

Dictamen n°: **475/21**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **05.10.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 5 de octubre de 2021, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña., por la asistencia sanitaria prestada por el Servicio de Pediatría del Hospital Universitario Severo Ochoa a sus hijos gemelos, uno de los cuales falleció tras haber sido dado de alta y el segundo fue diagnosticado de tos ferina, habiendo quedado con secuelas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el día 31 de enero de 2020 en el registro de la Consejería de Sanidad dirigido a la citada consejería, la interesada antes citada, asistida por abogado, formula reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de uno de sus hijos gemelos y las secuelas que padece el segundo y que atribuye a la defectuosa asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario Severo Ochoa, de Leganés (folios 1 a 8 del expediente administrativo).

Según refiere la reclamante, el día 21 de febrero de 2015 dio a luz a dos bebés gemelos en el citado centro hospitalario, a pesar de haber sido informada de que se encontraba embarazada de una niña. Dado que los recién nacidos eran prematuros, tuvieron que quedar ingresados en la Unidad de Neonatología del hospital.

La reclamación expone cómo uno de los gemelos fue dado de alta el día 15 de junio de 2015 *“recibiendo oxigenoterapia de forma continuada y adrenalina nebulizada”* y falleció el día 17 de junio siguiente, apenas 36 horas después de haber sido dado de alta, realizándose la autopsia al día siguiente e incoándose diligencias previas para el esclarecimiento de los hechos. A su vez, ese mismo día el otro hermano gemelo fue ingresado en el Complejo Hospitalario de Toledo, siendo diagnosticado de tos ferina y *“con los mismos síntomas que los de su hermano fallecido”*.

La reclamante considera que ambos hermanos se contagiaron de tos ferina en el Hospital Universitario Severo Ochoa.

Reclama también haber sufrido *“un importante daño moral derivado del prolongado período en que padecí las molestias y la incertidumbre derivada de la impredecible presencia de un cuerpo extraño en mi abdomen, así como el riesgo que derivaba de tal situación”*.

Solicita una indemnización de 100.000 €, cantidad resultante de la suma de 50.000 € por el fallecimiento de su hijo; 25.000 € por las secuelas que padece el otro gemelo y 25.000 € por el daño moral.

Acompaña su escrito copia de la autopsia forense del Instituto de Medicina Legal de Toledo, informes médicos del otro gemelo, Auto de 20 de febrero de 2019 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 4 de Leganés, por el que se acordó el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones (Diligencias previas 1233/2018), sin

perjuicio de las acciones civiles que, en su caso, puedan corresponder al perjudicado.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente Dictamen:

La reclamante, de 20 años de edad, el día 21 de febrero de 2015 avisó a las Cruz Roja a las 05:18 horas por presentar contracciones cada dos minutos. Se hace constar a su ingreso: *“Rotura de bolsa hace una semana”*. Como antecedentes destacan que el día 16 de febrero de 2015 a las 07:43 horas había acudido a Urgencias del Hospital Universitario Severo Ochoa, sin informes obstétricos al no haber realizado ningún control de la gestación, refiriendo sensación de amniorrea de líquido claro desde las 06:00 horas. La fecha de la última regla había sido el 25 de julio de 2014, por lo que se calculó su edad gestacional en 29+3 semanas. Durante este ingreso recibió dos dosis de tratamiento para maduración pulmonar con corticoides y antibioterapia intravenosa y solicitó el alta voluntaria, con salida del hospital el día 18 de febrero.

El día 21 de febrero de 2015 fue trasladada en ambulancia *“con muy importante estado de agitación y nerviosismo”*. La exploración fue muy dificultosa por dicho estado. Bajo anestesia general, ya que la paciente presentaba tal estado de agitación que provocó la pérdida de la vía periférica, se le practicó cesárea urgente por rotura prematura de membranas pretérmino. En el protocolo quirúrgico se describe la extracción del primer feto en cefálica con presentación muy baja y tras la extracción se comprueba la existencia de un segundo feto en podálica y se extrae.

El primero de los recién nacidos, con un peso de 1.050 g, al nacimiento presentó distrés respiratorio que precisó tratamiento con surfactante intratraqueal por enfermedad de membrana hialina.

Desde las 48 horas hasta los 13 días se mantuvo asintomático desde el punto de vista respiratorio.

A los 14 días, inició múltiples episodios de desaturación, por lo que comenzó a precisar oxigenoterapia, que mantuvo hasta el momento del alta, siendo compatible la evolución con el diagnóstico de displasia broncopulmonar.

Permaneció ingresado en la Unidad de Neonatología durante los primeros 66 días de vida, desde donde se trasladó a Hospitalización de Pediatría por un cuadro de sibilancias asociado a una infección respiratoria de origen viral (bronquiolitis).

El bebé estuvo ingresado en la planta de Pediatría hasta el día 15 de junio de 2015 (4 meses de vida aproximadamente).

Durante su ingreso recibió tratamiento para su displasia broncopulmonar con oxigenoterapia, corticoides inhalados y diuréticos para el control de su patología crónica. A los 24 días del ingreso presentó empeoramiento respiratorio con aumento de la frecuencia respiratoria y del trabajo respiratorio, por lo que se realizó radiografía de tórax en la que no se objetivaron alteraciones significativas y se realizó analítica, observándose anemia (Hb: 7,6 g/dl), por lo que se administró una transfusión de concentrado de hematíes y se aumentó la concentración de la oxigenoterapia.

Posteriormente y hasta el alta, permaneció estable desde el punto de vista respiratorio, con una necesidad de oxigenoterapia de $\frac{1}{4}$ de litro con gafas nasales.

A los 3 meses y 3 semanas de vida se decidió el alta, con un peso de 4,460 g y una situación respiratoria estable en las últimas semanas, con necesidades de oxígeno estables de $\frac{1}{4}$ litro, sin fiebre, tos ni ningún otro síntoma respiratorio. Por su patología respiratoria

crónica precisó la prescripción de oxigenoterapia domiciliaria, como es habitual en estos pacientes.

El bebé falleció el día 17 de junio de 2015 a las 11:00 horas. Según el informe de autopsia forense, esta muerte puede situarse a priori como muerte natural y entre ellas se valora como muerte súbita del lactante. Como causa inmediata de la muerte se indica fracaso cardiorrespiratorio y como causa inicial o fundamental de la muerte, insuficiencia cardiorrespiratoria. Realizados análisis de tóxicos, todos ellos fueron negativos.

En relación con el segundo de los gemelos, nació con un peso de 1.025 g, e ingresó en neonatos. Inició distrés respiratorio casi inmediato al nacimiento, ingresando en neonatos con CPAP (presión positiva continua de las vías respiratorias). Permaneció en Neonatología durante los primeros 66 días de vida. Durante su estancia en dicha unidad presentó un episodio de infección respiratoria de vías superiores y un episodio de bronquiolitis que precisó intubación endotraqueal y ventilación mecánica durante 30 horas con importante mejoría clínica, permitiendo extubación y retirada de asistencia respiratoria, VRS negativo. Bordetella pertussis negativa. También consta en la historia clínica un episodio sepsis nosocomial por estafilococo aureus, pautándose tratamiento antibiótico y anemia del prematuro a los 59 días de vida (Hb 8,6 gr/dl).

A los 66 días de vida fue dado de alta de la Unidad de Neonatos. Edad gestacional corregida 38-4 semanas. Peso 2.380 g, quedando hospitalizado junto con su hermano gemelo en la planta de Lactantes.

El niño permaneció hospitalizado en la planta de Lactantes desde el día 26 de abril de 2015 hasta el 15 de junio de 2015. Durante su estancia permaneció afebril, con constantes y saturaciones estables en todo momento, sin precisar oxigenoterapia. Buena ganancia ponderal.

Por presencia de regurgitaciones se sospecha de reflujo gastroesofágico con tratamiento y buena evolución. Se mantuvo en planta por motivo social, por permanecer ingresado junto a su hermano. El peso al alta era de 4.140 g.

El día previo al alta presentó tos, sin tiraje ni polipnea. A la auscultación se objetivaron sibilancias bilaterales con buena ventilación. Se administró salbutamol inhalado con favorable evolución clínica, no precisando oxigenoterapia.

Previo al alta de los niños, como queda reflejado en la historia clínica, se realizaron las siguientes gestiones:

Contacto con Trabajo Social del hospital en varias ocasiones para valorar la situación social de los niños y para contactar con la trabajadora social de Toledo elaborando un informe al efecto.

Se entrenó a la madre para administrar la medicación a los niños.

Se proporcionaron a la madre instrucciones escritas con los horarios de administración de la medicación, anotándolo también en los envases de las mismas.

Se insistió a la madre para que pesara a (...) cada 2 días para evitar ganancia excesiva de peso.

Se gestionó el suministro del oxígeno domiciliario.

Se gestionó cita en la consulta de Neonatología del Hospital Virgen de la Salud de Toledo a los 4 días del alta, para nuevo control clínico.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Con fecha 17 de febrero de 2020 se requirió al representante de la reclamante para que aportara, para acreditar su relación de parentesco con los dos menores, copia del libro de familia así como, a efectos de prescripción, documentación que acredite que el inicio del procedimiento penal en el Juzgado de Torrijos (Toledo) fue dentro del año posterior a la defunción y que tampoco transcurrió un año entre la finalización del procedimiento por el Juzgado de Torrijos y la iniciación del nuevo procedimiento por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción, de Leganés y, en concreto, se solicitaba copia de la iniciación del procedimiento en cada juzgado y la terminación del mismo en el de Torrijos.

Con fecha 4 de marzo de 2020 el representante de la reclamante presenta escrito con el que aporta copia de las actas de declaración de la reclamante y de su madre ante la Guardia Civil de Fuensalida (Toledo) el día 19 de junio de 2015, fotocopia del libro de familia y Auto de 20 de febrero de 2019 de sobreseimiento provisional del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 4, de Leganés. El representante de la reclamante afirma que los demás documentos están solicitados a los distintos juzgados, *“sin que se haya recibido aún contestación, por lo que se aportara en cuanto se reciban los distintos autos de incoación y sobreseimiento”*.

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, se ha incorporado al expediente un informe de la responsable del Servicio de Medicina Preventiva del Hospital Universitario Severo Ochoa, de 22 de mayo de 2020 (folios 1593 a 1595), que concluye:

“Por la revisión de la documentación clínica de ambos niños, en ningún momento la impresión clínica fue de tos ferina, la atención prestada a los recién nacidos fue adecuada a las necesidades y situación de los niños y no tuvieron contacto con el último caso de tos ferina ingresado en el Hospital (que cursó alta 15 días antes del

alta de estos niños y que tuvo un correcto aislamiento respiratorio), y cualquiera de las personas que pudieron estar en contacto con los bebés para su cuidado podrían haber sido la fuente de contagio para ambos recién nacidos”.

Con fecha 20 de mayo de 2020 emite informe el Servicio de Pediatría del Hospital Universitario Severo Ochoa (folios 1596 a 1598) que, tras relatar la asistencia prestada a los dos niños en dicho servicio, dice:

“Como se desprende de la historia clínica de los pacientes, la asistencia sanitaria prestada fue en todo momento excelente, siendo absolutamente falso que se infringiera en ningún momento la lex artis y ninguno de los documentos aportados así lo acredita.

Los niños fueron dados de alta con casi 4 meses de edad, porque su situación era estable y ya no requerían mantener la hospitalización. (... , el primer bebé), que era el que desde el nacimiento había presentado mayor afectación, tenía unas necesidades escasas y estables de oxígeno, no había presentado ningún síntoma respiratorio en las últimas 2 semanas, mantenía constantes normales, sin fiebre, con buen apetito y buena ingesta de alimento. Mantenía su tratamiento habitual, sin problemas.

Al alta, los niños no presentaban síntomas ni signos de tos ferina en absoluto, como queda reflejado en el informe y en la historia clínica, porque, obviamente, de haberlos presentado, después de haber permanecido casi 4 meses hospitalizados, no se les hubiera dado el alta. (... , segundo bebé) comenzó con tos escasa el día anterior, sin ningún compromiso respiratorio, ni fiebre, ni dificultad respiratoria, ni necesidad de oxígeno ni ninguna otra alteración. La presencia de tos escasa de reciente comienzo en un niño por lo demás estable no requiere hospitalización y no contraindica el alta”.

El informe concluye:

“Lamentamos mucho el fallecimiento de (...) y el ingreso por tos ferina de (...), pero ninguno de estos hechos fue consecuencia de mala praxis durante su ingreso en el hospital Severo Ochoa, ni pudo predecirse su aparición, dada la ausencia de síntomas o signos compatibles en el momento del alta hospitalaria”.

Con fecha 30 de diciembre de 2020 emite informe la Inspección Sanitaria (folios 1599 a 1619) que, tras analizar la reclamación y la historia clínica de la reclamante y sus hijos, concluye que *“la actuación de los profesionales en la atención de ambos niños se ajustó a la lex artis”*.

Junto con el informe de la Inspección Sanitaria se ha incorporado la historia clínica de los bebés.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes y de la historia clínica, se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia a la interesada, sin que esta haya presentado alegaciones.

Se ha formulado propuesta de resolución por el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública (folios 1629 a 1635) con fecha 30 de julio de 2021 desestimatoria de la reclamación al considerarla prescrita y, en cualquier caso, no haberse acreditado la existencia de mala praxis ni nexo causal entre la actuación facultativa y el daño reclamado.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 30 de agosto de 2021 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de

Madrid con el nº 462/21, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 5 de octubre de 2021.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de superior a quince mil euros, por solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 20 de enero, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo

capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la LRJSP, en nombre propio, por el daño moral sufrido por el fallecimiento de su hijo, y también como representante legal de su hijo menor, de acuerdo con el artículo 162 del Código Civil, por las secuelas sufridas por este en la asistencia sanitaria que reprocha.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado en un centro sanitario público de la Comunidad de Madrid, como es el caso del Hospital Universitario Severo Ochoa.

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el caso que nos ocupa la reclamante reprocha la asistencia prestada a sus hijos menores por el Hospital Universitario Severo Ochoa que fueron dados de alta por el Servicio de Pediatría el día 15 de junio de 2015, falleciendo uno de ellos dos días después, el 17 de junio de 2015, y siendo diagnosticado de tos ferina e ingresado en un hospital de Toledo el segundo, también el día 17 de junio de 2015. Además, también parece reprochar la asistencia prestada a ella, al alegar haber sufrido un daño moral por el *“prolongado período en que padecí las molestias y la incertidumbre derivada de la impredecible presencia de un cuerpo extraño en mi abdomen, así como el riesgo que derivaba de tal situación”*.

En relación con esta última cuestión, además de no parecer tener relación con la asistencia prestada a la reclamante, pues en ningún momento se menciona en la historia clínica que la reclamante haya sido diagnosticada de un cuerpo extraño, es necesario tener en cuenta que la paciente fue dada de alta tras el parto por cesárea el día 24 de febrero de 2015, por lo que la reclamación formulada el día 31 de enero de 2020 resulta claramente extemporánea.

En relación con el reproche relativo al fallecimiento del menor el día 17 de junio de 2015, hay que tener en cuenta que se incoaron las Diligencias Previas 724/2015, por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Torrijos (Toledo) y, el día 3 de diciembre de 2018 se formuló denuncia contra el Hospital Universitario Severo Ochoa por la reclamante, dando lugar a las Diligencias Previas 1233/2018, tramitadas por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 4, de Leganés, que finalizaron con el Auto de Sobreseimiento provisional de 20 de febrero de 2019.

En el presente caso, la reclamación estaría formulada en plazo en relación con la fecha en que se acordó el Auto de Sobreseimiento Provisional de las Diligencias Previas 1233/2018, 20 de febrero de 2019.

En efecto, como ya ha dicho esta Comisión Jurídica Asesora en anteriores dictámenes (Dictamen 30/17, de 26 de enero; 402/17, de 11 de octubre y 152/21, de 6 de abril) haciéndonos eco de la doctrina del Consejo de Consultivo de la Comunidad de Madrid y de la jurisprudencia, la ley ha configurado el plazo como de prescripción, lo que supone que ciertas actuaciones pueden interrumpirlo y, en especial, el ejercicio de la acción penal. En relación a la existencia de actuaciones penales y su posible eficacia interruptiva sobre los procedimientos de responsabilidad patrimonial, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la interrupción del plazo para el ejercicio de

la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial en los casos de existencia de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa, en aplicación del principio de *actio nata* -conforme al cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad, de tal suerte que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 67.1 de la LPAC.

Ahora bien, la denuncia formulada contra el Hospital Universitario Severo Ochoa se presentó el día 3 de diciembre de 2018, transcurridos más de 3 años del fallecimiento del menor y, por tanto, claramente de forma extemporánea, a menos que esta denuncia se hubiese presentado dentro del año siguiente a la finalización de las Diligencias Previas 724/2015 tramitadas por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Torrijos, incoado por el fallecimiento del menor, dato que se desconoce. Por este motivo, el instructor del procedimiento requirió al representante del reclamante para que aportara, entre otros documentos, la resolución judicial que puso fin al procedimiento tramitado por el Juzgado de Torrijos que, por escrito presentado el día 4 de marzo de 2020, manifestó haber solicitado copia de dicho documento y que lo aportaría al procedimiento en cuanto lo recibiera. No consta, sin embargo, que el representante de la reclamante haya presentado después este documento, lo que impide tener por interrumpida la prescripción, al haber transcurrido más de tres años desde el fallecimiento del menor hasta que se formuló la denuncia contra el Hospital Universitario Severo Ochoa, de Leganés.

Finalmente, en relación con el reproche relativo a la asistencia sanitaria prestada al otro gemelo, hermano del fallecido, diagnosticado de tos ferina, el paciente fue dado de alta el día 15 de julio de 2015, fecha que debe tomarse como la de estabilización de las secuelas, por lo que la reclamación formulada el día 31 de enero de 2020, aunque pudiera considerarse interrumpida por las Diligencias Previas nº 1233/2018, del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 4 de Leganés, es también extemporánea, al haberse formulado esta denuncia transcurridos más de tres años de la fecha de estabilización de las secuelas.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se ha solicitado el informe preceptivo previsto en el artículo 81 LPAC, a los Servicios de Medicina Preventiva y Pediatría del Hospital Universitario Severo Ochoa implicados en la asistencia sanitaria prestada a los hijos de la reclamante. También consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria y se ha unido al procedimiento la historia clínica de los menores, así como del parto de la reclamante.

Después de la incorporación al procedimiento de los anteriores informes se ha dado audiencia a la reclamante, que no ha efectuado alegaciones y se ha dictado propuesta de resolución que desestima la reclamación al considerar prescrito la acción para reclamar y no haberse demostrado la existencia de mala praxis ni nexo causal entre en la actuación facultativa y los daños reclamados.

En relación con la historia clínica del gemelo atendido en el Complejo hospitalario de Toledo propuesta como prueba por la interesada, no consta haberse solicitado por el instructor del procedimiento que, tampoco, la ha denegado motivadamente.

En relación con las pruebas propuestas, el artículo 77.2 de la LPAC permite al instructor denegar la práctica de pruebas propuestas por los interesados cuando sean “*manifiestamente improcedentes o innecesarias*”. En el presente caso, no consta en el procedimiento un pronunciamiento del instructor sobre la prueba propuesta. No obstante, no resulta necesaria la retroacción del procedimiento, al haber aportado la reclamante, algunos de los informes médicos del Complejo hospitalario de Toledo.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la LRJSP en su título preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes. Regulación que, en términos generales, coincide con la que se contenía en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (recurso de casación 5006/2016), de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJ-PAC:

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

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la

calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”*.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

CUARTA.- En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *“lex artis”* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la

responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 5ª) de 15 de marzo de 2018 (recurso de casación 1016/2016), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) que *«no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente»,* por lo que *“si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido”* ya que *“la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”*».

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad

probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las Sentencias de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010) y de 27 de abril de 2015, (recurso de casación núm. 2114/2013), en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales *“puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido”*, cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

QUINTA.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, resulta acreditado en el expediente, en primer lugar, el fallecimiento del hijo de la reclamante el día 17 de junio de 2015, 36 horas después de haber sido dado de alta por el Servicio de Pediatría del Hospital Universitario Severo Ochoa. La reclamante afirma que el menor fallecido presentaba *“los mismos síntomas”* que el hermano diagnosticado de tos ferina. Aporta como prueba de su afirmación, el informe de autopsia forense del menor, fechado el día 18 de junio de 2015, que indica como causa inmediata de la muerte, *“fracaso cardiorrespiratorio”* y como causa inicial o fundamental, la *“insuficiencia cardiorrespiratoria”*. Sin embargo, la autopsia forense no indica que el menor padeciera tos ferina, debiendo tener en cuenta, además, que el menor había sido diagnosticado de displasia broncopulmonar severa, que exigía tratamiento con oxigenoterapia suplementaria de forma continua y con pulsómetro para controlar la saturación de oxígeno en sangre.

No puede valorarse como prueba de que el menor hubiera fallecido por la tos ferina algunos de los informes del Complejo hospitalario de Toledo en la atención dispensada a su hermano, diagnosticado de tos ferina, pues estos se limitan a recoger en el apartado de antecedentes personales *“hermano gemelo fallecido por*

posible tos ferina”, o a recoger lo manifestado por la madre, que el gemelo *“presentaba los mismos síntomas”* que el gemelo fallecido, sin que este último hubiese sido valorado por un médico antes de su muerte, pues falleció en su casa y la reclamante en su declaración ante la Guardia Civil no refirió, por ejemplo, que el menor presentara tos persistente.

Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron a la paciente, debemos partir de lo que constituye regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de noviembre de 2019 (recurso 886/2017).

Como es sabido, y así lo destaca, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de marzo de 2020 (recurso 829/2017) *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica y este Tribunal carece de los conocimientos técnicos-médicos necesarios, por lo que debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos, bien porque las partes hayan aportado informes del perito de su elección al que hayan acudido o bien porque se hubiera solicitado la designación judicial de un perito a fin de que informe al Tribunal sobre los extremos solicitados”*.

En el presente caso, la reclamante no aporta prueba alguna que acredite que el menor fallecido padeciera tos ferina. Frente a esta afirmación desprovista de prueba, tanto el informe del Servicio de Medicina Preventiva, el informe del Servicio de Pediatría como el informe de la Inspección Sanitaria ponen de manifiesto cómo no existe

constancia alguna en el expediente de que el menor fallecido se hubiere contagiado de tos ferina.

En cualquier caso y aun en el hipotético caso de que se hubiera demostrado que el gemelo fallecido padecía tos ferina como su hermano, no puede considerarse acreditada la existencia de mala praxis por parte del Hospital Universitario Severo Ochoa, de Leganés en la asistencia prestada a los dos hermanos. En este sentido, según los informes de la médico inspector y del Servicio de Medicina Preventiva, la tos ferina es una enfermedad bacteriana producida por “*Bordetella pertussis*” que afecta a las vías respiratorias altamente contagiosa, que se caracteriza por un comienzo insidioso similar a un cuadro catarral, seguido de tos paroxística prolongada que, con frecuencia, se acompaña de un estridor inspiratorio característico.

De acuerdo con el informe del Servicio de Medicina Preventiva, el último caso de tos ferina ingresado en el Hospital Universitario Severo Ochoa cursó alta el día 1 de junio de 2015 y tuvo un correcto aislamiento respiratorio y azitromicina desde el primer día de ingreso, siendo un caso leve y “*encontrarse ingresado en impares (mientras que estos niños estaban en pares)*”.

Tanto el informe del Servicio de Medicina Preventiva, como el de la Inspección Sanitaria coinciden en señalar cómo la tos ferina es una enfermedad endémica a nivel mundial que afecta tanto a los niños como a los adultos. Así, se pone de manifiesto cómo el 25% de las tos ferinas en adultos son atípicas o subclínicas, suponiendo el reservorio y fuente de contagio en la comunidad y se destaca cómo en la habitación de los niños se encontraban de forma habitual para cuidar de ellos la madre, dos hermanos de la madre (uno más que otro), la abuela, el padrastro de la madre y varias cuidadoras de servicios sociales, “*por lo que cualquiera de ellos podría haber sido la fuente de*

contagio de manera mucho más probable que la niña ingresada con la que no tuvieron contacto”.

Por otro lado, todos los informes coinciden en señalar que en ningún momento la impresión clínica al alta era de tos ferina. Así, el gemelo fallecido cuando fue dado de alta era totalmente asintomático, quedando reflejada en la historia clínica, el día antes del alta, una exploración completa normal, sin ningún síntoma respiratorio.

En relación con el segundo gemelo que tuvo que ser ingresado el día 17 de junio de 2015 con el diagnóstico de tos ferina en el Complejo hospitalario de Toledo, en los días previos al alta presentó un cuadro catarral y algunas sibilancias, pero el niño estaba bien, no necesitaba oxígeno y la impresión clínica no era de tos ferina. La médico inspector destaca cómo en la historia clínica consta que la tos era productiva con abundante secreción nasal, el niño comía bien, no vomitaba, tenía buena saturación y a la auscultación presentaba ruidos por las secreciones, con algunas sibilancias aisladas que mejoraban con el tratamiento y que el mismo día de alta se constató que había mejorado con respecto al fin de semana, que no necesitaba oxígeno, ni tenía broncoespasmo sin medicación, con buena tolerancia oral, de manera que el estado del niño no hacía sospechar una tos ferina.

Como es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora, la asistencia médica ha de atender a las circunstancias de la asistencia y a los síntomas del enfermo, mediante un juicio *ex ante* y no *ex post*. Así lo ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 4 de abril de 2017 (recurso 532/2015) según la cual:

“No es correcto realizar una interpretación de lo acontecido conociendo el resultado final. La calificación de una praxis asistencial como buena o mala no debe realizarse por un juicio ex post, sino por un juicio ex ante, es decir, si con los datos

disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento puede considerarse que tal decisión es adecuada a la clínica que presenta el paciente”.

Por tanto, debemos concluir que la asistencia sanitaria prestada a los hijos de la reclamante por el Hospital Universitario Severo Ochoa, de Leganés, fue correcta, como concluye el informe de la Inspección Sanitaria que señala que *“la actuación de los profesionales en la atención de ambos niños se ajustó a la lex artis”*.

Conclusión a la que debemos atenernos dado que el informe de la Inspección Sanitaria obedece a criterios de imparcialidad, objetividad y profesionalidad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en multitud de sentencias, entre ellas la dictada el 24 de febrero de 2020 (recurso nº 409/2017):

“...sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis, puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del médico inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al haber prescrito el derecho a reclamar y no haberse acreditado la

existencia de mala praxis en la asistencia dispensada a los dos hijos gemelos de la reclamante.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 5 de octubre de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 475/21

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid