

Expediente Núm. 200/2014
Dictamen Núm. 225/2014

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 1 de octubre de 2014, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 24 de julio 2014 -registrada de entrada el día 28 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del contagio de una enfermedad.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 28 de octubre 2013, la madre de una menor, actuando en nombre y representación de esta, presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia del contagio de una enfermedad.

Expone que acudió, en fecha no precisada, al Servicio de Urgencias del Hospital “por un cuadro catarral”, prescribiéndosele el oportuno

tratamiento, y que “posteriormente se le realizó radiografía de tórax en noviembre (*sic, en realidad octubre*) de 2012 y en enero de 2013 que revelaron la existencia de una lesión cavitada en pulmón izquierdo compatible con una posible tuberculosis”, y pone de manifiesto que “pese a ello no se informó a la paciente del resultado de la radiografía ni de sus consecuencias, ni se le prescribió tratamiento médico ni medida de precaución alguna”, por lo que continuó “realizando vida normal y manteniendo contacto con su hija menor de edad y familiares”.

Señala que el día 3 de febrero de 2013 su hija “ingresó en Urgencias de Pediatría, diagnosticándosele un cuadro de tuberculosis” del que fue dada de alta el 12 de marzo de 2013, “continuando el tratamiento en domicilio”.

Afirma que “la niña contrajo la infección por contagio de la madre, que no había sido tratada ni advertida del riesgo existente, pese a que en el resultado de las radiografías constaba la existencia de una lesión cavitada en el pulmón izquierdo”.

Valora las “lesiones” sufridas en un importe total de veinticuatro mil noventa euros (24.090), cantidad que se solicita exclusivamente para la madre.

Adjunta a su escrito diversa documentación médica relativa a la asistencia prestada.

2. Mediante oficio notificado a la interesada el 15 de noviembre de 2013, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios le comunica la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos del silencio administrativo.

Asimismo, la requiere para que en el plazo de diez días acredite su “parentesco” con la perjudicada por cualquier medio válido en derecho.

3. Con fecha 18 de noviembre de 2013, el Responsable del Área de Reclamaciones del Hospital envía al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios una copia de la historia clínica de la madre, y el día 22 del

mismo mes le traslada el informe emitido por el Servicio de Neumología, Área de Gestión Clínica del Pulmón.

En este, suscrito el día 21 de noviembre de 2013 por un Facultativo del Servicio, se indica que la paciente tuvo su primer contacto con dicho Servicio el día 7 de febrero de 2013, cuando ingresa "por una anomalía radiológica detectada en una radiografía de tórax", resultando "el diagnóstico de tuberculosis pulmonar" e iniciándose tratamiento, al tiempo que "se declaró como caso índice a la paciente al Servicio de Vigilancia Epidemiológica" y se comentan con ella "las consecuencias del diagnóstico desde el punto de vista epidemiológico y terapéutico".

El día 28 de ese mismo mes, el Responsable del Área de Reclamaciones remite al referido Servicio el informe emitido por el médico de Atención Primaria de la reclamante. En él se reflejan las asistencias dispensadas en el centro de salud los días 18, 25 y 26 de octubre y 21 de noviembre de 2012 por los cuadros de "tos y disnea", constando el día 26 de octubre que fue remitida al Servicio de Urgencias del Hospital

4. Con fecha 11 de diciembre de 2013, la reclamante presenta un escrito al que acompaña una fotocopia del Libro de Familia a fin de acreditar el parentesco con su hija.

5. Mediante oficio de 26 de marzo de 2014, la Subdirectora de Atención Sanitaria del Área IV remite al Servicio de Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios la historia clínica de la paciente obrante en su centro de salud.

6. El día 10 de abril de 2014, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él se indica, "en lo referente a que 'la falta de información' fue la responsable del contagio a la niña por parte de la reclamante", que hay que hacer notar que la última vez que la interesada acude a su médico de Atención Primaria "por (...)

patología respiratoria fue el 21-11-2012, y la siguiente Rx de tórax se realiza el 4-1-2013, es decir, transcurren 44 días (casi dos meses desde la anterior Rx). Añade que "la fecha de ingreso de la hija" en el hospital "fue el 3-2-2013, pero la fiebre ya llevaba `un mes de evolución´, tal y como se refleja en el informe de alta hospitalaria, por lo que cabe establecer sin duda que el contagio se produjo con anterioridad a la realización de la Rx de tórax del 4-1-2013, con lo que, aunque hubiese sido informada en ese mismo momento de los hallazgos (aún no era sugestiva la imagen de la existencia de TBC pulmonar), no se hubiese podido evitar el contagio".

Concluye que "una vez diagnosticadas madre e hija fueron correctamente tratadas, produciéndose una total recuperación", por lo que la reclamación debe ser desestimada, al no concurrir "nexo causal entre la asistencia prestada a la reclamante y el contagio de su hija".

7. Mediante escritos de 16 de abril de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario remite una 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 19 de mayo de 2014, a instancias de la compañía aseguradora, emite informe un especialista en Anatomía Patológica. En él señala que "es evidente (...) que se realizaron radiografías (...) con anterioridad al ingreso de su hija. De estos estudios radiográficos el realizado el 4 de enero de 2013 describe una lesión proyectada sobre el lóbulo pulmonar superior izquierdo de localización dudosa que precisa de una proyección adicional para su localización. El realizado el 25 de enero, que se complementa con la proyección adicional requerida, describe una imagen sospechosa de tuberculosis. Esta imagen, junto al Mantoux positivo solicitado por Pediatría como parte del estudio de contactos, motivó el estudio que se realizó en febrero de 2013 y que determinó el diagnóstico de tuberculosis".

Tras especificar que se desconoce “si tras la sospecha radiológica de lesión específica (tuberculosis) se alertó a la paciente sobre y/o al médico solicitante”, afirma que “no es posible determinar si fue” la madre “quien contagió la enfermedad a su hija o si fue su hija quien la contagió a ella”, pues “dada la proximidad de ambos diagnósticos cualquiera de las dos posibilidades es igualmente probable”.

Concluye que “no parece que diera lugar a daño alguno, que, de existir, sería secundario a la propia enfermedad y no a un hipotético retraso en su diagnóstico”.

9. El día 23 de mayo de 2014, y también a instancias de la compañía aseguradora, emite informe jurídico un gabinete privado. Con base en los diferentes informes médicos incorporados al expediente, concluye que “la actuación del Servicio (...) de Salud del Principado de Asturias ha sido diligente y conforme a la *lex artis* y al estado actual de la ciencia médica”, y que “no se ha acreditado la existencia de nexo causal entre la actuación médica y un posible contagio de tuberculosis y tampoco (...) la existencia de un daño indemnizable”, por lo que “no procede otorgar indemnización” alguna.

10. Mediante escrito notificado a la interesada el día 19 de junio de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

11. Con fecha 1 de julio de 2014, la interesada presenta en el registro de la Administración autonómica un escrito de alegaciones en el que “se ratifica en su reclamación”.

12. El día 15 de julio de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Afirma que “antes de la realización de las placas la niña ya

presentaba sintomatología infecciosa, no pudiendo descartarse un contagio de la menor a su madre”, por lo que “no queda acreditado el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio sanitario público y los daños alegados”.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 24 de julio de 2014, 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 Sanidad, 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.- Atendiendo a lo dispuesto en el 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 facultada para actuar en su representación la reclamante, madre de la misma (a tenor de la

fotocopia de las hojas del Libro de Familia que obra en el expediente), según lo establecido 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 ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 28 de octubre de 2013, habiendo recibido la menor afectada el alta en el mes de febrero del mismo año, por lo que, sin necesidad de atender a la fecha de curación de la enfermedad sufrida, es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

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, advertimos que, pese a que el daño se predica de la hija de la compareciente (cuyo contagio se atribuye a la negligente actuación sanitaria), no se ha incorporado al expediente durante la instrucción del procedimiento documentación médica alguna relativa a la asistencia dispensada a la misma. Ahora bien, consideramos que el informe de alta emitido por el Servicio de Pediatría que la reclamante aporta con su solicitud proporciona información suficiente sobre el proceso sufrido por la menor, por lo que no resulta necesaria la retroacción de las actuaciones a fin de recabar nuevos datos al respecto.

Asimismo, 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.- La interesada solicita una indemnización por los daños y perjuicios derivados del contagio de tuberculosis a su hija que, a su juicio, provocó ella misma al padecerla con anterioridad.

A la vista de la documentación obrante en el expediente, resulta que tanto la menor como su madre fueron diagnosticadas de “tuberculosis pulmonar”, permaneciendo la primera ingresada durante varios días en el

hospital, periodo durante el cual se le detectó la patología a la otra enferma. Al respecto, debemos advertir que, pese a que el escrito inicial adolece de cierta confusión en cuanto a la paciente que habría sufrido el daño -se solicita una indemnización por las "lesiones" sufridas por "mi mandante", a quien se distingue de su "hija"-, la imputación se predica únicamente en relación con el contagio a esta última, sin que se cuestione el tratamiento dispensado a la madre o la existencia de un retraso en el diagnóstico.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que la interesada no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, 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*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que

ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También hemos de advertir 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.

La interesada atribuye el contagio a su hija a la falta de adopción de "medida de precaución alguna" para evitarlo, que entiende era exigible haber tomado por indicación médica, al existir ya con anterioridad al diagnóstico de la menor una sospecha de padecimiento de la enfermedad en la madre.

Sobre dicho extremo, consta en la historia clínica documentación relativa a dos pruebas de imagen realizadas a esta última en el mes de enero de 2013 -en concreto, los días 4 y 25 de ese mes- en las que se constata, primero, la existencia de una "lesión proyectada sobre el ápice izquierdo", considerándose "necesaria la realización de una proyección lateral" (e indicándose "hallazgos cotejar con clínica de la paciente"), y después que el hallazgo "puede estar en relación con proceso específico pero no podemos descartar otras patologías, por lo que recomendamos estudios complementarios y cotejar con clínica de la paciente". Resulta igualmente indubitado que con fecha 3 de febrero de 2013 la hija ingresó en el hospital "por fiebre de hasta 40º de un mes de evolución", siendo positivos los resultados de las pruebas practicadas para detectar la tuberculosis; diagnóstico que se repite en la madre al realizarle pruebas específicas una vez establecido el de la hija.

Sin embargo, y pese a la demostrada secuencia temporal de los hechos, lo cierto es que los informes técnicos incorporados al expediente coinciden en la imposibilidad de probar la causa del contagio, advirtiendo incluso de un eventual contagio desde la hija a la madre, dada la coincidencia de la sintomatología de fiebre en la niña y las patologías respiratorias que ambas

presentan. Así, de la documentación clínica obrante en aquel se desprende que la madre acudió a su centro de salud en el mes de octubre en tres ocasiones, siendo remitida en una de ellas al Servicio de Urgencias hospitalarias por tos y disnea; episodio repetido en el mes de noviembre. Hasta que se produce el ingreso de su hija -mes de febrero de 2013-, que es cuando se realizan pruebas específicas, no requirió nueva asistencia médica por patología respiratoria -las radiografías de tórax se efectuaron a petición de los Servicios de Endocrinología y Reumatología, respectivamente, según señala el informe técnico de evaluación-, y entonces presentaba, a tenor del informe de alta del Servicio de Neumología, un "aceptable estado general", sin fiebre ni dolor torácico, aunque había persistido la tos y la paciente se encontraba cansada.

El hecho de que la menor sufriera fiebre de un mes de evolución con anterioridad a su ingreso -constando igualmente que durante el mes de enero de 2013 acudió hasta en tres ocasiones por fiebre y tos a su centro de salud, recibiendo el correspondiente tratamiento- lleva al autor del informe técnico de evaluación a "establecer sin duda que el contagio" de la niña "se produjo con anterioridad a la realización de la Rx de tórax" de la madre el día 4 de enero de 2013, por lo que, aun existiendo en ese momento sospecha de tuberculosis en la segunda -lo que, por otra parte, niega, pues solo resulta concluyente al respecto la prueba del 25 de enero-, "no se hubiese podido evitar" el contagio.

Por su parte, el facultativo informante sostiene que "no es posible determinar si fue" la madre quien contagió a la hija o si el contagio se produjo a la inversa, pues "dada la proximidad de ambos diagnósticos cualquiera de las dos posibilidades es igualmente probable".

Frente a tales argumentos, nada opone la reclamante, quien se reitera en su imputación sin sustentarla en informe médico alguno que avale su tesis o contradiga aquellas afirmaciones.

Sentado que el modo y sentido del contagio no resultan acreditados, no puede en consecuencia tampoco atribuirse el mismo a la falta de actuación sanitaria (entendida como la adopción de las pretendidas "medidas de precaución" invocadas por la madre, que -por cierto- no concreta) una vez

producida la sospecha diagnóstica en esta última, que aparece de forma explícita tras la segunda prueba de imagen realizada en el mes de enero de 2013.

Ello impide apreciar el imprescindible nexo causal entre la actuación sanitaria cuestionada y la aparición de la patología en la hija de la compareciente.

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.