



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 2 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 18 de enero de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados por el fallecimiento de su hijo, el menor (...), como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 477/2017 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente dictamen, solicitado por el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por un organismo autónomo de la Administración autonómica. La solicitud de dictamen, de 7 de diciembre de 2017, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 14 de diciembre de 2017. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del dictamen, según los arts. 12.3 y 11.1.D).e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, el primer precepto, con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), aplicable en virtud de la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última Ley.

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

Resulta igualmente aplicable el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en virtud de lo establecido en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima de la LPACAP.

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo y, por ende, del derecho a reclamar de (...), al haber sufrido en su esfera moral el daño por el que reclama, habiendo acreditado ser la madre del menor fallecido, (...) [art. 31.1.a) LRJAP-PAC].

2. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

4. La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

5. Asimismo, se presentó la reclamación dentro del plazo para reclamar establecido en los arts. 142.5 LRJAP-PAC y 4.2 RPAPRP. Pues, si bien la interesada interpuso escrito el 16 de julio de 2015, respecto de un hecho acaecido el 13 de mayo de 2002, los hechos han sido objeto de proceso judicial penal, que concluyó con la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Puerto del Rosario, de 30 de julio de 2012, que fue confirmada por la Sentencia dictada en apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de 25 de junio de 2014, así como providencias de la citada Audiencia Provincial de 23 de julio de 2014 y 2 de septiembre de 2014 negando la aclaración de sentencia y del

incidente de nulidad promovido. Sin perjuicio de que no consta en el expediente la fecha de notificación de tales resoluciones, que culminarían el procedimiento judicial, dadas las fechas de las resoluciones judiciales, la reclamación se ha interpuesto dentro del año tras la notificación de la misma, que debe ser el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción.

Y es que el cómputo del plazo quedó interrumpido por la sustanciación de un proceso penal, en el que se pretendía dilucidar la responsabilidad penal de uno de los médicos implicados, y sólo tras este proceso se conoce que los hechos no tienen relevancia penal, por lo que se intenta la vía administrativa. Así, empieza nuevamente a computarse el plazo desde la notificación a la interesada de la sentencia que da firmeza a la absolutoria del acusado, lo que se infiere de la interpretación conjunta del inciso final del 142.4 LRJAP-PAC, que, aunque se refiere a sentencias que anulen un acto administrativo, que no es el caso, es la referencia de la que podemos disponer para entender cuándo debe empezarse a contar al plazo de prescripción tras sentencia o resolución judicial. Dice este artículo que «prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva», y el art. 4.2 del Decreto 429/1993, concreta: desde haberse dictado sentencia firme. Ello sólo lo sabrá el actor cuando se le notifique, pues es en la notificación de ésta donde se contienen los datos de la sentencia, según se dispone por el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A partir de la resolución judicial se excluye la relevancia penal de los hechos y se deja expedita la vía de la consideración de falta de adecuación a la *lex artis* de la actuación sanitaria en vía administrativa.

III

La interesada, en su escrito de reclamación, expone como hechos en los que funda la presente reclamación, los siguientes:

«Conviene aclarar que con anterioridad a la presente reclamación se siguieron actuaciones penales contra el médico (...) del Servicio Canario de la Salud (en adelante SCS) y contra el SCS en calidad de responsable civil subsidiario, que concluyeron con su absolución, por medio de sentencia dictada en apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en el Rollo 245/2014 cuya aclaración se denegó por providencia de 23/07/2014, notificada el 28/07/2014 (...).

El 12/05/2002 sobre las 12.30 horas (...) llevamos a mi hijo (...) (nacido el 01/09/2001) al Hospital de Fuerteventura ya que el niño lloraba, tenía convulsiones y presentaba 40 de fiebre. En el Servicio de Urgencias de dicho hospital fue atendido por el médico (...) quien

dictaminó por medio de informe de las 13.20 horas que el niño padecía síndrome febril (...) decretó el alta a las 16,15 horas prescribiendo antitérmicos.

Salimos del hospital, volviendo a casa con el niño quedándose este dormido, pero después despertó llorando y vomitando por lo que le bañé y lo llevé de nuevo a urgencias del mismo hospital sobre las 19.30 horas (...) continúa refiriendo que el menor quedó ingresado y que le detectó unas manchillas rojas en la barriga de lo cual informó a la enfermera quien me dijo que ya lo miraría el médico, pero el médico no fue.

Según la hoja de enfermería de las 20.45 horas, el menor presentaba una temperatura de 39 grados, color pálido, respiración rápida y vuelve a tener vómitos, siendo el diagnóstico de (...) (también a las 20,45 horas) síndrome febril y observación, recetando antifebriles y aplicándole suero. El niño estaba intranquilo y sobre la media noche (...) al apreciar la inquietud del niño, encendimos la luz y vimos que tenía varias manchas como maratones [sic] por cara, cuello y espalda por lo que llamamos a la enfermera constando el aviso a la 01.00 (aunque fue antes) y seguidamente se realiza una petición al Banco de Sangre por otra doctora de urgencias [Dra. (...)] a la 01.00 horas donde por primera vez aparece el diagnóstico de sepsis y a esa misma hora avisa (...) a la pediatra (...), quien se persona después. En pediatría, consta su ingreso a las 02.00 horas del 13/05/2002, aunque ya estaba diagnosticada la enfermedad desde la 01.00 horas por facultativo distinto a (...) [Dra. (...)], los esfuerzos en pediatría para salvar la vida del chiquillo fueron baldíos, falleciendo a las 4.30 horas del 13/05/2002 por sepsis fulminante, síndrome Waterhouse Friderichen.

El Dr. (...) en ningún momento se interesó por el estado del menor, ni siquiera lo examinó en su segunda visita a urgencias, y tampoco le diagnosticó en ningún momento la sepsis [fue su compañera la Dra. (...)] dejando pasar un tiempo vital, que hubiera supuesto la salvación del niño, ya que desde que ingresó por la tarde noche presentaba síntomas inequívocos de padecer la enfermedad que produjo su muerte debiendo haber avisado a partir de las 20.45 horas a la pediatra (...), para que esta se hubiera hecho cargo del chiquillo, siendo esa mala praxis la que derivó en el fatal desenlace y es más, no consta en el expediente médico ninguna actuación profesional de (...) desde las 20.45 horas aparte de la llamada telefónica a la pediatra (...) según manifestó ésta, y en consecuencia, la mala práctica, desemboca en un anormal funcionamiento del servicio sanitario, y la consiguiente responsabilidad patrimonial del SCS (...).

Se solicita indemnización que se cuantifica en 124.088,87 euros más los intereses señalados en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

IV

En cuanto a la tramitación del procedimiento, si bien no se ha incurrido en irregularidades formales que obstan un dictamen de fondo, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 13.3 RPAPRP. No

obstante, aun fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (arts. 42.1 y 7, 43 y 141.3 LRJAP-PAC).

Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones:

- El 3 de agosto de 2015 se identifica el procedimiento y se insta a la interesada a mejorar su solicitud mediante la aportación de determinada documentación, de lo que recibe notificación el 19 de agosto de 2015, viniendo a aportarse lo solicitado el 25 de agosto de 2015, a excepción del testimonio de las actuaciones penales, aduciendo la interesada que ya constan a la Administración por haber sido parte en aquellas actuaciones, por lo que no debe aportarlas, en virtud del art. 35.f) LRJAP-PAC.

- Así pues, el 14 de septiembre de 2015 se solicita tal documentación a la Asesoría Jurídica, que la aporta el 21 de septiembre de 2015. De la misma se infiere que la reclamación no es extemporánea.

- Por Resolución de 29 de septiembre de 2015, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación de la interesada, de lo que es notificada aquélla el 5 de octubre de 2015.

- El 30 de septiembre de 2015 se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP). Tal informe se emite el 16 de mayo de 2017, tras haber recabado la documentación oportuna.

- El 18 de mayo de 2017 se solicita a la interesada que se faciliten los datos del padre del menor fallecido para su notificación y eventual personación en el procedimiento. Notificada aquélla el 26 de mayo de 2017, contesta mediante correo electrónico de 29 de mayo de 2017 en el que afirma haber perdido el contacto con el padre del menor desde hace más de diez años, desconociendo su paradero. Se propone notificación edictal.

- Así pues, se cita al padre del menor mediante anuncio de 9 de junio de 2017 insertado en BOC nº 115, de 16 de junio de 2017, sin que conste su personación en el procedimiento.

- El 8 de junio de 2017 se dictó acuerdo probatorio, notificado a la interesada el 14 de junio de 2017, en el que se admiten a trámite las pruebas aportadas por aquélla y se incorporan las de la Administración. Además, se solicita, el 9 de agosto de 2017, a la Asesoría Jurídica documentación audiovisual relativa al proceso judicial

solicitada por la reclamante. Sin embargo, se contesta por la Asesoría Jurídica el 22 de septiembre de 2017 que no consta material audiovisual.

- Tras conferirse a la interesada trámite de audiencia el 2 de octubre de 2017, y serle notificado el 17 de octubre de 2017, no consta la presentación de alegaciones en el expediente remitido.

- El 9 de noviembre de 2017 se emite Propuesta de Resolución desestimatoria de la pretensión de la reclamante, y en el mismo sentido consta borrador de Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud, sin fecha. Ello es informado favorablemente por el Servicio Jurídico el 21 de noviembre de 2017, por lo que el 30 de noviembre de 2017 se dicta Propuesta de Resolución definitiva en el sentido indicado.

V

1. Como se ha señalado, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión de la reclamante con fundamento, ante todo, en la sentencia judicial, pero también en los informes recabados en la tramitación del procedimiento, de los que se infiere que corroboran la adecuación de la *lex artis* en el funcionamiento del servicio durante la asistencia dispensada al hijo de la reclamante.

Así pues, la Propuesta de Resolución, señala, por un lado:

«Bastaría para desestimar la presente reclamación invocar la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Puerto del Rosario de 30 de julio de 2012, confirmada en Apelación por la de la Audiencia Provincial de las Palmas de 23 de junio de 2014 que declara como hechos probados:

“Que en horas de la madrugada del 13 de mayo de 2002 el pequeño (...) de ocho meses de edad, falleció en el Hospital General de Fuerteventura como consecuencia de un fallo multiorgánico provocado por una insuficiencia aguda adranal (síndrome de Waterhouse Friederichsen) hallándose en el hemocultivo una bacteria llamada neisseria meningitidis, produciéndose el óbito por tanto “como consecuencia de una infección provocada por la neisseria meningitidis que provocó una septicemia y hemorragia intensa en las glándulas suprarrenales, con el consiguiente shock y fallecimiento, coadyuvando al fallecimiento la presencia de una patología denominada fibroelastosis endocárdica, que es causa de una muerte súbita infantil.

La actuación de (...), médico que le atendió fue correcta y dentro de la *lex artis*».

Y, por otro lado, añade, lo que es preciso transcribir en su integridad:

«1. El 12 de mayo de 2002, (...) acude con su madre al Servicio de Urgencias del Hospital General de Fuerteventura, por un cuadro febril, a las 13:12 horas, se realiza analítica de sangre con proteína C reactiva en suero, hemograma, bioquímica y analítica de orina, valoración del estado general.

La temperatura baja desde 40 grados a la llegada a 38.5°C a las 14:40.

Tras dicha exploración se llega al diagnóstico de síndrome febril y se da el alta con tratamiento. No se valora clínica específica.

2. A las 20:45 horas vuelve el niño, por lo mismo, por síndrome febril y tras valoración lo ingresa en observación. A la llegada tenía una temperatura de 39°C. Pasa al área de observación de urgencias. En las observaciones de enfermería consta color de la piel y anotan palidez no anotan manchas o coloración en alguna zona que llame la atención.

Se le coge una vía, valoración de constantes, y se trata con Dalsy (medicamento usado como antitérmico).

El niño es atendido por el personal, la persona que lo baña, quien que le pone las gasas en el cuerpo para controlar la temperatura, la enfermera, nadie hace mención a manchas en su cuerpo.

Sobre la 01:00 h. ya del día 13 de mayo de 2002, al observar petequias y adormecimiento la madre avisa a la enfermera, ésta a su vez al médico de urgencias y éste al pediatra de guardia que rápidamente activa protocolo de sepsis.

La pediatra Dra. (...), expone que a la exploración física observa: signos meníngeos negativos (lo cual puede ocurrir en estos casos), equimosis, buena ventilación y muy mal estado general.

La pediatra intenta la estabilización del paciente instaurando ya en urgencias tratamiento con antibioterapia, se trata con Cefotaxima 200/mg/kg/día/IV, suero, plasma fresco, iones, etc, tras lo cual ingresa en el Servicio de Pediatría.

No se realiza punción lumbar debido a la inestabilidad hemodinámica del paciente. Se sigue instaurando tratamiento médico, estipulados para el caso.

Pero, a las 04:00 horas se produce parada cardiorrespiratoria, se realizan maniobras de Resucitación Cardiopulmonar avanzadas, a pesar de lo cual el paciente no responde y fallece a las 04:30 horas.

El juicio diagnóstico: sepsis fulminante probablemente por meningococo. Sdr. Watherhouse Friderichsen

CONSIDERACIONES

La madre del pequeño vuelve con el niño al servicio de urgencias, sobre las 20:45 horas el niño pasa a observación, previa valoración del médico de urgencias y prescripción de tratamiento, sueroterapia y Dalsy, la madre asegura que el niño tenía unas "manchitas" rojas en abdomen, estas manchitas nadie del personal que la asiste aseguran haberlas visto.

De todas formas de haber existido, no creemos que formen parte del cuadro. Ya que cuando se desarrolla empieza por las extremidades, generalmente inferiores y por zonas de presión, lo cual no es el caso.

Podían ser de existir cualquier sarpullido o del sudor habitual en los niños pequeños.

El médico de urgencias le diagnostica sdr. febril, le instauro el tratamiento y es atendido en el área de observación. Se cumplen las normas según el caso clínico.

A la 01:00 horas del día 13/05/2002 la madre avisa al personal del servicio, del estado del niño.

El niño se encontraba con manchas en el cuerpo (equimosis en tronco, abdomen y extremidades inferiores) y adormecimiento.

El médico de urgencias, Dr. (...) avisa a la pediatra de guardia, y se activa inmediatamente el protocolo de sepsis.

Se instauro tratamiento y pruebas complementarias con inmediatez antes de trasladar al niño al Servicio de Pediatría donde llega a las 02:00 horas, y donde se sigue tratando al paciente.

A las 04.30 horas el niño fallece, a pesar de los esfuerzos entra en parada cardiorrespiratoria, no responde a la Reanimación Cardiovascular efectuada.

El juicio diagnóstico es: Sepsis fulminante posiblemente por Meningococo. Sdr. de Waterhouse Friderichsen. Se observa la rapidez del cuadro, con los datos se valora que cuando llega el paciente en la segunda visita al Servicio de Urgencias, no se observa clínica que hiciera pensar el desenlace, clínica febril, una analítica normal efectuada hacía 4 horas, no constancia de lesiones en piel compatibles con las equimosis antes de la 1 de la madrugada.

La existencia de tales manchas haría saltar la alarma como así ocurrió cuando el personal médico las observa, al detectarse la nueva sintomatología.

El niño fue dejado en observación, no se le remitió a casa. El Sdr. de Waterhorse-Friderichsen, es una forma grave de sepsis, es una emergencia grave, que puede resultar de la infección de las vías aéreas superiores, la aparición es brutal.

Se asocia generalmente con meningocemia fulminante. Se produce necrohemorragia de las glándulas suprarrenales.

La evolución de un SWF es habitualmente el desarrollo de una púrpura fulminante.

Los síntomas pueden ser agrupados principalmente de la siguiente forma: unos son derivados de la infección en sí: dolor de cabeza, fiebre (...) Luego aparecen los de la púrpura: petequias con rápida extensión en mancha de aceite, moretones, hematomas subcutáneos, los demás síntomas son del choque tóxico de la endotoxina: hipotensión, taquicardia, oliguria, etc.

Incluso con tratamiento intensivo la muerte del paciente sobreviene en 24-36 horas.

Primeramente las equimosis cutáneas ocupan partes de las extremidades, predilección de las inferiores y casi siempre simétricas, o zonas de presión, y después se expanden por todo el cuerpo. Se produce una coagulación intravascular diseminada.

La sepsis meningocócica fulminante es quizás la forma más rápidamente letal de shock séptico que experimentan los seres humanos.

La enfermedad febril inicial, de carácter leve, puede progresar a una enfermedad fulminante, fallo multiorgánico y muerte en cuestión de horas. Las manifestaciones iniciales de la enfermedad las primeras horas no son específicas, imitan los síntomas de las infecciones vírales comunes.

La fibroelastosis endocárdica es una causa reconocida, aunque poco frecuente de muerte súbita infantil, causa una insuficiencia cardíaca. Es una cardiopatía congénita. Se trata de una enfermedad rara con un índice de mortalidad muy alta. La evolución es fatal en la casi totalidad de los casos.

CONCLUSIONES

1.- El niño (...) fue tratado de síndrome febril tras llegar al Servicio de Urgencias el 12 de mayo de 2002 con fiebre alta, sobre las 13:12 horas.

Si no hay otra particularidad urgente que tratar lo primero es bajar la fiebre sobre todo en un lactante, como fue el caso.

El niño pasa a observación y control de enfermería, consta hora llegada a observación a las 13:20 horas. Con las órdenes médicas, se solicita además, analíticas (sin particularidad), se baja la temperatura y se remite a casa con antitérmicas, era una fiebre sin focos.

El protocolo de sepsis se realizó cuando se diagnostica.

El médico de urgencias actuó según *lex artis*, según los datos que tenía fue realizando su labor; al observar las manchas llama inmediatamente a la pediatra de guardia.

2. El cuadro que afectó al niño es un cuadro raro, pero muy grave, hay que tener en cuenta esto para explicar lo sucedido.

Era un lactante niño muy pequeño, con una patología cardíaca fibroelastosis endocárdica, que aumenta las posibilidades del fatal desenlace ocurrido.

La fibroelastosis endocárdica fue diagnosticada en la autopsia realizada al niño (...), y aportada como prueba pericial en el procedimiento previo ejercido contra el médico de urgencias, Dr. (...) (y del que fue absuelto), esta patología actuó como coadyuvante de la causa principal que fue la sepsis.

Pero no era cualquier sepsis, era la forma más grave de estas, la más letal, es la enfermedad de Watherhouse – Friederichsen.

De una enfermedad febril inicial de carácter leve en cuestión de horas se desencadena la sepsis fulminante y la muerte.

No creemos hubiese posibilidad de salvar la vida al niño, instaurándose el tratamiento antes, porque además el tratamiento se instaura cuando se observa la clínica definida.

La patología cardíaca grave existente también es importante en el mal pronóstico, patología congénita diagnosticada postmortem.

Un análisis no hubiera diagnosticado la enfermedad del SWH, se diagnostica por cultivo el meningococo.

Pero no es patognomónico el cultivo del Sdr. en cuestión, lo es de la meningocemia. Este es un cuadro, una variante con una evolución fulminante, es un curso clínico excepcional, y esto no lo dice un cultivo».

2. Pues bien, en contra de lo señalado en la Propuesta de Resolución, la atención dispensada al paciente no fue correcta, no ya desde el punto de vista del médico acusado por la interesada, sino, como se analizará, desde el punto de vista de la ausencia de puesta a disposición del niño de los medios diagnósticos y tratamientos precisos, por no haberse dispensado a aquél la necesaria asistencia de los facultativos, tanto de urgencias, como pediatría por no haber sido avisados convenientemente.

3. El informe pericial médico forense de 22 de marzo de 2010, en el que se funda el auto de sobreseimiento y archivo de las actuaciones, dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Puerto del Rosario, en las Diligencias Previas nº 732/2002, con fecha 29 de marzo de 2010, viene a ser, precisamente, lo que fundamenta el auto de 19 de noviembre de 2010, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, por el que se revoca el anterior auto de sobreseimiento. Es importante destacar su razonamiento jurídico segundo, pues, si bien, finalmente se concluye el proceso penal con sentencia de 25 de junio de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que confirma la de 30 de julio de 2013, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Puerto del Rosario, resultando absuelto el imputado, sin embargo, tales razonamientos permiten

ahora afirmar que, no existiendo reproche penal del imputado, no puede descartarse la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

A tal efecto, ante todo, debemos distinguir la *lex artis ad hoc* como fundamento de delito de imprudencia médica, de la *lex artis ad hoc* como medida de la existencia o no de responsabilidad administrativa. Y ello porque el parámetro de referencia es distinto en cada caso, por lo que no es correcto afirmar, como lo hace la Propuesta de Resolución, que la conclusión de la sentencia de 25 de junio de 2014 sobre la adecuación de la *lex artis ad hoc* constituya cosa juzgada a los efectos del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Así, el propio auto de sobreseimiento, de 22 de marzo de 2010, recuerda que, si bien, efectivamente, la imprudencia profesional, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997, se caracteriza por la inobservancia de las reglas de actuación que vienen marcadas por la *lex artis*, existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial respecto de la llamada imprudencia médica, respecto de la que no es tipificable como infracción penal, por regla general, el error de diagnóstico (salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable), que, sin embargo, sí es causa de responsabilidad en el ámbito administrativo. Asimismo, también queda fuera del ámbito penal, que no del administrativo, la falta de pericia cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.

Así pues, sentado esto, ha de analizarse el caso concreto que nos ocupa teniendo en cuenta el parámetro administrativo, no el penal que, ciertamente, ha sido enjuiciado en proceso penal que ha concluido con sentencia absolutoria en la que se descarta la concurrencia de vulneración de la *lex artis ad hoc* por parte del facultativo que atendió al menor, si bien, como medida de determinación de ilícito penal y no descartando la responsabilidad de la Administración.

Además, en el procedimiento administrativo tramitado no se analizará la concreta actuación del Dr. (...), sino del conjunto del sistema asistencial, como responsable de la atención prestada al menor.

4. Pues bien, como señalábamos anteriormente, debemos traer aquí el razonamiento jurídico segundo del auto de 19 de noviembre de 2010, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, por el que se revocó el auto de sobreseimiento, pues, si bien, de las actuaciones realizadas posteriormente se concluyó la ausencia de responsabilidad penal del facultativo, no se desvirtuaron las afirmaciones del referido auto.

Así, señalaba aquel razonamiento jurídico:

«(...) lo cierto es que las diligencias practicadas no han permitido acreditar, a juicio de la Sala, que se hiciera actuación alguna para poder determinar la existencia de posibles petequias y alcanzar, de esta forma, un diagnóstico. Así, pese a estar el menor ingresado durante más de cuatro horas en el servicio de urgencias del Hospital, no fue explorado en ningún momento por el médico a su cargo. Cierto es, como afirman los forenses, que en la hoja de enfermería no se recogen las referidas petequias o manchas en el menor, entendiéndose con ello que la enfermedad no se pudo diagnosticar hasta la medianoche, cuando se instauró ya todo el cuadro clínico, provocando lo que en el informe se denomina como “una evolución purpúrica fulminante”.

Sin embargo, los familiares del menor han venido manteniendo desde un momento inicial que las manchas comenzaron a las 20:00 horas. Así lo sostienen en el Juzgado de Instrucción, al describir la existencia de dichas manchas. En primer lugar, la madre del menor mantiene que desde el baño que le dieron al menor a las 20:15 apreció que tenía manchitas rojas en la barriga, manifestando que se lo comentó a la enfermera y que ésta le contestó que ya lo miraría el médico. También la abuela manifestó que, tras comentarle a las enfermeras que el niño tenía unos “puntitos negros en la barriga”, éstas fueron a consultárselo al médico y volvieron diciendo que el médico había dicho que eso no era nada, añadiendo que incluso vio al médico en el pasillo y le dijo que el niño estaba muy inquieto, a lo que éste contestó que le apagara la luz. Pero lo verdaderamente relevante es que dichas manifestaciones no sólo se producen meses o años después de lo sucedido, durante la tramitación de la causa, sino también en el mismo momento de los hechos, y así lo expone la Pediatra en el informe que, con ocasión del fallecimiento del menor, elabora el día 13 de mayo de 2002, recogiendo que “la madre refiere haber visto las primeras petequias a las 20:00 horas” (folio 4).

Por último, es el propio facultativo el que señala que era él “(...) el responsable del menor”, e igualmente contesta a las preguntas del Letrado de la acusación (folio 186) que el niño venía otra vez con fiebre y que creía que no lo había desnudado para observarlo, y que había acordado ingresarlo, permaneciendo el menor en el Box de urgencias desde las 20:00 horas hasta el momento en que su madre observó numerosas manchas sin que fuera visitado por ningún facultativo.

En atención a lo expuesto, no puede descartarse (...) la posible existencia de petequias desde horas antes de producirse el agravamiento del menor, lo que, junto al cuadro febril y el resto de los síntomas que presentaba el menor, pudieron ser consideradas por el imputado.

(...) la existencia de dichas petequias iniciales, cuya apreciación podría haber supuesto un diagnóstico correcto y un tratamiento adecuado con antelación, contando además con la declaración de la Pediatra, quien manifiesta en su declaración que desde que aparecen las primeras petequias es necesario avisar inmediatamente a pediatría en cuanto que existe

riesgo de sepsis, añadiendo que si bien la mortalidad en estos cuadros es muy alta "(...) tienes posibilidad de que reviertan si los tratas muy al principio"».

En contra de la afirmación realizada en el informe del SIP, que alude a que, en todo caso, de existir las manchas rojas que refiere la madre en el abdomen no se corresponderían con las petequias propias de la enfermedad que produjo el fallecimiento del menor, porque su localización propia es preferiblemente en extremidades, tal y como se recoge, entre otros documentos, en el informe pericial de 8 de noviembre de 2011, del Dr. (...), en la historia clínica del menor consta que a la 1:00 de la madrugada del 13 de mayo de 2002 se lee comentario de enfermería que hace referencia a que la madre comenta que el niño tiene unas manchas en el tórax (no en extremidades inferiores), lo que se le comenta al doctor (...), que en tal momento objetiva que se trata de petequias y por éste se avisa a la pediatra de guardia.

Después de ello, la propia pediatra, doctora (...), tal y como reconoció en la testifical realizada en las Diligencias Previas, coincidiendo con lo que afirmó haber oído la madre del menor en su testifical, dijo que por qué no la habían avisado antes. Ante ello, y puesto que no recuerda lo que le contestaron, le preguntó a la abuela del menor, que afirmó que habían visto las "manchitas" desde las 20:15 horas aproximadamente.

Ciertamente, es coherente lo afirmado por la madre, que dijo que oyó a la pediatra decir que por qué no la habían avisado por la mañana con los primeros análisis (declaración de la madre de 10 de noviembre de 2008), con lo afirmado con la propia pediatra, y con el resultado de la analítica realizada en el primer ingreso, donde se observa elevación de leucocitos.

Tal circunstancia de leucocitosis, si bien es justificada por el informe pericial de 8 de noviembre de 2011 en que «los leucocitos se elevan en todo proceso febril independientemente de su causa», no puede analizarse aisladamente, sin tener en cuenta la ausencia de observación del niño, que no se desnudó, como reconoce el Dr. (...) en la testifical realizada en las Diligencias Previas. Ello no pudo obviarse en la segunda asistencia prestada al pequeño, ya durante su ingreso, cuando ya consta que la madre manifestó observar «manchas rojas», pues, ello, debió haber determinado avisar a la especialista o, al menos, por las enfermeras, a un médico de los tres que estaban en urgencias esa noche de domingo.

Efectivamente, tal y como se informa por el SIP, la fiebre es un síntoma inespecífico para el diagnóstico de la enfermedad que causó la muerte del menor, sin que, de debutar otros síntomas, pudiera llegarse a otro diagnóstico del determinado inicialmente.

Sin embargo, lo cierto es que el propio doctor (...), que atendió al menor en sus dos ingresos por urgencias, señala en la testifical realizada en las Diligencias Previas, en la pregunta cuarta realizada por la acusación, que creía que no había desnudado al niño para observarlo.

Si, tal y como se ha expuesto en el informe del SIP, y así consta en todos los informes médicos recabados en sede judicial y administrativa, la existencia o no de petequias y su incipiente determinación, eran decisivas del diagnóstico de la enfermedad del menor, debe colegirse de lo expuesto que no se pusieron a disposición de éste todos los medios precisos para verificar si había o no petequias, no sólo por la falta de observación del facultativo en los dos ingresos *motu proprio*, sino por la omisión del auxilio de la especialista de guardia o de un médico de urgencias cuando la madre del menor refería haber observado «manchitas rojas», a efectos de verificar si las mismas eran síntoma de alguna patología, como la que produjo el fatal desenlace.

Así, el mentado informe pericial de 8 de noviembre de 2011 señala que «la observación en los servicios de urgencias queda a cargo del personal de enfermería, que está entrenado para detectar variaciones en el estado o constantes del paciente, debiendo en este caso comunicárselo al médico responsable, con el fin de tomar una actitud».

Insiste la madre en que desde las 20:15 horas observó manchitas rojas en el bebé y la enfermera le dijo que se lo comentaría al médico, tras lo cual se tranquilizó a la madre diciéndole que era normal (sin que el médico fuera en persona a verificar las manchas). Ciertamente es que, puesto que no se les dio importancia, sólo cuando se avisó al médico y éste acudió, se anotó por escrito en la hoja de enfermería que la madre había referido tales manchas, lo que se hizo a la 1:00 del día 13.

El citado informe señala que «el diagnóstico se realiza en fase de sospecha por los síntomas, siendo más sencillo cuando aparecen las petequias y/o manifestaciones de shock. (...) El tratamiento se inicia desde la sospecha (ya que los resultados de cultivos suelen tardar días), consistiendo en antibiótico (...) recomendándose iniciar éste con el menor intervalo de tiempo posible tras la aparición de petequias».

Mas, aclara: «Considerando que el antibiótico pautado sólo puede aplicarse cada 8 horas como máximo, implica que aunque se hubiera detectado la aparición de las petequias a las 20:00 horas, no hubiese habido posibilidad de administrar una nueva dosis de antibiótico hasta las 4:00 (se debe recordar justamente que a esa hora justamente se produjo la situación de parada cardiorrespiratoria), por lo que no puede afirmarse que una detección a la hora anteriormente comentada hubiese derivado de un mejor resultado que el que finalmente sucedió, ni siquiera de una evolución distinta o de un comportamiento diferente».

Sin embargo, tal afirmación se basa en el efecto de una segunda dosis de antibiótico, obviando los efectos de una primera, que llevaría más de cinco horas actuando, amén de la importancia de que el tratamiento se haya iniciado antes de haberse agravado la patología. De hecho, añade el propio informe: «Aunque, efectivamente, está publicado en la bibliografía médica que la precocidad del inicio del tratamiento antibiótico devenga en mayores posibilidades de supervivencia (...)».

Se fundamenta siempre la adecuación a la *lex artis* por la Propuesta de Resolución con la falta de constatación de la existencia de petequias, aludiendo a que la primera vez que se constatan en la historia clínica es a la 1:00 del día 13 de mayo de 2002. Sin embargo, lo cierto es que, como ya se ha indicado, nunca se verificó su existencia porque nunca fue visto el niño por un médico a efectos de observar la presencia de las petequias, a pesar de que la madre insistía en la existencia de manchas desde las 20:15 horas.

De hecho, la primera vez que se mira por un médico es precisamente a instancias de la madre. Así se indica en la propia sentencia de 30 de julio de 2013, en su fundamento jurídico primero. En el mismo se indica que el Dr. (...) manifestó que se llamó a la pediatra «porque lo avisaron de unas manchas porque la madre avisó al enfermero». Claro que, ya, en este momento era de extrema gravedad el caso.

Asimismo, se señala en esta sentencia que el citado facultativo indicaba que los enfermeros son los que avisan de las posibles incidencias, estando capacitados para el seguimiento del paciente mientras tanto. Pero, en este caso, a pesar de las demandas de la madre y abuela del niño, no se avisó al médico, y éste al especialista, hasta que fue demasiado tarde. De hecho, en la propia sentencia de instancia se expone la declaración de la Dra. (...), de cuya afirmación se detrae que ni siquiera fue avisada por un enfermero, sino por la propia abuela del niño: «pasaba para ver a un paciente y la avisaron, cree que la madre o la abuela para verlo (al

bebé), y luego le preguntó si las manchas eran normales, no recuerda a qué hora fue, cuando lo vio avisó a (...) para que avisara a la pediatra (...) ».

Ello coincide con las declaraciones del propio Dr. (...) en la Diligencias Previas, cuando afirma, ante las preguntas del letrado de la acusación: «Que cree que el aviso al pediatra lo hizo otro médico. Que cree que a la una de la madrugada quien vio al niño fue otro médico si bien no está seguro pero pudo ser que por la gravedad del cuadro avisara al que estuviera más cerca. Que cree que nunca llegó a ver las petequias el dicente, que cree que fue el otro médico».

Todo ello, a pesar de que en la historia clínica consta que fue él quien avisó a la pediatra, y de que en las mismas citadas Diligencias, anteriormente, había manifestado «que se lo avisa el enfermero y el dicente avisa al pediatra. Que el dicente acudió a ver al menor y acto seguido avisó al pediatra». Sin embargo, añade: «Que cree que el enfermero le dijo al otro médico lo de las petequias y entonces cree que fue el otro médico quien lo reconoció y llamó a la pediatra».

Como se observa en el expediente la historia clínica, dadas las circunstancias del caso, tiene datos limitados e incluso contradictorios. La propia sentencia absolutoria indica, además de las dudas sobre si había o no petequias antes de la 1:00 y si se vieron o no por las enfermeras, «otro de los aspectos sobre los que existe discrepancia (es) cuándo se entera el doctor (...) y por quién».

Por ello resulta tan relevante, y así se plasmó en el auto de 19 de noviembre de 2010, la declaración de la madre y de la abuela del pequeño en relación con la insistencia en que se observaran las manchas del menor desde las 20:15 horas.

De hecho, la propia sentencia de 30 de julio de 2013 viene a señalar que «no ha quedado acreditado en el acto del juicio que la enfermera efectivamente informara al acusado de manchas rojas en el abdomen».

Es, precisamente, la falta de aviso lo que implica que no se haya podido constatar si las machas existían efectivamente antes de la 1:00 y si eran o no petequias. Y es que, repite la sentencia que «no ha quedado determinado que las manchas a las que alude la madre fueran petequias, tal y como refiere el informe forense de los doctores (...) y (...)».

Finalmente, el razonamiento realizado en el auto de 19 de noviembre de 2010 puede mantenerse, pues el excurso de los forenses sobre la naturaleza de las manchas debe corresponderse con una constatación médica de tal hecho, lo que no pudo hacerse porque el médico no llegó a ver las manchas, hasta que fueron, sin

duda petequias y, en todo caso, avisado por la madre, que era, al parecer, la que observaba al menor.

Tampoco pudo demostrarse en el proceso judicial si las manchas las llegaron a ver las enfermeras que bañaron al menor, a pesar de que en la Propuesta de Resolución que nos ocupa se afirma: «estas manchitas nadie del personal que la asiste aseguran haberlas visto» (y es que nunca se les preguntó), y si éstas, efectivamente comunicaron algo a los médicos, pues, curiosamente, sólo consta en el proceso judicial la declaración del enfermero que entró a las 22:00 horas. Así lo dice la propia sentencia absolutoria del acusado: «En cualquier caso, no se ha traído al acto del juicio -ni han sido llamados al procedimiento en ningún momento- a la o las enfermeras que bañaron al pequeño aquella noche a fin de acreditar si efectivamente fueron advertidas de las manchas en dicho momento, si ellas mismas lo observaron o no y lo que es más importante, si avisaron o no al acusado. Por otra parte, debe insistirse en la duda que existe sobre que esas manchas fueran petequias y fueran apreciables a las ocho de la noche».

De hecho, la propia Propuesta de Resolución reconoce que «Sobre la 01:00 h. ya del día 13 de mayo de 2002, al observar petequias y adormecimiento la madre avisa a la enfermera, ésta a su vez al médico de urgencias y éste al pediatra de guardia que rápidamente activa protocolo de sepsis».

Siempre es la madre la que, a pesar de haber enfermeros y médicos, pone sobre aviso del estado del menor, tanto llevando al niño a urgencias dos veces, la segunda con peor estado, «pálido, con respiración acelerada y vómitos» (lo que no presentaba la primera vez, como reconoce en sus manifestaciones, recogidas en la sentencia de instancia el Dr. (...): «es verdad que eso no lo tenía antes»), como durante su estancia hospitalaria. Pero, sólo esta vez, cuando ya eran petequias en el tronco y extremidades e incluso equimosis (manchas de tipo hemático algo mayores que las petequias) en el abdomen (donde su madre ya afirmaba haber visto manchas a las 20:15 horas) y espalda, tal y como se recoge en el informe de la Dra. (...) tras valorar al niño a la 1:00. Así se especifica en el informe pericial de 8 de noviembre de 2011, del Dr. (...).

La Propuesta de Resolución señala:

«La existencia de tales manchas haría saltar la alarma como así ocurrió cuando el personal médico las observa, al detectarse la nueva sintomatología».

Y es, precisamente, que no acudió ningún facultativo a observar tales manchas, hasta que algunas ya eran equimosis y que, incluso en ese caso fue la propia madre la que alertó de la gravedad ya de la situación.

Por todo lo expuesto se debe concluir que en el caso analizado, la falta de adecuación a la *lex artis ad hoc* viene dada por una falta de puesta a disposición del paciente de todos los medios diagnósticos y terapéuticos existentes, pues no se produjo la adecuada observación del paciente, de cuya sintomatología alertaba la madre en todo momento, por lo que no se acudió a ver al paciente por ningún médico sino cuando ya los síntomas de la patología del bebé eran tan evidentes que desencadenaron el fatal desenlace.

5. Todo ello, comporta la pérdida de oportunidad de tratamiento tendente a su curación.

Se debe recordar, no sólo lo citado en el tantas veces referido informe pericial acerca de la importancia de la precocidad del inicio del tratamiento en relación con la supervivencia, sino las palabras de la especialista en pediatría al indicar que, si bien la mortalidad en estos cuadros es muy alta «(...) tienes posibilidad de que reviertan si los tratas muy al principio».

Ello determina que deba indemnizarse a la reclamante en el 50% de la cantidad reclamada, dada la doctrina de este Consejo en relación con la pérdida de oportunidades.

En este sentido debe citarse nuestro reciente Dictamen 471/2017, donde se recoge aquella doctrina:

«Sobre la “pérdida de oportunidad” este Consejo en el DCC nº 152/2017 señaló:

“La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cuantificación de las indemnizaciones provenientes de pérdida de oportunidad, señalando que procede valorarla “no por la totalidad del daño sufrido pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación” (STS de 19 de noviembre de 2012, rec. de casación nº 579/2011, citada a su vez por la STS de 27 de noviembre de 2012, rec. casación nº 4981/2011). Por ello, procederá atenerse «prudencialmente y de manera analógica, a los criterios marcados por el baremo indemnizatorio previsto para los accidentes de circulación, que adapta equitativamente a las circunstancias del caso con la rebaja sustancial propia de la aplicación de la doctrina de la llamada pérdida de oportunidad” (STSJ de Galicia, de 16 enero 2013, rec. apelación nº 7126/2012).

Este Consejo, en casos de valoración económicas de daños provenientes de pérdida de oportunidad ha entendido, de acuerdo con dicha jurisprudencia, que si bien no puede alcanzar una cuantía indemnizatoria idéntica a la que resultaría de imputar al Servicio Canario de la Salud el daño en su totalidad, la Administración sanitaria debe ponderar el grado de participación de la pérdida de oportunidad en el resultado final de la actuación sanitaria prestada, que este Consejo ha estimado, según las circunstancias de cada caso, entre el 10 y el 60% de la cantidad que resultaría de aplicar el referido Baremo (ver, entre otros, DCC 171/2016 y 322/2016)».

Así pues, dado que la reclamante solicita una indemnización de 124.088,87 euros -más los intereses legales que correspondan-, cantidad que se ajusta al baremo indemnizatorio aplicable, conforme a dicha doctrina y los antecedentes de la atención sanitaria prestada a su hijo, entendemos que debe estimarse parcialmente la reclamación si bien valorando la indemnización a recibir en un 50% de la cantidad reclamada, que deberá, en todo caso, actualizarse al momento en el que concluya el procedimiento, dada la demora en resolver.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta Resolución no es conforme a Derecho, debiendo estimarse parcialmente la solicitud de la interesada, según lo razonado en el Fundamento V de este Dictamen.