

Expediente Núm. 100/2010
Dictamen Núm. 291/2010

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 2 de diciembre de 2010, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 4 de marzo de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos por esta a consecuencia de la asistencia sanitaria prestada.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 15 de abril de 2009 tiene entrada en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la deficiente asistencia sanitaria prestada por el sistema público sanitario.

El reclamante refiere en su escrito que desde el día 10 de octubre de 2006, fecha del nacimiento de su hija, viene siendo atendida “en el Centro de

Salud” por el pediatra “que le fue haciendo las revisiones periódicas tal y como figura en su cartilla sanitaria, en la que también se puede comprobar que no consta dato ni anotación ninguna en el apartado `exploración´”. Tras indicar que “ello no tendría mayor relevancia si efectivamente no hubiese ningún dato que anotar, o si el pediatra nos hubiese ido informando de las circunstancias relativas al crecimiento y evolución de mi hija”, continúa relatando que “el 20-09-08 (sábado) y estando en Oviedo, la niña parecía como especialmente cansada y con tos, motivo por el cual fue llevada al Servicio de Urgencias del (Hospital “X”), donde la pediatra que la atendió, nada más auscultarla apreció un ‘soplo rudo’, además de que los pulsos femorales estaban muy débiles y los pedios prácticamente no se detectaban, lo que la alarmó hasta el punto de que nos citó para el lunes siguiente para proceder al traslado inmediato de la niña al Hospital “Y”, de Madrid (...), siendo intervenida quirúrgicamente el 07-10-2008 por una coartación de aorta severa, además de padecer una estenosis valvular aórtica que de momento no fue tratada”. Continúa el interesado señalando que “tal patología explicaba por una parte el retraso que sufría la niña en el crecimiento, ya que según pudimos constatar posteriormente, para su edad la altura era baja, aunque dentro de la normalidad, pero el peso y el diámetro craneal eran muy bajos; ello explicaba igualmente el constante cansancio que tenía la niña y el que pasase muchas horas durmiendo; y lo que es más importante, sometió a la niña a un riesgo para su vida al no haber detectado una patología que requirió una intervención quirúrgica inmediata, y además, tal intervención podría no haber sido necesaria caso de que se hubiese detectado la misma a tiempo, ya que podría haber sido tratada farmacológicamente a una edad más temprana para solventar la coartación, habiendo tenido que someterse a una intervención para la que le tuvieron que abrir todo el costado, con el consiguiente riesgo que conlleva una intervención de este tipo”. Tras resaltar que “ni que decir tiene que tras la intervención desaparecieron los síntomas de cansancio, la niña comenzó a comer normalmente, y las horas que está durmiendo son normales”, el interesado describe el daño cuya indemnización

pretende en los siguientes términos: “como consecuencia de tales actuaciones, se ha causado un daño consistente por una parte en tener sometida la niña a un riesgo de sufrir una patología ventricular e hipertensión arterial severa como consecuencia de la coartación aórtica que padecía ya desde su nacimiento y que no fue detectada hasta casi los dos años, con consecuencias que podrían haber sido fatales si no se hubiese llevado a la niña a Urgencias del (Hospital “X”) donde se le diagnosticó la patología; y por otra parte, tal demora podría haber limitado la aplicación de otras opciones terapéuticas menos agresivas”. El reclamante sostiene que “concorre (...) relación de causalidad entre el daño sufrido y la actuación médica inadecuada, por cuanto en principio no se detectó tal patología hasta un año después de nacer, pero tras detectarse al año de edad, ni se tomó por parte del pediatra decisión alguna al respecto, ni nos comunicó su existencia, ni y lo que es más importante, le dio trascendencia alguna considerándola como un hecho irrelevante, lo que revela una manifiesta incompetencia profesional por su parte ajena a cualquier criterio de (la) lex artis”. El interesado cuantifica la reclamación, de manera global, en sesenta mil euros (60.000 €).

Adjunta el reclamante a su escrito los siguientes documentos: a) Copia del documento nacional de identidad del solicitante. b) Copia de la cartilla sanitaria y de vacunación. c) Copia de la historia clínica. d) Informe del Servicio de Urgencias de 20 de septiembre de 2008. e) Tres informes de revisión posoperatoria. f) Informe posoperatorio del Hospital “Y”.

2. Mediante escrito de fecha 24 de abril de 2009, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios (en adelante Servicio instructor) notifica al reclamante la fecha de recepción de su reclamación en el referido servicio. Asimismo le advierte que “dispone de diez días, contados a partir del siguiente al de la recepción de la presente notificación, para acreditar su condición de padre de la menor”.

3. Mediante sendos escritos de fecha 29 de abril de 2009, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita a la Gerencia del Hospital "X" copia de la historia clínica relativa a la asistencia que en ese centro se hubiera prestado a la menor, y a la Gerencia del Area I (Hospital "Z"), copia de la historia clínica relativa al proceso, tanto de atención primaria como de atención especializada, así como un informe actualizado del pediatra de la menor sobre el contenido de la reclamación.

4. En respuesta al requerimiento efectuado por el Servicio instructor, con fecha 13 de mayo de 2009 el reclamante presenta certificación literal del nacimiento de la niña en orden a acreditar su condición de padre de la menor.

5. Con fecha 14 de mayo de 2009, el Gerente del Hospital "Z" remite al Servicio instructor copia de la historia clínica de la menor perjudicada, tanto de atención primaria como especializada, así como un informe del pediatra, profesional interviniente.

En el informe del pediatra, de fecha 11 de mayo de 2009, se refiere que la menor "nació con un peso de 3,140 kg (...), una talla de 51 cm (...) y un perímetro cefálico de 33 cm" -se adjuntan las gráficas correspondientes "donde se observa una evolución de estos parámetros por percentiles, a los 18 meses de edad, similares a los del nacimiento"- . Continúa el pediatra señalando que el día 10 de agosto de 2007, en la revisión correspondiente a los diez meses de edad, "le detecto un soplo sistólico 1/6, en principio de dudoso significado, por lo que decido esperar para confirmarlo en una próxima visita, lo que no sucede. Posteriormente le vuelvo a detectar el mismo soplo el día 11-04-08, de las mismas características que la primera vez y que de nuevo no se confirma en la siguiente (y última) visita del día 09-06-08, en la que presenta un cuadro catarral de vías respiratorias altas con una auscultación cardiopulmonar normal". En relación al supuesto retraso en el diagnóstico de la coartación de aorta, el pediatra señala, con cita de bibliografía científica en la materia, que la coartación

de aorta “puede manifestarse por insuficiencia cardiaca congestiva o shock en las 3 primeras semanas de vida, pero a menudo pasa desapercibida durante la infancia o incluso hasta la edad adulta (...), siendo la edad media de diagnóstico los 5 años”; resalta asimismo un hecho que califica de “la máxima importancia”, ocurrido entre el día 10 de agosto de 2007 y el 11 de abril 2008, fechas en las que él mismo había detectado el soplo: “entre estas dos fechas (...) el día 10-01-08, a los 15 meses de edad (...), su madre acude a mi consulta y me comenta que unos días antes fue (...) al Servicio de Urgencias de pediatría del Hospital “Z” por un proceso catarral, donde le prescribieron tratamiento con un antibiótico (...), y sin que en ningún momento me dijese que la niña presentase allí ningún soplo cardiaco ni ningún otro síntoma o signo de cardiopatía, lo cual es congruente con todo lo observado por mí hasta la última consulta del día 09-06-08 (...). A continuación, la situación clínica se habría mantenido estable y sin cambios (pues no hay constancia de consulta médica alguna durante este tiempo) hasta que el día 20-09-08 acude al Servicio de Urgencias del (Hospital “X”) (más de 3 meses después desde la última vez que yo la vi en consulta), momento en que se produciría una descompensación que desenmascaró la coartación”. Finaliza señalando que “rechazo todas las imputaciones hechas a mi actuación, la cual considero plenamente ajustada a las circunstancias que concurren en este caso”.

6. Con fecha 22 de junio de 2009, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él describe los hechos y procede a su valoración indicando que “se trata de una menor nacida el 10 de octubre de 2006 que a pesar de haber realizado numerosas revisiones con su pediatra de Atención Primaria no muestra patología que permita la orientación diagnóstica hasta transcurridos dos años de vida. En dos de las revisiones hechas (10 de agosto de 2007 (...) y 11 de abril de 2008 (...) consta en la historia clínica que el pediatra oye un soplo sistólico con I/VI. El resto de anotaciones se corresponden a una evolución sin alteraciones

significativas y manteniéndose en percentiles similares a los del nacimiento y con expresión de pulsos periféricos normales. Igualmente también fue vista en tres ocasiones en el Servicio de Pediatría del Hospital "Z" (...) no observándose patología cardíaca y reflejándose, al menos en la última de ellas, que la exploración cardiopulmonar era normal". Sobre esta base y en orden a valorar el supuesto retraso en el momento del diagnóstico de la coartación de aorta, el autor de este informe, tras un detallado estudio de esta patología y su diagnóstico aplicadas al presente supuesto, concluye que "la actuación de la Administración sanitaria fue correcta y adaptada a los conocimientos científicos y a la lex artis".

7. Mediante escritos de 24 de junio de 2009, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias, y del expediente completo a la correduría de seguros.

8. Con fecha 5 de octubre de 2009, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por tres especialistas en Pediatría. En el informe, tras un resumen de los hechos y una exposición pormenorizada de la coartación de aorta y de los soplos cardíacos en la infancia, los especialistas señalan que "con la documentación médica aportada ninguna de las reclamaciones del demandante es coherente con la literatura actual (...). En primer lugar, no se puede hablar de retraso en el diagnóstico de una enfermedad que habitualmente pasa desapercibida en las exploraciones rutinarias, cuya edad media de diagnóstico es de 5 años y que incluso en ocasiones no produce ninguna sintomatología hasta la edad adulta". Referido al concreto supuesto sometido a dictamen se señala que "los soplos detectados a los 10 y a los 18 meses de vida por su pediatra del centro de salud (...) cumplían todas las características de los soplos inocentes, por los que la actitud adecuada es la que tomó dicho facultativo, observar la evolución del mismo sin iniciar ninguna prueba complementaria ni interconsulta al especialista en Cardiología

infantil". En segundo lugar, y respecto a la relación entre un supuesto retraso en el diagnóstico de la patología y el tratamiento quirúrgico dispensado a la menor, afirman que "otro punto de la demanda parte de una base errónea por parte del demandante. El mejor tratamiento que se conoce en la actualidad para la coartación de aorta moderada-severa es el quirúrgico, y es el que ha demostrado menor tasa de complicaciones, como además se ha podido comprobar (...). La cardiología intervencionista, que también se considera tratamiento quirúrgico aunque no se realice por cirugía abierta, no es de primera elección y su aplicación no depende del momento del diagnóstico de la coartación ni de su severidad. Es decir, un diagnóstico más precoz de la coartación en este caso no hubiera posibilitado otro tipo de tratamiento". Finaliza el informe afirmando que no existió retraso diagnóstico, que el tratamiento de elección para la patología era el aplicado, es decir el quirúrgico, y que no se debe culpar a la Administración sanitaria del riesgo vital sufrido por un paciente debido a enfermedades silentes o asintomáticas, concluyendo que "de la documentación estudiada no se desprende ninguna falta en actuación médica, que estuvo ajustada a la lex artis".

9. Mediante escrito notificado con fecha 12 de enero de 2010, se comunica al reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el procedimiento. El 21 de enero de 2010 se persona el reclamante en las dependencias administrativas y obtiene una copia del mismo, compuesto de ciento veintiún (121) folios, según se hace constar en la diligencia extendida al efecto.

10. Con fecha 27 de enero de 2010, el reclamante presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones. En él, y a la vista de los diferentes informes obrantes en el expediente, el reclamante se reafirma en la reclamación interpuesta, llegando incluso a "poner en entredicho las anotaciones y valoraciones realizadas por el pediatra que el Informe de la Inspección acoge sin

discusión, sobre todo si nos atenemos al contenido de la historia clínica donde consta en la consulta de 10-11-06 'comentarios: testículos escroto, aspecto ligeramente ictérico-pletórico'; lo cual teniendo en cuenta que se trata de una niña, parece que se equivocó de paciente o de historia clínica a la hora de transcribir los datos". El reclamante, sobre la base de que "todos los informes emitidos hacen una exposición genérica y abstracta acerca de la coartación aórtica, pero no entran a considerar los hechos que aquí se dilucidan", concluye sus alegaciones señalando que "la niña presentaba esa misma patología ya con anterioridad, y el doctor simplemente no le prestó atención bien por desconocimiento, bien por negligencia, con lo cual se sometió a la niña a un riesgo innecesario ya que la operación se la podían haber realizado mucho antes evitando con ello estar sometida durante el intervalo a un riesgo totalmente innecesario, y en todo caso si se hubiese informado a los padres a su debido tiempo, estos podían haber solicitado una segunda opinión o acudir a otra consulta para que se hiciese otra valoración independiente".

11. Con fecha 11 de febrero de 2010, el responsable del Servicio instructor elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, reproduciendo los argumentos del informe de la asesoría privada, suscrito por tres especialistas en Pediatría, que reproduce.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de marzo de 2010, registrado de entrada el día 11 de marzo, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- En atención al artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la menor perjudicada activamente legitimada para reclamar, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que motivaron la reclamación. Habiendo sufrido el daño una persona menor de edad, está facultado para actuar en su representación el reclamante, padre de la misma (a tenor de la copia de la certificación literal del nacimiento de la niña que obra en el expediente), según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo

empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas". En el supuesto presente, considerando la naturaleza del daño alegado que no es otro que un supuesto retraso en el diagnóstico de coartación de aorta sufrido por la menor, diagnóstico que se confirmó el día 26 de septiembre de 2008 según consta en el informe de tal fecha de la Sección de de Cardiología Infantil del Servicio de Pediatría del Hospital "X", y que la reclamación se presenta en fecha 15 de abril de 2009, puede concluirse que la reclamación ha sido presentada dentro del plazo legalmente establecido.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar al reclamante, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo, puesto que, si bien se notifica a la reclamante por el Servicio

instructor la fecha de recepción de su solicitud, dicha comunicación no se ajusta, para el resto de sus contenidos necesarios, a los términos previstos en el artículo citado, y sin que esta omisión pueda entenderse suplida mediante una referencia genérica a la normativa rectora del procedimiento.

Además de lo anterior, el procedimiento instruido pone de relieve una forma de practicar la instrucción, y más en concreto el trámite de alegaciones previo a la elaboración de la propuesta resolución, sobre la que este Consejo no quiere dejar pasar la ocasión de manifestar su parecer. Hemos de partir de la configuración general del trámite de alegaciones, recordando que el artículo 79.1 de la LRJPAC -del que el artículo 11.1 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial no es sino concreción para este tipo de procedimientos- dispone que los interesados “podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio./ Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución”. En el procedimiento que ahora se examina, las alegaciones del reclamante no han sido objeto de expresa valoración en la propuesta de resolución, que se limita a efectuar un resumen de las mismas en los antecedentes fácticos, pero sin relacionar con ellas ninguna consideración jurídica. Y ello a pesar de que algunas de las alegaciones realizadas se refieren a circunstancias de orden fáctico, de las que debe destacarse, por su impacto, el hecho inaudito de que en la historia clínica de la niña se reflejen comentarios médicos relativos a los “testículos” y “escroto”, circunstancia que si bien no puede entenderse más que como un manifiesto y grosero error de hecho, propicia que el reclamante no pierda la ocasión de sacar consecuencias jurídicas del mismo, intentando desacreditar en su integridad el historial clínico de la menor obrante en el expediente. Por ello, aunque en principio pudiera entenderse que tales errores resultan irrelevantes desde el punto de vista de la cuestión de fondo debatida, el hecho refleja, cuando menos, descuidos patentes en la documentación obrante en el expediente frente a los que se hace necesario reaccionar, depurándolo con el

necesario rigor en cuanto a la “determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”. A tal fin, el Servicio instructor debió haber dispuesto los actos de instrucción necesarios para enmendar un error tan grosero, y ello en aplicación del principio de oficialidad que rige la instrucción del procedimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, pareciendo a todas luces insuficiente que la reacción se haya limitado a guardar silencio o fingir ignorancia ante estas circunstancias.

Como ya ha tenido ocasión de manifestar este Consejo, el recto cumplimiento del trámite de audiencia requiere no sólo el reconocimiento al interesado de la posibilidad de alegar lo que a su derecho convenga, con la consiguiente incorporación al procedimiento del escrito de alegaciones, sino que exige fijar con rigor en la propuesta de resolución, y a la vista de lo expuesto por el perjudicado, los presupuestos de hecho en los que se basa la reclamación y considerar de modo razonado las consecuencias jurídicas que se derivan de ellos.

Considerando lo anterior, en aras del principio constitucional de eficacia administrativa, habrá de darse cumplida satisfacción a estas exigencias en la resolución que ponga fin al procedimiento.

Finalmente, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los

casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la

lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de daños y perjuicios formulada por los supuestos daños sufridos por la hija del reclamante como consecuencia, según se afirma, de un retraso diagnóstico. El daño alegado, se describe en el escrito que da inicio al procedimiento, en los siguientes términos: “se ha causado un daño consistente por una parte en tener sometida a la niña a un riesgo de sufrir una patología ventricular e hipertensión arterial severa como consecuencia de la coartación aórtica que padecía ya desde su nacimiento y que no fue detectada hasta casi los dos años, con consecuencias que podrían haber sido fatales si no se hubiese llevado a la niña a Urgencias del (Hospital “X”) donde se le diagnóstico la patología; y por otra parte, tal demora podía haber limitado la aplicación de otras opciones terapéuticas menos agresivas”.

En la anterior formulación se comprenden no uno, sino dos daños, de naturaleza distinta a los efectos de nuestro análisis. Con el primero de ellos, el reclamante entiende que el retraso en el diagnóstico de la patología, que según él mismo reconoce padecía su hija desde el momento de su nacimiento, colocó a la menor en una situación de “riesgo”, cuyas consecuencias “podrían haber sido fatales”, en lo que no es sino expresión de un riesgo hipotético, que, felizmente, no se concretó, pero que, por lo que ahora interesa, cuadra mal con el primero de los requisitos, que, tal y como hemos dejado establecido en nuestra consideración anterior, debe analizarse ante una reclamación de responsabilidad patrimonial, cual es la existencia de un daño real y efectivo, que ha de quedar acreditado en el expediente. En este sentido, como ya señaló este Consejo en ocasiones precedentes (entre otras en el Dictamen Núm. 263/2009), la efectividad del daño significa que solo serán indemnizables los daños ciertos, ya producidos, no los eventuales o posibles, aunque también se admiten por la jurisprudencia, como daños efectivos, aquellos futuros sobre los que exista la

certeza de su acaecimiento en el tiempo. La existencia del daño constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial, y tal daño ha de ser real y efectivo, no traducible a meras especulaciones o simples expectativas, pesando sobre el interesado la carga de la prueba del mismo. Ninguna de estas exigencias en orden a la realidad y efectividad del daño sufrido concurren en el presente supuesto respecto al primero de los daños alegados. Antes al contrario, y en palabras del propio reclamante, una vez diagnosticada la patología congénita de la que era portadora su hija, y prestada la necesaria asistencia, “ni que decir tiene que tras la intervención desaparecieron los síntomas de cansancio, la niña comenzó a comer normalmente, y las horas que está durmiendo son las normales”. Así pues, respecto al primero de los daños alegados, no se ha probado que en la fecha en que se formula la reclamación se hubiese producido un daño efectivo, concreto y cierto, susceptible de ser indemnizable, lo que constituye causa suficiente para que este Consejo entienda que, respecto de este primer daño, debe desestimarse la reclamación interpuesta.

Como ya hemos anticipado, distinto debe ser nuestro análisis en lo que concierne al segundo de los daños denunciados, y ello como consecuencia de la ya apuntada distinta naturaleza del daño en sí mismo considerado. Esta segunda concreción del daño realizada por el reclamante, que anuda al retraso en el diagnóstico de la patología congénita que padece su hija, se formula en términos disímiles por parte del propio reclamante en los distintos trámites procedimentales en los que toma parte. Así, en el escrito que da inicio al procedimiento, se describe este daño en los siguientes términos: “tal demora podía haber limitado la aplicación de otras opciones terapéuticas menos agresivas”, mientras que en el trámite de alegaciones, y una vez que el interesado ha tomado vista de la documentación obrante en el expediente, este segundo daño se matiza por el propio reclamante al señalar que “en todo caso si se hubiese informado a los padres a su debido tiempo, estos podrían haber solicitado una segunda opinión o acudir a otra consulta para que se hiciese otra valoración independiente”; es decir el reclamante pasa de una certeza inicial en

el sentido de que un diagnóstico precoz habría determinado la utilización de alternativas menos agresivas, a una duda pendiente de otras opiniones médicas alternativas. En cualquier caso, y respecto de este segundo supuesto daño alegado, lo que el reclamante plantea es la indemnización por un pretendido daño constituido por lo que, según la jurisprudencia y la doctrina, se viene denominando “pérdida de oportunidades”, supuesto en el que la antijuridicidad del daño, y la indemnización que se reclama, no se formula en función de la presencia de un daño efectivamente producido, sino con base en la conjetura de que si la asistencia sanitaria se hubiera producido de manera distinta a como fue practicada en la realidad, la niña se habría visto beneficiada de manera objetiva por el logro de unos resultados más favorables a su salud, entendidos en un sentido amplio, lo que obliga a que se reflexione acerca de si la asistencia prestada por el servicio sanitario a la menor para el tratamiento de la patología congénita que padecía resultó o no correcta.

A este respecto, y como de manera reiterada viene manteniendo este Consejo Consultivo, hemos de recordar que el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*. Este criterio opera no sólo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un

resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

Dejando ahora al margen las denuncias relativas al trato personal y a la relación con el pediatra encargado del seguimiento de la niña, y los errores de bulto que refleja la transcripción del historial clínico a los que ya hemos hecho mención, circunstancias todas ellas que, en cualquier caso, resultan ajenas al fondo de la cuestión planteada, que no olvidemos no es otra que el dictaminar si la asistencia prestada a la menor se adecuó o no a la *lex artis ad hoc*, hay que partir del hecho de que el reclamante considera que se ha producido un retraso en el diagnóstico de la coartación aórtica que padecía su hija ya desde su nacimiento, afirmación que solo encuentra justificación en su mera formulación. En consecuencia, este Consejo Consultivo debe formar su juicio en cuanto al respeto de la *lex artis* en la asistencia sanitaria prestada a la hija del reclamante sobre la base de la documentación aportada por la Administración que obra en el expediente.

En este sentido, el informe emitido, a instancia de la entidad aseguradora, por tres especialistas en Pediatría concluye, en unos términos contundentes que no han sido combatidos ni desvirtuados por el reclamante, que no se han observado signos de mala praxis en la asistencia sanitaria que se prestó en todo momento a la menor. En palabras de estos especialistas, “no se puede hablar de retraso en el diagnóstico de una enfermedad que habitualmente pasa desapercibida en las exploraciones rutinarias, cuya edad media de diagnóstico es de 5 años y que incluso en ocasiones no produce ninguna sintomatología hasta la edad adulta”. Refiriéndose al concreto supuesto ahora examinado, señalan los especialistas en este informe que “los soplos detectados a los 10 y a los 18

meses de vida” por su pediatra del centro de salud “cumplían todas las características de los soplos inocentes, por los que la actitud adecuada es la que tomó dicho facultativo, observar la evolución del mismo sin iniciar ninguna prueba complementaria ni interconsulta al especialista en Cardiología infantil”. No ha quedado, pues, acreditado, a juicio de este Consejo, a lo largo del procedimiento instruido y en la documentación obrante en el mismo, ningún retraso en el diagnóstico que suponga infracción de *lex artis ad hoc*. Es más, consta acreditado en el historial clínico de la menor que el pediatra observó y anotó la presencia de una sintomatología que abría la puerta a valorar la presencia de la patología congénita posteriormente confirmada, y a la que se le dio el tratamiento adecuado por parte de la Administración sanitaria, cuando esa patología en su natural evolución se manifestó con posterioridad en toda su gravedad.

Por lo demás, la documentación obrante en el expediente también permite a este Consejo alcanzar la conclusión de que incluso en el hipotético supuesto de que hubiera existido una mejor comunicación entre el pediatra y el padre y la madre de la menor, en forma de una inmediata transmisión a estos de los síntomas indiciarios apreciados por él, en nada se habría alterado el curso posterior de los hechos y el consecuente tratamiento dado a la patología congénita, lo que convertiría a esa supuesta falta de comunicación denunciada - en el caso de ser real- en un hecho o condición indiferente en el proceso de causalidad desencadenado una vez diagnosticada la enfermedad, ya que, en palabras del informe de los tres especialistas en Pediatría ya citado, “el mejor tratamiento que se conoce en la actualidad para la coartación de aorta moderada-severa es el quirúrgico, y es el que ha demostrado menor tasa de complicaciones (...). La cardiología intervencionista, que también se considera tratamiento quirúrgico aunque no se realice por cirugía abierta, no es de primera elección y su aplicación no depende del momento del diagnóstico de la coartación ni de su severidad. Es decir, un diagnóstico más precoz de la coartación en este caso no hubiera posibilitado otro tipo de tratamiento”.

En conclusión, no cabe estimar la responsabilidad patrimonial que se pretende respecto al segundo de los daños alegados, al no haber quedado acreditado ni un retraso diagnóstico ni una pérdida de oportunidad terapéutica, lo que nos exime de realizar cualquier otra consideración acerca de la cuantía indemnizatoria demandada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.