

Dictamen nº: **108/20**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **05.05.20**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 5 de mayo de 2020, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D. .... y Dña. ...., en representación de Dña. .... (en adelante “*la reclamante*”), que actúa en nombre y representación de su hija Dña. ...., por los daños y perjuicios sufridos que atribuye al retraso de diagnóstico del síndrome de Dandy Walker en el Centro de Salud Guayaba y en el Hospital Universitario 12 de Octubre.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 22 de marzo de 2018, dos abogados, en nombre y representación de la persona citada en el encabezamiento, que a su vez actúa en representación de su hija, presentan en el Servicio Madrileño de Salud una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que solicitan una indemnización de 108.230,43 euros por los daños derivados del retraso de diagnóstico del síndrome de Dandy Walker.

En el escrito comienza indicando *ad cautelam* que la reclamación no se encuentra prescrita toda vez que había sido el 23 de marzo de 2017

cuando se realizó a la interesada una resonancia magnética a través de la cual se tuvo conocimiento de la verdadera patología que padece y el grave retraso o error en el diagnóstico en el que han incurrido los facultativos del Servicio Madrileño de Salud.

La reclamación menciona que la interesada nació de forma prematura a los ocho meses y que, durante los primeros años de vida, la madre observó cierto retraso en el desarrollo, pues no comenzó a andar hasta los 18 meses. Durante la escolarización en la etapa de Educación Infantil su madre continuó notando problemas motores, torpeza, falta de concentración, aprendizaje, así como relación inexpresiva de sensaciones y sentimientos. En mayo del año 2005, cuando la niña tenía nueve años, la madre insistió a la pediatra del Centro de Salud Guayaba en el retraso escolar de la menor. La pediatra solicitó interconsulta con el Centro de Salud Mental de Carabanchel, si bien esa doctora achacaba los problemas de la menor a la exigencia y rigidez de la madre en la educación. Añade que, desde el primer momento, la madre también comentó a la pediatra la macrocefalia que presentaba la menor y la asimetría de la cara, pero no dieron ninguna importancia a esos síntomas.

Según el relato del escrito de reclamación, en junio del 2005 la niña comenzó la terapia de salud mental con dos doctoras sucesivamente teniendo un total de nueve sesiones entre junio de 2005 y febrero de 2006. Refiere que los profesionales informaron a la madre que la menor no tenía ninguna patología de relevancia, sino que simplemente era más “lenta” que el resto de niños de su edad. Señala que, a la vista de la falta de mejoría con las sesiones en Salud Mental, la madre volvió a consultar a la pediatra el 25 de agosto de 2006 constando en el informe de dicha asistencia como motivo de consulta “retraso escolar”. Añade que a medida que la menor iba creciendo, su madre continuaba observando los problemas crecientes de su hija: macrocefalia y asimetría facial, dificultades en las relaciones interpersonales, torpeza física al caminar,

problemas para expresar sentimientos, para mantener concentración y realizar razonamientos, y que tras mucha insistencia la pediatra decidió derivar a la niña al Servicio de Neurología Infantil del Hospital Universitario 12 de Octubre, donde fue vista en año 2007, cuando la niña contaba con diez años, al manifestar los padres que la niña tenía “*problemas de comprensión y concentración, torpeza motora global*”, si bien tras la exploración neurológica no se apreció patología recomendando que la niña fuera vista por un psicólogo clínico especializado.

Continuando con el relato fáctico de la reclamación, el escrito señala que los padres tuvieron que costear el tratamiento de la niña en un consultorio privado que tuvo que abandonar por la falta de recursos económicos de la familia. Posteriormente en el año 2009 la menor realizó los test de psicología del Colegio (...) confirmando su desarrollo intelectual bajo en comparación con el resto de alumnos de su mismo nivel académico; no aprobó la prueba de acceso a la Universidad y tuvo que optar por la Formación Profesional de Laboratorio Clínico que logró superar con mucho esfuerzo.

Finalmente, en el año 2017 acudió al Servicio de Neurología de una clínica privada, donde por primera vez, con veinte años de edad, se consideró necesario realizar una prueba de imagen consistente en una resonancia magnética cerebral, realizada el 23 de marzo de 2017 y que arrojó como resultado que la interesada padecía una “*malformación de Dandy Walker*”. Tras este diagnóstico comenzó a tomar medicación (CONCERTA) que considera mejoró de forma significativa su déficit de atención. Refiere que cuando acudieron con los resultados al Servicio de Neurología del Hospital Universitario 12 de Octubre sorprendentemente, pues había pasado desapercibido durante los años anteriores, se evidenció macrocefalia manifiesta.

En virtud de lo expuesto el escrito de reclamación señala que se ha producido un error de diagnóstico claro por parte del pediatra del Centro de Salud Guayaba y del neuropediatra del Hospital 12 de Octubre al infravalorar los síntomas de retraso mental referidos por los padres y al no constatar la macrocefalia, lo que ha provocado una enorme retraso en el tratamiento con el consiguiente daño a la interesada.

El escrito de reclamación se acompaña con el poder otorgado por la interesada a favor de su madre y con el otorgado por ésta a favor de los abogados firmantes del escrito de reclamación; el libro de familia de la interesada; diversa documentación médica relativa a la reclamante y un dictamen pericial, elaborado por un especialista en Neurología, en el que se recoge que se ha producido en el caso de la interesada un enorme retraso de diagnóstico, pues ante un signo tan característico de retraso psicomotor no se realizó ninguna prueba de neuroimagen, lo que evitó un correcto tratamiento de hidrocefalia que habría supuesto una mejora de los signos y síntomas de la paciente, evitando las secuelas neurológicas que presenta (retraso psicomotor con alteraciones para el razonamiento, capacidad para tomar decisiones y perjuicio estético por la macrocefalia) (folios 4 a 124 del expediente).

**SEGUNDO.-** Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

La interesada comenzó a ser tratada en el Centro de salud Guayaba cuando contaba con 8 años y 8 meses dentro del “*Programa del Niño Sano*”. En esa primera visita de 31 de mayo de 2005 no se anotaron problemas relevantes y en el apartado de comentarios “*problemas de coordinación fina y con las matemáticas. Bien la lectoescritura*”. Durante el año 2005 la menor presentó problemas de asma, un cuadro de dolor abdominal e infección de las vías respiratorias altas. En la revisión de 16 de septiembre de 2005 no se anotaron problemas relevantes.

Según la documentación aportada por la interesada entre enero de 2005 y enero de 2006 fue vista en 6 ocasiones en las consultas del Centro de Salud Mental de Carabanchel por el equipo infanto-juvenil por la preocupación que tenían los padres por el rendimiento académico de la niña. No se hizo necesaria una intervención farmacológica, sino que con las pautas que se dieron a los padres hubo mejoría en la forma de afrontar las exigencias académicas. No se realizó ningún diagnóstico psiquiátrico.

El 25 de agosto de 2006 se anota en la historia clínica de Atención primaria que la niña presentó retraso en la deambulacion a los 18 meses, que el lenguaje y la memoria eran normales y que en el colegio nunca les habían llamado la atención sobre la capacidad de la niña pero que los padres estaban preocupados. Durante ese año constan en la historia clínica episodios de dermatitis atópica, infección respiratoria de las vías altas, otalgia, faringitis, rinitis aguda y asma.

En la revisión de 14 de marzo de 2007 por el proceso descrito como retraso escolar, consta que persiste la preocupación de los padres por lo que desde Atención Primaria se solicita valoración por el Servicio de Neurología.

La niña fue vista en el Hospital Universitario 12 de Octubre el 9 de abril de 2007. En la anamnesis recogida de la madre se hizo constar el desarrollo psicomotor con ligero retraso, lenguaje normal y que era muy tranquila. También se anotó que siempre le había costado aprender y que comenzó a leer y escribir a los 6 años. Según un informe psicopedagógico se trataba de una niña tímida, retraída y con problemas de integración. Iba mal en asignaturas de razonamiento y comprensión, pero no era hiperactiva. También se anotó que nunca había sido valorada en Salud Mental y que no tenía antecedentes familiares de retraso mental ni padecía crisis convulsivas.

En la exploración neurológica se recogió que la niña tenía obesidad y una mancha de color café con leche en el muslo derecho. Mentalmente parecía “*algo límite*” con lenguaje normal, comprensión buena y escritura adecuada. El resto de la exploración era normal con algo de torpeza motora y cerebelo también dentro de la normalidad.

La impresión diagnóstica fue de “*trastorno leve de aprendizaje escolar con un probable coeficiente intelectual normal/bajo*”.

En el plan de actuación se recomendó estimulación y que fuera vista en Salud Mental con test de coeficiente intelectual. Se anotó que la niña no precisaba otras pruebas.

El 12 de abril de 2007 la pediatra del Centro de Salud Guayaba anota que el resultado de la valoración por Neurología había sido normal.

En la revisión del “*niño sano*” de 18 de septiembre de 2007 no se anotan problemas relevantes. Durante ese año 2007 la niña tuvo problemas de asma, congestión nasal, infección respiratoria de las vías altas y otitis.

En las revisiones del “*niño sano*” de los años 2008, 2009 y 2010 no consta ningún dato de problemas relevantes. Figuran episodios en esos años de infecciones respiratorias, otalgia, traumatismo, dermatitis seborreica, baja agudeza visual, dermatitis y gastroenteritis.

En la revisión de 8 de abril de 2011(14 años) se anota que la niña presenta dificultad para la asignatura de matemáticas y miopía y astigmatismo.

El 11 de noviembre de 2013 se abre un episodio de sobrepeso. El 12 de diciembre siguiente no acudió a la revisión por la pediatra.

La siguiente asistencia que consta en la documentación aportada por la interesada se produce en el año 2017 cuando acudió a una clínica

privada por problemas de concentración. Se anotó que estudiaba grado superior de laboratorio de clínico y que en ese momento presentaba problemas de concentración, pues solo podía estar un rato corto, aunque en clase estaba bien sin problemas. Se escribió que había sido vista por varios neuropediatras y que no realizaron pruebas de imagen. También se anota que desde nacimiento parece que presenta malformación ósea facial con asimetría (menor tamaño mandíbula derecha), intervenida de cornetes nasales.

El 23 de marzo de 2017 se realizó una RMN cerebral en la que se apreciaron *“hallazgos compatibles con malformación del espectro de Dandy Walker, con ampliación de fosa craneal posterior con aparente elevación territorial a expensas fundamentalmente de imagen compatible con quiste aracnoide retrocerbeloso que comunica abiertamente con el extremo inferior del cuarto ventrículo. Hipoplasia del vérmix cerebeloso y en menor medida de hemisferio cerebeloso izquierdo ambos aparentemente comprimidos y desplazados por la imagen quística. Dilatación ventricular supratentorial, fundamentalmente a expensas de ventrículos laterales, sin aparentes signos de trasudado transependimario que sugiera hidrocefalia activa”*.

El 11 de septiembre de 2017 la interesada acudió al Servicio de Neurología del Hospital Universitario 12 de Octubre por deterioro global en síndrome de Dandy Walker. Se anotó que estaba tomando CONCERTA desde agosto de 2017. En la exploración física se anotó que la paciente presentaba *“macrocefalia manifiesta”*. En evolución y comentarios se escribió que precisaba seguimiento en la Sanidad Pública y que aportará más pruebas realizadas. Se mantuvo la medicación con CONCERTA porque había mejorado la atención y pidió cita con Genética.

El 5 de enero de 2018 el Servicio de Genética anotó que en el estudio genético realizado no se había identificado ninguna variante claramente relacionada con la malformación de Dandy Walker y

anomalías de morfogénesis cerebral, lo que no permitía descartar una etiología genética, sin embargo, era posible una causa multifactorial.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la interesada del Centro de Salud Guayaba y del Hospital Universitario 12 de Octubre (folios 128 a 166 del expediente).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC, se ha emitido informe de 8 de junio de 2018 del Servicio de Neurología del Hospital Universitario 12 de Octubre en el que se incide que la niña fue vista cuando contaba con 10 años de edad por retraso escolar y que tras la exploración neurológica completa el neurólogo examinador apreció que no existía retraso mental, lo que considera confirmado posteriormente al presentar un coeficiente intelectual dentro del rango considerado como normal y una escolarización completa accediendo a un grado superior. Añade que las guías de práctica clínica vigentes en esa fecha no recomendaban pruebas de neuroimagen solo en caso de evaluación de retraso mental que no era el caso como se ha comprobado psicométricamente. Incide en que las pruebas realizadas en 2017 no muestran ningún tipo de lesión tratable y la posibilidad de una hidrocefalia activa se descarta en dicha prueba, por lo que la interesada no ha precisado intervención neuroquirúrgica. El informe explica que aún en el caso de que se hubiera detectado la malformación unos años atrás el manejo clínico habría sido similar ya que no parece existir hidrocefalia activa y el manejo habría sido el apoyo psicopedagógico en Salud Mental recibido. Concluye que la actuación del neurólogo se ajustó a las guías de práctica clínica internacionales vigentes en ese momento con un diagnóstico acertado.

Asimismo, consta en el expediente el informe de 4 de octubre de 2018 de la pediatra del Centro de Salud Guayaba en el que se realiza una descripción de las revisiones realizadas a la interesada dentro del programa del niño sano.

Consta también en el expediente el informe de la Inspección Sanitaria que tras analizar la historia clínica de la interesada y los informes emitidos y realizar las oportunas consideraciones médicas, concluyó que “*la asistencia prestada se ajusta a la lex artis*” pues considera que la asistencia prestada tanto en Neurología como en Pediatría de Atención Primaria fue adecuada a los problemas que la interesada presentaba en ese momento y de otro lado entiende que no ha existido pérdida de oportunidad pues la malformación Dandy Walker no tiene tratamiento salvo en el caso hidrocefalia activa que no padece la interesada.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia a la interesada. Consta en el expediente que la reclamante, a través de sus representantes formuló alegaciones en el trámite conferido al efecto en las que se incide en que la Inspección Sanitaria y los servicios implicados no se han pronunciado sobre las conclusiones del informe pericial aportado; que no se puede afirmar que el desarrollo fuera normal como afirma el informe del centro de salud; que no se constató la macrocefalia cuando después en el año 2017 el neurólogo del Hospital Universitario 12 de Octubre la califica como manifiesta; que en los casos de retraso global del desarrollo las guías médicas recomiendan la realización de pruebas de neuroimagen.

Finalmente, el 13 de diciembre de 2019 se formuló propuesta de resolución en la que se desestima la reclamación al no concurrir los presupuestos para su reconocimiento.

**CUARTO.-** El 5 de febrero de 2020 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente 75/20 a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 5 de mayo de 2020.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros, y a solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

El presente dictamen se emite sin perjuicio de la suspensión de plazos administrativos establecida en la disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prorrogado por Real Decreto 492/2020, de 24 de abril.

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la LPAC, dado que este procedimiento se incoó a

raíz de la reclamación formulada con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

La interesada ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), en cuanto es la persona que recibió la asistencia sanitaria reprochada. Actúa representada por su madre en virtud un poder de representación otorgado a su favor. De igual modo la madre interviene representada por dos abogados, habiendo quedado acreditada la representación que ostentan los firmantes del escrito de reclamación en virtud de la escritura de poder aportada al procedimiento.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria se prestó por el Centro de Salud Guayaba y por el Hospital Universitario 12 de Octubre, centros integrados en la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, la reclamante denuncia el retraso diagnóstico de la malformación que padece, pues considera que dicho diagnóstico se alcanzó mediante una RM realizada el 23 de marzo de 2017 en una clínica privada y sostiene que debía haber sido diagnosticado con anterioridad cuando fue atendido en el Centro de Salud Guayaba y en el Hospital Universitario 12 de Octubre, por lo que cabe entender formulada en plazo legal la reclamación presentada el 22 de marzo de 2018.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. De acuerdo con el artículo 81 de la LPAC, se ha recabado el informe del médico de Atención Primaria del Centro de Salud Guayaba así como por el Servicio de Neurología del Hospital Universitario 12 de Octubre implicados en el proceso asistencial de la reclamante. Asimismo, se ha solicitado informe de la Inspección Sanitaria. Además, consta que se otorgó el trámite de audiencia a la interesada y, por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

**TERCERA.-** Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en la LRJSP completada con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

*“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes*

*públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.*

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de

septiembre de 2017 (recurso 787/2015), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, *“en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis, que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, 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. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha lex artis respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado.”*.

**CUARTA.-** En el presente caso, la reclamante dirige su reproche al mal funcionamiento de la Administración Sanitaria pues considera que ha habido un retraso en el diagnóstico de la malformación de Dandy Walker lo que le ha privado de la posibilidad de recibir un tratamiento más temprano.

Hemos de analizar el reproche de la reclamante partiendo de lo que constituye regla general, esto es, que la carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponde a quien reclama sin perjuicio de que se pueda modular dicha carga en virtud del principio de facilidad probatoria. Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de junio de 2017 (r. 909/2014):

*“Este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por*

*controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998), todo ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias Tribunal Supremo (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras)”.*

Es por tanto a la reclamante a quien incumbe probar mediante medios idóneos que la asistencia que se le prestó no fue conforme a la *lex artis*, entendiendo por medios probatorios idóneos según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de marzo de 2016 (r. 154/2013) *“las pruebas periciales medicas pues se está ante una cuestión eminentemente técnica y como este Tribunal carece de conocimientos técnicos-médicos necesarios debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos. En estos casos los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado”.*

Pues bien, en el presente caso la reclamante ha aportado un dictamen pericial de un especialista en Neurología que afirma que en el caso de la interesada ha habido un claro retraso diagnóstico que ha privado a la interesada de recibir un tratamiento médico adecuado. Por el contrario, los informes médicos que obran en el expediente y en particular el de la Inspección Sanitaria rechazan que en este caso se haya producido el retraso de diagnóstico denunciado.

Ante la concurrencia de informes periciales de sentido diverso e incluso contradictorio en sus conclusiones, la valoración conjunta de la prueba pericial ha de hacerse, según las reglas de la sana crítica, con análisis de la coherencia interna, argumentación y lógica de las conclusiones a que cada uno de ellos llega.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de febrero de 2016 (rec. 1002/2013) manifiesta que *“las pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado (...)”* y *“no existen reglas generales preestablecidas para valorarlas, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso (...)”*.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de abril de 2017 (rec. núm. 395/2014) añade que, para el caso de que existan informes periciales con conclusiones contradictorias, *“es procedente un análisis crítico de los mismos, dándose preponderancia a aquellos informes valorativos de la praxis médica que, describiendo correctamente los hechos, los datos y fuentes de la información, están revestidos de mayor imparcialidad, objetividad e independencia y cuyas afirmaciones o conclusiones vengan dotadas de una mayor explicación racional y coherencia interna, asumiendo parámetros de calidad asentados por la comunidad científica, con referencia a protocolos que sean de aplicación al caso y estadísticas médicas relacionadas con el mismo. También se acostumbra a dar preferencia a aquellos dictámenes emitidos por facultativos especialistas en la materia, o bien con mayor experiencia práctica en la misma. Y en determinados asuntos, a aquellos elaborados por funcionarios públicos u organismos oficiales en el ejercicio de su cargo y a los emitidos por sociedades científicas que gozan de prestigio en la materia sobre la que versa el dictamen”*.

En este caso el informe pericial aportado por la interesada ha sido elaborado por un especialista en Neurología, especialidad notoriamente relacionada con el problema suscitado, si bien contiene ciertas afirmaciones que carecen de respaldo en el expediente o que resultan contradictorias con los datos que figuran en el mismo.

Así el informe pericial de parte afirma que *“en los distintos informes se hace referencia a que la paciente presentaba la cabeza muy grande y la cara comparativamente muy pequeña, con los brazos muy pequeños en comparación con el resto del cuerpo”*, sin embargo, desconocemos cuales son los informes a los que hace referencia pues en los que figuran en la historia clínica no consta la descripción que realiza el perito. Ninguna de esas características aparece en la historia clínica de Atención Primaria o en la del Hospital Universitario 12 de Octubre, centro hospitalario este último en el que la interesada fue examinada por un neurólogo que realizó una exploración física completa de la niña, tal y como consta en la historia clínica, y no apreció la características que se describen en el informe pericial de parte. En este punto la Inspección Sanitaria subraya que ni en la historia de Atención Primaria ni en la del centro de Salud Mental ni en Neurología del Hospital Universitario 12 de Octubre hay referencia a que la madre consultara por esa razón e incide en que todas las exploraciones resultaron normales, lo que nos hace pensar que las características que se han apreciado en la etapa adulta no eran evidentes en la etapa infantil o resultaban enmascaradas por otras circunstancias como la obesidad de la niña que se constata en el examen por el neurólogo del Hospital Universitario 12 de Octubre.

Asimismo el informe pericial aportado por la interesada afirma *“que el retraso de diagnóstico evitó un correcto tratamiento de la hidrocefalia”*, afirmación que contrasta con lo que resulta de la documentación incorporada al expediente ya que en la RMN cerebral realizada en una clínica privada el 23 de marzo de 2017 se constata la inexistencia de

hidrocefalia activa, lo que es puesto de relieve en el informe de la Inspección Sanitaria para destacar que en este caso no hubo ninguna pérdida de oportunidad de tratamiento, pues el síndrome de Dandy Walker, no tiene tratamiento, salvo en el caso de presentar hidrocefalia activa, en el que es preciso colocar una derivación ventriculoperitoneal. En la misma consideración incide el informe del Servicio de Neurología del Hospital Universitario 12 de Octubre cuando afirma que en los hallazgos realizados en la prueba de RM craneal, realizada 10 años después de ser vista la interesada por ese servicio, no existe ninguna lesión tratable pues se descarta la posibilidad de hidrocefalia activa por lo que la reclamante no ha precisado una intervención neuroquirúrgica.

Las deficiencias expuestas en relación con el informe pericial aportado por la interesada determinan que resulte insuficiente para acreditar la existencia de una actuación contraria a la *lex artis*. Carece de la necesaria fuerza de convicción exigida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 6 de octubre de 2016 (núm. de rec: 258/2013), convicción que reside, en gran medida, en la fundamentación y coherencia interna de los informes, en la cualificación técnica de sus autores y en su independencia o lejanía respecto a los intereses de las partes.

Además, el referido informe pericial tampoco fundamenta coherente y razonadamente la actuación médica prestada, ni incorpora elementos técnicos al procedimiento que permitan valorar la asistencia médica. Así se limita a afirmar que la interesada debía haber sido sometida a pruebas de neuroimagen, pero no lo fundamenta en guías médicas o de práctica clínica como sí lo hacen tanto el informe del Servicio de Neurología del Hospital Universitario 12 de Octubre como el informe de la Inspección Sanitaria. Así el informe de Neurología afirma que según las guías de práctica clínica vigentes en la fecha en que la interesada fue vista por dicho servicio ("*Quality Standards Subcommittee of The American Academy of Neurology*", año 2003), recomendaban prueba de

neuroimagen sólo en el caso de la evaluación de un retraso mental, circunstancia que no se daba en la interesada, a pesar de que insista en ello el representante de la madre de la reclamante en el trámite de alegaciones, pues así ha sido comprobado psicométricamente. En esta cuestión incide el informe de la Inspección Sanitaria cuando señala que en este caso la clínica era de bajo rendimiento escolar, sin que exista un retraso mental, ya que la interesada ha seguido una escolarización completa, incluso un ciclo de Formación Profesional para técnico de laboratorio y se han realizado pruebas de las que resulta que tiene un coeficiente intelectual normal-bajo (84). También la Inspección Sanitaria abunda en que las guías clínicas indican la realización de pruebas de neuroimagen en caso de retraso mental lo que no se da en la reclamante.

En este caso, en una valoración conjunta de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, hemos de decantarnos por la mayor fuerza probatoria del informe de la Inspección Sanitaria y no solo por la objetividad que se presume del ejercicio de sus funciones sino por su mayor rigor argumental, complementario de las explicaciones facilitadas por los otros servicios informantes.

Por tanto, en línea con lo expresado por la Inspección Sanitaria cabe considerar que la actuación de la pediatra del centro de salud y del neurólogo del Hospital Universitario 12 de Octubre fue adecuada en función de las circunstancias que presentaba la interesada en el momento en que fue examinada por dichos facultativos, pues no se constaron datos de macrocefalia o las deficiencias motoras que se alegan, pues las exploraciones realizadas durante esa etapa reflejaron datos normales y tan solo una ligera torpeza motora. Tampoco existía retraso mental, sino lo que se calificó como un bajo rendimiento escolar, habiéndose acreditado un coeficiente intelectual normal-bajo que le ha permitido estudiar incluso una formación profesional.

En este sentido, como destacan las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de abril de 2018 (r. 75/2017) y de 31 de enero de 2019 (r. 815/2016):

*“La fase de diagnóstico es una de las más importantes y difíciles de la práctica médica a la que se llega después de un proceso de aproximaciones sucesivas que requiere del examen de la historia clínica, la exploración física y las pruebas complementarias pertinentes al caso y que se efectúan progresivamente para llegar al diagnóstico concreto. Se trata de un proceso complejo en el que intervienen muchos factores y en sus primeras fases resulta difícil poder hablar de un error, dado que determinadas sintomatologías pueden sugerir diversas patologías que deben ser, o no, descartadas. No obstante lo anterior, respecto al error de diagnóstico es importante advertir que para que éste sea generador de responsabilidad es necesario que atendidas las circunstancias del caso y en particular el estado de conocimiento de la ciencia en el momento de producirse el evento lesivo, pueda afirmarse que resultaba factible para el servicio sanitario realizar dicho diagnóstico y que el mismo, de haberse realizado, posibilitara alguna oportunidad de curación. En definitiva es necesario que la falta de diagnóstico, o bien su error o su retraso sea imputable a la Administración y por ello sea determinante de la lesión del derecho del paciente a un diagnóstico correcto en tiempo oportuno.*

*El error de diagnóstico es fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración, por incumplimiento de la obligación de aplicar las técnicas sanitarias en función del proceso a conocimiento de la práctica médica.*

*Ahora bien, no todo error de diagnóstico da lugar a responsabilidad y ha de insistirse en que, para que ello suceda, es necesario que como*

*consecuencia del error no se haya procurado al paciente la asistencia sanitaria exigible”.*

En este caso, tal y como resulta del informe de la Inspección Sanitaria, tampoco cabe apreciar una pérdida de oportunidad de tratamiento y que ello haya tenido consecuencias negativas para la salud de la interesada, pues como hemos dicho el síndrome de Dandy Walker no tiene más tratamiento, salvo en el caso de hidrocefalia activa, que el sintomático, que es el que se ha seguido con la interesada con estimulación y apoyo psicopedagógico como se recomendó en la consulta de Neurología del Hospital Universitario 12 de Octubre en el año 2007.

Por lo expuesto, cabe concluir, en línea con lo expresado por la Inspección Sanitaria, que no ha resultado acreditado que la actuación sanitaria reprochada fuera contraria a la *lex artis*.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede desestimar la reclamación presentada al no haberse acreditado la existencia de mala praxis en la atención dispensada a la reclamante.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 5 de mayo de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 108/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid