



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 474/2019

(Sección 1ª)

La Laguna, a 19 de diciembre de 2019.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera 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 (...) y (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 445/2019 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El presente dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la propuesta de resolución formulada por la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario.

2. Los reclamantes solicitan una indemnización de 100.000 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación de la Sra. Consejera para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

3. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (B.O.C. n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la 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 16.1 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.

Por su parte, 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.

4. Se cumple el requisito de legitimación activa, teniendo los reclamantes la condición de interesados al accionar en defensa e interés de los derechos de su hija menor de edad -al haber sufrido un daño por el que reclaman [art. 4.1, letra a) de la LPACAP]-; y ello al amparo de las facultades de representación que les confiere legalmente el art. 162 del Código Civil a los padres que ostenten la patria potestad respecto a sus hijos menores de edad no emancipados.

Por otro lado, corresponde al Servicio Canario de la Salud la legitimación pasiva, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. Asimismo, se cumple el requisito de la no extemporaneidad de la reclamación, pues ésta se presentó el día 1 de diciembre de 2017, esto es, dentro del plazo de prescripción de un año señalado por el art. 67 LPACAP. Asimismo, la propia Administración Pública no aprecia extemporaneidad.

6. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver -tal y como reconoce la propia propuesta de resolución-, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aún fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21 LPACAP).

7. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resulta de aplicación, además de la LPACAP, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen

Jurídico del Sector Público; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

II

1. Los reclamantes instan la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hija menor de edad.

En este sentido, los padres de la menor manifiestan lo siguiente en su escrito inicial de reclamación -folios 2 a 4-:

«(...) nace el 26/3/2002. (...).

30/11/16: A las 20:30h recibe la dosis de Bexsero por recomendación de su pediatra en (...) de Santa Cruz de Tenerife.

1/12/16: la ambulancia va a buscarla al colegio: presenta un cuadro muy grave. Ingresar por urgencias en el Hospital Universitario Ntra. Señora de Candelaria (...).

14/12/16: Los padres solicitan reunión con el jefe de servicio de pediatría del HU Ntra. Señora de Candelaria para pedir traslado de (...) por no ver evolución y no tener un diagnóstico claro.

16/12/16: Salimos del hospital con (...) en silla de ruedas, con dolores de cabeza, sin poder leer ni escribir (letra muy deformada). Como no llegan los papeles del traslado del Servicio Canario de Salud y viendo que las Navidades están muy cerca, tramitamos el ingreso en (...), (Barcelona) por privado.

20/12/16: Ingreso en (...).

24/12/16: Vuelta a Tenerife y como nos recomiendan rehabilitación, acudimos a la consulta de un fisioterapeuta-osteópata que le recomienda ejercicios (durísimos para ella en su estado con momentos de desplome y no poder hacerlos).

10/1/17: Viendo que la rehabilitación no estaba siendo efectiva, acudimos a la consulta con la Dra. (...), médico que practica la medicina integrativa, es decir, integra medicina tradicional con medicina complementaria y natural. Nos pide análisis de sangre y cabellos. Nos recomienda un laboratorio alemán (...): enviamos las muestras (...). Además, nos solicita otros análisis (...).

Los análisis de Alemania tardan una semana en llegar y la Dra. (...) quería hacerle, una vez comprobado el resultado de los metales pesados, la quelación por vía rectal. Empiezo a informarme (antes de que lleguen los resultados) de los tipos de quelación y contactamos con un médico en Gran Canaria que realiza la quelación endovenosa. Nos comenta que la escuela americana no contempla la quelación endovenosa en niños de 14 años y nos sugiere un tratamiento homeopático. Aun así, sigo informándome y encuentro otro profesional de medicina integrativa que además realiza la quelación endovenosa.

23/1/17: Solicito consulta con el Dr. (...) y cuando estamos en la sala de espera, nos llegan los resultados de Alemania confirmando el diagnóstico de intoxicación por metales pesados con niveles de mercurio elevados en sangre y cabellos. Nos da el visto bueno para la quelación endovenosa. Le realiza una termografía (...).

26/1/17 Comienzan los sueros endovenosos: DMSO durante 5 semanas dos veces a la semana. Todo esto acompañado por los nutracéuticos, dieta y rehabilitación.

5/2/17: Empieza a incorporarse de la silla de ruedas por primera vez con mucho dolor en las rodillas y taquicardias.

2/3/17: El Dr. (...) cambia los sueros: pasamos a EDTA también dos veces a la semana y al cabo del tiempo, pasa a una vez a la semana para dejar descansar sus venas y que pueda irse incorporando al colegio.

20/3/17 Le solicita el Brain Screen (...). A finales de marzo empiezan a venir profesores a casa de forma esporádica, aunque le duele la cabeza y lo va soportando poco a poco.

8/5/17: Enviamos al mismo laboratorio alemán mediante un acta notarial la segunda dosis que comprarnos de la vacuna y no le pusimos (...). A principios de abril empezó a ir a clase subiendo el número de horas paulatinamente, hasta que pudo volver a hacer el horario completo.

En mayo hizo los primeros controles académicos que duraron una semana. Debido al sobreesfuerzo y coincidiendo esos días con la regla sufrió una recaída donde estuvo cinco días en cama [cansancio, dolor de cabeza (...)], es decir, hubo un repunte de mercurio que se debió al esfuerzo realizado y al ciclo menstrual (nuestro médico en uno de los congresos a los que asistió este año, confirmó que en el ciclo menstrual el cuerpo moviliza el mercurio y afecta en estos cuadros clínicos de intoxicados por mercurio).

5/6/17: Le solicita Detox Chip (...) que confirma alteración de metabolismo hepático de fase II, por lo que detoxifica de forma más lenta (actividad enzimática reducida).

En agosto de 2017 se le hizo un mineralograma para valorar la evolución (...). El mercurio se ha reducido.

A día de hoy seguimos con sueros, nutracéuticos y rehabilitación, pero puede ir al colegio y hacer vida normal. El siguiente control es en diciembre de 2017».

2. A la vista de lo relatado anteriormente, los padres de la menor entienden que no fueron *«bien asesorados por la administración pública (Servicio Canario de la Salud)»* -folios 4 y 5-:

«Nos llama la atención y nos causa mucha preocupación el desconocimiento absoluto del diagnóstico y posterior manejo de un caso de intoxicación por mercurio.

Es trasladada de la UCIP a planta con un diagnóstico de síndrome confusional, firmado por el Dr. (...), comentándonos que el caso clínico no ha sido más que un susto y que el domingo nos dará el alta personalmente porque ese día él está de guardia. Llegó el domingo y no vimos al Dr. (...) en todo el día. Nos lo encontramos a las dos semanas del Ingreso de nuestra hija en el vestíbulo del centro hospitalario y nos comenta que no sabe que nuestra hija sigue ingresada.

Ante la ausencia de un diagnóstico, se le realizaron multitud de pruebas sin saber lo que buscar ocasionando el cansancio de la paciente. No se realizaron las pruebas pertinentes toxicológicas como análisis de sangre y cabellos para determinar la presencia de metales pesados.

Como consecuencia de la falta de diagnóstico, se le trató 4 días con Aciclovir y 10 con Cefotaxima que en el caso de la intoxicación por mercurio es absolutamente ineficaz y deja las venas del paciente extenuadas ocasionándole flebitis.

En la reunión solicitada al Dr. (...), Jefe de Servicio de pediatría, por la ausencia de una mejoría en los síntomas, nos sugieren la posibilidad de que nuestra hija sufra un trastorno conversivo y solicitan un Informe del psiquiatra y le prescriben Sulpirida, tratamiento completamente ineficaz frente a una Intoxicación por mercurio.

Se notifica la sospecha de RAM al medicamento, pero no se activa ningún protocolo de atención a las víctimas por acontecimientos adversos a esta vacuna.

El Dr. (...), miembro del comité asesor de vacunas de la asociación española de pediatría, después de tomar nota de todo lo que había pasado, nos sugiere, ante nuestro estupor, que será necesario ponerle la segunda dosis de la vacuna Bexsero.

Nuestra hija sale 17 días después de su ingreso hospitalario en silla de ruedas, con la misma Intoxicación por mercurio con la que entró, sin haber ninguna mejoría en su cuadro clínico».

3. Por todo lo anteriormente expuesto, los reclamantes concluyen que *«el Servicio Canario de Salud funcionó mal conforme a las exigencias de la lex artis y no prestó un buen servicio»*; concretando el objeto de la reclamación (mediante escrito presentado el día 20 de diciembre de 2017 -folio 52-) en los siguientes términos: *«la asistencia sanitaria concreta a la que atribuimos el daño es al error de diagnóstico,*

tratamiento inadecuado de la enfermedad o dolencia y mal funcionamiento del servicio público al no aplicar protocolos de atención ante acontecimientos adversos a la vacuna. Además de no realizar las pruebas pertinentes diagnósticas y terapéuticas que hubieran ahorrado sufrimiento a la paciente».

4. La reclamación inicial de los padres concluye solicitando la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a su hija menor de edad por parte del Servicio Canario de la Salud, y cuantificando el importe total de la misma en 100.000 euros - folio 6-.

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Mediante escrito con registro de entrada el día 1 de diciembre de 2017, (...) y (...) instan la iniciación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, supuestamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hija menor de edad.

2. Con fecha 4 de diciembre de 2017 (notificado a los interesados el día 13 del mismo mes y año -folios 50 y 51-) se requiere a los interesados para que concreten y/o especifiquen ciertos aspectos de su reclamación inicial, aporten determinada documentación necesaria para la tramitación del expediente y propongan prueba - folios 48 y 49-.

3. Mediante escrito presentado el día 20 de diciembre de 2017, los reclamantes cumplimentan el trámite anterior -folios 52 a 56-.

4. Mediante Resolución de 9 de enero de 2018, del Director del Servicio Canario de la Salud se admite a trámite la reclamación formulada, y se solicitan los informes pertinentes y la historia clínica de la afectada -folios 57 a 59-. Dicha resolución es debidamente notificada a los interesados según consta en el folio 62 de las actuaciones.

5. Con fecha 10 de enero de 2018 se solicita el informe del Servicio de inspección y prestaciones -folio 63-; que es finalmente emitido el día 9 de mayo de 2019 -folios 66 a 76-.

Asimismo, el día 23 de abril de 2019 se emite informe del Jefe de Servicio de Pediatría del Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria, y que obra en los folios 202 a 205.

6. Con fecha 21 de mayo de 2019 se notifica a los interesados el acuerdo probatorio adoptado con fecha 16 de mayo de ese mismo año -folios 206, 207, 210 y 211-; abriendo un plazo de treinta días a fin de que se aporten los medios de prueba propuestos en la reclamación inicial y que no fueron incorporados. El día 25 de junio del mismo año los reclamantes aportan la documentación requerida -folios 213 a 220-

7. Con fecha 30 de julio de 2019, y a la vista de la nueva documentación aportada, se emite informe complementario por parte del Servicio de inspección y prestaciones -folio 223-.

8. Mediante resolución de 1 de octubre de 2019, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediéndose a los interesados un plazo de diez días para que puedan formular alegaciones y presentar los documentos que estimen procedentes -folio 232-. Dicha resolución fue objeto de notificación a los padres de la menor el día 11 de octubre de 2019 -folios 235 bis y ter-.

Transcurrido el plazo otorgado a tal efecto, no se formulan alegaciones por parte de los reclamantes.

9. No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, al tratarse de una reclamación por responsabilidad patrimonial en la que se suscitan cuestiones de Derecho previamente resueltas en anteriores reclamaciones ya informadas por el Servicio Jurídico ex art. 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

10. Mediante oficio de 21 de noviembre de 2019 (con registro de entrada en este órgano consultivo el día 22 de ese mismo mes y año), la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias solicita la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo al amparo de lo dispuesto en la LCCC.

IV

1. La propuesta de resolución sometida al análisis jurídico de este Consejo Consultivo desestima la reclamación efectuada por los interesados, al entender el órgano instructor que no concurren los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Así, tras desestimar las diversas alegaciones planteadas por los reclamantes (error de diagnóstico durante la asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria a su hija menor de edad, el mes de diciembre de 2016, tras la administración de la primera dosis de la vacuna contra la meningitis B en un centro sanitario privado; no detección de la intoxicación por mercurio y ausencia de realización de las pruebas diagnósticas dirigidas a tal fin; aplicación de tratamientos médicos inadecuados e ineficaces frente a dicho diagnóstico; y falta de aplicación de los protocolos de atención a las víctimas de efectos adversos a las vacunas), se concluye que la atención sanitaria dispensada se ajustó, en todo momento, a la exigencias derivadas de la *lex artis ad hoc*.

2. Una vez examinada la propuesta de resolución y el expediente adjunto remitido a este Organismo consultivo, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones jurídicas.

La jurisprudencia ha precisado (entre otras, STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que *«para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:*

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño».

Una nutrida jurisprudencia (reiterada en las SSTs -3ª- 29 de enero, 10 de febrero y 9 de marzo de 1998) ha definido los requisitos de éxito de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a las siguientes proposiciones:

A) La acreditación de la realidad del resultado dañoso -«en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas»-;

B) La antijuridicidad de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido. La antijuridicidad opera como presupuesto de la imputación del daño.

El criterio se recoge, por todas, en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, al interpretar que:

«El título de atribución concurre, así, cuando se aprecia que el sujeto perjudicado no tenía el deber jurídico de soportar el daño (hoy la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común plasma normativamente este requisito al establecer en su artículo 141.1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (...)”).

Así puede ocurrir, entre otros supuestos, cuando se aprecia que la actividad administrativa genera un riesgo o un sacrificio especial para una persona o un grupo de personas cuyas consecuencias dañosas no deben ser soportadas por los perjudicados, o cuando del ordenamiento se infiere la existencia de un mandato que impone la asunción de las consecuencias perjudiciales o negativas de la actividad realizada por parte de quien la lleva a cabo».

C) La imputabilidad a la Administración demandada de la actividad causante del daño o perjuicio. Ello supone la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad administrativa y el perjuicio padecido.

D) La salvedad exonerante en los supuestos de fuerza mayor. A este efecto, es doctrina jurisprudencial constante la recogida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de mayo de 1999, la que establece que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes.

E) La sujeción del ejercicio del derecho al requisito temporal de que la reclamación se cause antes del transcurso del año desde el hecho motivador de la responsabilidad.

3. Por otra parte, la reiterada doctrina de este Consejo Consultivo en cuanto a los principios generales de distribución de la carga de la prueba se ven perfectamente recogidos, entre otros, en el Dictamen n.º 272/2019, de 11 de julio:

«Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación del artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio (...), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del Código Civil (...), que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho («semper necesitas probandi incumbit illi qui agit») así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega («ei incumbit probatio qui dicit non qui negat») y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios («notoria non egent probatione») y los hechos negativos («negativa non sunt probanda»). En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras)».

2. A la vista de la jurisprudencia expuesta, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, la antijuridicidad, el alcance y la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista daño efectivo y que éste sea consecuencia del dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Sobre la Administración recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y, del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)».

Finalmente, y como ha señalado de forma reiterada este Consejo Consultivo «es necesario acreditar la realidad del hecho lesivo y la relación causal entre el actuar administrativo y los daños que se reclamen, como se hace en los recientes Dictámenes 40/2017, de 8 de febrero y 80/2017, de 15 de marzo, en los que se afirma que: “Además, como este Consejo ha manifestado recurrentemente (ver, por todos, los Dictámenes 238/2016, de 25 de julio y 343/2016, de 19 de octubre), sin la prueba de los hechos es imposible que la pretensión resarcitoria pueda prosperar. El art. 6.1 RPAPRP, en coherencia con la regla general del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), impone al reclamante la carga de probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión resarcitoria. Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts. 3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art. 139.1 LRJAP-PAC, arts. 6.1, 12.2 y art. 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art. 6.1 RPAPRP). Esta prueba puede ser directa o por presunciones, pero para recurrir a estas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir. No basta para ello la mera afirmación del reclamante, porque ésta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC)».

4. En el presente supuesto, la cuestión principal que plantean los reclamantes es el error de diagnóstico por parte del Servicio Canario de la Salud -durante la asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria a la hija de los reclamantes-, al no haber apreciado la existencia de una reacción adversa a la vacuna contra la meningitis tipo B (y cuya denominación comercial es “*BEXSERO*”), derivada de la presencia de metales pesados -en concreto, mercurio- en la dosis que le fue suministrada a la menor en un centro sanitario privado el día 30 de noviembre de 2016.

Reclamación principal a la que se le unen otro tipo de alegaciones complementarias (ausencia de pruebas diagnósticas dirigidas a la detección de la referida intoxicación por mercurio; aplicación de tratamientos médicos inadecuados e ineficaces frente a dicho diagnóstico; y falta de aplicación de los protocolos de atención a las víctimas de efectos adversos a las vacunas).

Pues bien, aplicando la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta (donde la acreditación de la realidad del hecho lesivo aparece como el primero de los requisitos inexcusables para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública), y con carácter previo al análisis del error de diagnóstico

alegado por los reclamantes, resulta ineludible proceder al escrutinio de la mentada presencia de mercurio en la vacuna contra la meningitis B y la subsiguiente intoxicación -junto con otros efectos adversos- derivada de la inclusión de dicho metal y/o sus derivados, a cuyo efecto, es pertinente realizar las consideraciones que se exponen en las siguientes líneas.

4.1. En primer lugar, frente a lo alegado por los reclamantes -sin soporte probatorio alguno en el que sustentar dicha manifestación-, *«la vacuna Bexsero no contiene mercurio ni derivados mercuriales en su composición»* -folio 203-.

Así de taxativos se manifiestan tanto el informe del jefe del Servicio de Pediatría (folio 203 y 205 -*«la vacuna administrada no contiene mercurio»*-), como el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, en donde se señala que *«la vacuna Bexsero contiene aluminio pero no mercurio ni Timerosal (...)»* -folio 68-, y que *«la Organización Mundial de la Salud (OMS) se ha pronunciado claramente en contra de la posible toxicidad del Timerosal. (...) No obstante las vacunas en España NO contienen Timerosal y por ello son seguras»* -folio 70-.

4.2. Por otro lado, y en el caso concreto de la dosis de vacuna suministrada a la menor, tampoco resulta acreditado en el expediente que la misma estuviese afectada por la presencia de metales pesados como el mercurio.

Cierto es que los reclamantes remitieron a un laboratorio alemán la segunda dosis de la vacuna Bexsero (y que, finalmente, no se le llegó a inocular a la menor de edad), a los efectos de analizar su composición y detectar la presencia de mercurio y/o derivados mercuriales -folios 31 a 39-.

Sin embargo, los resultados de dicho análisis no constan aportados al expediente administrativo, por lo que, en consecuencia, no se puede dar por probada la existencia de mercurio y/o derivados mercuriales como parte integrante del contenido de dicha dosis de Bexsero.

4.3. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, y aun partiendo de una eventual presencia de mercurio en sangre (en todo caso, de fecha posterior -enero de 2017- a la administración de la vacuna -noviembre de 2016-), se ha de advertir que los informes incorporados por la Administración sanitaria al expediente -y no rebatidos mediante prueba en contrario- vienen a acreditar, por un lado, que *«los valores presentados en sangre y detectados por el laboratorio alemán, no eran constitutivos de una intoxicación por mercurio»*, y, por otro lado, que la paciente no presentó los

síntomas descritos para un cuadro agudo de intoxicación por mercurio (tal y como señala la propuesta de resolución -Fundamento de Derecho sexto, apartado 3º-).

A este respecto, el informe del jefe del servicio de pediatría del Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria indica lo siguiente -folios 203 y 204-:

«A partir de aquí nada resulta congruente en su denuncia, relacionando una vacuna que no contiene mercurio con una intoxicación por mercurio, (y) con una sintomatología poco explicable a tenor de la multitud de pruebas realizadas.

El mercurio se acumula en la mayoría de seres vivos a partir de numerosos productos y por su presencia en la naturaleza. Se puede ingerir por vía digestiva, pulmonar o a través de la piel. A partir de la sangre su distribución por el organismo tiende a alcanzar un estado de equilibrio dinámico determinado por las dosis, duración de la exposición, grado de oxidación, concentración en sangre, afinidad por los componentes celulares y velocidad de asociación/disociación del complejo mercurio-proteína.

SE ESTIMA QUE EL CONTENIDO TOTAL NORMAL DEL MERCURIO EN EL ORGANISMO HUMANO OSCILA ENTRE 1 Y 13 MILIGRAMOS.

(...)

1. La vacuna Bexsero no contiene mercurio ni derivados mercuriales en su composición.

2. La clínica y presentación de la intoxicación por mercurio difiere si esta intoxicación es de carácter agudo o crónico (sobre todo personal expuesto continuamente, como determinadas minas). De valorar una intoxicación por mercurio, y por las manifestaciones clínicas que presentó, en todo caso, debería ser por exposición aguda, ya que el día previo a la vacuna se encontraba en perfecto estado y la clínica fue de aparición repentina.

La paciente no presentó los síntomas descritos en un cuadro agudo de este tipo: mal aliento, náuseas, vómitos y diarreas, además de afectación neurológica donde el signo capital descrito es el temblor intencional, con características de temblor cerebeloso, asociado a ataxia, adiadococinesia y marcha cerebelosa. La triada descrita clásicamente para su diagnóstico la componen el temblor, alteraciones de la personalidad y estomatitis. Se asocian muy frecuentemente alteraciones visuales. Durante su estancia en nuestro centro fue estudiada además de su pediatra responsable por neurólogos infantiles, neurólogos de adultos, psicólogos y psiquiatras, oftalmólogo, cardiólogo, neurofisiólogo además de realizar múltiples pruebas complementarias para su diagnóstico. Todas estas resultaron ser normales y todos los especialistas concluyeron en la ausencia de signos alterados en la exploración.

(...)

5.- La analítica sobre metales pesados presentada por sus padres en la reclamación refiere unos primeros niveles de mercurio en sangre de 5,4 micgr/lit, de donde concluyen la intoxicación por mercurio.

Según la OMS se admiten como niveles de mercurio normales en sangre los inferiores a 10 micgr/lit.

(Referencia: WHO. Committee on Toxicology Union Kingdom. Study about mercury on fishes and shellfish. England: The Committee; 2003)

Diversos Organismos Científicos nacionales (Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, INSHT) e internacionales [Agency for Toxic Substances and Disease Registry - Agencia para las Sustancias Tóxicas y el Registro de Enfermedades-, ATSDR; la European Agency for Safety and Health at Work -Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo-, OSHA; la Environmental Protection Agency - Agencia de Protección Medioambiental-, EPA; el Instituto Nacional para la Seguridad y Salud Ocupacional, NIOSH -el equivalente estadounidense al INSHT español-; la Organización Mundial de la Salud, OMS; el United Nations Environment Programme (UNEP) o Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), etc.] establecen como LÍMITES "ADMISIBLES" DE HG, en personas que, por su trabajo, no están en contacto con Hg o derivados, los inferiores a 10 mcg/L (microgramos/litro) en sangre y 20 mcg/L en orina (<25 mcg/gr creatinina en orina de 24 horas). En personas expuestas al Hg (mineros, trabajadores de empresas que fabrican/manipulan cloro, sosa, lámparas fluorescentes, baterías, etc.), el Hg sanguíneo al final del último turno de trabajo de la semana (normalmente el viernes por la tarde) puede llegar a 15 mcg/L (y seguir siendo éste un nivel "admisibles"). La máxima concentración de Hg, en orina de 24 horas, admitida para los trabajadores expuestos a este metal tóxico es de 35 mcg/g de creatinina. La concentración máxima permisible de Hg ambiental en los lugares de trabajo es de 25 mcg/m³ (0,025 mg/m³). Se considera aceptable una concentración en el agua de 0,001 mg/L y una ingesta semanal tolerable de 5 mcg/Kg de Hg total y 3,3 mcg/Kg de metilmercurio».

Es por todo ello que el citado informe concluye -folio 205-:

«La paciente nunca ha presentado intoxicación por mercurio tal y como está descrito ampliamente en la literatura médica. La vacuna no contiene mercurio, la clínica presentada y los múltiples exámenes realizados no coinciden con una intoxicación por mercurio. Los niveles de mercurio mostrados en sangre están muy por debajo de los mínimos aceptados como tolerables.

(...) Si la vacuna administrada no contiene mercurio, los síntomas que presentaba son de aparición aguda y no coinciden con los descritos en la intoxicación por mercurio, la multitud de exámenes realizados descartan la afectación orgánica, los múltiples especialistas consultados (incluidos los de un centro de referencia nacional e internacional) coinciden en la ausencia de organicidad que explique el cuadro sintomático e insisten en el trastorno

funcional, y además los familiares acuden a la medicina natural y presentan unos niveles de mercurio en sangre muy por debajo de los límites descritos como tolerables para el ser humano por múltiples organismos internacionales, es por lo que seguimos ratificando nuestro diagnóstico inicial: PROBABLE REACCION VACUNAL (...).».

5. Así pues, no habiendo acreditado los reclamantes los hechos o presupuestos fácticos (reacción postvacunal a raíz de la presunta intoxicación por mercurio -folios 213 a 220-) a partir de los cuales pretenden exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública como consecuencia del funcionamiento anormal del servicio público sanitario (al no haber diagnosticado correctamente a la menor de edad de una supuesta intoxicación por mercurio derivado de la aplicación de la dosis de la vacuna «Bexsero» y, a continuación, haber actuado en consecuencia), es por lo que se entiende que procede desestimar la reclamación formulada por (...) y (...) (art. 217 LEC). Todo ello; sin perjuicio de compartir -y dar por reproducidos- los restantes argumentos desestimatorios esgrimidos por la propuesta de resolución.

CONCLUSIÓN

La propuesta de resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...) y (...), se entiende conforme a Derecho.