

Dictamen Núm. 96/2025

V O C A L E S :

Baquero Sánchez, Pablo
Presidente
Díaz García, Elena
Menéndez García, María Yovana
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Santiago González, Iván de

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 26 de junio de 2025, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 20 de marzo de 2025 -registrada de entrada el día 24 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la asistencia prestada a su hijo menor de edad que atribuye al retraso diagnóstico de una malformación congénita.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 18 de marzo de 2024, un abogado, en representación de los progenitores de un menor, quienes actúan en nombre propio y en representación de su hijo, presenta a través del Registro Electrónico una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que atribuye a la deficiente asistencia sanitaria prestada al menor.

Tras exponer la evolución de la gestación, señala que el 26 de agosto de 2022 nació el menor en un hospital público, objetivándose “la presencia de un

mielomeningocele lumbosacro por disrafismo sacrococcígeo posterior en el recién nacido, es decir, incompleta formación del tubo neural". Como consecuencia de esta patología, el niño tuvo que ser trasladado de forma urgente a la unidad de referencia de un hospital pediátrico ubicado en Madrid, donde se decide cirugía urgente que se realiza el 27 de agosto de 2022.

Considera que ha existido una mala praxis en la valoración de las ecografías practicadas durante el curso del embarazo, puesto que se informaron "como normales", lo que a su juicio impidió un correcto diagnóstico prenatal. Añaden que tampoco se le practicaron a la gestante "el triple screening o lo que es lo mismo, las determinaciones de la alfafetoproteína, niveles de estriol y la BCGH".

Por otra parte, anuncia la intención de presentar un "informe pericial médico elaborado por especialista en ecográficas ginecológicas prenatales".

Tomando en consideración el baremo establecido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, solicita una indemnización de cuatrocientos dieciocho mil setecientos sesenta y ocho euros con sesenta y cuatro céntimos (418.768,64 €), que desglosa en los siguientes conceptos: síndrome medulas transverso L3-L5 (80.342,25 €); un "perjuicio estético muy importante" (38.564,28 €); 2 días de perjuicio personal particular de carácter muy grave, 12 de carácter grave y 269 de carácter moderado (17.957,71 €); un perjuicio por intervención quirúrgica (1.904,40 €); por daños morales "40.000 € para cada progenitor" (se incluye el haber privado a la madre de la opción de interrumpir el embarazo) y por gastos futuros previsibles 200.000 €. Advierte que el menor sigue sometido a revisiones y aun no tiene el alta médica, por lo que la cuantía solicitada tiene carácter provisional.

Por medio de otrosí insta a que se le comunique quien es la compañía aseguradora de la Consejería de Salud.

Adjunta a su escrito justificante de la inscripción de la representación otorgada por la madre en el Registro Electrónico de Apoderamientos, diversa

documentación clínica relativa a la asistencia dispensada y un informe de valoración del daño corporal elaborado el 18 de julio de 2023.

2. Mediante oficios de 8 de abril de 2024, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios solicita a la Gerencia del Área Sanitaria IV y del Área Sanitaria V, así como al Hospital Infantil “X” y a la Fundación “Y” copia de los informes de los servicios implicados y de la historia clínica relativa al proceso de referencia.

3. Con fecha 9 de abril de 2024, la Jefa de la Sección de Apoyo comunica al letrado la fecha de recepción de su reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará, los plazos y efectos de la falta de resolución expresa y el nombramiento de instructor del expediente.

Asimismo, le confiere un plazo de diez días para que los progenitores acrediten el parentesco con el menor.

4. El 22 de abril se registra en el Servicio instructor la documentación remitida por la Gerencia del Área Sanitaria V, que incluye una copia de la historia clínica y un informe librado por el Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología, de fecha 18 de abril de 2024, en el que describe las ocasiones en las que la paciente fue atendida en este servicio.

5. A continuación, obra incorporado al expediente un CD que contiene los informes médicos remitidos por el Hospital “X”, de Madrid.

6. El 3 de mayo de 2024 se recibe la documentación remitida por la Gerente de la Fundación “Y”, comprensiva de una copia de la historia clínica de la paciente y el informe emitido por el la Jefa del Servicio de Ginecología el 25 de abril de 2024. Tras exponer la asistencia dispensada a la paciente, formula una serie de consideraciones sobre el diagnóstico de los defectos el tubo neural, y defiende que en este caso “no existían alteraciones en el estudio del sistema nervioso central, ya que no había fuga de líquido cefalorraquídeo ni hidrocefalia o

ventriculomegalia". Añade que "el defecto, según la resonancia magnética realizada al recién nacido, estaba a nivel sacro-coccígeo posterior", lo que "dificulta mucho más la visualización de la alteración con ecografía".

7. Mediante sendos oficios de 9 de mayo de 2024, el Instructor del procedimiento reitera la petición de informas a la Gerencia del Área Sanitaria IV y solicita a la Gerencia del Área Sanitaria V la emisión de un nuevo informe por el Servicio de Ginecología en el que "se concrete cuántas ecografías se hicieron a la paciente en el (Hospital "Z") y en qué fechas, así como se confirme la normalidad de las mismas en cuando al diagnóstico del meningocele que posteriormente fue diagnosticado al neonato".

El 20 de mayo de 2024, la Gerente del Área Sanitaria V atiende a la petición formulada y remite el informe del Jefe del Servicio de Ginecología, rubricado en esa misma fecha, en el que aclara que "en la ecografía de Urgencias no se realiza una valoración morfológica de la gestación, siendo muy improbable en este tipo de ecografía el diagnóstico de malformaciones fetales de cualquier tipo. En este contexto, en ninguna de las ecografías realizadas en nuestro servicio se identificó una imagen compatible con meningocele".

Y el 28 de mayo de 2024, el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos del Área Sanitaria IV remite copia de la historia clínica.

8. El 4 de junio de 2024, el Instructor del procedimiento comunica al letrado que no consta acreditada la representación que dice ostentar en nombre del padre del menor afectado, concediéndole a tal fin un plazo de diez días con la advertencia de que, si así no lo hiciera, "se le tendrá por no personado como reclamante".

El 26 de junio de 2024, se registra de entrada un escrito del abogado indicando que le ha sido imposible contactar con el interesado, por lo que solicita "una prórroga de cinco días con el fin de que se otorgue el correspondiente poder de representación". Y con fecha 4 de julio de 2024, el

mismo letrado presenta a través del Registro Electrónico justificante de la inscripción en el Registro Electrónico de Apoderamientos.

9. Previa petición formulada por le Jefa de Sección de Apoyo, se incorpora al expediente un informe pericial librado el 28 de octubre de 2024 a instancias de la compañía aseguradora de la Administración por una especialista en Ginecología y Obstetricia. Tras formular una serie de consideraciones médicas sobre la espina bífida, la osificación de las vértebras, el diagnóstico prenatal y la tasa de detección de malformaciones, analiza la asistencia dispensada en este caso y concluye que “se realizaron los controles ecográficos protocolizados y algunos controles ecográficos adicionales. Consta información a la paciente de que las tasas de detección de las malformaciones no son del 100 %. Se firmó el documento de consentimiento informado sobre el control ecográfico del embarazo que explica la tasa de detección (...). La falta de diagnóstico no se debe a una mala praxis sino una limitación propia de la técnica ecográfica. La dificultad en el diagnóstico viene dada por los siguientes factores:/ a. La ausencia de hidrocefalia./ b. El bajo nivel de la lesión localizada en el sacro./ c. El proceso de osificación vertebral es evolutivo y continúa durante todo el periodo fetal. Por ecografía no se visualiza cartílago y por tanto no se visualizan los arcos vertebrales posteriores completos sino solo puntos de osificación”. Por último, explica que “el pronóstico de los fetos afectados depende del nivel neurológico de la lesión, siendo una afectación por debajo de la vértebra S1, como en este caso, lo que permite una movilidad completa de las piernas como así se comprueba en la valoración posnatal (...). La falta de detección prenatal no ha ocasionado secuelas acreditadas”. Y considera que “la actuación de los profesionales fue correcta y acorde a los protocolos, sin evidenciarse en ninguna actuación contraria a la *lex artis ad hoc*”.

10. Mediante oficio de 29 de noviembre de 2024, se nombra nuevo instructor del procedimiento por cese del anterior.

11. Con fecha 23 de enero de 2025 se registra de entrada un escrito de la compañía aseguradora de la Administración considerando que la reclamación es extemporánea. En primer lugar, comunican que el 31 de agosto de 2023 el representante de los interesados había presentado una reclamación de responsabilidad patrimonial por estos mismos hechos que fue desestimada con fecha 22 de enero de 2024, al no haberse acreditado “la representación que se otorgaba”. Y advierte que esta resolución no fue recurrida en vía administrativa ni judicial. Por otra parte, señalan que el cómputo para reclamar se inició el día 26 de agosto de 2022 -fecha del parto- porque es la “fecha en la que se confirma el diagnóstico de la patología por la que se reclaman y en la que se debe entender consolidado el daño”. Concluyen que la reclamación está prescrita al haber transcurrido más de 1 año desde la fecha en la que se produjo el diagnóstico, ya que la reclamación presentada en el año 2023 no tiene efectos interruptivos al existir una resolución de desistimiento.

12. Evacuado el preceptivo trámite de audiencia el día 24 de enero de 2025, no consta que se hayan formulado alegaciones.

13. Con fecha 6 de marzo de 2025, la Instructora del procedimiento elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio sobre la base de las conclusiones expuestas por la especialista que informa por cuenta de la compañía aseguradora de la Administración y “a falta de pericial de parte que la contradiga”. Señala que “la asistencia sanitaria ha sido en todo momento acorde a la *lex artis ad hoc*, siendo las limitaciones propias de la técnica ecográfica, la causa de la ausencia del diagnóstico invocada”.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 20 de marzo de 2025, 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 Salud, 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), el menor perjudicado y sus progenitores están activamente legitimado para reclamar, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que motivaron la reclamación. Respecto al menor de edad, está facultada para actuar en su representación su madre, conforme a lo establecido en los artículos 156 y 162 del Código Civil.

Ahora bien, se reclama aquí tanto por los perjuicios del menor como por los daños morales sufridos por sus progenitores, sin que se haya acreditado el parentesco del menor con sus progenitores, pues, aunque el Servicio instructor requirió que se subsanara con la aportación de copia del Libro de Familia, los interesados no han atendido al requerimiento. No obstante, la Administración ha sustanciado igualmente el procedimiento por lo que, en aplicación del principio de eficacia, reconocido en el artículo 103.1 de la Constitución y recogido en el artículo 3 de la LRJSP, procede analizar el fondo de la cuestión

controvertida, no sin antes advertir de que si en el pronunciamiento se apreciara la concurrencia de los requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración no cabría una estimación de la reclamación sin que esta, por el procedimiento legal oportuno, verifique el vínculo de parentesco.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular de los servicios frente a los que se formula reclamación. No obstante, de lo actuado se deduce que la asistencia sanitaria defectuosa implica no solo a un hospital público (Hospital "Z") sino también a un centro asistencial privado con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de usuarios del Sistema Nacional de Salud (Fundación "Y"). En tanto que la atención recibida por la paciente en el citado centro lo ha sido como beneficiaria del sistema sanitario público, y que los servicios dispensados se encuentran incluidos en el convenio singular aludido, el Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario, tal como viene reiterando este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 24/2021), sin perjuicio de la repetición de los costes a los que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento y en los términos establecidos en el citado convenio.

TERCERA.- 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 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante 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 que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

CUARTA.- 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 concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) que la acción se ejercite en plazo; b) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; c) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y d) que no sea producto de fuerza mayor.

QUINTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que se interesa una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por un menor, que se atribuyen a la asistencia sanitaria inadecuada prestada con relación a una infección por enterovirus y al retraso en la realización de pruebas diagnósticas.

En el examen de los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración procede verificar, en primer lugar, si la reclamación ha sido ejercitada dentro del plazo establecido al efecto. Al respecto, el artículo 67.1 de la LPAC dispone que “Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. 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 18 de marzo de 2024, siendo el objeto de la misma un control ecográfico deficiente durante el embarazo de la reclamante que finalmente dio a luz el 26 de agosto de 2022, presentando el recién nacido disrafismo espinal (meningocele), por lo que tuvo que someterse a una cirugía al día siguiente en un hospital pediátrico especializado. Los reclamantes advierten, por un lado,

que el menor sigue a revisión en dicho centro y que aún no ha recibido el alta médica. No obstante, por lo que se refiere al plazo para ejercitar la acción, afirman que la “reclamación se presenta sin haber transcurrido un año desde el nacimiento (...) y por lo tanto desde que se tuvo conocimiento del problema que sufría el bebé” (folio 19 del expediente). Sin embargo, revisada la documentación que obra en el expediente comprobamos que el nacimiento se produjo el 26 de agosto de 2022, por lo que presentada la reclamación el 18 de marzo de 2024, se habría rebasado ampliamente el plazo de un año legalmente establecido.

Aunque la Administración sanitaria no se pronuncia sobre la extemporaneidad de la reclamación, la compañía de seguros sí considera que la acción se ha ejercitado fuera de plazo ya que el cómputo para reclamar se inició el día 26 de agosto de 2022 -fecha del parto- porque es la “fecha en la que se confirma el diagnóstico de la patología por la que se reclaman y en la que se debe entender consolidado el daño”.

Al enfrentarse a discrepancias como estas el Tribunal Supremo viene distinguiendo “entre daños continuados, que como tales no permiten conocer aún los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, el *dies a quo* será aquel en que ese conocimiento se alcance, y daños permanentes, que aluden a lesiones irreversibles e incurables aunque no intratables, cuyas secuelas resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo por tanto cuantificables, por lo que los tratamientos paliativos o de rehabilitación posteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance” (entre otras, Sentencias de 26 de febrero de 2013 -ECLI:ES:TS:2013:885-, 28 de noviembre de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:4351-, y 11 de abril de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:1354-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secciones 4.ª y 5.ª). Esta tesis es también la que sigue el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en la Sentencia de 17 de

octubre de 2017 -ECLI:ES:TSJAS:2017:3290- Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

De este modo, la determinación de las secuelas implica que los daños han alcanzado un estadio de evolución prácticamente definitivo, y a partir de ese momento la persona afectada tiene pleno conocimiento de las condiciones fácticas y jurídicas que pueden justificar una reclamación de responsabilidad patrimonial de conformidad con el principio de la *actio nata*, empezando a correr entonces el plazo anual de prescripción, aunque siga recibiendo tratamiento de rehabilitación para procurar una mejora de su estado.

En el caso analizado, los interesados reclaman por los daños que padece el niño, así como por los daños morales derivados de la “prestación de cuidados y atención continuada al recién nacido”. Pues bien, aunque no alegan que hubieran interrumpido el embarazo de haber conocido la malformación, lo cierto es que para el cómputo del plazo de prescripción parece apropiado servirse de la acción denominada en el derecho anglosajón de *wrongful birth*, que tiene como presupuesto un funcionamiento del servicio sanitario que, bien por falta de diagnóstico precoz, bien por ausencia de la información adecuada a la embarazada, priva a la gestante del derecho a tomar una decisión informada, y por ello libre, sobre la interrupción o no del embarazo para evitar el nacimiento de un niño con taras congénitas. Prueba de ello es que, en el caso analizado, y a efectos de cuantificar el daño moral que solicitan, los reclamantes toman como referencia la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006 (recurso núm. 1117/2002), en la que se reclama por la omisión de medios diagnósticos durante la gestión lo que privó a la interesada de la “oportunidad de decidir sobre la continuidad o interrupción voluntaria de su embarazo” (folio 15 del expediente).

Aplicando por analogía la doctrina expuesta en aquellos casos de *wrongful birth* en los que se reclama por un problema congénito del feto que no se detectó durante la gestación este Consejo viene estableciendo como *dies a quo* la fecha de nacimiento al coincidir con la fecha del diagnóstico, sin requerir otras consideraciones (Dictámenes Núm. 259/2006 y 204/2012). Asimismo,

otros órganos consultivos que han analizado supuestos de responsabilidad patrimonial por la falta de detección de malformaciones genéticas han considerado igualmente como *dies a quo* el momento del nacimiento (Dictamen 205/2014 del Consejo Consultivo de Madrid o Dictamen 298/2021 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña).

Los Tribunales también han optado por fijar el inicio del cómputo del plazo para reclamar en la fecha del parto cuando en ese momento se concreta el diagnóstico de la patología congénita. Así, en un caso muy similar al que nos ocupa, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 18 de febrero de 2011 -ECLI:ES:TSJCL:2011:1019- razona que “en los supuestos de daño moral al que antes nos hemos referido, sufrido por una madre (y padre) al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, y de optar por un aborto terapéutico, resulta que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de entablarse, siguiendo el principio de la ‘actio nata’, desde el momento de la determinación del alcance del daño, que en el caso de autos no es otro que el momento del nacimiento del menor con la grave parte patología que presentó”. Y rechaza el argumento de que la consolidación de las secuelas fuese desconocida en el momento del nacimiento, alegando que las patologías que presentó con posterioridad el perjudicado “responden a la común etiología de ellas, su origen es la inicial patología presentada de espina bífida, y mielomeningocele lumbosacro abierto”. Esa misma Sala posteriormente en la Sentencia de 8 de junio de 2017 -ECLI:ES:TSJCL:2017:2673- concluye “así, es permanente el daño presentado por (...) al tiempo de su nacimiento, pues en el momento” del mismo “quedo determinado el diagnóstico esencial de la patología presentada por la niña y el alcance y determinación de las secuelas. Por tanto, no estamos en el presente caso ante un supuesto de daño continuado sino de daño permanente de carácter irreversible e incurable cuyas secuelas quedaron determinadas al tiempo del nacimiento; sin que las secuelas previsibles al tiempo del nacimiento

puedan confundirse con los padecimientos que lamentablemente se derivan de ellas y que, ciertamente, pueden evolucionar con el tiempo”.

En el caso analizado, el perito de los reclamantes -especialista en Valoración del Daño Corporal- sostiene que al niño todavía no se le ha efectuado esta valoración de su capacidad de deambulación por ser muy pequeño, por tanto, “todo lo que podríamos decir son aproximaciones sin ninguna certeza de poder acertar en las mismas”. En contraposición a ello, la especialista en Ginecología y Obstetricia que informa por cuenta de la compañía aseguradora señala que la patología del menor “es una anomalía producida en las primeras semanas del desarrollo y por tanto el posible daño que se produzca no es evolutivo, queda determinado en el mismo momento que se produce”. Explica que “el pronóstico de los fetos afectados depende del nivel neurológico de la lesión, siendo una afectación por debajo de la vértebra S1, como en este caso, la que permite una movilidad completa de las piernas como así se comprueba en la valoración postnatal y en todas las visitas posteriores./ En ecografía, la visualización de una adecuada morfología y movilidad de las piernas permite descartar niveles altos de lesión medular, como pasó en este caso”. En efecto, en la resonancia magnética medular realizada en el Hospital “H” al día siguiente del nacimiento se informa que “el cono medular parece estar situado a nivel sacro, en S2-S3” (folio 48 del expediente).

Tampoco ha quedado acreditado que las actuaciones sanitarias realizadas al menor hayan sido para tratar secuelas imprevisibles y no determinables desde el momento del diagnóstico. A tales efectos, no se invoca ninguna secuela distinta del “síndrome medular transverso” y el “perjuicio estético” en el que se incluye la cicatriz asociada a la corrección quirúrgica que se le realizó al menor al día siguiente de su nacimiento. En este punto, la especialista que informa por cuenta de la aseguradora asevera que “la falta de detección prenatal no ha ocasionado secuelas acreditadas”.

Cabe señalar también que en el informe del Servicio de Urología del Hospital “X” de 28 de agosto de 2022, consta que el facultativo explica “a la madre que requerirá seguimiento urológico a largo plazo para ver evolución y

conducta a seguir en los distintos momentos de su vida”, indicándose que la progenitora “entiende y comprende”, programándose revisión en consultar externas de urología infantil para “control a largo plazo” (folio 31 de la historia clínica del Hospital “X”).

A la vista de la información clínica remitida y considerando lo informado por la especialista de la aseguradora -cuyo juicio clínico no han sido refutado por los reclamantes, pues ni siquiera comparecieron durante el trámite de audiencia-, este Consejo estima que en el caso examinado el *dies a quo* debe fijarse en la fecha de nacimiento -26 de agosto de 2022-, quedando patente que en ese momento ya se conoce el alcance definitivo de la malformación diagnosticada; y consecuentemente el seguimiento médico ya no responde a una agravación de la dolencia o a la aparición de padecimientos distintos de los propios de la patología ya evidenciada, sin que permitan posponer el momento de la determinación de las secuelas.

En suma, atendiendo a la fecha de nacimiento del menor -26 de agosto de 2022- este Consejo estima que la reclamación presentada por los interesados el 24 de marzo de 2024 ha de ser desestimada por extemporánea. Idéntica conclusión alcanzaríamos si tomásemos como referencia la fecha de la primera reclamación -31 de agosto de 2023-, de cuya existencia da cuenta el escrito de alegaciones presentado por aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias (folio 315 del expediente), indicando que la misma fue resuelta por desistimiento de los actores el 22 de enero de 2024 al no acreditar la representación que se otorgaba. Por tanto, resulta innecesario ahondar sobre los efectos interruptivos de la presentación de esa primera reclamación, máxime considerando que recientemente el Auto del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2024 -ECLI:ES:TS:2024:12846A- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) ha admitido como cuestión de interés casacional una controversia análoga a la aquí examinada, la de “determinar qué efectos produce el desistimiento en un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial respecto del cómputo del plazo para el ejercicio de

la acción, a efectos de prescripción”, sin que a fecha de emisión del presente dictamen se hubiese dictado sentencia resolviendo esta cuestión.

No obstante, aunque se estimase que la reclamación se hubiera presentado en plazo el sentido de nuestro dictamen no se vería alterado.

En efecto, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que el interesado no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por 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 hemos de advertir que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En el caso examinado, se imputa una falta de un diagnóstico precoz de la anomalía presentada por el recién nacido (disrafismo sacrococcígeo por meningocele). Los reclamantes aportan un informe pericial suscrito por un especialista en valoración del daño corporal que reconoce que a la perjudicada "se le practicaron cuatro ecografías, una más de lo que es preceptivo durante el curso del embarazo" y que "se ha llevado un control de la gestación acorde a las prácticas descritas por la SEGO en lo que a control ecográfico se refiere". No obstante, considera que el estudio ecográfico no ha cumplido las expectativas al no detectar la malformación congénita.

Al respecto, la Jefa del Servicio de Ginecología de la Fundación "Y" - donde se realizó la mayor parte del seguimiento ecográfico del embarazo- defiende que en este caso "no existían alteraciones en el estudio del sistema nervioso central, ya que no había fuga de líquido cefalorraquídeo ni hidrocefalia o ventriculomegalia". Añade que "el defecto, según la resonancia magnética realizada al recién nacido, estaba a nivel sacro-coccígeo posterior", lo que "dificulta mucho más la visualización de la alteración con ecografía".

Tampoco resulta exigible la visualización del defecto congénito en las ecografías realizadas durante la asistencia recibida en el servicio de urgencias hospitalarias, ya que como explica el Jefe del Servicio de Ginecología del Hospital "Z", "en la ecografía de Urgencias no se realiza una valoración morfológica de la gestación, siendo muy improbable en este tipo de ecografía el diagnóstico de malformaciones fetales de cualquier tipo. En este contexto, en ninguna de las ecografías realizadas en nuestro servicio se identificó una imagen compatible con meningocele".

La especialista en Ginecología y Obstetricia que informa por cuenta de la compañía aseguradora considera que la asistencia prestada durante el embarazo fue acorde a la *lex artis ad hoc*. En el exhaustivo informe que elabora analizando la asistencia sanitaria de la gestante explica que “el diagnóstico de los defectos del tubo neural es principalmente ecográfico. Se basa en la demostración del defecto espinal y en signos secundarios a nivel craneal que frecuentemente acompañan a la espina bífida. Por su elevada sensibilidad y especificidad el cribado de los defectos del tubo neural (DTN) se realiza por los signos craneales (signo del limón) e intracraneales (signo del plátano) y otros supratentoriales”. Sostiene que “se realizaron los controles ecográficos protocolizados y algunos controles ecográficos adicionales”. Añade que “en la ecografía del (primer) trimestre consta la visualización de la translucencia intracraneal (TIC) que era normal (parámetro utilizado como cribado de defectos del tubo neural)”; y “en el resto de controles ecográficos consta estudio de la anatomía normal, y que los controles se realizaron siguiendo el protocolo de Buenas Prácticas en Ecografía del Principado de Asturias”.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que “las tasas de detección de las malformaciones no son del 100 %”. Al respecto, la madre del niño firmó el consentimiento informado para control ecográfico durante el embarazo (documento que obra en el CD pág. 247 remitido por la Fundación “Y”) en el que se le informa de las limitaciones de esta prueba, figurando que “si bien permite detectar anomalías morfológicas fetales, la precisión de la técnica depende de la edad gestacional (...), de la posición fetal, del tipo de anomalías (algunas tienen poca o nula expresividad ecográfica) y de las condiciones de la gestante (...) que pueden dificultar la exploración”.

Finalmente, el perito de la parte reclamante reprocha que no se le hayan practicado a la embarazada “el triple screening o lo que es lo mismo como las determinaciones del alfafetoproteína, niveles de estriol y la BCGH”. Sobre esta cuestión, en el informe pericial que aporta la Administración sanitaria se explica que “la determinación de alfa feto proteína en sangre materna o líquido amniótico está obsoleta por la baja especificidad y alta tasa de falsos positivos”.

En definitiva, la especialista de la compañía aseguradora sostiene que “la falta de diagnóstico no se debe a una mala praxis sino una limitación propia de la técnica ecográfica”, de modo que en el caso analizado “la dificultad en el diagnóstico viene dada por los siguientes factores:/ a. La ausencia de hidrocefalia./ b. El bajo nivel de la lesión localizada en el sacro./ c. El proceso de osificación vertebral es evolutivo y continúa durante todo el periodo fetal. Por ecografía no se visualiza cartílago y por tanto no se visualizan los arcos vertebrales posteriores completos sino solo puntos de osificación”. Y añade que “en caso de haberse diagnosticado un pequeño defecto a nivel de las últimas vértebras sacras (algo muy improbable como ya se ha comentado anteriormente dada la dificultad técnica), no hubiese estado indicado la interrupción del embarazo”.

Como señalamos anteriormente, los interesados no han presentado alegaciones durante el trámite de audiencia, desaprovechando la oportunidad de presentar pruebas o pericias que refuten las consideraciones técnico-médicas que tan detalladamente expone la especialista en ginecología y obstetricia en su informe pericial, cuyo juicio clínico, junto con lo informado por los otros especialistas en Ginecología que han analizado el caso, debe prevalecer, por su condición de expertos en la materia, sobre el informe de valoración del daño que aportan los reclamantes al inicio del procedimiento.

En definitiva, este Consejo estima que la reclamación examinada es extemporánea y que, además, del análisis del expediente en su conjunto no se acredita ninguna actuación de los profesionales sanitarios contraria al buen quehacer médico, revelándose que el disrafismo espinal que presentó el menor es un defecto congénito que no guarda relación con la asistencia sanitaria recibida y cuya detección no fue posible, pese a que se emplearon todos los medios diagnósticos disponibles.

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.