

Expediente Núm. 139/2015
Dictamen Núm. 160/2015

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 24 de septiembre de 2015, 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 6 de agosto de 2015 -registrada de entrada el día 13 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 de la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 23 de octubre de 2014, quien afirma ser el padre del menor perjudicado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial en su propio nombre y “en beneficio de su sociedad conyugal formada con su esposa” -dirigida al Servicio de Salud del Principado de Asturias- por los daños morales y la pérdida de oportunidad que atribuye a la existencia de un error en el diagnóstico de la

enfermedad genética que padece su hijo, dado que pese a ser diagnosticado “a los seis meses de vida (...) de síndrome CATCH-22, o síndrome 22q11”, con posterioridad se acredita que padece un “síndrome de Kabuki”, afirmando que el doctor responsable del inicial diagnóstico “nos ha tenido engañados durante más de 14 años”. Alega que el error diagnóstico fue debido a la inexistencia de “protocolos necesarios de seguimiento de los pacientes afectados por este tipo de enfermedades, como existen en otros hospitales”, error diagnóstico que “ha ocasionado a los padres (...) evidentes daños morales”.

Por lo que se refiere a la justificación e indemnización de los daños, afirma el interesado que “es claro el daño moral infligido” dado que “durante 14 años han tratado y cuidado a su hijo en base a un diagnóstico erróneo (...) e impidiéndoles tomar conciencia de la existencia de otra enfermedad, que si bien es igualmente genética, requiere y precisa otro tipo de comportamientos y actitudes en el cuidado y educación de su hijo, e incluso en la relación de este con el mundo exterior (...), diferente forma de actuar que en definitiva podrían haber ayudado o contribuido a un desarrollo de la personalidad de (el menor) diferente al que ha tenido por haber sido diagnosticado de un síndrome equivocado./ Valorando todas estas cuestiones”, solicitan “la cantidad de cien mil euros” (100.000 €) como reparación “de los daños morales y pérdida de oportunidades ocasionadas”.

A efectos de prueba, solicita que se considere la documental “aportada”, junto con la que “se pudiera aportar en el trámite oportuno”, e insta la incorporación al procedimiento de “toda la historia clínica” del menor perjudicado.

Junto con el escrito presentan los siguientes documentos: a) Informe del Jefe de Sección de Genética Pediátrica del Hospital, de junio de 2001. b) Informe del Servicio de Inmunoalergia Infantil, de 17 de septiembre de 2012. c) Informe de Neurofisiología clínica de 13 de mayo de 2013. d) Informe de Neuropediatria, de 17 de diciembre de 2013. f) “Informe Genético Molecular de Síndrome de Kabuki (KMS)”, de 20 de diciembre de 2013. g) “Informe

Citogenético Molecular de array de hibridación genómica comparada (CGH-HD array)”, de 19 de diciembre de 2013. h) Informe del Jefe de Sección de Genética Pediátrica de 27 de diciembre de 2013. i) Cuatro informes del INGEMN (Instituto de Genética Médica y Molecular del Hospital Universitario La Paz) de fechas 10 de abril y 6, 12 y 29 de mayo de 2014. j) Informe del Jefe de Sección Genética Pediátrica, de 12 de mayo de 2014.

2. Mediante oficio notificado al interesado el día 13 de noviembre de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario le comunica la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias (31 de octubre de 2014) y le requiere para que acredite la representación que dice ostentar y el parentesco con el menor perjudicado.

3. Con fecha 17 de noviembre de 2014, el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones remite a la Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios sendas copias del Parte de Reclamación y de la historia clínica del menor.

4. El día 20 de noviembre de 2014, y mediante comparecencia personal en las dependencias administrativas, la esposa del interesado le confiere poder de representación para formular la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada.

5. El mismo día, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una copia del Libro de Familia a fin de acreditar su relación de parentesco con el menor perjudicado.

6. El día 2 de diciembre de 2014, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios notifica al primero de los interesados la fecha de recepción de la reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas

de procedimiento que rigen la tramitación y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

7. El día 1 de diciembre de 2014, el Servicio instructor solicita informe sobre la reclamación al Servicio de Pediatría. Con fecha 11 del mismo mes se emite dicho informe en el que, tras relatar los antecedentes y estudios practicados al menor, se concluye que el menor padece un "síndrome de Kabuki por mutación patogénica en MLL2 ocurrida `de novo´", y una "posible encefalopatía hipóxico-isquémica asociada a prematuridad". Añade los siguientes comentarios: "el síndrome de Kabuki es un trastorno de causa genética que asocia determinadas características faciales, anomalías esqueléticas menores, discapacidad intelectual leve a moderada, anomalías dermatoglíficas y crecimiento postnatal disminuido. Puede asociar otros trastornos estructurales (...) o funcionales (...) con mayor probabilidad que la población sana./ En este paciente, las alteraciones fenotípicas y malformativas detectadas y la discapacidad intelectual que presenta son atribuibles en su mayor parte al cambio genético en MLL2./ El síndrome de Kabuki tiene manifestaciones clínicas que muestran solapamiento con otras entidades, entre ellas figura el síndrome CATCH22. En el estudio de potenciales causas genéticas en este paciente se incluyó, como posible diagnóstico, el síndrome de CATCH22 (...), los resultados obtenidos en el año 2001 no fueron confirmados con técnicas que se han desarrollado e integrado en la práctica clínica con posterioridad y que hoy en día permiten un diagnóstico más preciso./ El abordaje diagnóstico y el tratamiento de las distintas manifestaciones de la patología genética diagnosticada en (el menor) están encauzados a través de distintas especialidades médicas y de los equipos de tratamiento psicopedagógico. No existe un tratamiento específico para este tipo de patologías genéticas y debe ser establecido en función de las manifestaciones clínicas de cada paciente, independientemente de su etiología molecular./ La detección de un trastorno genético debe ser seguida de un adecuado asesoramiento genético para sus familiares. En este caso, ya se ha

tenido oportunidad en diversas entrevistas de transmitirles la información solicitada a los padres”.

Junto con el informe se acompaña otro del Laboratorio de Genética Molecular del Hospital, fechado el 22 de junio de 2001, en el que se concluye que se observa en el menor “microdelección del marcador materno CATCH-22 por microdelección en la región 22q11 materna”.

8. El día 15 de diciembre de 2014, la Inspectora Médica designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él afirma que “a la vista de los hechos, queda claramente determinado que (el menor) es portador de una anomalía genética que unida a una posible encefalopatía hipóxico-isquémica neonatal a causa de la hemorragia neonatal que sufrió, enmarca su situación funcional actual. En un principio fue diagnosticada de Sd. de CATCH-22 tras observarse una microdelección en la región 22q11 materna (año 2001), diagnóstico que posteriormente (año 2013) con las nuevas técnicas existentes, array-CGH, no fue confirmado. El diagnóstico de Sd. de Kabuki se le confirma con una mutación patogénica en MLL2 ocurrida ‘de novo’, que le ha sido estudiada./ El seguimiento y tratamiento seguido por (el menor) con los diferentes especialistas desde su nacimiento hasta la actualidad, todos de carácter sintomático, en nada diferirían de haber sido diagnosticado desde un principio de Sd. de Kabuki y no de Sd. de CATCH-22, pues los cambios genéticos de uno y otro no son reversibles y sus tratamientos se ciñen al ámbito sintomático de sus manifestaciones clínicas con independencia de la etiología molecular que los ocasiona./ No ha existido, por tanto, ninguna pérdida de oportunidad tal y como se alega como fundamento de la reclamación”.

A la vista de todo ello, concluye que “no procede acceder a la reclamación (...) interpuesta”.

9. Mediante escritos de 29 de diciembre 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.

10. Fechado el día 16 de febrero de 2014 (*sic*), a instancias de la compañía aseguradora, emite informe jurídico un gabinete privado. Sobre la base de los diferentes informes médicos incorporados al procedimiento, concluye que “la actuación de los facultativos del Servicio Público de Salud del Principado de Asturias en el momento de diagnosticar inicialmente la enfermedad genética (...) fue adecuada a la *lex artis*, ya que se emplearon todos los medios disponibles en ese momento, no siendo exigible que usaran medios que solamente han estado disponibles muchos años después”, y que “no existe daño alguno, ya que el tratamiento suministrado al paciente ha sido el mismo que si se le hubiera diagnosticado el síndrome Kabuki desde el año 2001”, por lo que “no procede otorgar indemnización alguna” a los interesados.

11. Con fecha 18 de febrero de 2015, también a instancias de la compañía aseguradora, emite informe pericial una especialista en Anatomía Patológica. Tras analizar el caso, afirma sobre el error diagnóstico que la etiología concreta del síndrome “carece de relevancia para el caso que nos ocupa, toda vez que el error de la técnica no dio lugar a daño alguno. En efecto, tanto el síndrome de Kabuki como el síndrome CATCH-22 dan lugar a malformaciones estructurales irreversibles y, por tanto, fuera cual fuese el diagnóstico, no existía tratamiento curativo alguno. El manejo clínico de ambos síndromes es el mismo (control por las especialidades involucradas en el proceso, tal y como se hizo en el Hospital); por tanto, aunque se hubiera diagnosticado inicialmente el síndrome de Kabuki, la actuación subsiguiente no había sido diferente a la realizada./ Así pues no puede reconocerse relación causal entre el error diagnóstico y la situación actual del menor que depende exclusivamente del síndrome congénito que padece (sea cual sea su denominación)”.

Como conclusiones, sostiene la autora del informe que “no se reconoce actuación médica contraria a la *normopraxis*. El error diagnóstico que parece

haberse producido en el diagnóstico inicial dependería en todo caso de las limitaciones propias de la técnica y no de una actuación médica inadecuada (...). No se reconoce daño derivado del mencionado error. La situación del paciente depende exclusivamente del síndrome congénito con independencia de su denominación y el manejo de dicho síndrome habría sido el mismo aunque el diagnóstico inicial hubiera sido el que se estableció posteriormente (...). No se reconoce relación causal entre el fallo de la técnica que dio lugar al diagnóstico inicial de síndrome CATCH-22 y la situación del paciente que no habría variado en caso de que se hubiera diagnosticado síndrome de Kabuki en el primer estudio genético realizado”.

12. Mediante escrito notificado el 24 de junio de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a los interesados la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y les adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

13. El día 3 de julio de 2015, tras examinar el expediente y obtener una copia del mismo, el padre del menor presenta un escrito de alegaciones en el que se limita a ratificar “íntegramente la reclamación de responsabilidad (...) en su día presentada”.

14. El día 21 de julio de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora una propuesta de resolución en sentido desestimatorio, en términos similares a los contenidos en el informe técnico de evaluación, al afirmar que “el cambio de diagnóstico del trastorno genético de (el menor) ante las nuevas técnicas existentes hoy en día a nivel de análisis genético, no supone ningún cambio en el abordaje terapéutico del niño ni lo habría supuesto si éste se hubiera efectuado con antelación, pues se trata de tratamientos sintomáticos que (el menor) siempre ha recibido en los diferentes servicios médicos a los que ha estado acudiendo regularmente tal y como consta en su historia clínica”. No aprecia, en consecuencia, ni infracción

de la *lex artis* asistencial ni daño indemnizable, por lo que propone la desestimación de la reclamación.

15. En este estado de tramitación, mediante escrito de 6 de agosto de 2015, 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), están los interesados y el menor perjudicado activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron. Habiendo sufrido el daño una persona menor de edad, están facultados para actuar en su representación los reclamantes, padres del mismo (a tenor de la copia 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 23 de octubre de 2014, habiéndose confirmado el nuevo diagnóstico en el informe del Jefe de Sección de Genética Pediátrica de 27 de diciembre de 2013, por lo que 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, como hemos puesto de manifiesto en un supuesto similar (Dictamen 141/2015 dirigido a la misma autoridad consultante), constatamos también en este caso que si bien el escrito de reclamación se dirige al Servicio de Salud del Principado de Asturias (ente dotado de personalidad jurídica propia, distinta a la del Principado de Asturias, tal y como recoge el artículo 5 de la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias), cuenta con un registro de entrada en la Administración del Principado de Asturias; y desde este organismo se traslada a la Administración del Principado de Asturias mediante un oficio de remisión que da lugar a que se generen nuevos registros de salida y de entrada en la misma Administración, lo que resulta contrario a toda lógica. La confusión señalada se traslada al interesado, pues si bien la reclamación presentada cuenta con una validación mecánica que acredita como fecha de entrada en la Administración del Principado de Asturias el 23 de octubre de 2014, el escrito que se le dirige en el trámite dispuesto en el artículo 42, apartado 4, de la LRJPAC identifica como tal el día 31 del mismo mes, que es la obrante en el oficio por el que, hemos de suponer, el Servicio de Salud remite a dicha Administración -Consejería de Sanidad- la solicitud.

Hemos manifestado en numerosos dictámenes que cuando una reclamación de responsabilidad patrimonial se presentaba en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias la fecha de presentación interrumpía la prescripción, pero no determinaba el inicio del plazo para resolver, que quedaba diferido al momento de entrada de la misma en la Administración del Principado de Asturias, en su calidad de órgano competente para la tramitación, de acuerdo con la disociación orgánica que tradicionalmente regía la tramitación de este tipo de procedimientos, y que la estructura orgánica vigente (artículo 16 del Decreto 67/2015, de 13 de agosto, por el que se establece la Estructura Orgánica Básica de la Consejería de Sanidad) mantiene en los mismos términos.

Consecuencia de todo ello, como ya advertimos en aquel dictamen, al igual que ocurre en este caso, los escritos de reclamación que -suponemos- se

han presentado en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias -lo que se deduce de la existencia de un oficio de traslado de los mismos- ya no cuentan con un sello o identificador de registro de entrada en el citado ente público, sino en la propia Administración del Principado de Asturias, lo que determina la imposibilidad de identificar correctamente la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. Además, introduce un grave factor de distorsión en la concepción del sistema de registro integrado, en el que parece haber desaparecido el registro documental propio del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Reiteramos en consecuencia que la Administración del Principado de Asturias y el Servicio de Salud del Principado de Asturias deberían reconsiderar su sistema registral en esta materia a efectos de evitar las disfunciones apuntadas.

Al margen de lo anterior, 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.- Los interesados solicitan una indemnización por los daños y perjuicios derivados de lo que consideran un error diagnóstico producido en la identificación de la enfermedad genética que padece su hijo, que en principio se catalogó como síndrome CATCH-22, o síndrome 22q11 y que, pasados varios años, se etiquetó como síndrome de Kabuki.

Los informes incorporados al procedimiento por la propia Administración sanitaria reconocen que se modificó el diagnóstico con el que inicialmente se caracterizó la enfermedad genética del menor, y por tanto resulta incuestionable el hecho (modificación del diagnóstico) al que los padres anudan los daños, morales y de pérdida de oportunidad terapéutica, invocados. Ahora bien la anterior constatación no puede suponer, en este caso, que consideremos acreditados los daños que se alegan.

Como hemos dejado expuesto en la consideración jurídica anterior, el primero de los requisitos que hemos de valorar en cualquier reclamación de responsabilidad patrimonial es el de la efectividad del daño, esto es, la existencia real y acreditada de un daño o perjuicio; requisito nuclear de cualquier reclamación de responsabilidad patrimonial, hasta el punto de que su falta de acreditación determina el fracaso de la pretensión indemnizatoria. En el caso que analizamos, los interesados alegan la existencia de un daño moral unido a una pérdida de oportunidad. Pero lo cierto es que tal posible pérdida de oportunidad terapéutica no resulta acreditada. Al contrario, todos los informes médicos explican que el nombre concreto con el que se etiqueta el síndrome genético que padece el menor nada tienen que ver con su adecuado tratamiento, dado que lo que se trata son los diferentes síntomas o patologías que van apareciendo en el menor, y no el trastorno genético en sí mismo, que en ambos casos (síndrome CATCH-22 o síndrome 22q11, o síndrome de Kabuki) resulta incurable. En consecuencia, ninguna pérdida de oportunidad se atisba a la luz de los informes técnicos de los que disponemos, y los reclamantes, que tuvieron la oportunidad de analizarlos y proceder a su cuestionamiento en el trámite de alegaciones, no lo hicieron.

Es cierto que los padres también alegan un “daño moral” que habrían sufrido al conocer el nuevo diagnóstico. No duda este Consejo Consultivo de que en un primer momento tal dato pudiera haber producido en los padres un cierto impacto psicológico, incluso positivo, dado que pudo haber alimentado una cierta esperanza en la posible mejoría de la calidad de vida del menor. Sin embargo, la información que brindan todos los especialistas de modo unánime

explica, como acabamos de exponer, que ambos síndromes patológicos de etiología genética son incurables, y que la ciencia médica en el momento actual solo alcanza a tratar sus manifestaciones clínicas, por otra parte del mismo modo en el que se venía haciendo con el menor afectado. En consecuencia, negada la posibilidad de apreciar una pérdida de oportunidad terapéutica, ni tan siquiera para facilitar una mejora de la calidad de vida del menor afectado, no podemos dar por acreditado un daño moral en los padres, puesto que ninguna esperanza en los posibles beneficios de un tratamiento diferente se ha visto truncada.

En definitiva, la falta de efectividad de los daños alegados en la reclamación conduce a la necesidad de su desestimación.

A mayor abundamiento, y aunque pudiéramos dar por acreditado que la modificación en el diagnóstico ha producido un daño moral en los padres, el sentido de nuestro dictamen no variaría, puesto que no lo consideraríamos antijurídico.

En efecto, como venimos reiterando en nuestros dictámenes, 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 los interesados no tuvieran 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 los reclamantes 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.

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 -aunque no siempre pueda garantizarse que este sea exacto- en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que la 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.

El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña per se una vulneración de la *lex artis*.

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.

En este caso concreto, los informes técnicos afirman que el retraso diagnóstico de la enfermedad del menor no fue debido a la falta de empleo de los medios diagnósticos adecuados (ni tampoco a la inexistencia de un protocolo de seguimiento específico, como afirman sin soporte probatorio alguno los reclamantes), sino a las limitaciones de la ciencia médica y a la existencia en la actualidad de nuevas técnicas diagnósticas más precisas que permitieron la correcta catalogación del síndrome. Consecuentemente, habiendo empleado el servicio público sanitario los medios diagnósticos disponibles, el hipotético daño moral invocado no resultaría antijurídico y por ello la reclamación habría de ser igualmente desestimada.

En definitiva, considera este Consejo Consultivo que no se ha acreditado la existencia de un daño cierto en la modificación del diagnóstico del menor, dado que la alteración genética en sí misma resulta incurable, y que el manejo terapéutico de cualquiera de las dos alteraciones genéticas en cuestión se limita al tratamiento sintomático de las patologías desarrolladas -tal y como se viene haciendo con el menor desde el principio-. En cualquier caso, el retraso diagnóstico, que no originó pérdida de oportunidad alguna en el tratamiento del menor, vino determinado por las limitaciones de la ciencia y no por el empleo de técnicas inadecuadas o por la falta de empleo de las existentes. Por ello, un hipotético daño moral meramente unido a la modificación de la etiología concreta del síndrome, además de que no puede presumirse, no resultaría antijurídico.

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,