



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 8 1 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 14 de octubre de 2021.

Dictamen solicitado por el Excmo. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Acuerdo indemnizatorio 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. 454/2021 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante oficio de 1 de septiembre de 2021 (con registro de entrada en este Organismo el 2 de septiembre de 2021), se solicita dictamen de este Consejo Consultivo al objeto de examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio formulada por el Secretario 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 142.161,31 euros, cuantía que determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Sr. Consejero 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. 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), ley aplicable en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el procedimiento comenzó antes de la entrada en vigor de la misma.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio formulada, resultan de aplicación, además de la citada LRJAP-PAC, 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 (RPAPRP), 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.

4. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicio Canario de la Salud (SCS, en adelante), titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del SCS, 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.

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 SCS, se delega en la Secretaría General del SCS la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el SCS.

6. En cuanto a la legitimación activa, resulta necesario traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su Dictamen 66/2020, de 3 de marzo:

«4.1.1. Respecto a la posibilidad de reclamación por daños -patrimoniales y extrapatrimoniales- derivados del fallecimiento, se ha de indicar lo siguiente:

La doctrina y la jurisprudencia consideran de forma prácticamente unánime que la muerte en sí misma considerada no se indemniza (a quien la sufre), sino que lo que se indemniza es la pérdida neta que sufren aquellas personas que dependían económicamente de los ingresos de la víctima (daño patrimonial), así como el dolor, sufrimiento, aflicción, la pérdida de la compañía, de proyectos conjuntos, etc., que produce a los familiares y allegados la muerte de una familiar (daño no patrimonial).

El fallecimiento de una persona da lugar a daños patrimoniales y no patrimoniales, pero no los sufre el que muere, sino los familiares cercanos, de modo que la indemnización no la perciben iure hereditatis, sino iure proprio. Se trata de un criterio generalizado en el

Derecho comparado europeo, en el que la privación de la vida, no se considera un daño a efectos de las normas que regulan la responsabilidad y no es indemnizable.

En nuestro ordenamiento jurídico, el criterio de que el perjudicado por la muerte no es quien muere, sino los parientes allegados, se recoge en el baremo previsto para las indemnizaciones que se deriven de accidentes de tráfico. En consecuencia, la privación de la vida no es indemnizable a quien fallece, y, por tanto, nada se puede transmitir a los herederos del que muere.

La jurisprudencia así lo viene señalando desde hace tiempo. En este sentido, las diversas Salas del Tribunal Supremo consideran hoy que están legitimadas para reclamar por la muerte de una persona quienes resulten personalmente perjudicados por ella, en cuanto dependían económicamente del fallecido o mantenían lazos afectivos con él, de modo que ejercen un derecho originario y no derivativo. La STS (Sala de lo Civil) de 1 de abril (RJ 2009/4131) señala lo siguiente: "es doctrina pacífica que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable ex iure proprio, al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del de cuius, por lo que la legitimación no corresponde a los herederos en cuanto tales, sino a los perjudicados por el fallecimiento, pues sólo los vivos son capaces de adquirir derechos".

4.1.2. Dicho lo anterior, se ha de añadir que, como muy bien señala la sentencia de 2 de octubre de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec.780/2006), " (...) la temprana y didáctica Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006, estableció lo siguiente: Sin duda el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como `iure hereditatis`, sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 y 14 de diciembre de 1996), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, siendo doctrina de esta Sala, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2003, que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte `iure proprio`, las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en sí del bien `vida` sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible `mortis causa` a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales `iure hereditatis`" (...).

A la luz de la doctrina anteriormente expuesta, se entiende cumplido el requisito de legitimación activa de (...) y (...) -padres del menor (...)- para reclamar por derecho propio la indemnización de los daños derivados del óbito de su hijo [art. 4.1.a) LPACAP]. Legitimación activa que no es puesta en entredicho por la propia

Administración Pública sanitaria. Tal y como se cita en el Dictamen 292/2021, de 24 de mayo, de este Organismo consultivo «sólo podrán reclamar por el daño moral derivado del fallecimiento de (...) aquellos que posean: “vínculos próximos de familia, afectos, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios causados directamente de la muerte producida” (STS, de 4 de noviembre de 1999; STSJ de Navarra n.º 1089/2003, de 17 de octubre de 2003).

Al tratarse de un daño moral en los sentimientos, se hace necesario poner un límite a la condición de legitimado. Es obligado establecer un orden de preferencia excluyente, siguiendo un orden lógico de afinidad con la fallecida, de forma que sean los más inmediatos los que, en su caso, reciban la indemnización con exclusión de los demás, primando de forma natural, a quienes hayan sufrido de forma más palmaria y directa. El Tribunal Supremo, en algunos casos se refiere a “parientes más allegados”. Según la jurisprudencia, puede establecerse un orden de preferencia:

1.- Los miembros de la familia nuclear, que en este caso se desconocen, si bien parece desprenderse de la reclamación que (...) estaba casada y tenía un hijo, que no se identifican (¿?). El dolor de la familia nuclear, es decir, marido e hijos, se presume, no requiere prueba (STS de 15 de abril de 1988). No obstante, estos, los más allegados, no formulan reclamación en este caso.

2.- Para el resto de los parientes no existe presunción, requiriéndose la acreditación de alguna de las siguientes circunstancias para establecer su legitimación: Que pertenezcan de hecho a la familia nuclear por convivir con ella, o bien se demuestren fuertes e importantes vínculos afectivos, asimilándose a los que normalmente se dan entre los miembros de la familia central.

En síntesis, la jurisprudencia ha atribuido la legitimación de los daños morales derivados del fallecimiento de una persona, en primer lugar, al viudo o viuda, junto a los hijos del fallecido y en segundo término a sus padres si la víctima está soltera (STS de 2 de julio de 1979; STS de 14 de diciembre de 1996). Finalmente, los hermanos también estarían legitimados en defecto de otros familiares más allegados (los ya expuestos) (STS de 4 de julio de 2005), debiendo probar en su caso la vinculación afectiva entre ellos, su dependencia económica o su convivencia en el núcleo familiar».

La legitimación pasiva le corresponde al SCS, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

7. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación (art. 142.5 LRJAP-PAC), toda vez que la reclamación se presenta el 20 de noviembre de 2009, en relación con la asistencia sanitaria prestada al menor en el Servicio de

Urgencias del Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria (HUNSC) el 22 de noviembre de 2008.

8. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (art. 13.3 RPAPRP), sin embargo, aún expirado éste, y sin perjuicio de los efectos administrativos y, en su caso, económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 42 LRJAP-PAC).

II

El fundamento fáctico de la pretensión indemnizatoria descansa en el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por los interesados mediante el que alegan:

«PRIMERO.- El día 22 de noviembre del 2008 trasladamos a nuestro hijo (...), de dos meses y medio de edad, al Hospital Universitario de Nuestra Señora de Candelaria debido a que tenía un incesante llanto y con una fiebre alta, sobre 38,6 grados. En el servicio de urgencias lo atendieron con un gran retraso procediendo únicamente a tomarle la temperatura y observar una hernia inguinal derecha que tenía mi hijo, sin prestarle atención a los motivos de sus llantos y la razón de tan alta fiebre.

Tras ello, el personal que nos atendió hizo una llamada telefónica al cirujano pediatra, debido a que no estaba presente en su turno de guardia, el cual recetó telefónicamente sin haber examinado a mi hijo fallecido un Nolitol infantil, debiéndole dar uno cada seis horas dándonos expresas instrucciones para que nos fuéramos a nuestra casa puesto que con eso bastaba para reducir la fiebre que tenía.

Adjuntamos copia del libro de familia bajo documento N° UNO.

SEGUNDO.- El domingo alrededor de las 5 de la madrugada el niño continuo quejándose, teniendo vómitos continuos y con una temperatura muy baja, estaba frío.

Tras estos hechos decidimos llevar a nuestro hijo al Hospitalito de niños con la esperanza de ser atendidos de mejor forma y donde informamos del tratamiento recetado en el servicio de urgencias del Hospital de la Candelaria.

Una vez informado a los profesionales del Hospitalito de niños de los días que había pasado (...), evacuaron un nuevo informe donde nos remitían de nuevo a la Candelaria, señalándonos que no entendían como podían recetar a un niño prematuro, dos meses y medio de vida, un Nolitol infantil.

TERCERO.- Al llegar al Hospital Universitario de La Candelaria el personal que se hizo nuevamente cargo de (...), procedió a tomarle la temperatura señalando que no llegaba a los

35.5°, y por mucho que intentaran hacerle entrar en calor no había forma de que subiera su temperatura corporal.

Según nos informó el personal del hospital, el cirujano pediatra estaba en su casa y les ordenó tener en observación al bebe hasta que el llegara, tardando más de dos horas en llegar a la residencia.

CUARTO.- Tras todo ese baile de idas y venidas a los servicios de urgencias de dos centros del Servicio Canario de la Salud durante dos días, el médico cirujano llega a la sorprendente conclusión de que la hernia del bebe no era el motivo o causa del dolor que padecía ni de la baja temperatura que tenía, que la causa era otra pero que la desconocía.

QUINTO.- Una vez observado el estado físico del bebe nos informaron que lo iban a ingresar porque su estado era muy grave.

Las últimas informaciones que nos dieron antes de su fallecimiento era que el bebe estaba entubado en la U.V.I. y que su corazón había fallado.

Entendemos que la muerte de nuestro hijo, (...), no se hubiera producido nunca de haber sido examinado correctamente y con la atención debida para obtener un diagnóstico acertado en la primera vez que se acudió a los servicios de urgencias del Hospital Universitario de la Candelaria, ya que llegó con fiebre muy alta. No siguieron el protocolo de actuación que tienen los hospitales, si un niño de tan corta edad entra con una fiebre tan alta, hay que ingresarlo.

De los hechos relatados, solo se puede llegar a la conclusión de que se recibió una mala atención en el servicio de urgencias.

SEXTO.- Actualmente estos hechos están siendo investigados por el Juzgado de Instrucción N° 1 de Santa Cruz de Tenerife en las Diligencias Previas número 3.709/2008.

Adjuntamos bajo documento N° DOS, copia de la última providencia de este Juzgado.

SÉPTIMO.- Que es del interés de los dicentes que se inicie el oportuno procedimiento para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración a la que me dirijo y, tras los trámites legales que resulten de aplicación, se reconozca a los dicentes el derecho a la indemnización por importe de CIENTO CUARENTA Y DOS MIL CIENTO SESENTA Y UNO CON TREINTA Y UN EUROS (142.161,31 euros) por la pérdida sufrida (...) ».

III

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

1.- Mediante escrito de 20 de noviembre de 2009 (...) y (...), insta la incoación 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 prestada a su hijo, (...)

2.- En fecha 25 de noviembre de 2009, se requiere a los interesados para la subsanación y mejora de la solicitud presentada, lo que verifican el 5 de enero de 2010.

3.- Mediante Resolución de 13 de enero de 2010, se admite a trámite la reclamación presentada y se suspende la tramitación del procedimiento, dado que se habían incoado diligencias previas por los mismos hechos objeto de reclamación. La citada resolución se notifica a los interesados con fecha 20 de enero de 2010.

4.- Con fecha 13 de octubre de 2016, los interesados solicitan a la Administración que levante la suspensión y de continuidad a la tramitación del procedimiento incoado, toda vez que el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Santa Cruz de Tenerife, mediante Auto de 1 de diciembre de 2014, declaró la firmeza de la Sentencia dictada con fecha 31 de marzo de 2014, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

5.- Con fecha 7 de noviembre de 2016, se dicta Resolución por la que se deja sin efecto la suspensión del procedimiento y se requiere a los interesados testimonio de lo actuado en la vía penal por ser relevante para la tramitación del procedimiento.

6.- Con fecha 28 de julio de 2017 se notifica a los interesados Acuerdo Probatorio y Trámite de Audiencia. Transcurrido el plazo conferido al efecto, no se presenta escrito de alegaciones.

7.- Con fecha 13 de octubre de 2017, se dicta Resolución mediante la que se declara la caducidad del procedimiento de responsabilidad patrimonial, al considerar la Administración Sanitaria que han transcurrido aproximadamente dos años desde que los interesados tuvieron conocimiento de la firmeza de la Sentencia de 31 de marzo de 2014, hasta la solicitud del levantamiento de la suspensión del procedimiento el 13 de octubre de 2016.

8.- Con fecha 17 de octubre de 2019, se dicta Sentencia por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Tres de Santa Cruz de Tenerife en el seno del Procedimiento Ordinario 495/2017, en cuyo Fallo se condena a la Administración demandada a retrotraer las actuaciones del expediente de responsabilidad patrimonial, a los efectos de instruir y resolver sobre el fondo de la reclamación planteada, sin que quepa apreciar prescripción de la acción.

9.- Con fecha 18 de diciembre de 2019, se dicta Resolución por la que se retrotraen las actuaciones del procedimiento de responsabilidad patrimonial procediendo a continuar su tramitación, realizando cuantas actuaciones fueran necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la Resolución, entre ellas, la petición de informe al Servicio cuyo funcionamiento haya podido ocasionar la presunta lesión indemnizable.

10.- Con fecha 8 de junio 2021, se emite informe por el Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud (en adelante, SIP), referido a la asistencia sanitaria prestada al paciente -folios 97 y siguientes del expediente- mediante el que se exponen los siguientes hechos:

«1.- *Previo a los hechos reclamados:*

**En fecha 14 de septiembre de 2008 Recién Nacido Pretérmino (RNPT) pequeño para la edad gestacional (PAEG), con 31 semanas y cuatro días y 1.045 gramos de peso.*

Ingresó en UVI de Neonatos en el periodo 14 a 29 de septiembre de 2008 por prematuridad, y posteriormente permaneció ingresado en el Servicio de Neonatología durante el periodo 29 de septiembre a 29 de octubre de 2008.

Entre otros, diagnosticado de hernia inguino-escrotal derecha. Mantuvo profilaxis antibiótica ev ante cultivos ótico y de meconio positivos a S. Agalactiae. Una vez completado el ciclo y ante la negatividad de los cultivos posteriores se retira la antibioterapia.

**El 14 de noviembre de 2008 es valorado en el Servicio de Pediatría por hernia inguino-escrotal derecha. Se programa para cirugía.*

2.- El 22 de noviembre de 2008, 11:56 h, a los 2,5 meses de vida (edad corregida 1 mes) es llevado el menor al Servicio de Urgencias Pediátricas del HUNSC por llanto continuo y fiebre (38,6°C). 3.100 g. No vómitos. No diarrea.

En la exploración física: Temperatura de 37,4°C. Hernia inguino-escrotal derecha de gran tamaño reducible pero que vuelve a salir con el llanto continuo.

Se consultó al Servicio de Cirugía Pediátrica, localizado, que indicó seguimiento en consulta.

Causa alta con el diagnóstico de hernia inguino-escrotal derecha no incarcerada. Se prescribió Nolotil infantil 1 cada 6 horas si dolor.

3.- El 23 de noviembre, 9:48.h, el menor es llevado al Servicio de Urgencias Pediátricas del HUNSC por llanto y algún vómito por dolor.

Previamente había acudido al centro de Urgencias Pediátricas (antiguo Hospitalito) desde donde fue derivado al HUNSC para valoración por sospecha de sepsis (irritabilidad y

vómitos en todas las tomas, palidez cutáneo mucosa, mal aspecto general, sequedad, deshidratación, fontanelas deprimidas).

En la exploración física en el HUNSC: Consciente, normocoloreado, normohidratado, eupneico, irritable. Fontanelas normales. CR normal. Hernia inguinal escrotal derecha. Temperatura 35,6°C.

Se solicita interconsulta al Servicio de Cirugía Pediátrica. Tras valoración se consultó con la UMI Pediátrica decidiéndose ingreso.

En el Servicio de Urgencias se pasa bolo de suero fisiológico, 100 cc.

4.-Ingresa en UMI Pediátrica bajo el motivo de sepsis a las 13:40 horas.

En la anamnesis consta: Lactante varón de 2(9/30) meses de edad (edad corregida 1 mes aproximadamente) procedente del Servicio de Urgencias por cuadro de 24 horas de evolución consistente, en pico febril inicial (38,6°C), vómitos detrás de todas las tomas, rechazo de la alimentación y decaimiento.

En el día de ayer acudió a urgencias donde tras su valoración se solicitó interconsulta a Cirugía Pediátrica por hernia inguinal derecha no incarcerada, dándose de alta con Metamizol en supositorio. En el día de hoy acude de nuevo al Servicio de Urgencias por sintomatología referida previamente acudiendo el equipo de guardia de pediatría para su valoración tras llamada al cirujano pediátrico de guardia.

En el examen físico al ingreso:

Peso de 3.100 gr. Mal estado general, impresiona de enfermedad y gravedad. Palidez cutánea. Cutis marmorata marcado en toda la superficie corporal. Quejido audible sin fonendo. Algo somnoliento.

Hemodinámico: FC a 190 lpm. TA 64/40 (53). Ruidos cardíacos rítmicos y sin soplos. Mala perfusión periférica. Relleno capilar de aproximadamente 5 segundos, tras pasar bolo de suero fisiológico de 100 cc.

Respiratorio: FR 20 rpm. Saturación de O₂ 96% (FiO₂ 50% en Venti-mask). Quejido audible sin fonendo. Aceptable ventilación bilateral, sin ruidos sobreañadidos.

Metabólico-Renal: No edemas.

Digestivo/Abdominal: Abdomen blando, hepatomegalia de 4 cm y polo de bazo palpable: RI presentes. No impresiona de doloroso a la palpación.

SNC: Irritable, quejoso. Hipoactivo pero reactivo. Hipotonía generalizada.

Hematología/Sepsis: T^a 36,8°C. Aspecto séptico. No exantemas ni petequias.

Se realizó EAB venoso y arterial, hemograma, bioquímica, coagulación, orina, LCR, Rx de Tórax. Fueron remitidas a Microbiología muestras para hemocultivo, urocultivo, LCR, puntas de catéteres y tubo endotraqueal.

A la llegada al Unidad se procede a intubación y conexión a ventilación mecánica así como soporte inotrópico con aminos, sedoanalgesia con midazolam y fentanilo; extracción de exámenes complementarios e inicio de antibioterapia empírica con cefotaxima a dosis de meningitis previo hemocultivo.

Se observa cierta mejoría clínica inicial con mejoría de la perfusión periférica manteniendo cifras de TA adecuadas, aunque a la hora de su ingreso presenta hipotensión arterial que precisa nueva expansión de líquidos, asociación de noradrenalina en dosis crecientes, transfusión de concentrado de hematíes y plasma sin constatarse mejoría.

Empeoramiento progresivo con acidosis metabólica e hiperpotasemia grave refractarias al tratamiento con bicarbonato y resinas de intercambio iónico/salbutamol/gluconato cálcico respectivamente. Presenta bradicardia sinusal severa que no revierte. Éxito a las 15:00 horas.

Dada la rápida evolución del paciente se solicitó necropsia clínica a petición de sus padres.

Juicio Clínico: Shock séptico, meningitis purulenta, coagulación intravascular diseminada, acidosis metabólica, anemia infecciosa, leucopenia, neutropenia, trombopenia, hiperpotasemia severa, fallo multiorgánico, parada cardiorrespiratoria y éxito.

Los posteriores resultados de los cultivos realizados informan de hemocultivo positivo a *Streptococcus agalactiae* y cultivo de LCR positivo a *Streptococcus agalactiae*.

5.-Realizado estudio anatomopatológico, el diagnóstico macroscópico provisional:

Hernia inguinal derecha no complicada.

Congestión pulmonar.

Hiperemia meníngea. Probable meningitis.

La autopsia no se informa ya que por Orden Judicial se transforma en Autopsia forense y retiran todo el material (cerebro, vísceras y bloques de parafina).

La autopsia judicial no fue posible. Sólo se toma muestra de humor vítreo y se realiza inspección externa del cuerpo.

Se solicita determinación del principio activo Metamizol en el humor vítreo.

Determinación química en ano, recto, restos de intestino delgado y grueso de Metamizol.

6.- En informe de Médico Forense con ocasión de las DP 3709/08 se incluye:

Diagnóstico anatomopatológico: Meningitis bacteriana. Coagulación intravascular diseminada. En pulmones, cambios compatibles con fase aguda de daño alveolar difuso. Involución tímica incipiente. Esteatosis hepática macro-microvascular. Congestión visceral y cambios postmortem iniciada.

Concluye: Hallazgos morfológicos compatibles con sepsis, CID (coagulación intravascular diseminada) y fallo multiorgánico.

Investigación microbiológica: Estudio molecular de patógenos de meningitis bacteriana positivo para PCR de Streptococcus Agalactiae (Streptococcus beta hemolítico serogrupo B).

Resultados compatibles con meningitis causada por Streptococcus agalactiae (streptococcus beta hemolítico serogrupo B) siendo éste uno de los más frecuentes patógenos causantes de meningitis neonatal y en lactantes de 2 meses.

En las conclusiones del informe:

Los hallazgos histopatológicos son compatibles con sepsis secundaria a meningitis bacteriana causada por Streptococcus agalactiae (Streptococcus beta hemolítico serogrupo B), coagulación intravascular diseminada y fallo multiorgánico que causaron la muerte del bebé.

Sólo hay objetivado de que le fue administrado Metamizol».

11.- Consta en el expediente informe del Coordinador de Servicio de Urgencias del HUNSC, emitido el día 11 de marzo de 2020, en el que señala en relación con la actuación del Servicio de Urgencias del HUNSC el día 22 de noviembre de 2008, que:

«El menor (...), tiene dos episodios asistenciales de Urgencias Pediátricas:

El día 22 de noviembre de 2008 fue traído por llanto continuo y fiebre. En la exploración física realizada en el Servicio de Urgencias se comprobó una temperatura de 37,4°C y la presencia de una hernia inguino escrotal derecha de gran tamaño reducible. Al tener una temperatura inferior a 38° C. y buen estado general no estaba indicado la realización de pruebas complementarias. Se consultó con Cirugía pediátrica que aconsejó seguimiento en consultas. Al menor se le dio el alta con el juicio diagnóstico de Hernia Inguino escrotal derecha no incarcerada. Se le prescribió Nolotil que en esas fechas no estaba contraindicado en lactantes.

Al día siguiente, 23 de noviembre, el menor es traído de nuevo por cuadro de llanto y algún vómito por dolor. En la exploración física efectuada por el Médico de urgencias se hace constar: Consciente, Normocoloreado, normohidratado, eupneico, irritable. Fontanelas normales. Cardiorrespiratorio dentro de límites normales. Hernia inguino escrotal derecha.

Se solicitó valoración por el Servicio de Cirugía pediátrica que tras valorar al menor consultó con UVI pediátrica procediéndose a su ingreso (...) ».

En sentido similar se pronuncia el Jefe de Cirugía Pediátrica en su informe de 16 de marzo de 2020.

12.- En fecha 21 de julio de 2021, se dicta Resolución por la que se suspende el procedimiento general de responsabilidad patrimonial seguido bajo el expediente n.º 132/2009 y acuerda su continuación por los trámites del procedimiento simplificado, proponiendo la terminación convencional mediante la suscripción de un acuerdo indemnizatorio por importe de 117.997,32 euros. Prestando los reclamantes su conformidad a la terminación convencional del procedimiento en el sentido indicado en la Resolución.

13.- Conforme a lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, modificado por el Decreto 232/1998, de 18 de diciembre, el Instructor no recaba el informe de los Servicios Jurídicos, por tratarse de una cuestión resuelta previamente.

14.- Con fecha 25 de agosto de 2021, se dicta la Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio del procedimiento que nos ocupa.

IV

1. La Propuesta de Acuerdo de terminación convencional del procedimiento de responsabilidad patrimonial, señala que ha quedado acreditado tanto el daño como su relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público. Por lo que acuerda indemnizar a los interesados con el importe de 117.997,32 euros.

2. 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».

En relación con esta clase de responsabilidad, la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, el Dictamen 464/2019, de 19 de diciembre), que procede tener en cuenta que a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente.

Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la *lex artis*, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

También hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todos, Dictamen 87/2019, de 13 de marzo), que según el art. 32.1 LRJSP, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de 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 aquella toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

3. Aplicada la doctrina anteriormente expuesta, consta acreditado mediante los informes médicos obrantes en el expediente que hubo mala praxis en la asistencia sanitaria que le fue prestada al bebé, pues no se practicaron la totalidad de las pruebas necesarias para alcanzar un diagnóstico certero, atendida la corta edad del paciente y sus antecedentes pediátricos.

En ese sentido se pronuncia el informe del SIP al indicar que «al dato de fiebre, referida y no objetivada en el Servicio de Urgencias, se unió que en la exploración física sólo se observa como anormal la presencia de hernia inguino-escrotal no complicada y que no justificaba el proceso febril». Para continuar señalando que “este hecho llevó a que no se solicitaran pruebas complementarias como hemograma, bioquímica con marcadores de infección bacteriana (PCR/PCT), uroanálisis (sistemático y sedimento), estudio de LCR y por tanto restó posibilidad de poder descartar una infección bacteriana como es el caso».

Así pues, el SIP confirma que «un estudio del posible origen de la fiebre en el menor, dado sus antecedentes, hubiese permitido el abordaje precoz del proceso séptico e influir en su evolución pero sin poder asegurar que pudiese haber evitado el fallecimiento producido por una grave y fulminante sepsis».

A la misma conclusión llega el Jefe del Servicio de Cirugía Pediátrica, al considerar que hubo error en el diagnóstico inicial del paciente como causa de su dolencia y posterior *exitus*, puesto que la hernia inguinoescrotal no complicada no fue la causa de su patología y sintomatología, sino un hallazgo exploratorio casual.

Por lo demás, el SIP entiende que procede indemnizar a los padres del menor, por el fallecimiento de este, con el importe de 117.997,32 euros.

4. El art. 86 de la LPACAP permite los acuerdos de terminación convencional de los procedimientos, que en los procedimientos de responsabilidad patrimonial requiere fijar la cuantía y modo de indemnización con los criterios que para su cálculo establece el art. 34 LRJSP. Mediante la terminación convencional, a la par que la Administración reconoce su parte de responsabilidad en los hechos que motivan la reclamación, el interesado muestra su conformidad con la cantidad que aquélla le ofrece como indemnización.

En este sentido, nos remitimos a las conclusiones del informe del SIP, emitido el día 9 de junio de 2021:

«1.- (...) nace el 14 de septiembre de 2008 a las 31 semanas y cuatro días de edad gestacional. Recién Nacido Pretérmino pequeño para la edad gestacional (PAEG), con 1.045 gramos de peso. Por tanto, en la fecha de la asistencia objeto de la reclamación la edad cronológica (tiempo después de la fecha del nacimiento) corregida (si hubiera nacido a término) era aproximadamente de un mes.

*2.- La causa del fallecimiento del menor es compatible con shock séptico secundario a meningitis por *Streptococcus agalactiae* según informe anatomopatológico y en la línea del diagnóstico clínico.*

*El *Streptococcus agalactiae* o *Streptococcus* del grupo B suele estar asociado en el recién nacido a sepsis (temprana o tardía) neumonía y meningitis.*

Se han descrito dos formas de enfermedad en función de la edad de presentación: precoz, en los primeros 6 días de vida, y tardía, entre el séptimo día y los 3 meses de edad. El caso en discusión encuadra en presentación tardía.

De forma característica coloniza el tracto genital femenino (portadoras vaginales), con una frecuencia variable, aunque significativa, teniendo en cuenta la posibilidad de transmisión vertical y colonización del recién nacido. Las tasas de infección neonatal son asimismo muy variables oscilando entre el 1-2/1.000 recién nacidos vivos. Otro factor que lo caracteriza es que es uno de los de los principales gérmenes implicados en la rotura precoz de membranas y los consiguientes sucesos, de desencadenamiento del parto prematuro y posible infección fetal.

Así, en el caso que nos ocupa, en el ingreso correspondiente al periodo 14 de septiembre a 29 de octubre de 2008 el Recién Nacido recibió profilaxis antibiótica endovenosa al resultar positivo el cultivo en meconio y ótico a *Streptococcus agalactiae*. La antibioterapia se retiró una vez que los cultivos posteriores resultaron negativos.

3.- Los reclamantes, en el contexto del fallecimiento de su hijo, aluden a siguientes circunstancias:

*Cirujano Pediátrico de guardia localizada.

*Prescripción de Nolotil Infantil.

*Deficiente asistencia el día 22 de noviembre de 2008.

4.- El Servicio de Urgencias del HUNSC solicitó interconsulta al Servicio de Cirugía Pediátrica motivado por la observación en la exploración física, en las fechas 22 y 23 de noviembre de 2008, de hernia inguino-escrotal. Ahora bien, dado que la hernia era reductible, no estaba complicada, no precisaba una intervención quirúrgica urgente. De esta forma, el Servicio de Cirugía Pediátrica indicó el 22 de noviembre control en consulta.

Se añade que durante el periodo de ingreso tras el nacimiento del menor ya había sido diagnosticada la hernia inguino-escrotal y posteriormente fue valorado en consultas externas del Servicio de Cirugía Pediátrica e incluido en lista de espera quirúrgica.

En cualquier caso, la evolución y el fallecimiento del menor no guarda relación con este proceso. De esta forma, en el estudio anatomopatológico realizado en centro hospitalario se describe "A la apertura de cavidad abdominal se aprecia herniación de parte del intestino delgado a través del anillo inguinal derecho sin que se evidencie incarceration. La serosa y la pared del segmento intestinal herniado no muestran alteraciones macroscópicas significativas" y con ello queda descartada la necesidad de su abordaje urgente y el papel en el desenlace del menor.

5.- Al alta en el Servicio de Urgencias del HUNSC en fecha 22 de noviembre de 2008 se prescribió Nolotil Infantil (Metamizol) 1 cada 6 horas si dolor.

La forma farmacéutica correspondiente a esta prescripción era supositorios compuestos por Metamizol magnésico 500 mg. con administración a niños mayores de un año.

Con posterioridad, el 19 de marzo de 2014 a petición del laboratorio fabricante, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) procedió a anular el registro de los medicamentos Nolotil infantil 500 mg 100 supositorios (CN.604355) y Nolotil infantil 500 mg 6 supositorios (CN.795690) sin perjuicios de que ambas presentaciones podían seguir dispensándose y ser reembolsadas por el Sistema Nacional de Salud hasta agotar existencias.

No fue hasta el año 2018 cuando, en relación al Metamizol la AEMPS publica Nota, de 30 de octubre de 2018, en la que comunica entre las posibles reacciones adversas la aparición de

agranulocitosis o de neutropenia aunque de frecuencia muy baja. Se recomienda el uso de Metamizol solo para tratamientos de corta duración (7 días como máximo) a las dosis mínimas eficaces.

Ambas circunstancias no afectan al presente caso ya que los hechos discutidos se produjeron con anterioridad, año 2008.

Lo expuesto nos lleva a concluir que la prescripción realizada no estaba indicada para el menor al contener la presentación una cantidad de principio activo superior al que le correspondía por edad y peso (10-15 mg/Kg/dosis). No obstante, en los estudios forenses realizados se llegó a la conclusión de que la cantidad encontrada de Metamizol en el organismo era menor a la DL50 excluyéndose como causa del fallecimiento y objetivándose sólo que se había administrado.

Por otra parte, en la fecha de la prescripción entre las reacciones adversa del Nolotil supositorios, incluidas en el prospecto, se encontraba riesgo aumentado de reacción anafiláctica y agranulocitosis que pueden aparecer en cualquier momento después de iniciado el tratamiento y no muestran relación con la dosis diaria administrada. En este sentido no se describió en el paciente reacción anafiláctica. Otras posibles reacciones adversas contenidas eran trombocitopenia observadas en raras ocasiones, reacciones de hipersensibilidad en piel y membranas mucosas, en pacientes con fiebre alta puede haber una caída de la tensión, ocasionalmente problemas renales con oliguria o anuria, proteinuria y nefritis intersticial.

En relación a la sobredosificación contenía el prospecto: No hay disponible una detallada información de los síntomas/signos asociados a una dosis excesivas de metamizol. Se han descrito vómitos, hipotensión, somnolencia.

No siendo la causa de la muerte y en relación a lo expuesto, no podemos asegurar que se materializara la posibilidad que en base al estado de shock del paciente pudiera haber incrementado el estado de hipotensión.

6.-En cuanto a la asistencia de fecha 22 de noviembre, el menor acude con cuadro de fiebre y llanto continuo.

Las pruebas complementarias se indican en función de los resultados de la anamnesis y la exploración física. En el presente caso sólo se describe aumento de la temperatura, relatado por la madre, siendo en el Servicio de Urgencias de 37,4°C y por tanto inferior a la temperatura de 38°C a partir de la cual se considera por consenso fiebre, y en la exploración física sólo se destaca la hernia inguino-escrotal.

Como recoge la "Guía para el manejo de fiebre sin foco del paciente entre 0 a 36 meses" la fiebre es el motivo de consulta mas frecuente en los niños y niñas que acuden a los servicios de urgencias y origina, aproximadamente, un tercio de las visitas al pediatra. La

mayor parte de los niños experimentan algún episodio febril antes de cumplir los 3 años y; en los que presentan fiebre sin foco, la mayoría de las ocasiones se corresponde con una infección de origen vírico, banal y autolimitada en el tiempo. No obstante, un pequeño porcentaje (pero significativo) de los menores de 3 años que presentan fiebre y buen aspecto general pueden tener riesgo de desarrollar una infección bacteriana potencialmente grave o una sepsis.

Al dato de fiebre, referida y no objetivada en el Servicio de Urgencias, se unió que en la exploración física sólo se observa como anormal la presencia de hernia inguino-escrotal no complicada y que no justificaba el proceso febril.

Este hecho llevó a que no se solicitaran pruebas complementarias como hemograma, bioquímica con marcadores de infección bacteriana (PCR/PCT), uroanálisis (sistemático y sedimento), estudio de LCR y por tanto restó posibilidad de poder descartar una infección bacteriana como es el caso.

Un estudio del posible origen de la fiebre en el menor, dado sus antecedentes, hubiese pretermitido el abordaje precoz del proceso séptico e influir en su evolución, pero sin poder asegurar que pudiese haber evitado el fallecimiento producido por una grave y fulminante sepsis.

La infección por SGB es una causa importante de infección neonatal con una elevada mortalidad y morbilidad tanto en su forma precoz como tardía, siendo la afectación meníngea una de las más frecuentes localizaciones en las tardías.

Las tasas de mortalidad son variables según los estudios; entre el 15 y 20%.

7.-Lo expuesto nos lleva a considerar el cálculo de la cuantía indemnizatoria en base a la pérdida de oportunidad de que un diagnóstico precoz pudiese haber influido, sin poder asegurarse, en la línea de evitar el desenlace por lo que a la cuantía indemnizatoria se le debe aplicar un porcentaje de reducción.

Como ha señalado el Consejo Consultivo de Canarias "la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado también 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 4981/2011)".

Por su parte, el mencionado Consejo Consultivo de Canarias ha estimado, según la naturaleza del caso, entre el 10 y el 60% de la cantidad que resultaría de aplicar el baremo.

No obstante, en el presente caso se ha expuesto en el apartado anterior una tasa de mortalidad entre el 15 y 20% por lo que proponemos como cuantía indemnizatoria la resultante de aplicar el 80% a la cuantía calculada.

Tomando como referencia, aunque no sea vinculante, con carácter orientativo los baremos incluidos en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación:

**Perjuicio personal básico:*

Ascendientes:

A cada progenitor, si el hijo fallecido tenía hasta 30 años: 70.000 €. Actualizado al año 2021 >>>>73.748,33 €

Total: 73.748,33 € x 2 = 147.496,66 € (cuantía actualizada).

Aplicamos el 80% resultando un total de 117.997,32 € (cuantía actualizada).

**Perjuicio personal particular:*

Fallecimiento del único hijo: 25% . No procede ya que tienen otro descendente».

Por su parte los interesados han prestado su conformidad a la propuesta de terminación convencional y a la cuantía de la indemnización.

Constan en el expediente, por tanto, la documentación y razonamientos adecuados que permiten considerar que no se trata de un simple reconocimiento pactado de la responsabilidad con el fin de eludir la continuación del procedimiento, sino que los interesados obtengan la reparación del daño sufrido mediante una justa indemnización, por lo que la Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio se considera conforme a derecho.

Sin perjuicio de que la cuantía indemnizatoria, conforme a lo previsto en el art. 34.3 LRJSP, se deberá de actualizar a la fecha en que se ponga fin al procedimiento con arreglo al índice de garantía de la competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio sobre la terminación convencional del procedimiento que se somete a Dictamen, se considera conforme a Derecho.