

Expediente Núm. 46/2008
Dictamen Núm. 322/2009

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 3 de septiembre de 2009, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 8 de febrero de 2008, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios que atribuye al funcionamiento de un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 6 de julio de 2007, la reclamante presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que sufren sus representados, y que atribuye al funcionamiento de un hospital público.

Según relata “mis mandantes son padres de una niña”, nacida el 28 de agosto de 2006 en el Hospital “X”, en cuyo Servicio de Obstetricia y Ginecología

se controló el embarazo “desde un primer momento” y “se realizaron las oportunas ecografías para el seguimiento de la evolución del feto”.

Expone que, tras el alumbramiento, se “detectó que la niña había nacido sin globos oculares” y después de realizarle “una ecografía orbitaria se le diagnosticó una microftalmía bilateral”. Señala que, “a pesar de que la lesión era perfectamente detectable por las ecografías fetales, ésta pasó totalmente desapercibida a los médicos que la atendieron”.

Sobre los daños, indica que “al margen de la imposibilidad de optar acerca de una interrupción voluntaria del embarazo, el nacimiento de la niña afectada de una malformación (...) supone para los padres un esfuerzo económico de gran magnitud”. Añade que, “a fin de poder tratar convenientemente a la menor”, ha sido necesario desplazarse en diversas ocasiones a un hospital de Madrid y a un centro especializado de Bilbao, para que en éste último se “fabricasen prótesis oculares”.

Califica los hechos descritos como “error de diagnóstico” por negligencia del personal sanitario y solicita una indemnización que cuantifica, provisionalmente, en trescientos mil euros (300.000 €), cantidad que puede “alterarse en función del resultado de las pruebas que se practiquen”.

Junto con el escrito aporta los siguientes documentos: a) Certificación literal de la inscripción de la menor en el Registro Civil en la que constan los reclamantes como progenitores. b) Copia del partograma. c) Copia de las hojas de curso clínico correspondientes a los días 27, 28 y 29 de agosto de 2006. d) Nómina del padre de la niña correspondiente al mes de marzo de 2007. e) Copia de la solicitud de prótesis y ortopedia, de fecha 24 de abril de 2007, del Hospital Universitario “Y”. f) Factura de un centro especializado de Bilbao, por “adaptación y fabricación de una prótesis ocular” y certificado del mismo centro en el que se detallan las fechas en las que han asistido a consulta. g) Copia de facturas de 2 hoteles de Bilbao, por estancias en mayo y junio de 2007. h) Copia de los billetes de tren correspondientes a desplazamientos a Madrid en abril de 2007.

2. Mediante escrito de 9 de agosto, notificado a la representante de los interesados el día 13 de septiembre de 2007, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias (en adelante Servicio instructor) le comunica la fecha en que su reclamación ha tenido entrada en dicho Servicio -8 de agosto de 2007-, la incoación del oportuno procedimiento y las normas con arreglo a las cuales se tramitará, concediéndole un plazo de diez días para acreditar su capacidad de representación.

3. Mediante oficio de 10 de agosto de 2007, el Servicio instructor solicita a la Dirección Gerencia del Hospital "X" una copia de la historia clínica de la madre y de la niña y un informe del Servicio de Ginecología y Obstetricia.

4. Con fecha 22 de agosto de 2007, el Gerente del Hospital "X" remite al Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias el parte de reclamación del seguro de responsabilidad sanitaria enviado a la correduría de seguros, copia de las historias clínicas a las que se hace referencia en la reclamación, así como el informe del Servicio implicado en el procedimiento.

El informe del Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia, de fecha 21 de agosto de 2007, especifica los antecedentes familiares, personales y ginecológicos de la madre, seguidos de un resumen del curso del embarazo. Señala que "en el primer trimestre se informa sobre diagnóstico prenatal no deseando amniocentesis. Alfa-fetoproteína normal, serologías negativas y resto de analítica normal. Ecografías acordes con amenorrea, no detectándose malformaciones aparentes. En el último trimestre se realiza screening de estreptococo, que fue negativo, y monitorizaciones fetomaternas ante-parto, dentro de la normalidad". Tras relatar el proceso del parto, finaliza indicando que en el reconocimiento del recién nacido por parte del Servicio de Pediatría se "objetiva una microftalmía bilateral", siendo trasladado al Servicio de

Neonatología del Hospital "Z", para "continuar estudios y valorar posibles alternativas de tratamiento".

En la historia clínica de la madre figuran los documentos relativos a las pruebas realizadas durante el seguimiento del embarazo y los correspondientes al parto. La de la recién nacida está formada por los informes de los Servicios de Neonatología, Pediatría, Microbiología y Hematología emitidos el día del nacimiento.

5. Figura en el expediente una Providencia del Inspector designado para la elaboración del informe técnico de evaluación, de fecha 28 de agosto de 2007, en la que se hace constar que se personó en el Hospital "Z" para examinar la historia clínica de la perjudicada, efectuando una copia de los documentos que considera relevantes para el procedimiento y que se incorpora al mismo. Se trata de informes de los Servicios de Neonatología, la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos, la Unidad de Cuidados Intensivos e Intermedios Pediátricos y el Servicio de Oftalmología del Hospital "Z", relativos a la asistencia prestada a la niña por microftalmía y varios episodios de afecciones respiratorias, en las que también se apreció síndrome de apnea, crisis asmáticas, eventración diafragmática izquierda y estreñimiento crónico. También consta una orden de asistencia al Servicio de Oftalmología Pediátrica del Hospital "Y".

6. Con fecha 31 de agosto de 2007, el Inspector de Prestaciones y Servicios Sanitarios designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación en el sentido de desestimar la reclamación presentada. En él, tras la descripción de los hechos alegados y de una minuciosa exposición de las revisiones que se le realizaron a la gestante, detalla la asistencia que se le prestó a la recién nacida en el Hospital "X", los diferentes ingresos de la niña en el Hospital "Z" por problemas respiratorios y la valoración realizada por el Servicio de Oftalmología Pediátrica del Hospital "Y", de Madrid. Concluye

afirmando que “los profesionales del sistema sanitario público ajustaron su actuación a los protocolos de seguimiento y control del embarazo de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, realizando un mayor número de visitas y de ecografías que las recomendadas (...). El no haber detectado la malformación (...) no fue debido a un error diagnóstico (...), sino a las limitaciones de los medios diagnósticos disponibles”. Por último, indica que “tanto los gastos derivados de la valoración de la perjudicada (...) como los debidos a la fabricación y adaptación de las prótesis oculares (...) han sido asumidos por el Servicio de Salud del Principado de Asturias”.

7. El día 11 de septiembre de 2007, el Servicio instructor remite a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias (en adelante SESPA), una copia del informe técnico de evaluación y a la correduría de seguros del expediente instruido.

8. Durante la instrucción, se incorpora al expediente una copia de la escritura notarial mediante la cual los perjudicados otorgan poder de representación procesal a favor de varios Procuradores de los Tribunales, entre los que se encuentra la reclamante.

9. Con fecha 30 de noviembre de 2007, una asesoría privada, a instancia de la compañía aseguradora de la Administración, emite un informe suscrito por cinco especialistas en Obstetricia y Ginecología. En él, después de señalar los motivos de la reclamación y la documentación analizada, realizan un resumen de los hechos. En el apartado relativo a “consideraciones médicas”, analizan la microftalmía y el diagnóstico prenatal.

Refiriéndose a este caso concreto, hacen una primera valoración de las ecografías practicadas según los actuales protocolos asistenciales de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (en adelante SEGO), que recomiendan que “durante un embarazo de curso normal se realicen tres

exploraciones ecográficas”: la primera, coincidiendo con las semanas 8 a 12; la segunda, entre la 18 y la 22; y la tercera, entre la semana 28 y la 36. En el supuesto examinado “hay constancia en la documentación aportada” de que se realizaron, además de otras, las tres ecografías indicadas “semanas 12, 20 y 33”. Aluden, en segundo lugar, a la sensibilidad de la ecografía para el diagnóstico de microftalmía, tomando como referencia el “Eurofetus”, principal estudio sobre el porcentaje de las distintas anomalías fetales que son diagnosticadas por ecografía, en el que se comprueba que “la ecografía no tiene una buena sensibilidad para el diagnóstico” de las malformaciones del tipo microftalmos. Por último, citan un estudio, publicado en el año 2006, según el cual el diagnóstico ecográfico de la microftalmía -basado en la medición de los ojos fetales- no es adecuado, pues comprueba que unas medidas normales no excluyen la posibilidad de su desarrollo a lo largo de la gestación.

En el apartado de “conclusiones” subrayan que “los controles ecográficos realizados a lo largo de la gestación se adecuaron a las recomendaciones” de la SEGO y en ninguna de ellas se informó de anomalía fetal alguna; que “la microftalmía es una anomalía muy rara, y lo es más cuando se presenta como alteración aislada, como en este caso (...). La detección de la microftalmía en época prenatal es excepcional”; que “la medición de los ojos fetales en la ecografía de la semana 20 no excluye el desarrollo de una microftalmía posterior”, y que los profesionales intervinientes “actuaron conforme a la *lex artis ad hoc*, no existiendo indicios de mala praxis”.

10. Mediante escrito de 10 de diciembre de 2007, se comunica a la representante de los reclamantes la apertura del trámite de audiencia, acompañando una relación de los documentos obrantes en el expediente, a fin de que, a la vista del mismo, pueda formular alegaciones y presentar los justificantes que estime convenientes. Celebrada la vista el día 12 de diciembre de 2007, se entrega a la representante de los interesados una fotocopia íntegra de aquél.

11. Con fecha 8 de enero de 2008, la reclamante presenta un escrito de alegaciones en el registro de la Administración del Principado de Asturias. En él se reitera en las ya formuladas en su reclamación inicial, señalando que la documentación que se les ha trasladado confirma su tesis acerca de la existencia de un error atribuible a los servicios médicos, al no detectar en el momento oportuno la malformación “que el nasciturus presentaba”, y que en el informe emitido por la asesoría privada se señala que el diagnóstico de la anoftalmía es difícil, pero que a las veinte semanas una de las características físicas del feto es precisamente la prominencia de los ojos, que no existirá en supuestos de microftalmía. Entiende que no hubo previsión por parte de los facultativos que llevaron a cabo la práctica de las ecografías y que si no se apreció la malformación fue “porque no se prestó atención a dicha posibilidad”. Advierte que según el informe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios hay tres niveles de calidad de la exploración, que en el presente supuesto el Servicio era de nivel I, y que debería haberse desviado el seguimiento a otro centro de la red sanitaria con nivel superior, máxime cuando el embarazo había sido catalogado de alto riesgo.

12. El día 22 de enero de 2008, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, por entender que la asistencia sanitaria prestada fue correcta y adecuada a la *lex artis ad hoc*, recogiendo, para ello, los argumentos expuestos en el informe técnico de evaluación.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 8 de febrero de 2008, registrado de entrada el día 14 del mismo mes, V. E. solicita a este Consejo Consultivo 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 y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

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 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 32 de la Ley citada.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse 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 6 de julio de 2007, habiendo tenido lugar el nacimiento del que trae origen el día 28 de agosto de 2006, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar a los interesados, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo, puesto que, si bien se notifica a su representante por el Servicio instructor la fecha de recepción de su solicitud y la incoación del procedimiento, dicha comunicación no se ajusta a los términos y contenidos

previstos en el artículo citado, al haberse precisado estos extremos mediante una mera referencia a la normativa rectora del mismo. Además, la fecha que se indica en la comunicación como de llegada de la solicitud al órgano competente para su tramitación -8 de agosto de 2007- no se corresponde con la de entrada en un registro legalmente constituido de la Consejería instructora.

Finalmente, observamos 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 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC 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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. 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 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los

conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- La reclamante interesa una indemnización por los daños que sufren sus representados, padres de una niña que nació en el Hospital “X” con microftalmía bilateral, que no fue diagnosticada antes del alumbramiento, y que atribuye al funcionamiento de dicho hospital.

Como daños, consigna la privación de la posibilidad de optar sobre la interrupción del embarazo, así como el esfuerzo económico que les supone el nacimiento de una niña afectada por dicha patología, aportando facturas justificativas de gastos y consultas médicas por tal motivo.

En cuanto a la eventual privación 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, podría calificarse, según la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (por todas, la

Sentencia de 30 de junio de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, pronunciada en un recurso de casación para la unificación de doctrina), de daño moral “en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma”; dignidad que “es un valor jurídicamente protegido”, tal como recuerda el Tribunal invocando el fundamento jurídico 8 de la Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional, de 11 de abril, recaída en el recurso previo de inconstitucionalidad contra el proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código Penal, al mencionar que “junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás./ La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especialidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución”.

Una reclamación de esta naturaleza plantea cuestiones jurídicas complejas, entre las cuales no es la menor la necesidad de abordar, al analizar uno de los requisitos esenciales de la responsabilidad patrimonial, la relación de causalidad entre el servicio sanitario prestado y el daño, un curso causal

hipotético o no verificable, en la medida en que frente a una pretensión como la presente, en la que se alega que el funcionamiento del servicio sanitario frustra la posibilidad de abortar, siempre cabe aducir que no resulta factible asegurar cuál habría sido la decisión de la madre si hubiera conocido efectivamente el síndrome que afectaba al feto. Al respecto, la citada sentencia del Tribunal Supremo sostiene que “resulta evidente que en los supuestos de daño moral al que antes nos hemos referido, sufrido por una madre 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, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial”.

Por otra parte, en orden a un examen acerca de si cabe apreciar en este caso privación a la madre de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, debemos traer a colación un dato que consta en la hoja de curso clínico del Servicio de Ginecología del Hospital “X”, y al que se refiere el informe de dicho Servicio de 21 de agosto de 2007, y es que la interesada fue informada sobre el diagnóstico prenatal, y rechazó la realización de la amniocentesis. En este rechazo podemos apreciar indicios de que ya se había optado por continuar con el embarazo al margen de las circunstancias.

Por lo que se refiere a la reclamación de los gastos que exige la atención de la menor, hemos de señalar que, según consta en el expediente, y la reclamante no lo ha negado, los gastos derivados de la valoración de la niña y los debidos a la fabricación y adaptación de las prótesis oculares han sido asumidos por el SESPA. Por otro lado, los gastos derivados de la crianza de los hijos son inherentes a un legal y elemental deber que pesa sobre los padres, por lo que en circunstancias normales no pueden considerarse un daño antijurídico.

En el presente caso, entrar o no en el estudio de tales cuestiones -acerca de la concurrencia del daño moral o del coste económico directo- dependerá del resultado al que lleguemos en el enjuiciamiento del primer elemento de la relación de causalidad alegada, la asistencia sanitaria prestada.

Con carácter previo a cualquier análisis sobre el nexo causal entre el actuar de la Administración sanitaria y el daño alegado, hemos de recordar que 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 cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, 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*. Este criterio opera no sólo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado, en este caso al diagnóstico de un defecto congénito del feto. Es decir, que la gestante, en la fase de diagnóstico prenatal, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en el seguimiento del embarazo y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

También hemos de señalar 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 ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

Los interesados alegan la existencia de un error de diagnóstico, pues la microftalmía que padecía la niña pasó totalmente desapercibida a los médicos que atendieron a la madre, a pesar de que se realizaron las oportunas

ecografías para el seguimiento de la evolución del feto y de que, según aduce, la lesión era perfectamente detectable por las ecografías fetales.

Sin embargo, el informe técnico de evaluación nos indica que los ecógrafos de grado de resolución I, como el que existe en el Hospital "X", sólo detectan grandes malformaciones, tipo anencefalias o grandes fetos macrocéfalos, pasando desapercibidos en estos estudios malformaciones de menor entidad, como la microftalmía.

Tanto el informe técnico de evaluación como el emitido por cinco especialistas en Obstetricia y Ginecología consideran que los profesionales intervinientes actuaron conforme a la *lex artis ad hoc*, pues se le realizaron a la interesada, además de otras, las exploraciones ecográficas que recomiendan los actuales protocolos asistenciales de la SEGO en las semanas 12, 20 y 33.

En el trámite de audiencia, la reclamante insiste en que no se apreció la malformación "porque no se prestó atención a dicha posibilidad" y manifiesta que debería haberse desviado el seguimiento de la gestante a otro centro de la red sanitaria que dispusiera de un ecógrafo de mayor resolución, pues se trataba de un embarazo de alto riesgo. Sin embargo, no aporta prueba alguna que permita apreciar que la actuación médica no ha sido ajustada a la *lex artis*, y el reproche que formula *ex post facto* al diagnóstico realizado no es bastante para tenerlo por erróneo.

Este Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos similares al que nos ocupa, indicando que cuando no existe prueba que permita vincular al servicio público la causa determinante del daño, esta ausencia de prueba es suficiente por sí sola para desestimar la reclamación presentada, toda vez que la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los aforismos *necessitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probandi incumbit actori*, e impide apreciar la relación de causalidad y la antijuridicidad cuya existencia sería inexcusable para un eventual reconocimiento de responsabilidad de la Administración.

Sin perjuicio de lo expuesto, observamos que el embarazo fue bien tolerado y controlado, con resultados normales en todas las pruebas realizadas, salvo anemia, según informan los Servicios de Ginecología y de Pediatría del Hospital "X". Por ello, no había motivos para derivar su seguimiento a otro ecógrafo de mayor resolución. Pretender ahora, conocido el nacimiento de una niña con microftalmía, que debía habersele realizado a la madre una ecografía de mayor resolución resulta incongruente con los datos disponibles en aquel momento y con las valoraciones que merecían a los facultativos.

Además, los cinco especialistas en Obstetricia y Ginecología informan que la microftalmía es una anomalía muy rara, sobre todo como alteración aislada, y que su detección en época prenatal es excepcional. Consignan que no es de "fácil diagnóstico", sino todo lo contrario, porque la ecografía no tiene una buena sensibilidad para apreciarla. Según el informe técnico de evaluación, los estudios ecográficos de la vigésima semana diagnostican entre un 50 y un 85% de la patología malformativa, lo que significa que entre el 15 y el 50% restante puede pasar desapercibida, incluso para los especialistas más avezados con ecógrafos de alta resolución.

Es más, los especialistas en Obstetricia y Ginecología hacen referencia a la publicación de un estudio según el cual el diagnóstico ecográfico de la microftalmía -basado en la medición de los ojos fetales- no es adecuado, pues comprueba que unas medidas normales no excluyen la posibilidad de su desarrollo a lo largo de la gestación.

En definitiva, debemos concluir que no se aprecia nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario y que la actuación de éste se ajustó a la *lex artis ad hoc*, por lo que no pueden imputarse a la Administración los daños que se reclaman.

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.