-PAC.

III

1. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen es de carácter desestimatorio, puesto que el Instructor entiende que, de los informes obrantes en el expediente, incluidos los informes forenses, se ha probado que los facultativos actuaron conforme a la *lex artis*, no denotando el proceder médico una actitud negligente o descuidada y sí un empleo de todos los medios diagnósticos para la detección precoz de la enfermedad. Por lo tanto, considera que no existe nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño reclamado por los interesados.

2. En el presente supuesto es posible determinar la existencia de una serie de hechos ciertos, que no han sido puestos en duda por la Administración y que constan en la totalidad de los informes obrantes en el expediente, tanto en los forenses, como incluso en los propios del Servicio.

Así, primeramente, en este caso y especialmente en lo que respecta a la menor fallecida, el diagnóstico emitido por los doctores que la atendieron fue en todo momento erróneo y ello consta en el informe forense, lo que se reproduce en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (página 1035), el médico forense, Dr. R., afirmó que “Es evidente y nadie lo cuestiona, que existió un error de diagnóstico compartido por todos los facultativos que intervinieron en los hechos (...)”.

En cuanto al menor fallecido, también es claro que inicialmente el diagnóstico fue erróneo, variándose al diagnóstico correcto, tos ferina, el 5 de febrero de 2005, es decir, 18 días después del inicio de su enfermedad y en el inicio de la fase paroxística de la misma (informe del Servicio de Inspección, página 1033, punto tercero).

A mayor abundamiento, ambos fallecieron de tos ferina, hecho considerado como cierto por la Administración, si bien se diagnosticó dicha enfermedad, en lo que respecta a A., nueve días después de su fallecimiento, lo cual consta en todos los informes (página 899, primer párrafo del punto 8).

A su vez, otra cuestión indubitada es la referida a que en ningún momento se decidió realizar los análisis precisos para, por lo menos, descartar la presencia de tos ferina u otras enfermedades similares, pese a la evolución tórpida de ambos menores. En el informe forense, emitido conjuntamente por los Drs. R. y L.M., se afirma, en las conclusiones y sin lugar a dudas, que “el diagnóstico se basa fundamentalmente en la clínica característica, sin embargo, existen pruebas de laboratorio para la confirmación de la enfermedad. Es más fácil obtener un cultivo positivo durante el periodo catarral, y raramente pasadas cuatro semanas de la enfermedad”. En el informe del Servicio de Inspección se añade que “el diagnóstico clínico puede confirmarse con el aislamiento de la *bordetella pertussis* en el moco nasofaríngeo: cultivo de secreciones en un medio de Bordet-gengou, IFD (inmunofluorescencia directa), PCR (reacción en cadena de la polimerasa)”.

Un hecho significativo es el que se expone en la declaración prestada por la Dra. H.M., pediatra de guardia ante la autoridad judicial, que reconoció a la menor el 31 de enero de 2005, y que manifestó “(...) además le cambió el antibiótico pautado de Augmentine a Cefotaxima, por sospecha de broncolitis sobreinfectada por bacteria (...)”.

En relación con esta manifestación, no se ha de olvidar que, como se afirma en el citado informe forense, al describir la tos ferina se señala que “sus características clínicas, como enfermedad bacteriana causada por la *B. Pertussi* (...)”, de manera que queda probado que, ante la sospecha de sobre infección por bacteria, la tos ferina es una infección bacteriana, no se realizó la totalidad de los análisis clínicos necesarios para determinar de qué bacteria se trataba; al contrario, como se comunica en el informe del Servicio, en relación con A., “no se detectó el germen causal en los estudios realizados (...)” (página 1034 del expediente), no realizándose más estudios para detectarlo.

En este mismo sentido, en el informe del Servicio se explica que “Recordemos que en el caso de la tos ferina las alteraciones de la fórmula y recuento leucocitario se inician al final de periodo catarral y se intensifican durante el periodo de estado de la enfermedad consistiendo fundamentalmente en leucocitosis, a veces marcadas (20.000-30.000 por m.m.c. y más)” (página 1033). Así, A. presentó en la analítica de

28 de enero de 2005, 42.300 leucocitos (página 1033), que el 31 de enero de 2005 habían ascendido a 103.800, interpretándose como reacción leucemoide suspendiéndose los esteroides, pero después de dicha suspensión de tratamiento, el 1 de febrero de 2005, ascendieron, finalmente, a 118.700 leucocitos (páginas 1027 y 1028).

Otro hecho indubitado es el correspondiente a que ambos fallecidos eran prematuros, señalándose, por ejemplo, en el informe forense mencionado, que "factores que coadyuvaron a dicho desenlace fue el parto gemelar, su prematuridad y el bajo peso la nacer".

Por último y en lo que respecta al tratamiento de la tos ferina, es cierto lo afirmado en el informe del Servicio, lo cual se confirma en el informe forense, que "la ertromicina es el antibiótico de elección a razón de 40mg/KG, por vía oral. También son otros antibióticos. Con ninguno se consigue mejorar o curar todos los casos; sólo se alcanza el éxito en un 80%, si se hace el tratamiento precoz y con una dosificación correcta", siendo un dato especialmente relevante que "por estas razones algunos clínicos aconsejan dar antibióticos únicamente a los niños menores de dos años o en formas graves". (Página 904 del expediente), condiciones que concurren en los dos fallecidos y que hay que poner en relación con otra de las aseveraciones realizadas en dicho informe "Las complicaciones de la tos ferina son más frecuentes y graves cuanto menor sea la edad del paciente". (Página 903).

3. En lo que respecta al fondo del asunto, la cuestión principal es determinar si el error de diagnóstico producido en este supuesto da lugar a responsabilidad patrimonial, siendo preciso tener en cuenta el criterio general establecido por el Tribunal Supremo en supuestos como el presente; así, en la Sentencia, de 23 de septiembre de 2004, de la Sala de lo Civil, Sección 1, del Tribunal Supremo, se considera que "para la exigencia de responsabilidad por un diagnóstico erróneo o equivocado ha de partirse de si el médico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en el momento, para emitir el diagnóstico; realizadas todas las comprobaciones necesarias, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles".

Es preciso tener en cuenta los hechos probados mencionados con anterioridad y que el Instructor alega en la Propuesta de Resolución que “en efecto no se estableció el diagnóstico de tos ferina por falta de observación de síntomas típicos que si eran en cambio compatibles con un proceso catarral y posteriormente bronquiolitis”, pero también es preciso no olvidar lo que afirma el Dr. P.T., en su informe médico-pericial, que adjuntaron los padres de los fallecidos, quien, con rotundidad, afirma que “en el caso de A. sólo se orientó el diagnóstico a un cuadro vírico sobreinfectado porque había una epidemia viral y no existía un cuadro típico de tos ferina. Ante el resultado del primer análisis de sangre, había que plantearse el diagnóstico diferencial; tenían que haberse realizado las pruebas para descartar patología bacteriana, es decir, además de los cultivos realizados, hacer aglutinaciones para la brucelosis, baciloscopia para el bacilo de la tuberculosis, serología de lúes y PCR para las tos ferina”, el cual añade que “en un gran Hospital monográfico (el Materno Infantil) tiene que haber un seguimiento no sólo del paciente que ingresa sino del entorno familiar, en este caso un hermano gemelo con un cuadro de inicio similar, y tampoco se aceleraron los estudios postmortem de A. para prevenir el contagio de su hermano”.

4. Por lo tanto, en el presente supuesto, queda demostrado que no se le hicieron la totalidad de los análisis posibles, exigibles y exigidos y ello pese a la mala evolución de ambos, la sospecha de la Doctora H.M. de que se trataba de una infección bacteriana, sin preocuparse por conocer de qué bacteria se trataba, o la absoluta ineficacia de los tratamientos aplicados, la leucocitosis que se observaba en A. y que pese a suspenderse el tratamiento con esteroides continuó aumentando en los días posteriores, el carácter de prematuros y su corta edad, condiciones que obligaban a extremar las precauciones, obligando a los doctores a agotar todas las pruebas analíticas, aunque sólo se hicieran con la finalidad de descartar enfermedades como las tos ferina.

En este sentido, se da el supuesto previsto por el Tribunal Supremo, en la Sentencia antes transcrita: no se aplicaron todas y cada una de las pruebas analíticas necesarias. Pero, aún más, en el caso hipotético, que no real, de que se hubieran realizado todas las pruebas exigidas y exigibles, también se da el segundo supuesto, es decir, el error ha sido de notoria gravedad, la cual es mayor en el caso de P., pues se tenía el precedente de su hermana, y de fatales consecuencias.

5. Una cuestión que merece un tratamiento específico es la relativa a aducir como causa exculpatoria el que los padres se negaran a que se le hiciera una necropsia a A., obviamente tras su muerte.

Este medio analítico, como ya se ha dejado patente, no es el único medio para detectar la tos ferina, existen otros medios que no requieren de la muerte del paciente para conocer que tiene tos ferina; a P., después de la muerte de su hermana, se le debieron realizar los análisis determinantes de tos ferina, lo cual, sin embargo, se conoció porque un intensivista sospechó que su tos era pertusoide.

Además, que A. tenía tos ferina se averiguó a través del análisis realizado 9 días después de su muerte, de su moco nasofaríngeo, sin necesidad de realizar necropsia alguna, eso sí, dicho análisis se debió realizar desde el día 29 de enero o incluso antes, cuando se evidenció su mala evolución, siendo esencial el tratamiento precoz de la enfermedad y de difícil de curación cuando es tardío, como el caso de P. demuestra claramente.

6. Finalmente, ha quedado demostrado que los doctores sólo tuvieron en cuenta el cuadro clínico, que no se contrastó con la realización de las oportunas pruebas diagnósticas, lo que no se hizo ni ante el empeoramiento de los pacientes, las sospechas de infección bacteriana, la ineficacia de los tratamientos aplicados y la muerte de A.

Por todo ello, el funcionamiento del servicio público sanitario ha sido deficiente, ya que no ha actuado conforme a *lex artis*, puesto que los doctores intervinientes no cumplieron con su obligación de medios, ni emplearon la totalidad de los medios de los que disponían para tratar de evitar el daño padecido por los afectados.

No se ha de olvidar que el criterio básico utilizado por la Jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la *lex artis* y ello ante la inexistencia de criterios de normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la Jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la Medicina es de medios y no de resultados.

Este criterio de la *lex artis* permite valorar la corrección de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, deber

que se ha incumplido en este caso por las razones expuestas, que se sustentan en los hechos debidamente probados, referidos en el punto segundo de este Fundamento.

7. La Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio, es contraria a Derecho por los motivos referidos en este Fundamento.

En lo que respecta a la indemnización de los interesados, ésta se ha de calcular aplicando las tablas de valoración, contenidas en la aplicación de la Resolución de 20 de enero de 2009, de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones, por la que se da publicidad a la cuantía de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultan aplicables a este caso, pese a que se produjo en el 2005, puesto que en la misma se han actualizado sus cuantías teniendo en cuenta los datos del Instituto Nacional de Estadística, relativo al índice de precios al consumo (I.P.C.).

La aplicación de este sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación ha sido admitida por el Tribunal Supremo como criterio orientador para fijar la indemnización por daños personales en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración (SSTS de 16 de diciembre de 1997 y 17 de noviembre de 2003, RJ 1997/9422 y RJ 2004/664), al permitir un criterio objetivo de valoración.

Por lo tanto, a los interesados les corresponde como padres, una indemnización de 96.101,05 euros y a la hermana de los fallecidos de 17.472,92 euros, incluyéndose dentro de la misma los daños morales, que han resultado acreditados mediante los informes psiquiátricos presentados.

C O N C L U S I Ó N

Se estima que la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, pues la Administración sanitaria resulta responsable y ha de indemnizar a los reclamantes en las cantidades señaladas en el Fundamento III.7.