

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

**Sección Décima**

C/ Génova, 10 - 28004

33009750

NIG: 28.079.00.3-2011/0000745



(01) 30149055083

**Procedimiento Ordinario 1047/2011-A**

**Demandante:** D./Dña. PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA

**Demandado:**

PROCURADOR D./Dña. MARIA ESTHER CENTOIRA PARRONDO

**SENTENCIA Nº 281/2014**

Presidente:

**D./Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION**

Magistrados:

**D./Dña. M<sup>a</sup> JESUS VEGAS TORRES**

**D./Dña. CARMEN ALVAREZ THEURER**

**D./Dña. M<sup>a</sup> DEL MAR FERNÁNDEZ ROMO**

En la Villa de Madrid a once de abril de dos mil catorce.

**VISTO** el recurso contencioso-administrativo número 1047/2011 seguido ante la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, promovido por el Procurador de los Tribunales, Sra. Solera Lama, en nombre y representación de ..... **contra** la Resolución de Viceconsejera de Asistencia Sanitaria por delegación del Consejero de la Comunidad de Madrid de fecha 2 de Agosto de 2011, desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante el ..... con fecha 7 de marzo de 2005. Ha sido parte demandada, representada y defendida por Letrado integrado en sus Servicios Jurídicos; y parte codemandada, , representada por el procurador Sra. Centoira Parrondo.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a los demandantes para que formalizaran su escrito de demanda, lo que verificaron mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de

derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte Sentencia por la que se condene a a indemnizar a los actores con la cantidad de ciento sesenta mil euros, más intereses (160.000 euros), cantidad en la que fijan la cuantía del presente recurso. Solicitando recibimiento probatorio de las presentes actuaciones.

**SEGUNDO.-** La parte demandada contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte Sentencia por la que se desestime el presente recurso.

**TERCERO.-** La parte codemandada solicita igualmente la desestimación del presente recurso, solicitando recibimiento probatorio.

**CUARTO.-** Por providencia de fecha 6 de julio de 2012 se acuerda el solicitado recibimiento probatorio de las actuaciones instado por las partes, practicándose la prueba documental y testifical propuesta por la parte actora y la parte codemandada, las que resultan admitidas, tras lo que se ha conferido traslado a las partes para la presentación de sus escritos de conclusiones, obrantes los cuales, se declaran conclusas las actuaciones. Señalándose tras ello para la votación y fallo del presente proceso la audiencia del cuatro de Abril de dos mil catorce, teniendo así lugar.

**VISTO**, siendo Ponente la Ilma. Sra. Doña María del Mar Fernández Romo, quien expresa el parecer de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo la Resolución de la... desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante el con fecha 7 de marzo de 2005.

**SEGUNDO.-** La parte recurrente formula su pretensión indemnizatoria por daños y perjuicios causados por el fallecimiento de su hijo menor el día 27 de diciembre de 2004, que ingresó en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital ..... el día 24 de diciembre de 2004 tras ser dado a luz mediante cesárea junto con su hermano gemelo, siendo la causa de dicho fallecimiento un shock séptico a pseudomona aeruginosa con fallo

multiorgánico, infección que adquirió en el citado centro hospitalario y por incumplir dicho centro con la obligación de controlar y mantener las adecuadas condiciones de higienes y asepsia de las instalaciones hospitalarias evitando la presencia de gérmenes nocivos para la salud del paciente, quien tenía además disminuida su resistencia como consecuencia de su nacimiento prematuro, lo que era previsible y evitable. Por ello, a su juicio, el menor no falleció como consecuencia de alguna patología postparto o por su bajo peso, sino como consecuencia de un proceso infeccioso en el centro con ocasión de un acto de asistencia sanitaria.

Además, continua la parte actora, se le ocultó por dicho centro la información precisa del citado agente infeccioso, y por ello, donaron los restos del hijo para su posterior investigación, sintiéndose engañados, pues lo cierto es que existió un brote de pseudomonas aeruginosa del que resultaron afectados doce recién nacidos de los cuales dos fallecieron, uno de ellos, su hijo, sin tener en cuenta que la evaluación de dicho niño era favorable hasta el inicio de la sepsis clínica; en relación con este punto, se denota mala praxis pues si la situación de aquél era tan delicada, no debería haberse producido su traslado de UCI a planta retirando la antibioterapia y entubando, como así ocurrió. Existe entonces una relación de causalidad entre la actuación y el resultado dañoso.

**TERCERO.-** Frente a dicha tesis, tanto la parte demandada como la codemandada, con base en el informe emitido por la Inspección Médica obrante a folios 310 a 319 del expediente, estiman que la atención médica prestada fue conforme preceptúa la lex artis, dado que no se puede demostrar con los datos que existen en la documentación que se acompaña al expediente que la infección nosocomial por pseudomonas aeruginosa fuera debida a la inadecuada aplicación de las normas establecidas para la prevención de infecciones en la UCIN y Neonatología del Hospital .....y la actuación de la facultativos se ajustó en todo momento a la lex artis, pronunciándose en el mismo sentido el dictamen del ..... en su dictamen de fecha 6 de Julio de 2011 obrante a folios 345 a 381.

Añade la codemandada, que el menor se alimentó en todo momento de leche materna y no tuvo contacto con la biberonería donde se aísla el brote del germen y la falta de respuesta del tratamiento fue debida a la inmunodepresión que parecía el niño por sus condiciones; siendo en todo caso excesivas las cantidades reclamadas conforme el Baremo

aplicable al año 2012 y la cuantía solicitada de contrario en todo caso requiere la aplicación de un coeficiente corrector como consecuencia de la situación basal del recién nacido y la coexistencia de numerosos factores de riesgo ajenos absolutamente a la actuación de los profesionales del SERMAS.

**CUARTO.-** Pues bien, del expediente remitido aparece que ....., el menor luego fallecido, nacido el 30 de noviembre de 2004, ingresó ese día en el Servicio de Neonatología del Hospital..... por ser prematuro de 29 semanas y muy bajo peso ( 1000 grs.) Se trataba de un embarazo general nomocorial, bioamniótico, con diabetes gestacional y controlada con dieta, siendo aquél el primer nacido por cesárea.

Al nacimiento, presentaba un Apgar de 3.5.7 y precisó reanimación IV; nació con buen tono, sin esfuerzo respiratorio y bradicardia. Costó ventilarle inicialmente con ambú y mascarilla por lo que fue intubado. Los motivos de su ingreso en la UCI de Neonatología fueron los de prematuridad, distress respiratorio, riesgo neurológico y riesgo infeccioso. Nutrición enteral con leche materna o fórmula de pretérmino al segundo día de vida que toleró bien, permitiendo aumentar cantidad hasta los 13 días de vida en que se dejó dieta absoluta por sepsis clínica, realizándose screening metabólico. Fue necesaria intubación a los 14 días de vida, por sepsis iniciándose tratamiento antibiótico tras información a las 24 horas de crecimiento de bacilo gram negativo, posiblemente pseudomonas. Comenzó un empeoramiento brusco al cuarto día del cuadro séptico. Se produjo finalmente el exitus el día 27 de diciembre de 2004 a las 17:30 horas.

**QUINTO.-** Con base en la precedente narración fáctica, se atribuye en la demanda a la asistencia médica prestada al fallecido, como infracción de la lex artis, el inadecuado tratamiento recibido en la Unidad Neonatal por causa de una infección nosocomial que determinó su fallecimiento, que pudo haber sido evitada y en su caso se trata de un daño por infección hospitalaria no controlada que merece ser indemnizado.

Recordaremos a continuación que, según doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada - por todas, las *sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007, 10 de diciembre de 2009, 23 de febrero de 2010*, y las que en ellas se citan-, la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere: 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 sufridos por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal, siendo indiferente la calificación, de los servicios públicos - a lo que se ha homologado "toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo"-, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal; c) Ausencia de fuerza mayor; y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño, señalándose al efecto que, como la responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado "*lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión*", de forma que, si existe el deber jurídico de soportar el daño, decae la obligación de la Administración de indemnizar.

Según las sentencias citadas, "*a la Administración no 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.*" Y así se concluyó también en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008, en la que se declaró que, "*a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios*", así como en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2007, al declararse en ella que "*cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica ó sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la "lex artis" como modo de determinar cual 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 ello, y con invocación del criterio jurisprudencial expresado en las dictadas con fechas de 3 de octubre de 2010, 21 de diciembre de 2001, 10 de mayo de 2005 y 16 de mayo de 2005, en la sentencia precitada se continúa declarando que "*(...) la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida*

*asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible. La adopción de los medios al alcance del servicio, en cuanto supone la acomodación de la prestación sanitaria al estado del saber en cada momento y su aplicación al caso concreto atendiendo a las circunstancias del mismo, trasladan el deber de soportar el riesgo al afectado y determinan que el resultado dañoso que pueda producirse no sea antijurídico".*

De otra parte, se ha de señalar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde al demandante "la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda ", y corresponde al demandado " la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior ". Las precitadas reglas generales se matizan en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se "deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio", regla de gran relevancia en el caso presente.

**SEXTO.-** Planteado así el debate, por todo lo expuesto, los términos del debate quedan circunscritos a resolver si la infección por pseudomonas aeruginosas padecida por el luego fallecido en el Hospital..... constituyen un daño antijurídico que no tenía obligación de soportar.

Nos encontramos ante un supuesto de infección intrahospitalaria, en el que la obligación de medios que recae sobre la Administración sanitaria se traduce en la adopción de las prevenciones necesarias para evitarla, con arreglo, por supuesto, al estado de la ciencia en cada momento. Debemos también recordar que las infecciones hospitalarias, aún siendo un riesgo previsible, no resultan, -aún adoptando todos los medios de control y prevención que el estado de los conocimientos de la ciencia y la técnica permiten y dado su carácter multifactorial-, evitables en su totalidad pues, a pesar de la adopción de dichas medidas,

algunos pacientes desarrollan dicha complicación - un caso de fuerza de mayor que excluye la responsabilidad de la Administración y traslada al particular el deber jurídico de soportar el daño producido.

Partiendo de las anteriores consideraciones, la adecuada resolución del presente recurso, dado su carácter eminentemente técnico nos obliga a acudir, además de a los informes periciales aportados por las partes y de exitus, a los emitidos por el Inspector Médico y por el Servicio de Microbiología Clínica y Enfermedades Infecciosas del citado Hospital..... que obran en el expediente administrativo.

En el informe de dicho Servicio de Microbiología extendido por el correspondiente Jefe de Servicio en fecha de 25 de Octubre de 2005, se indica que durante el período en el que se produjeron dichas infecciones las tasas de infección nosocomial de la Institución se mantuvieron en cifras nacional e internacionalmente aceptadas. En posterior informe extendido por el Jefe de Servicio de Microbiología en fecha de 12 de Febrero de 2007 se expresa, que en el período en el que el niño estuvo ingresado en Neonatología se produjo en dicho servicio un aumento significativo de los aislados de pseudomonas aeruginosas claramente superior a los rangos habituales y tras exhaustivos estudios, se descubrió que existía una colonización anormal en algunas muestras de la biberonería en las que se aislaron cepas de pseudomonas aeruginosas que posteriormente se confirmaron con estudios de genética molecular como idénticas a las del brote. Se procedió al cierre de la biberonería y se terminó con dicho brote de infecciones.

Por otro lado, en informe de fecha 11 de noviembre de 2005 del Jefe de Servicio de Neonatología del mismo, expone una serie de consideraciones en relación con el diagnóstico de sepsis nosocomial en unidades neonatales. Expresa el informe que en el supuesto en cuestión se adoptaron las medidas de combate precisas, entre ellas el control epidemiológico; que al niño se le administró tratamiento durante siete días estando sujeto a un estrecho control ante el riesgo de infección, como queda constancia en su historia clínica. El 4 de diciembre de 2004 se anotaron los resultados de los cultivos, negativos, y se continuó con el tratamiento antibiótico. El día 7 de diciembre de acuerdo suspender el tratamiento antibiótico con Ampicilina y Gentamicina ante la no existencia de signos de infección y cultivos negativos. Aún así se continuó con medidas profilácticas y así, se administra Mycostatin tópico y Tobramicina.

Por su parte, en el informe emitido por la Inspección Médica, y obrante en estos autos, se asienta en los mencionados y anteriores informes, los que cita y reproduce, expresando que no queda demostrado que por parte de dicho Servicio y del propio Hospital no se adoptaran las medidas adecuadas sobre higiene y asepsia tanto en personal como en instrumental y en las instalaciones. No se puede obviar que las condiciones físicas del recién nacido y las necesidades terapéuticas que su caso requería le hacían más vulnerable a las infecciones, y queda demostrado a lo largo de su historia clínica que en todo momento, se le prestó la asistencia sanitaria adecuada, identificando rápidamente la bacteria causante de la infección y aplicando la antibioterapia de acuerdo con el resultado del hemocultivo, si bien las infecciones intrahospitalarias aumentan la posibilidad de complicaciones y en algunos casos evolucionan hacia la muerte, como sucedió con el niño, que falleció tras un empeoramiento progresivo con inestabilidad hemodinámica y fallo multiorgánico.

**SÉPTIMO.-** Pues bien, de la relación de hechos consignada en los informes expuestos se desprende que el niño fallecido sufrió una infección por cepas de pseudomonas aeruginosas en el Servicio de Neonatología del citado centro hospitalario, y que conforme consta en el informe del Jefe de Servicio de Microbiología del centro, en el período en el que el menor estuvo ingresado en ese Servicio, se produjo un aumento significativo de los aislados de dicha cepa, claramente superior a los rangos habituales, descubriéndose tras estudios, que existía una colonización anormal en algunas muestras de la biberonería en las que se aislaron las cepas que posteriormente se confirmaron con estudios de genética molecular como idénticas a las del brote, procediéndose al cierre de la biberonería y terminándose con el brote de infecciones. Dicho brote era conocido desde septiembre de 2004.

Así consta en el artículo que se ha adjuntado junto con la prueba pericial aportada por la actora, que se recogió en un artículo de medicina, “Contaminated feeding bottles”. “contaminación de biberones”-, publicado por el Servicio de Microbiología Clínica y Enfermedades Infecciosas, Servicio de Medicina Preventiva y Servicio de Neonatología del Hospital..... sobre la temática de estudios epidemiológicos por contaminación de pseudomonas aeruginosa en la leche preparada en dicho hospital y en las máquinas lavavajillas utilizar para los biberones, en el que se llega a la conclusión de que la fuente infecciosa se encuentra en la preparación y disolución de la leche preparada en el citado



Centro para el Servicio de Neonatología; artículo en el que se recomienda la necesidad de proceder conforme los más altos estándares de calidad en dicha preparación intrahospitalaria de la leche utilizada en neonatos, señalándose que “la importancia es crítica cuando están implicados neonatos susceptibles y potencialmente inmunocomprometidos”.

Tras ello se está en el caso de que la determinación de la existencia de las diversas infracciones de la "lex artis" de las que dimanaría la responsabilidad patrimonial que se solicita, parte de resolver cuestiones fácticas que son eminentemente técnicas, en cuanto que pertenece al ámbito de la ciencia médica dilucidar si la existencia de tales focos infecciosos en el Servicio de Neonatología de su razón, fueron los causantes últimos del óbito del niño

Resulta que, cuando para apreciar algún punto de hecho de relevancia para resolver la litis, sean necesarios o convenientes conocimientos especiales, se establece como cauce adecuado para hacerlos llegar al proceso, el de la prueba pericial; sobre los hechos litigiosos existe en autos el informe pericial aportado por la parte recurrente en período probatorio, así como informe pericial elaborado a instancia de la parte codemandada y aportado en dicho período probatorio.

En el primero de ellos, emitido por especialista en Pediatría, Dra. ....se concluye la existencia de relación de causalidad, a la vista y examen de la historia clínica del menor, antecedentes maternos, y estudio de la sepsis de transmisión nosocomial, cuyo diagnóstico, expresa, se fundamenta en la presencia de sintomatología, hemograma altera y hemocultivo positivo, enfatizándose la necesidad de proceder de acuerdo con los más altos estándares de calidad en la preparación intrahospitalaria de a de la leche utilizada en los neonatos, cuya importancia es crítica cuando están implicados neonatos susceptibles y potencialmente inmunodeprimidos. Respecto a la alimentación del niño, lo fue preferentemente con leche materna, pero recibió una o más tomas diarias de fórmula artificial (Alprem) preparada en el Hospital. Su estado mejoró y el día 9 de diciembre los médicos que le atendían consideraron que su estado no precisaba cuidados intensivos y fue trasladado a plante de cuidados medias, tiempo durante el que estuvo siendo alimentado con lactancia materna más leche de fórmula preparada en el hospital (contaminada con P. aeruginosas). A partir del día 10 de diciembre presentaba aspecto de infectado, según se refiere en la hoja de comentarios médicos. Por este motivo se extrajeron hemocultivos y se inició tratamiento empírico o los antibióticos utilizados en las sepsis de origen nosocomial.

Se añadió un tercer antibiótico al día siguiente cuando se observó la existencia de bacilos gram negativos en el hemocultivo. Se produjo una mejora inicial, pero este germen es muy resistente a múltiples antibióticos y si la infección es grave y el paciente no tiene un sistema inmunitario competente, como sucede en grandes prematuros, puede ser fatal. En el caso de ..... continua el informe, la infección progresa, y a pesar del tratamiento con diversos antibióticos se produjo un fallo multisistémico progresivo con graves alteraciones de la coagulación y aparición de hemorragia cerebral extensa con mal pronóstico neurológico por que se decidió limitación del esfuerzo terapéutico, falleciendo a los 28 días de vida.

Finaliza el informe expresando, que su hermano gemelo, ..... no se infectó con este germen y aunque inicialmente tenía los mismos problemas (de peso, enfermedad de la membrana Hialina, riesgo infeccioso, riesgo neurológico con hemorragia subependimaria bilateral, anemia del prematura, ictericia del prematura y hipoglucemia transitoria), su evolución fue buena recibiendo alta a su domicilio.

La conclusión de dicho informe es que la contaminación por *Pseudomona aeruginosa* se produjo a través de la humedad de los paños que recubrían los recipientes y de los propios biberones. Desde el mes de septiembre de 2004 se tenía conocimiento de la existencia de un brote infeccioso por *pseudomonas aeruginosas* en la UCI Neonatal del Hospital..... El origen de dicha infección fue localizado en la habitación donde se preparaban las fórmulas lácteas para alimentación de los neonatos ingresados en el hospital. Desde el segundo día de vida fue alimentado con cantidades crecientes de leche materna más leche de fórmula para prematuros preparada en el hospital (Alprem 15%). A partir de los 10 días de vida presentó síntomas sugestivos de infección, “aspecto infectado”, por lo que se inició nuevamente tratamiento con antibióticos. .... desarrollo una sepsis con hipotensión refractaria, fallo multiorgánico y hemorragia cerebral extensa, falleciendo como consecuencia de la infección por *pseudomonas aeruginosa* adquirida en el hospital.

El dictamen aportado por la codemandada, emitido por la Dra....., Sr. .... y Dra..... todo ellos especialistas en Pediatría, expresan, tras cita de antecedentes médicos, que según se refiere en informe del Jefe del Servicio de Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica del Hospital..... en las fechas en las que el menor estuvo ingresado en Neonatología, se produjo un aumento de los aislamientos de *pseudomona aeruginosa* por encima de las cifras habituales, lo que motivó una investigación

por parte tanto el Servicio de Neonatología como de los Servicios de Microbiología y de Medicina Preventiva, la que logró concluir que existía una colonización anormal de algunas muestras de la biberonería, de reciente diseño en las que se aislaron cepas de la misma, que mediante técnicas de genética molecular, se identificaron como idénticas a las del brote. Se determinó el cierre de la biberonería, lo que condujo al control del brote. Este dictamen refiere también el informe emitido por el Jefe del Servicio de Neonatología, en cuanto al control epidemiológico del Servicio, que se dice ser habitual, la realización de campañas de potenciación de la higiene, así como la potenciación de medidas que han demostrado la disminución de la tasa por estas infecciones, entre ellas, la promoción de la alimentación precoz con leche materna, concluyendo por tanto que se puede comprobar como todas las medidas que se recomiendan en los estudios nacionales e internacionales que pueden contribuir a disminuir las tasas de infección nosocomial son llevadas a cabo de forma habitual en el Servicio de Neonatología del dicho hospital por lo que se puede concluir que se actúa de forma correcta y ajustada a *lex artis*.

Concluye así, que el paciente reunía todos los factores considerados de riesgo para el desarrollo de una infección nosocomial. Los mecanismos de patogenicidad y la elevada tasa de resistencia a antibióticos de los gérmenes que se comportan como nosocomiales son los responsables de la alta morbimortalidad de estas infecciones. El tratamiento administrado a este paciente, tanto antibiótico como de mantenimiento fue correcto y ajustado a protocolos. Las medidas tomadas por los servicios responsables del control de infecciones y política de antibióticos del hospital fueron correctas, siguiendo las normas y recomendaciones de los protocolos nacionales e internacionales sobre el control de infecciones nosocomiales.

**OCTAVO.-** La valoración de los antedichos medios probatorios pasa por dos consideraciones previas: la primera de ellas es que las pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado, por lo que no prevalece necesariamente sobre otros medios de prueba, ya que no existen reglas generales preestablecidas para valorarla, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso, aunque es claro que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside en gran medida en su fundamentación y coherencia interna, y en la independencia o lejanía del perito respecto a los intereses de las partes; la segunda, es que en

los informes de la Inspección Sanitaria la opinión de los técnicos se obtiene extraprocesalmente, por lo que la fuerza vinculante de sus opiniones no tiene las características de la prueba pericial, pero ello no supone que queda privada de todo valor, ya que puede ser ponderada como elemento de juicio en la valoración conjunta de la prueba, siendo de significar que los Inspectores Médicos han de ser independientes del caso y de las partes y actuar con criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad.

*En la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2011, con cita de las de 16 de febrero de 2011 y de 25 de mayo de 2010, recordándose que "a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que una actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria", debiendo de ponerse "los medios precisos para la mejor atención", se declara que "la privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia "pérdida de oportunidad" se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias".*

La cuestión de determinar si las infecciones se generaron en el ámbito intrahospitalario y si fueron inevitables, es de extraordinaria relevancia a los efectos establecer el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el fallecimiento del paciente y de calificarlo como antijurídico, que no lo sería si la ciencia médica contara con medios para prevenir y evitar las infecciones postquirúrgicas y nosocomiales mediante la adopción de medidas que aseguren la asepsia en las instalaciones hospitalarias. Es nuestra opinión, en este proceso se ha acreditado que las infecciones se generaron en dicho ámbito según argumenta la perito en su dictamen antes transcrito.

En tales circunstancias, en aplicación del principio de facilidad probatoria, corresponde a la Administración acreditar que se adoptaron las medidas precautorias para

asegurar la asepsia de las instalaciones hospitalarias a fin de evitar que el paciente soportara los riesgos derivados de su ingreso, cuando los mismos eran previsibles y evitables, o de justificar que concurría un supuesto de fuerza mayor, pues una de las funciones de los servicios públicos sanitarios es la de impedir la presencia de gérmenes nocivos en sus establecimientos, que puedan originar daños en quienes son atendidos en ellos con el fin de restablecer su salud (entre otras, la *sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2000*, y la de 11 de mayo de 1999 ).

La valoración conjunta del material probatorio nos lleva atribuir mayor fuerza del convicción a la prueba pericial practicada a instancia de la parte actora, y a concluir que en el caso presente la existencia de una mala praxis, que no queda desvirtuada por la mera relación de las medidas que según la bibliografía actual en la materia, desde el punto de vista de la medicina preventiva, deban adoptarse y sin que el informe emitido por la Inspección Médica exprese en tal particular más que aquellas se han cumplido, dado que no constan acreditadas las medidas de higiene y localización del concreto brote en la propia biberonería del Servicio de Neonatología del hospital, la finalmente, al no poder ser controlado el brote, fue cerrada, el evitación del ulteriores infecciones. Y es que así las cosas, la tesis del perito de la parte actora de no aparece desvirtuada por el informe de la Inspección Médica, considerando la Sala de mejor y más adecuada virtualidad las conclusiones expresadas por aquél perito.

**NOVENO.-** Por lo expuesto en los precedentes fundamentos jurídico, consideramos que procede declarar la existencia de nexo causal. Y al asimilarse en el caso presente el daño indemnizable al daño moral, su resarcimiento carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que, como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo, dadas las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria (por todas, la *sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1997*), aunque ha de ponderarse la edad del paciente, sus dolencias previas, y cualesquiera otras circunstancias que constando al juzgador, pudieran determinar una mayor proporcionalidad y adecuación de la valoración de dicho quantum.

Por todo lo expuesto, fijamos prudencialmente el importe de la indemnización en la cantidad de 110.000 euros, inferior a la cuantía que ha sido la solicitada por la parte y que se adecua a los anteriores parámetros, incluida la actualización de las indemnizaciones a la fecha de la presente resolución, lo que conlleva la estimación parcial del presente recurso

contencioso administrativo.

**DÉCIMO.-** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA no concurren motivos para hacer un pronunciamiento en materia de costas, según el tenor del art. 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

**VISTOS** los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

**FALLAMOS**, que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo número 1047/2011 seguido ante la....., promovido por el por el Procurador de los Tribunales, Sra. Solera Lama, en nombre y representación de **DOÑA .....** **Y DON.....**, **contra** la Resolución de ..... por delegación..... de fecha 2 de Agosto de 2011, desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante el ..... con fecha 7 de marzo de 2005, declarando que el acto administrativo recurrido no es ajustado a derecho, el que se deja sin efecto, reconociendo el derecho al percibo de una indemnización por los recurrentes en cuantía de 110.000 euros, cantidad actualizada a la fecha de la presente resolución; sin hacer expresa condena sobre las costas procesales causadas en la tramitación de este juicio.

Notifíquese a las partes la presente resolución indicándoles que contra la misma no cabe interponer recurso de casación.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones, definitivamente lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña. M<sup>a</sup> DEL MAR FERNÁNDEZ ROMO, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día 23 de Abril de 2014, de lo que, como Secretario, certifico.