

Expediente Núm. 133/2019
Dictamen Núm. 220/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 26 de septiembre de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 31 de mayo de 2019 -registrada de entrada el día 6 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios que atribuyen al retraso diagnóstico de una patología -equinismo-.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 14 de noviembre de 2018, los interesados, en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de su hijo menor de edad, presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados como consecuencia -según indican- de una deficiente asistencia sanitaria.

Exponen que su hijo “viene presentando desde la infancia problemas en la marcha (...), marcha claudicante y de puntillas en miembro inferior derecho, así como lumbalgias”; sintomatología que -según sostienen- “ha sido manifestada continuamente a los centros sanitarios” dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias “a lo largo de los años” desde 2006, “haciendo los profesionales que atendieron” al paciente “caso omiso” de la misma.

Reprochan que no es hasta 2016 cuando se realiza por primera vez una radiografía y una posterior derivación al Servicio de Traumatología, siendo diagnosticado ya en el año 2018 de “equinismo por retracción gemelar bilateral, mayor en lado derecho./ Discopatía y lumbalgia cronificada desde la infancia”.

Afirman que “tras 12 años de abandono asistencial” su hijo “presenta cambios degenerativos llamativos para su edad, lesiones neurológicas, discopatía” y lumbalgia que requerirán intervención quirúrgica. En consecuencia, estiman que el “retraso en (el) diagnóstico y tratamiento de la situación patológica de nuestro hijo (...) ha causado una pérdida de oportunidad terapéutica que hubiera permitido dar un tratamiento más efectivo al paciente, incluyendo una posible curación”, lo que ha originado “daños temporales y perjuicios fisiológicos”.

Solicitan una indemnización que asciende a cuatrocientos cincuenta y dos mil novecientos noventa euros con nueve céntimos (452.990,09 €).

2. Mediante escrito de 4 de diciembre de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Previo requerimiento formulado por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, el 14 de enero de 2019 el Director Económico y

de Profesionales del Área Sanitaria III le remite la historia clínica del paciente obrante tanto en Atención Primaria como en Atención Especializada y el “informe pediátrico” emitido por un facultativo de Atención Primaria el 20 de diciembre de 2018.

4. Con fecha 28 de febrero de 2019, una licenciada en Medicina y Cirugía, máster en Valoración del Daño Corporal, emite un informe médico-pericial a instancia de la compañía aseguradora en el que concluye que “la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis* y, por lo tanto, correspondería desestimar la reclamación”.

5. Mediante oficio de 20 de marzo de 2019, 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.

No consta en este que se hayan formulado alegaciones.

6. El día 8 de mayo de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio con base en los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 31 de mayo de 2019, 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, 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 el menor perjudicado activamente legitimado 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, están facultados para actuar en su representación los reclamantes, padres del mismo (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 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 14 de noviembre de 2018, y el diagnóstico de “equinismo por retracción gemelar bilateral” y “discopatía y lumbalgia cronicada desde la infancia” se emite el día 26 de junio de 2018, por lo que es claro que ha sido 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 del servicio afectado, 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 referida Ley.

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".

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, 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; requisitos cuya exigencia constituye "doctrina jurisprudencial reiteradísima" (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:1997-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª).

SEXTA.- Los reclamantes solicitan una indemnización por el perjuicio sufrido por su hijo menor de edad, que atribuyen a la falta de atención a la sintomatología relacionada con la deambulación que presentó a lo largo de su infancia.

Del examen del expediente resulta acreditada tanto la realidad de la patología diagnosticada en el año 2018 como la asistencia recibida por el paciente desde su nacimiento en el centro de salud de referencia.

Ahora bien, dando por probada la existencia de daños personales que los interesados invocan (sin que resulte preciso efectuar en este momento un análisis pormenorizado de todos los indicados), este Consejo viene reiterando que 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 (por todos, Dictamen Núm. 182/2019).

Como hemos señalado en ocasiones anteriores (entre otros, Dictamen Núm. 103/2019), 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 solo 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 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.

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 un defectuoso diagnóstico ni un 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, las dolencias del paciente y los tiempos de asistencia. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis* cuando concurren otras circunstancias, como en el presente caso, que impiden reprochar seriamente a la sanidad pública la no adopción de medidas, toda vez que los padres del menor, durante toda la evolución de su enfermedad, acudieron en limitadas ocasiones (tres veces en once años) a consultar sus dolencias y desatendieron las recomendaciones de cuidados y tratamientos que se les indicaron.

También hemos subrayado (por todos, Dictamen Núm. 81/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En este sentido debemos advertir que, a pesar de que incumbe a quien reclama la carga de probar la existencia de un daño cierto y de una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño que alega, y en particular que se ha producido una violación de la *lex artis* médica, los perjudicados no han desarrollado actividad probatoria alguna al respecto. Por tanto, dado que en este procedimiento administrativo

renuncian a ejercer el derecho que la ley les confiere a presentar pruebas o pericias que apoyen sus imputaciones, este Consejo Consultivo habrá de formar su convicción sobre la base de los informes técnico-médicos que obran en el expediente, todos ellos presentados por la Administración y su compañía aseguradora.

Los progenitores aducen que manifestaron la sintomatología consistente en "marcha claudicante y de puntillas en miembro inferior (...) continuamente" y "a lo largo de los años" a los profesionales que atendían a su hijo, quienes hicieron "caso omiso" de sus advertencias, por lo que consideran que ha existido un retraso tanto diagnóstico como del correlativo tratamiento de doce años, y califican esta demora como "abandono asistencial".

En su escrito inicial concretan su reproche en una serie de episodios que relacionan. En primer lugar, señalan que "ya en fecha 29 de diciembre de 2006 se recogía por Pediatría" que el niño anda "con pie derecho hacia fuera y de puntillas", y formulan a continuación su imputación afirmando que "a pesar de la presencia de dicha anomalía nunca se reparó en alcanzar un diagnóstico diferencial de las causas, sin derivar a traumatólogo, ni realizando prueba complementaria alguna, condenando" a su hijo "a soportar dicha anomalía durante más de una década, con los perjuicios que eso conlleva por mala posición postural continua". En segundo lugar, detallan que el "4 de marzo de 2010" se reitera la presencia de la citada anomalía y "se describe una marcha anormal", pero no se trata "de alcanzar diagnóstico alguno ni (de) proporcionar tratamiento". Reseñan que "la misma situación patológica se extiende a lo largo de los años y asistencias, hasta que el 5 de mayo de 2016 por fin se remite a nuestro hijo para ser sometido por primera vez a una prueba complementaria, una simple radiografía", siendo derivado en ese momento a Traumatología.

Frente a tales alegaciones, compartimos con los informes incorporados al expediente que las referencias realizadas por los padres en relación con la marcha del niño se limitaron a tres a lo largo de un periodo de 13 años. Así, cuando contaba con 14 meses de edad e inició deambulación con apreciación

de "marcha de puntillas" se exploró al niño "no hallando patología", y solicitada una radiografía esta fue informada como normal. El informe emitido a instancias de la compañía aseguradora explica que ante esta alteración "el procedimiento diagnóstico más valioso es el examen físico", y precisa que se trata de un rasgo esporádico y "relativamente frecuente, sobre todo en los primeros meses del aprendizaje de la marcha, siendo raro en mayores de tres años", y añade que "la exploración suele ser normal y evoluciona de forma espontánea, desapareciendo sin ningún tratamiento". Por ello, indica que "los niños de tres años que ocasionalmente andan de puntillas tan solo precisan ser controlados u observados de forma periódica", y que únicamente los mayores de esa edad exigen descartar la posibilidad de un tendón de Aquiles corto u otros problemas menos frecuentes. A su vez, el informe emitido por el facultativo del Servicio de Pediatría que atendió al menor indica que se valoró "como variante normal de la marcha del niño que inicia deambulación".

La segunda consulta por este motivo ("marcha con `puntas de pie hacia afuera´") tuvo lugar cuando el niño contaba con cinco años de edad, reflejándose una "exploración normal" y orientada a un "problema secundario a obesidad", sin que se realizaran nuevas consultas por dicha patología "entre los 5 (...) y los 11 años".

A los 11 años realiza una "nueva consulta por marcha con `puntas de pie hacia afuera´", y es entonces cuando el pediatra solicita una radiografía, ya que a "falta de otros hallazgos se consideró que estaba motivado por una rotación femoral externa -variante de la marcha que no requiere estudios profundos"- . En esta ocasión la prueba fue anulada porque el paciente se encontraba pendiente de valoración por gonalgia postraumática, por lo que se acordó con la madre comentar la incidencia en esa consulta del Servicio de Traumatología. El pediatra reseña que el día 6 de agosto de 2017 consulta por primera vez en el Servicio de Urgencias del centro de salud por lumbalgia de 24 horas de evolución "sin que se observaran hallazgos anómalos, por lo que se aconsejó tratamiento sintomático". Añade que el 16 de octubre de 2017 la madre acude

a la consulta sola y solicita derivación al Servicio de Traumatología, sugiriendo el facultativo “ver y explorar al niño” antes, sin que acudiera a la cita correspondiente. Finalmente, a los 12 años se deriva al menor al Servicio de Traumatología para estudio de alteración de la marcha tras haber acudido nuevamente al Servicio de Urgencias por otro episodio de lumbalgia, alcanzándose entonces el diagnóstico ya reseñado de equinismo.

El informe pericial concluye que existió “falta de demanda por parte de los progenitores para valoración de la alteración de la marcha que presentaba el niño”, e incide en que en las visitas programadas en el marco del Programa de Salud Infantil (a las que la familia acudió de manera irregular), en las que las familias pueden presentar sus dudas y problemas, “se indicaron medidas para evitar el sobrepeso y fomentar el ejercicio”. Asimismo, destaca que las “lumbalgias crónicas y alteraciones neurológicas” a las que se alude en la reclamación “no se ven reflejadas en la historia clínica”. Por su parte, el pediatra recuerda que durante los controles realizados desde el nacimiento dentro del programa del niño sano la madre no expresó su preocupación por este extremo, pese a que “se les pregunta sobre dudas y problemas en cada control”, y subraya que “en ningún momento” detectó “anomalías que requirieran derivaciones a especialidades ni estudios hasta el proceso sucedido en octubre de 2017 que originó el estudio posterior”. Finalmente, aclara que “en los 12 años que fue controlado por mí solo en 3 ocasiones consultó por problemas de marcha que no parecen interconectados y se manejaron según hallazgos, tras una correcta exploración”.

Estas afirmaciones, que sustentan los datos obrantes en la historia clínica, no son rebatidas por los reclamantes quienes, además de no aportar prueba alguna de sus imputaciones, ni siquiera comparecen en el trámite de audiencia, por lo que -tal y como hemos señalado- sus meras manifestaciones sobre la insistente comunicación a los responsables sanitarios de la anormal deambulación de su hijo carecen de prueba. Al contrario, el análisis del expediente y las consideraciones médicas vertidas en los informes elaborados

con ocasión del procedimiento avalan la corrección de la actuación médica en cada una de las limitadas ocasiones en las que se demandó asistencia sanitaria y, en particular, que los estudios y derivaciones fueron oportunos en cada momento.

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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.