

Expediente Núm. 220/2018
Dictamen Núm. 248/2018

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

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 31 de octubre de 2018, 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 29 de agosto de 2018 -registrada de entrada el día 3 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por el daño moral que atribuye a la actuación sanitaria, que relaciona con la apertura de un expediente de protección de menores.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 20 de febrero de 2018, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación por los daños derivados de la actuación del servicio público sanitario.

Expone que acudió el día 27 de septiembre de 2017 al Servicio de Urgencias del Hospital “por molestias en hipogastrio y dolor en zona lumbar”, reseñando que se encontraba en ese momento “embarazada de 38 semanas” y que durante la asistencia “se le realiza análisis de tóxicos en orina, resultando un falso positivo en éxtasis”.

Precisa que “no se le llega a comunicar (...) tal extremo dado que abandona los Servicios de Urgencias, puesto que le informan que el facultativo que le tiene que explorar se encuentra en los paritorios, desconociendo a qué hora podrá atenderle y no ofreciéndole más solución”.

Señala que “el día 3 de octubre de 2017” cuando acude al mismo centro hospitalario a una revisión “le informan de que le van a provocar el parto” sin explicaciones adicionales, por lo que ante la inminencia del ingreso decidió acudir a recoger sus enseres personales a su domicilio, al que acude “la policía” y una ambulancia “a fin de que retornara” al hospital para dar a luz.

Afirma que el parto, inducido, tuvo lugar el 4 de octubre de 2017 y fue “consecuencia del falso positivo en éxtasis” debido al “análisis de orina realizado el día 27 de septiembre de 2017”, y aclara que en el momento del alta (el 6 de octubre) fue informada “de la paralización del alta de su hija recién nacida por decisión del Instituto Asturiano de Atención Integral a la Infancia”; decisión que considera relacionada con los resultados de aquel test y ante la cual muestra su “asombro”, pues “no había consumido sustancias estupefacientes”.

Subraya que se le aplicó el “protocolo propio de una criminal” y que se le instó a empadronar a la recién nacida en el domicilio de su pareja bajo amenaza (por parte de los servicios sociales) “de que la niña será ingresada en un centro” de protección.

Explica que “durante estos meses (...) ha sido sometida a la intervención de los servicios sociales del Ayuntamiento de Oviedo, realizándose un seguimiento continuo de su vida e intimidad personal y familiar totalmente superfluo, habiendo sido cuestionada como madre en todo momento y produciéndose completos registros de su domicilio y de sus familiares, así como constantes visitas y entrevistas por parte de los profesionales, y creando en su persona un cuadro de ansiedad y (estrés) totalmente innecesario, dado que durante todo el proceso vio peligrar la guarda y custodia de su hija”. Manifiesta que ante estas circunstancias inició “los trámites necesarios para la comprobación de los análisis sometiéndose a un nuevo test, dado que su hija tampoco presentaba ningún indicio de que efectivamente su madre hubiera

consumido éxtasis durante el periodo de gestación”, y pone de relieve que el resultado de los análisis fue negativo.

Especifica que el daño sufrido consiste en el daño moral “que ocasiona tal protocolo de actuación” en la interesada, “que ha visto peligrar la tutela sobre su hija”, y en cuanto a la relación de causalidad, considera que existió “una negligente actuación de los servicios médicos y sanitarios del centro hospitalario donde fue intervenida”, quienes “no solo no actuaron correctamente en el primer análisis de tóxicos que se (le) realizó” y del que resultó un falso positivo, sino que también decidieron la inducción del parto con base en ese resultado, “dejándola en una clara situación de desamparo” al paralizar el alta hospitalaria.

Solicita una indemnización que asciende a cuarenta mil euros (40.000 €).

2. Mediante oficio de 20 de marzo de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. El día 5 de abril de 2018, la Letrada del Menor de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales emite un informe en el que explica que el expediente de protección de menores se incoa el 2 de octubre de 2017 “tras recibir notificación del Hospital” comunicando el estado de la interesada y el resultado de los análisis realizados con fecha 27 de septiembre de 2017. Precisa que “en ese momento no se pudo finalizar la valoración clínica al fugarse la paciente del hospital (...) con la vía puesta”.

Como antecedentes, señala que el día 30 de agosto de 2017, “estando de 34 semanas la progenitora, acude a Urgencias del (Hospital) por intoxicación etílica (etanol en sangre 93 mg/dl). Se descartan tóxicos en orina y se da el alta con solicitud de cita en Salud Mental”, añadiendo que “presenta una larga trayectoria en los servicios sociales marcada por la falta de colaboración”, que tiene “un certificado de discapacidad del 49 %” y un

irregular seguimiento en Salud Mental. Además, sus otros dos hijos habían sido objeto de “expedientes de protección en el pasado” en los términos que detalla.

En cuanto al momento del parto, expone que según el Hospital la madre había abandonado el hospital antes de la inducción sin solicitar el alta ni efectuar comunicación alguna, por lo que, dado el “riesgo vital existente, tanto para la paciente como para el *nasciturus*, desde el (Hospital) se contacta telefónicamente” con el Juzgado de Guardia, desde el que se solicita a la Policía Local “la localización de la mujer”. Atendiendo a estas circunstancias, el Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia propuso paralizar el alta hospitalaria del *nasciturus* a fin de valorar las medidas de protección oportunas y salvaguardar su superior interés, de acuerdo con la normativa que cita. Aclara que tras el nacimiento la menor permaneció ingresada hasta el día 13 de octubre por bajo peso.

A continuación resume el contenido de dos informes de los servicios sociales de Oviedo, emitidos en el mes de octubre de 2017, en los que se constatan las dificultades de seguimiento médico y la escasa colaboración de la gestante durante el embarazo. Tras la realización de nuevos análisis a petición de la perjudicada, el día 31 de octubre de 2017 el Servicio de Ginecología informa que las pruebas han resultado negativas, por lo que, “dado que no es necesario asumir una medida de protección por parte de la entidad pública, se acuerda el archivo del expediente de protección con independencia del seguimiento que realicen los servicios sociales de la unidad familiar dentro de sus competencias”, lo que se comunica a estos últimos el día 21 de noviembre de 2017.

4. Mediante oficio de 12 de abril de 2018, el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la historia clínica de la paciente obrante en el Hospital, en formato electrónico.

El día 18 del mismo mes, le traslada el informe médico emitido por la Facultativa Responsable del Laboratorio de Respuesta Rápida del referido centro el día 13 de ese mes, adjuntándose los resultados de la analítica de la

paciente correspondientes al 27 de septiembre de 2017, en los que consta positivo para “éxtasis (metilendioximetanfetamina)”.

Con fecha 2 de mayo de 2018, le envía el informe suscrito por Responsable del Servicio de Neonatología. En él refiere que durante el embarazo la gestante fue atendida por intoxicación etílica en una ocasión, además del falso positivo, y que “el parto se había inducido al constatarse en la monitorización un registro cardiotocográfico patológico (registro poco tranquilizador). La madre reacude a partos tras requerimiento de la magistrada del Juzgado de Guardia. Al ingreso se realizan controles analíticos habituales en niños de bajo peso al nacimiento, incluidos tóxicos en orina, que resultan normales/negativos. Se solicita interconsulta a Trabajo Social al tratarse de un embarazo de riesgo social (consumo de alcohol y otros productos tóxicos -éxtasis, que se descarta posteriormente-, y comportamiento anormal durante el parto). Trabajo Social comunica (la) situación de la niña” a la entidad pública autonómica de protección, “quien tras analizar el caso decide el alta domiciliaria con sus padres”. Finalmente, realiza diversas consideraciones médicas sobre el bajo peso para la edad gestacional, concluyendo en el caso de la hija de la reclamante que no puede establecerse una causa exacta del mismo. En cuanto a “los motivos sociales como causa del ingreso”, precisa que “este se realiza solo, como causa aislada, en caso de preaviso por parte del Instituto Asturiano de Atención Integral a la Infancia”.

El día 8 de mayo de 2018, le remite el informe emitido por tres facultativos del Servicio de Obstetricia y Ginecología el día 30 de abril de 2018. En él exponen que “la indicación de inducción de parto no es debida al resultado positivo de éxtasis en orina según técnica de *screening* del día 27-9-2017”, sino que es consecuencia de “un riesgo de bienestar fetal (...) por monitor poco tranquilizador y es acorde al protocolo del Servicio y a la Guía del parto del MSPS del Gobierno de España”. Por último, aclaran que la paralización del alta médica de la menor es decisión del Instituto Asturiano de Atención Integral a la Infancia.

5. Con fecha 15 de mayo de 2018, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales envía a la Dirección General de

Política Sanitaria una copia del expediente instruido por el Instituto Asturiano de Atención Integral a la Infancia en relación con la hija de la reclamante nacida en el mes de octubre de 2017.

6. El día 23 de julio de 2018, un representante de la compañía aseguradora presenta un escrito de alegaciones en el que concluye que “la actuación administrativa ha venido presidida por el superior interés del menor en todo momento”, ajustándose plenamente a la legalidad administrativa.

7. Mediante escrito de 23 de julio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a la interesada la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 1 de agosto de 2018, la perjudicada presenta un escrito de alegaciones en el que reitera los argumentos expuestos en su reclamación inicial.

8. Con fecha 10 de agosto de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio basándose en los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento. Con base en lo actuado, concluye que “dado que las actuaciones se han hecho conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, el daño alegado no tiene carácter antijurídico”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de agosto de 2018, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Sanidad, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que "El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 20 de febrero de 2018, habiéndose producido los hechos de los que trae causa durante los meses de septiembre y octubre de 2017, 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 rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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, 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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la Ley 39/2015.

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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. 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 34 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 presenta una reclamación por el perjuicio moral derivado de la intervención administrativa de los servicios sociales que, a su juicio, fue desencadenada por unas pruebas médicas erróneas en un hospital público.

Consta en el expediente que, tras recibir atención médica puntual en el Servicio de Urgencias durante su embarazo, el centro sanitario comunicó a la entidad pública autonómica de protección de menores el estado de la interesada y el resultado de una analítica que revelaba consumo de tóxicos (posteriormente descartado), lo que activó la adopción de medidas por parte de la Consejería competente en la materia. Tampoco se discute que el parto fue inducido médicamente. En cuanto al daño alegado, la interesada afirma padecer un “cuadro de ansiedad” y estrés provocado por esta situación, y, si bien en su historial médico consta que con anterioridad al parto ya recibía atención en Salud Mental por esa patología, los datos correspondientes a una consulta por “nervios” y “cuadro de ansiedad” posterior al episodio por el que

reclama mencionan los “problemas en el parto con intervención de servicios sociales”. En todo caso, cabe presumir que las circunstancias descritas han producido en la madre una lógica inquietud que puede identificarse con el padecimiento de un daño moral específico.

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido con ocasión de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

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 es criterio firme de 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.

Tal y como hemos señalado, la interesada reprocha la existencia de una “negligente actuación de los servicios médicos y sanitarios del centro hospitalario” consistente en un error en los análisis que, entiende, originó tanto la actuación administrativa de los servicios sociales como la inducción al parto.

Sin embargo, y pese a incumbirle la carga de la prueba de tales afirmaciones, la afectada no aporta ningún informe que las avale, por lo que hemos de atenernos a los incorporados al expediente a instancia de la Administración, que aquella no discute con ocasión del trámite de audiencia.

En primer lugar, y en lo relativo a la inducción al parto, los informes emitidos por los Servicios de Neonatología y de Obstetricia y Ginecología del Hospital aclaran que esta no estuvo en absoluto relacionada con el falso positivo, sino que respondió a la existencia de un riesgo de bienestar fetal, según la indicación del monitor cardiotocográfico -dato reflejado en la historia clínica y que motivó el ingreso el día 3 de octubre-.

En segundo lugar, y en cuanto al falso positivo, advertimos que en los resultados del día 27 de septiembre de 2017 figuraba también que la “técnica es de *screening*” y que “para análisis confirmatorios el método de referencia es (la) cromatografía de gases acoplada a espectrometría de masas”. Esto es, la prueba ya advertía de la necesidad de pruebas de verificación, que se realizaron un mes después. En todo caso, en la Resolución de 5 de octubre de 2017, de la Directora General de Servicios Sociales de Proximidad -por la que se acuerda la incoación de expediente de protección y se determina la necesidad de paralizar el alta hospitalaria del *nasciturus* cuando nazca, como medidas de protección de atención y asistencia inmediata al mismo, en tanto se culmina por la entidad pública de protección “la urgente valoración de la procedencia o no de adoptar otras medidas de protección”-, consta que la comunicación desde el Hospital se produjo, además de por el análisis, por la imposibilidad de la finalización de la valoración clínica al abandonar la paciente el hospital.

También se señala que la propuesta de la medida tiene lugar una vez que la madre abandona, por segunda vez, el hospital (incluso con la vía puesta) al comunicársele la inminencia del parto; situación que implicaba un riesgo vital para ella y el recién nacido que obligó a poner en conocimiento del Juzgado de Guardia los hechos. Los restantes informes y el expediente remitido por la entidad pública de protección avalan que la adopción de medidas de esta índole no respondió exclusivamente al falso positivo, sino a la valoración de los antecedentes de la afectada y al conjunto de circunstancias adicionales que así lo aconsejaban en atención al superior interés de la menor, consagrado en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; precepto en el que se establece su primacía respecto a cualquier otro interés legítimo. Así se desprende del informe emitido por la Letrada del Menor con ocasión del procedimiento de responsabilidad patrimonial, en el que se transcribe parte de otro elaborado por los servicios sociales municipales que contiene determinadas comunicaciones de la matrona del centro de salud de la reclamante advirtiéndole de la problemática existente durante el seguimiento del embarazo. Consta igualmente en el expediente de protección un extenso informe técnico de valoración, emitido el día 13 de octubre de 2017 por la Sección de Familia del Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia, en el que se concluía la existencia de “una situación de desprotección por maltrato prenatal activo debido a consumo de tóxicos y actitud negligente de la progenitora con las indicaciones dadas por los facultativos médicos”, existiendo antecedentes de falta de colaboración con los servicios sociales. Entre los informes de salud tomados en consideración, se hace referencia al informe médico de la menor, que refleja al nacer el diagnóstico de “hijo de madre con exposición a tóxicos durante la gestación (alcohol)”, en relación con un episodio constatado por el que la madre fue atendida en Urgencias cuando se encontraba embarazada de siete meses por “intoxicación etílica y medicamentosa”.

En definitiva, las medidas de seguimiento de la situación de la recién nacida adoptadas por parte de la Administración autonómica no están relacionadas exclusivamente con el falso positivo en sustancias tóxicas en el

análisis efectuado por el servicio público sanitario, e igualmente queda acreditado que dicho resultado no determinó la inducción médica del parto. A mayor abundamiento, la respuesta dada por la entidad de protección fue acorde con las exigencias de la normativa aplicable, por lo que la interesada tiene el deber jurídico de soportar el daño moral que -según hemos presumido- pueda haberse derivado de aquella actuación.

Con base en ello, debemos concluir que la atención prestada por el servicio público sanitario fue correcta y que no guarda relación con el daño alegado.

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.