



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **69/2013**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 20 de marzo de 2013, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de la Consejería de Sanidad y Política Social (por delegación de la Excm. Sra. Consejera), mediante oficio registrado el día 27 de julio de 2012, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **252/12**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante oficio de 16 de agosto de 2011, el Director Gerente del Área de Salud V remite al Servicio Murciano de Salud (SMS) un escrito de x, fechado el 19 de julio anterior y presentado, según se deduce, al día siguiente, en el hospital "*Virgen del Castillo*" de Yecla, en el que expone que, casi desde su nacimiento, su hijo x fue atendido (en el Centro de Salud de Yecla Oeste, según se desprende del expediente) por el pediatra Dr. x, y que, a pesar de que su hijo tardó mucho en andar, lo que no hizo sino hasta los 14/17 meses, y que ella le decía a dicho facultativo que creía que su hijo tenía mal las piernas, éste no lo remitió nunca a un traumatólogo; posteriormente (según se desprende del expediente, cuando el niño tenía unos 20 meses), se estableció en Elche, donde el pediatra que le atendía lo remitió a un traumatólogo por sospechas de raquitismo, diagnosticándosele tibias varas y "*genu varum*" (geno valgo, según la documentación que aporta), prescribiéndole ortesis durante unos años, según su evolución; añade que posteriormente le han detectado un síndrome hipotónico del lactante, y que le han reconocido una discapacidad del 36%. Por todo ello solicita "*que al niño se le indemnice por los daños ocasionados*", debido a la "*falta de atención*".

Adjunta a su escrito diversa documentación: Libro de Familia, acreditativo de la filiación del niño; historia clínica en el nivel sanitario de Atención Primaria en Yecla, facilitada por la Gerencia única del Altiplano; reconocimiento (por la Consellería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana) del citado grado de discapacidad, por retraso madurativo y trastorno cognitivo del niño, de etiología no filiadas; y documentación sobre asistencia sanitaria prestada por la Agencia Valenciana de Salut, Departamento de Salud de Elche.

SEGUNDO.- Mediante oficio de 8 de septiembre de 2011, el SMS requiere a la reclamante para que aporte la historia clínica correspondiente a la asistencia prestada al niño por el Servicio Valenciano de Salud, que acredite la no prescripción de su derecho a reclamar y que proponga los medios de prueba que estime oportunos.

TERCERO.- Mediante escrito presentado el 5 de octubre de 2010, la reclamante adjunta diversa documentación relativa a la asistencia del niño en el Departamento de Salud de Elche, y el 7 de noviembre de 2011, previo requerimiento del SMS, presenta escrito autorizando a que se recabe la documentación necesaria de la Agencia Valenciana de Salut.

CUARTO.- Por el Director Gerente del SMS se dictó resolución de 22 de noviembre de 2011 de admisión a trámite de la reclamación, lo que fue notificado a los interesados.

QUINTO.- Previo requerimiento de la instrucción, mediante oficio de 13 de diciembre de 2011, el Director Gerente del Área de Salud VII remitió informe de 5 de diciembre anterior del Dr. x, que expresa lo siguiente:

"Atendí en el Centro de Salud Yecla Oeste al niño x a partir de aproximadamente los 4 meses de edad. Las revisiones del niño sano fueron normales, con una valoración de su desarrollo psicomotor, según el test de Denver, normal, así como aparato locomotor normal. La última revisión del niño sano fue realizada a los 18 meses de edad y después se trasladó a otro Centro de Salud.

Según se refiere en la demanda fue diagnosticado unos meses después de tibias varas y genu varo.

La Enfermedad de Blount o tibia vara, en su forma infantil, es difícil de diferenciar del varo fisiológico frecuente en este grupo de edad, especialmente antes de los 2 años (Tratado de Ortopedia Pediátrica, S. Terry Canale-James H. Beaty, Mosby Year Book). Una de sus características es que produce una angulación aguda y asimétrica (Nelson Tratado de Pediatría, 18ª edición en español, Elsevier Saunders).

También refieren valoración por Neuropediatría, con diagnóstico de Síndrome Hipotónico del Lactante, imagino se refiere a Hipotonía Congénita Benigna. La Hipotonía Congénita Benigna no es una enfermedad, sino un término que describe a los lactantes o niños con hipotonía no progresiva de origen desconocido. La hipotonía generalmente no se asocia a debilidad muscular ni a retraso del desarrollo, aunque algunos niños adquieren las habilidades motoras groseras más lentamente de lo normal. Los reflejos de estiramiento muscular son normales o hipoactivos. No existen anomalías de los pares craneales y la inteligencia es normal. El pronóstico generalmente es bueno; no requiere tratamiento específico (Nelson Tratado de Pediatría, 18ª edición en español, Elsevier Saunders)".

SEXTO.- Previo requerimiento de la instrucción, mediante oficio de 16 de enero de 2012, el Director Médico del Hospital General de Elche, del Departamento de Salud de Elche, remitió copia de la historia clínica en dicho hospital relativa al hijo de la reclamante.

SÉPTIMO.- Mediante oficio de 27 de enero de 2012 se solicita informe a la Inspección Médica de la Consejería consultante, sin que conste haber sido emitido.

OCTAVO.- Obra en el expediente un informe médico, aportado por la compañía aseguradora del SMS, emitido el 16 de mayo de 2012 por una facultativa especialista en pediatría, del que se destaca lo siguiente:

"Se trata de un niño, sin antecedentes personales ni familiares de interés, del que consta una atención de Pediatría de Atención Primaria en el Centro de Salud de Yecla, con un seguimiento clínico según los estándares habituales de control del niño sano.

- La periodicidad de las visitas al Pediatra del centro de Salud es correcta.

- Los datos recogidos en la Historia clínica del Centro de Salud de Yecla reflejan el desarrollo pondo-estatural, la administración de las vacunas correspondientes y la realización de test de desarrollo psicomotor, en las visitas adecuadas.

- En la visita del 9 mes de vida, se recoge en la Historia Clínica la valoración de un test de Denver normal, aunque "se observa ligero retraso sobre todo psicomotriz que se valorará en un mes". Dicha conducta en la valoración y seguimiento de esta posible alteración se ajusta a las recomendaciones de estos casos.

- El niño es visto nuevamente a los 10 meses de vida por un proceso intercurrente respiratorio, no se hace referencia al desarrollo psicomotor ni al tono muscular.

- Las siguientes visitas son

15 meses: peso 9,240 Kg., talla 78 cm, PC 45 cm. Se refleja que la adquisición de habilidades es normal. Denver normal.

18 meses: peso 9,620 Kg., talla 83 cm, PC 46,5 cm. "ha descendido de peso porque ha estado enfermo". Denver normal, adquisición de habilidades normal.

A partir de este momento (13-12-09), edad 20 meses, la familia se trasladó a Elche, donde continuó el control pediátrico.

A los 2 años y 7 meses (4-11-10), es valorado en el Hospital General Universitario de Elche, y se detecta un retraso psicomotor (el niño no era capaz de correr ni saltar) y que mostraba unas tibias varas llamativas. Se le recomendó ortesis nocturnas durante 2-3 años.

El niño fue remitido a Neuropediatría para estudio y se emitió diagnóstico de Síndrome hipotónico del lactante, pero no constan exploraciones complementarias especiales o ampliación del estudio diagnóstico.

El niño con tono disminuido (hipotónico) siempre constituye un reto diagnóstico. La manifestación clínica de una afectación del tono muscular puede tener una expresividad no siempre uniforme, aceptándose una variabilidad muy amplia, con formas completas o incompletas dependiendo de la etiología del proceso, de la edad del niño y de la sagacidad del clínico para buscar datos que sólo con la provocación de las maniobras de exploración pueden ponerse en evidencia. Tiene valor SÓLO si es claramente patológico. En los lactantes, la variación normal puede ser muy amplia según la fase evolutiva. Muchas circunstancias, no neurológicas o musculares, pueden influir en el tono muscular. La valoración es subjetiva y, por tanto, depende en gran parte de la experiencia personal".

A partir de lo anterior, dicho informe concluye lo siguiente:

"1.- La valoración y el seguimiento en el centro de Salud de Yecla se ajustó a los protocolos de seguimiento habituales. En (sic) la periodicidad de las visitas al Pediatra del centro de Salud es correcta y el contenido de las mismas: los datos recogidos en la Historia clínica del Centro de Salud de Yecla reflejan el desarrollo pondo-estatural, la administración de las vacunas correspondientes y la realización de test de desarrollo psicomotor, en las visitas adecuadas.

2.- A los 9 meses se refleja en la historia clínica discreto retraso psicomotriz, que NO se confirma en las dos visitas posteriores, en las que se hace constar el desarrollo normal.

3.- La actitud del Neurólogo tras la valoración del niño fue la del seguimiento y control clínico, al igual que tras las valoraciones por parte de Pediatría del Centro de Salud de Yecla. No propuso la realización de ninguna prueba complementaria para llegar a un diagnóstico etiológico, ni ningún tratamiento específico.

4.- El diagnóstico de "Tibias varas" podría corresponder a la forma infantil de la enfermedad de Blount, que se manifiesta entre el año y los 3 años de vida. Por lo que antes del traslado de la familia a Elche, podría no ser evidente y, por lo tanto, imposible de diagnosticar.

5.- Otra posibilidad diagnóstica, a la que se hace referencia en el expediente para las tibias varas, es el raquitismo, pero no hay ningún dato clínico ni analítico en la historia clínica que oriente hacia esa posibilidad. Tampoco ninguna indicación de tratamiento médico.

No se reconoce daño evaluable derivado de la actuación del pediatra, que justifique indemnización".

NOVENO.- Mediante oficios de 31 de mayo de 2012 se otorga un trámite de audiencia y vista del expediente a los interesados, sin que conste su comparecencia ni la formulación de alegaciones.

DÉCIMO.- El 10 de julio de 2012 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, y a la vista de los informes médicos emitidos, por considerar que toda la actuación sanitaria dispensada al paciente fue conforme con la "lex artis ad hoc".

UNDÉCIMO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto reglamentarios, aunque no el índice de documentos.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un

procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, la reclamante está legitimada, en nombre de su hijo menor de edad, para solicitar indemnización por los daños (que no concreta) derivados del anormal funcionamiento de los servicios sanitarios regionales, que centra en el indebido retraso, por su pediatra en el Centro de Salud de Yecla, del diagnóstico de la patología de tibias varas o geno valgo que posteriormente le diagnosticaron al niño los servicios sanitarios del Servicio Valenciano de Salud.

La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la reclamación e imputarse el daño a los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), debe decirse que, constando en la documentación remitida como primera fecha del diagnóstico de la patología reseñada en el punto anterior, la de la consulta del 29 de septiembre de 2010 en el Hospital General de Elche (folio 52 exp.), la reclamación presentada en julio de 2011 debe considerarse temporánea.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

No obstante lo anterior, debe decirse que, a pesar de que la reclamante aporta una copia de una documentación, calificada como la historia clínica del niño, facilitada a aquélla, según se deduce, por la Gerencia de Salud competente, la instrucción debió requerir a dicha Gerencia para que aportase debidamente autenticada la correspondiente documentación.

Por otra parte, teniendo en cuenta que el único informe legalmente preceptivo es el del servicio al que se imputa el anormal funcionamiento que funda la correspondiente reclamación, y constando en el expediente el informe del facultativo que prestó los servicios sanitarios que se cuestionan, no es necesario obtener el informe de la Inspección Médica, lo que hubiera sido necesario, por ejemplo, en el supuesto de que, frente al informe aportado por la aseguradora del SMS, la reclamante hubiera aportado algún informe pericial que avalase sus afirmaciones sobre el alegado retraso diagnóstico indebido de la patología de tibias varas o geno valgo del niño, o bien que, a la vista del expediente, se advirtiese alguna otra circunstancia que demandase obtener el parecer de la referida Inspección, lo que no es el caso. Todo ello sin perjuicio de la conveniencia, con carácter general, de recabar dicho informe, y en la línea de lo señalado, entre otros, en nuestro Dictamen 193/2012.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria. Consideraciones generales.

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE: *"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"*. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce *"el derecho a la protección de la salud"*, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en

una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.
- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación de éste ha de regirse por la denominada "*lex artis ad hoc*", o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la "*lex artis*" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. La "*lex artis*", por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

Así, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *"ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente"*.

Asimismo, la STS, Sala 3ª, de 23 de marzo de 2011, expresa que *"la actividad sanitaria no permite exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, ya que su función ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria, utilizando al efecto los medios y conocimientos que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir en todo caso la curación del paciente"*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *"los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida"*.

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la "*lex artis*" responde la Administración de los daños causados que puedan imputarse a dicha actuación infractora, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que habría de

declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la "*lex artis*"; responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse en estos casos u otros análogos.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

CUARTA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que reclama indemnización: falta de concreción y acreditación de éstos. Inexistencia de relación de causalidad.

I. Como se expuso anteriormente, la reclamante viene a imputar a los servicios sanitarios regionales y, en concreto, a un pediatra del Centro de Salud de Yecla, que atendió a su hijo desde los 4 hasta los 18-20 meses de vida, según se desprende de los informes emitidos, un indebido retraso en el diagnóstico de la patología de tibias varas o geno valgo que posteriormente, en septiembre de 2010, a los 2 años y 5 meses de edad, le diagnosticaron en el Hospital General de Elche, del Servicio Valenciano de Salud, por traslado familiar. En su parco escrito de reclamación, la reclamante se limita a añadir que solicita indemnización (que no evalúa económicamente) por los daños sufridos por su hijo, daños que no concreta de modo alguno. Esta última circunstancia ya sería suficiente para desestimar su reclamación, pues si ni siquiera se señalan los daños que se consideran imputables al funcionamiento de los servicios públicos (en este caso, los derivados del alegado retraso en el diagnóstico y tratamiento de la patología antes referida), no es posible reconocer indemnización alguna, y todo ello en la mera hipótesis de aceptar el anormal funcionamiento de los referidos servicios.

En cualquier caso, debe añadirse que los informes emitidos, sobre los que la reclamante nada opone, ni rebate con el necesario informe pericial que avalase sus afirmaciones sobre el retraso diagnóstico, vienen a señalar la corrección del seguimiento del niño durante el período en que fue atendido en el Centro de Salud de Yecla, reseñando los adecuados controles que se le realizaron, que no pusieron de manifiesto ninguna patología, lo que lleva a concluir al informe emitido por la aseguradora del SMS que la patología fue diagnosticada más tarde por aparecer sólo entonces, y no antes, suficientes síntomas sugestivos de aquélla; parecer médico que, resumido en las conclusiones de tal informe, y que se dan aquí por reproducidos, ha de aceptar este Consejo Jurídico, dada la naturaleza técnica de la cuestión. Por todo ello, no puede considerarse acreditado tampoco el alegado retraso diagnóstico ni, en consecuencia, la existencia de una infracción de la "*lex artis ad hoc*" en la actuación de los servicios sanitarios regionales de referencia.

II. En consecuencia, no acreditándose la existencia de daños imputables al funcionamiento de los servicios sanitarios regionales ni, en cualquier caso, la existencia, en la actuación de éstos, de una infracción a la "*lex artis ad hoc*" que determinase una adecuada relación de causalidad entre tales hipotéticos daños y el funcionamiento de dichos servicios, no puede reconocerse la responsabilidad patrimonial pretendida.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- No acreditándose la existencia de daños imputables al funcionamiento de los servicios sanitarios regionales ni, en cualquier caso, la existencia de infracción a la "*lex artis ad hoc*" que determinase una adecuada relación de causalidad entre tales hipotéticos daños y el funcionamiento de los referidos servicios, no puede

reconocerse la responsabilidad patrimonial pretendida.

SEGUNDA.- En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación de referencia, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

