

Expediente Núm. 141/2012
Dictamen Núm. 204/2012

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 5 de julio de 2012, 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 28 de mayo de 2012, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados del funcionamiento del servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 22 de febrero de 2010, los reclamantes, actuando en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de su hijo menor de edad, presentan en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias (Sespa) una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario.

Exponen que su hijo, “tras una gestación de 40 semanas, nació el 21 de marzo de 2009 con hemimelia transversa distal desde el tercio medio del

antebrazo izquierdo, con ausencia de mano (acheiria).” Lo que, desgraciadamente, resultó ser una certeza al momento del alumbramiento “no fue detectado en las ecografías efectuadas con anterioridad al último trimestre de la gestación (33-34 semanas), o si lo fue ni se consignó en la historia clínica ni se nos informó de ello a los padres, siendo precisamente en la de dicho último trimestre en la que un facultativo distinto al que había efectuado las precedentes consideró la muy probable agenesia de la mano izquierda, y ello pese a que la discutida gestación, como ya se apuntó, venía siendo objeto del correspondiente seguimiento médico y ecográfico en el centro de salud correspondiente”. Por tanto, consideran que “existe una responsabilidad evidente del Servicio de Salud del Principado de Asturias por el funcionamiento de sus servicios en el seguimiento de la gestación de nuestro hijo (...), pues, siendo ello posible, no se detectó en tiempo la malformación que (...) presentaba, lo que, además de vedarnos siquiera la posibilidad de considerar optar entre continuar con el desarrollo del embarazo o interrumpirlo, impidió adoptar las medidas necesarias para corregir aquella”. Con base en la “falta de información, bien fuera por una negligencia en el diagnóstico, bien por omisión”, que para los reclamantes “supone una infracción de la *lex artis ad hoc*”, y que incide tanto sobre la vida de los padres (“nacimiento injusto”) como en la de su hijo (“vida injusta”), solicitan una indemnización de trescientos mil euros (300.000 €) a favor de su hijo menor, “por los daños y perjuicios a él irrogados” y de ciento cincuenta mil euros (150.000 €) para ellos.

Adjuntan a su escrito los siguientes documentos: a) Certificación literal del Registro Civil de Oviedo donde consta el nacimiento de su hijo y su relación filial con los reclamantes. b) Escrito del Jefe de la Sección de Genética Pediátrica del Hospital, de fecha 24 de marzo de 2009, en la que se consigna “niño nacido con hemimelia transversa distal desde el tercio medio del antebrazo izquierdo (la parte proximal es móvil), con ausencia de mano (acheiria), sin otros problemas asociados”.

2. El día 9 de marzo de 2010, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital traslada al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios (en adelante Servicio instructor) el informe emitido por el Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia el día 8 de ese mismo mes. En él señala que "el caso que nos ocupa ha sido llevado directamente en el ambulatorio (...) y las ecografías iniciales pertenecen al mismo". No obstante, añade, "el hecho de que una determinada entidad o anomalía fetal pueda ser diagnosticada por ecografía (...) no significa que lo tenga que ser en todas las ocasiones, ni tan siquiera en la mayoría de ellas. A veces anomalías vinculadas a síndromes hereditarios o en otros miembros de una familia hacen que se prodiguen exploraciones exhaustivas en la paciente, lo cual no era el caso en la presente, y de este modo las repetidas exploraciones confirman o descartan la sospecha de una anomalía fetal./ La ecografía de la 20 semana es una ecografía de cribado, es decir, cuando existe cualquier señal de alarma de la índole que sea se intensifica la búsqueda de otras anomalías asociadas. Existe una hoja informativa que se entrega a todas las pacientes cuando se solicita una exploración ecográfica en la que específicamente se indican algunas de las limitaciones del proceder. No obstante, no siempre es posible el diagnóstico de todas las malformaciones, especialmente cuando no tienen un tamaño importante, son de carácter evolutivo o aparecen gestantes sin antecedentes o factores de riesgo, como es el caso que nos ocupa. A mayor abundamiento, deben (...) considerarse también el grosor de la pared abdominal de la madre (más dificultad a mayor grosor) y la posición fetal que puede entrañar gran dificultad en la visualización e identificación de las partes fetales como es el caso de las extremidades. En estos casos el diagnóstico puede hacerse muy difícil./ Afirmaciones como aquellas que se refieran a la falta de una cuidadosa y exhaustiva valoración ecográfica del feto o que no se consideró adecuadamente su desarrollo durante la etapa prenatal para poder detectar ciertas malformaciones no pueden ser tenidas en cuenta por lo que se dice anteriormente. Además de los factores que se han destacado entran en consideración otras circunstancias como la especialización de los médicos que llevaron a cabo los exámenes ecográficos, todos ellos expertos radiólogos y del

material de diagnóstico utilizado, que en el caso que nos ocupa se trataba de ecógrafos de última generación perfectamente adecuados para el diagnóstico prenatal”.

3. Con fecha 11 de marzo de 2010, el Inspector designado al efecto solicita a la Gerencia del Hospital una “copia de la historia clínica relativa específicamente al proceso de referencia, así como un informe del Servicio de Ginecología sobre el concreto contenido de la reclamación presentada”.

4. Mediante escrito notificado a los reclamantes el día 16 de marzo de 2010, Jefe del Servicio instructor les comunica la fecha de entrada de su reclamación en el Principado de Asturias, las normas procedimentales de aplicación y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

5. El día 18 de marzo de 2010, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital remite un escrito al Servicio instructor en el que le indica que la historia clínica y el informe del Servicio de Ginecología ya han sido enviados en fechas 5 y 9 de marzo de 2010, respectivamente. Añade que, puesto que en el referido informe se menciona que el caso “ha sido directamente llevado en el Ambulatorio de (...) y las ecografías iniciales pertenecen al mismo”, se solicitan informes complementarios al referido centro.

6. Con fecha 26 de abril de 2010, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del hospital remite al Servicio instructor un nuevo informe del Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del hospital y el emitido por el Servicio de Tocología del Ambulatorio En el primero de ellos, elaborado el día 16 de abril de 2010, se afirma que “es obvio que los servicios sanitarios nada tienen que ver en la aparición de esta pequeña malformación (agenesia de la mano izquierda) (...). Que la ecografía no es un método infalible. No hay ningún método de diagnóstico que sea exacto al 100% en medicina. La ecografía que se realizó a las 19 y 23 semanas es evidente que no diagnosticaron este defecto genético./ La ecografía

de las 20 semanas de gestación es para diagnosticar malformaciones fetales. En el caso de ser diagnosticada la patología podría solicitarse el aborto legal, que es hasta las 22 semanas pasando por una comisión que lo autorice según los casos./ El estudio de las 20 semanas es complejo y lleva su tiempo. Hay estructuras fetales fijas, como el riñón, cerebro, raquis, etc., y otras que están en movimiento constante, como los brazos, manos, piernas y pies, como consecuencia de esto a veces es difícil identificar por ocultamiento manos y pies, y aún así pueden darse falsas imágenes (falsos positivos). A las 19 semanas estas estructuras son muy pequeñas y estas falsas imágenes pueden confundir al más experto ecografista (...). En ningún caso, por tanto, hay negligencia por parte del experto, pues no se puede confundir una ecografía con una fotografía, y pueden llevar a errores sus imágenes, como ya se explicó anteriormente”.

El segundo, suscrito el 23 de abril de 2010, hace constar que “dicha paciente no fue atendida por mí hasta el último mes de gestación, por lo que no tengo constancia de la evolución de su gestación, ni fueron revisadas por mí ninguna de las ecografías”. Se adjuntan a este dos informes del Servicio de Radiodiagnóstico, de fechas 21 de agosto y 5 de noviembre de 2008, y un informe ecográfico de 29 de diciembre del mismo año, suscrito por una facultativa distinta a la que realiza las dos ecografías anteriores. En el informe de 5 de noviembre de 2008 figuran los siguientes datos: “F.U.R.: 14-06-2008./ Gestación única, presentación podálica, pies./ Placenta anterior, cuerpo, volumen normal, grado 0./ Líquido amniótico normal./ Feto con movimientos, latido cardíaco, estómago, riñones y vejiga normales./ Edad gestacional 19 semanas 6 días./ Latido fetal rítmico 150 pm”.

7. Mediante escrito de 30 de abril de 2010, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del hospital envía al Servicio instructor un escrito, sin firma, del “Servicio Radiodiagnóstico-.....”, de fecha 26 de abril de 2010, en el que se refleja que “tenemos constancia de que en las ecografías iniciales realizadas en este Servicio y en el de Ginecología no se detectó la malformación de su hijo, cosa que lamentamos./ Es necesario puntualizar que la ecografía es una exploración

dinámica en tiempo real y en algunas ocasiones la posición y movimientos fetales ocultan parcialmente algunas estructuras limitando el diagnóstico". Al mismo se adjunta, entre otros documentos, el resultado de un "estudio" que parece haberse realizado el 9 de septiembre de 2008.

8. El día 26 de mayo de 2010, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto elabora el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, tras la descripción de los hechos y del daño alegado, señala que "se ha producido un error consistente en no haber detectado en la ecografía de la semana 20 la agenesia de la mano izquierda que padecía el feto y que, por los distintos motivos explicados anteriormente, ha dado lugar a que una malformación genética diagnosticable no se haya diagnosticado informando a la gestante de su existencia. Con ello, efectivamente, se ha privado" a la misma "de la posibilidad de decidir la continuidad o no de su embarazo. Como la propia reclamante manifiesta, lo relevante es que no ha podido ejercer el derecho de decisión que le asiste. El fundamento que posibilitaba la afirmación de un daño para la gestante se sitúa en el derecho de autodeterminación de la mujer que se ve lesionado al privarle de la oportunidad de acudir al aborto eugenésico. Esta limitación lesiona el derecho a la dignidad y la facultad de autodeterminación de la madre, al privarla de la posibilidad de decidir sobre su descendencia futura, lo que tendrá un efecto indudable sobre todos los ámbitos de su vida, amparando con ello su derecho a reclamar. Las consecuencias de esta limitación del derecho a la libertad de elección constituyen un daño moral, admitiéndose generalmente que se produce en ambos progenitores. La fijación del daño moral siempre resulta difícil por tratarse de un daño extrapatrimonial, de difícil traducción económica, por lo que es irremediable, a falta de otros criterios objetivos, realizar una ponderación de las circunstancias del caso, o una fijación prudencial, como ha hecho el Tribunal Supremo al fijar las indemnizaciones por daño moral en los casos de *wrongful birth*./ Por el contrario, lo que no puede admitirse es que, como afirman los reclamantes, de haberse detectado la anomalía en la semana 22 de gestación hubiese podido corregirse la misma. Por tanto, el daño ocasionado al recién

nacido en ningún caso es imputable a la Administración. El pequeño solo tenía dos opciones: nacer con la malformación que padece o no nacer como consecuencia del aborto decidido por su madre. La enfermedad no podía ser evitada ni tratada, por lo que parece ineludible relacionar el daño con la propia vida del hijo, lo que nos llevaría a un debate vida discapacitada frente a no nacimiento que en todo caso no depende del interesado sino de la decisión de un tercero, en este caso su madre, que le es ajena, y como tal supone un elemento absolutamente aleatorio". Con base en lo expuesto, el informe técnico de evaluación realiza un juicio global sobre la pertinencia de la reclamación y concluye que "debe ser parcialmente estimada, dejando para un momento posterior de la tramitación del expediente administrativo la fijación de la cuantía indemnizatoria".

9. Con fecha 2 de junio de 2010, el Jefe del Servicio instructor remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Sespa y del expediente completo a la correduría de seguros.

10. Mediante escrito notificado a los reclamantes el 14 de octubre de 2010, el Jefe del Servicio instructor les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándoles una relación de los documentos obrantes en el expediente. El día 18 de octubre de 2010 uno de los interesados se persona en las dependencias administrativas y obtiene una copia del mismo, compuesto, en ese momento, por cincuenta y cuatro (54) folios, según se hace constar en la diligencia extendida al efecto.

11. El día 2 de noviembre de 2010, los interesados presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que se reafirman en los términos expuestos en su reclamación inicial. Insisten en el error denunciado y señalan que en el expediente "se reconoce que, ciertamente, el error denunciado en nuestra reclamación se ha producido, así como que el mismo consistió en no haber detectado en la ecografía de la semana 20 'la hemimelia

transversa distal del tercio medio del antebrazo izquierdo, con ausencia de mano (acheiria) de quien hoy es nuestro hijo (...), es decir que una malformación diagnosticable no se diagnosticó, y por ende no se nos informó de su existencia, privándonos de decidir o no continuar con el embarazo". Desde el punto de vista de la evaluación del daño sufrido, y frente a la argumentación contenida en el informe técnico de evaluación, los reclamantes reiteran el derecho a la indemnidad de los daños padecidos por su hijo, ya que la falta de diagnóstico precoz e información incide, como ya se señaló en nuestra reclamación (...), en la vida de (su hijo), pues con independencia de que pueda no existir un nexo entre la acción u omisión culposa del médico y la mala información o de que se pueda considerar que la posibilidad de abortar se otorga a los progenitores para proteger sus propios intereses como padres, con base en el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, lo cierto es que ello no excluye que esa misma falta de información nos privara de proteger lo que, a nuestro juicio, pudieran ser los intereses del futuro ser, ya que al carecer de la misma tampoco estuvimos en situación de valorar y decidir adecuadamente sobre lo que, como padres, estimáramos serían los intereses de quien hoy es nuestro hijo, lo que también conllevó que deba convivir por sus días con dicha malformación y las limitaciones que ella conlleva, ya que con independencia de que este tipo de nacimientos puedan no ser un mal en sí mismos, lo que sí es cierto es que quien padece una discapacidad como la de nuestro hijo ha de hacer frente a unas situaciones que no se presentan en quien no la tiene y ha de afrontar una realidad en su vida que, aun cuando llegara a asumirla en su madurez, ello no será sin 'padecimientos', toda vez que aceptar una hemimelia transversa distal del tercio medio del antebrazo izquierdo, con ausencia de mano, cuando lo propio es que no se dé, no se presenta exento de dificultades y sin coste personal alguno; es decir, que su discapacidad marcará su crecimiento y desarrollo y, por tanto, le irrogará unos daños, siquiera morales./ Es decir que el hecho de que quisiera considerarse que la posibilidad de abortar no se otorga a los progenitores no lo sea para proteger los intereses del futuro ser, lo cierto es que el derecho a la vida que se contempla en el art. 15 de la Constitución (...)

también debe ser entendido como derecho a nacer sin graves malformaciones, sin que sea de recibo aceptar, sin más, y con carácter general, que no exista ningún conflicto entre el derecho a la vida y (el) derecho a no nacer con una grave discapacidad, pues la diferencia entre uno y otro es manifiesta, al menos para quien la padezca”.

12. Con esa misma fecha, el Jefe del Servicio instructor remite una copia de las alegaciones formuladas por los reclamantes a la compañía aseguradora, que en fecha 12 de noviembre de 2010 envía un escrito al Sespa en el que manifiesta que, tratándose el presente supuesto de una reclamación por daños morales derivados de la falta de diagnóstico del cuadro malformativo, la misma quedaría fuera de los daños garantizados por el contrato en su día suscrito, con lo que el siniestro denunciado y cuya indemnización se pretende “estaría excluido de cobertura”.

13. Con fecha 22 de diciembre de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en el sentido de estimar parcialmente la reclamación presentada. Señala en ella que “la cuestión en que se centra el debate consiste en resolver si la prestación sanitaria fue o no la correcta y si el funcionamiento del servicio sanitario es o no causante de un daño que el perjudicado no tenía obligación de soportar. En el presente caso los reclamantes basan su petición indemnizatoria en que existe una responsabilidad del Servicio de Salud del Principado de Asturias en el seguimiento de la gestación de su hijo, pues, siendo ello posible, no se detectó en tiempo la malformación que presentaba, lo que, además de vedarles la posibilidad de considerar optar entre continuar con el desarrollo del embarazo o interrumpirlo, impidió adoptar las medidas necesarias para corregir aquella”.

A continuación, hace una breve exposición sobre las reclamaciones *wrongful birth* y *wrongful life*, indicando que “son aquellas que se plantean frente al nacimiento de un hijo con malformaciones incurables o inevitables, detectables durante el embarazo, que, si se hubieran conocido a tiempo, habrían permitido a

los progenitores la posibilidad de abortar". En las primeras son los padres los que reclaman, mientras que en las segundas es el propio hijo discapacitado el que lo hace. Por lo que se refiere a aquellas, afirma que la "doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sostienen que la negligencia del médico o profesional sanitario priva a la gestante de la posibilidad de decidir sobre el aborto, al que podría acudir legalmente", admitiéndose que las consecuencias de esta privación afectan a ambos progenitores. En cambio, respecto "a las acciones *wrongful life*", manifiesta que tanto la doctrina como la jurisprudencia "rechazan (su) admisibilidad (...), puesto que la alternativa a nacer con una discapacidad será no haber nacido". Con base en ello, concluye que ha de desestimarse la reclamación presentada en lo relativo a los daños sufridos por el menor (*wrongful life*) y que han de estimarse parcialmente los daños sufridos por los progenitores (*wrongful birth*), considerando razonable indemnizarles en la cuantía de noventa mil euros (90.000 €).

14. Mediante oficio de 13 de enero de 2011, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento seguido.

15. El Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 17 de febrero de 2011, emite dictamen en el que, sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada, estima procedente la retroacción del procedimiento a fin de que sea incorporado al mismo el informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.

16. El día 25 de marzo de 2011, el Jefe del Servicio Jurídico del Sepsa solicita al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios una copia del expediente instruido, al haberse interpuesto por los interesados recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

17. A la vista del dictamen emitido por este Consejo Consultivo, el Jefe del Servicio instructor requiere a la Gerencia del Hospital el día 25 de abril de 2011 “un informe debidamente firmado sobre el contenido de la reclamación” y que se “aclare qué estudios ecográficos se hicieron a (la reclamante) en la Unidad de Radiología de”. Asimismo, solicita que se informe acerca de la concreta fecha hasta la cual “la consulta de Tología de en la que se atendía a la paciente fue efectuada” por el doctor que identifica, pasando a realizarse por la doctora “del Servicio de Ginecología I”.

En respuesta a dicho requerimiento, con fecha 3 de mayo de 2011 una Médica Adjunta del Servicio de Radiología de informa que “la ecografía del 9-9-08 se le realizó a (la reclamante) en la Unidad de Diagnóstico Prenatal del Servicio de Ginecología y Obstetricia” del Hospital y “las del 5-11-08 y 29-12-08 se le realizaron en el Servicio de Radiología de En cuanto a las fechas de incorporación de la Dra. (...) al Servicio de Ginecología I, carezco de datos”.

Ante la falta de concreción de esta última circunstancia, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios, el día 25 de mayo de 2011, solicita nuevamente a la Gerencia del Hospital un informe en el que se especifique “hasta qué fecha la consulta de Tología de en la que se atendía a la paciente fue efectuada” por el referido doctor, pasando a realizarse por “el Servicio de Ginecología I”, lo que se reitera con fechas 4 y 21 de julio de 2011.

Finalmente, el día 21 de julio de 2011, el Subdirector de Personal del Hospital informa que el indicado doctor “causó baja” por incapacidad temporal “el 8 de enero de 2009, falleciendo el 29 de enero de 2009 sin reincorporarse al servicio activo entre ambas fechas”.

18. Evacuado un nuevo trámite de audiencia, con fecha 23 de agosto de 2011 los interesados presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que se reafirman en todo lo expuesto en su reclamación inicial y en lo manifestado en el anterior trámite de audiencia.

19. Tras remitir una copia de las alegaciones formuladas a la compañía aseguradora, el día 25 de agosto de 2011 el Jefe del Servicio instructor elabora una nueva propuesta de resolución en la que, de manera coincidente con la emitida el 22 de diciembre de 2010, se propone la estimación parcial de la reclamación presentada.

En ella señala que “es preciso aclarar que el Servicio de Radiología de no es un servicio real, independiente y autónomo del centro de salud del domicilio del paciente (...), sino una simple unidad dependiente y totalmente integrada dentro del Servicio de Radiodiagnóstico” del Hospital, “ya que no existen servicios de especialidades en los centros de salud. Los especialistas existentes en el centro de especialidades de de Oviedo son dependientes” de aquel hospital, “tanto si están jerarquizados o no. En este caso, además, la facultativa citada está jerarquizada” y es una facultativa especializada de área del Servicio de Radiodiagnóstico del hospital. Se especifica que la radiografía de 9 de septiembre de 2008 se hizo en la Unidad de Diagnóstico Prenatal del hospital y las de 5 de noviembre y 29 de diciembre de 2008 en la Unidad de Radiología de, En él figuran “de manera correlativa las cuatro ecografías realizadas antes del diagnóstico de la agenesia de mano. En los folios 43, 44, 45 y 46 se encuentran copias de las mismas. La primera fue realizada el 19 de agosto de 2008 (10 semanas de gestación) en el Centro de Especialidades de a petición de (...) facultativo no jerarquizado dependiente” del Hospital, El propio informe “se elabora con el membrete oficial del Servicio de Radiodiagnóstico” del hospital, “Servicio responsable de la asistencia radiológica que se presta en La segunda ecografía se practicó el 9 de septiembre de 2008 (12+4 semanas de gestación) en la Unidad de Diagnóstico Prenatal del Servicio de Ginecología” del hospital. La “tercera se hizo el 30 de octubre de 2008 (19+6 semanas de gestación) en el Servicio de Radiodiagnóstico” del hospital “ubicado en La cuarta, el 29 de diciembre de 2008 (28+2 semanas de gestación), también en este último”.

Se indica a continuación que, “tras reiteradas solicitudes efectuadas” al hospital, “se ha obtenido un escrito de fecha 21 de julio de 2011 en el que la

Subdirección de Personal (...) informa que el referido doctor "causó baja" por incapacidad temporal "como ginecólogo el 8 de enero de 2009, falleciendo el 29 del mismo mes. A partir de ese momento la continuidad asistencial de la paciente se hizo por (...) el Servicio de Ginecología" del hospital. Así pues, no es posible obtener informes diferentes a los ya aportados durante la instrucción del expediente administrativo. La paciente fue atendida por el Servicio de Ginecología" del hospital "y por el ginecólogo no jerarquizado (...) fallecido el día 29 de enero de 2009. Como ya quedó expuesto, antes de la semana 22 (...) fue objeto de tres estudios ecográficos, efectuados dos en Radiología de y uno en la Unidad de Diagnóstico Prenatal del Servicio de Ginecología" del hospital. Por este motivo se incorporaron al expediente, junto con el Servicio de Radiodiagnóstico, los informes ginecológicos emitidos por el (...) Jefe del Servicio de Ginecología" del hospital, "único Servicio de Ginecología responsable de la asistencia prestada a la paciente, hoy día reclamante. Aun cuando se considerase trascendente la opinión individualizada" del doctor fallecido, "desgraciadamente, hoy día no es posible solicitársela".

20. En este estado de tramitación, mediante escrito de 28 de mayo de 2012, registrado de entrada el día 7 del mes siguiente, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Sanidad, 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, tanto en su propio nombre y derecho como en nombre y representación de su hijo menor de edad -según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos-, por cuanto sus esferas jurídicas se han visto directamente afectadas por los hechos que la motivaron. La filiación ha quedado debidamente acreditada en el expediente mediante certificación literal de la inscripción del menor en el Registro Civil, incorporada al procedimiento en la fase de instrucción.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula la 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 22 de febrero de 2010, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el nacimiento del menor- el día 21 de marzo de 2009, 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.

Ahora bien, hemos de indicar 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 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

Sin embargo, y puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

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.- Los reclamantes, en la doble condición con la que actúan -en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de su hijo menor-, interesan una indemnización por los daños y perjuicios derivados del hecho del nacimiento de su hijo con una "hemimelia transversa distal desde el tercio medio del antebrazo izquierdo, con ausencia de mano (acheiria)", que no fue diagnosticada hasta la semana 33-34 de la gestación y confirmada al momento del alumbramiento, y que atribuyen a un mal funcionamiento del servicio público sanitario.

La doble condición con la que actúan los interesados les conduce a denunciar y sustantivar, individualizándolos, la existencia de dos daños diferenciados y causados supuesta y respectivamente a los propios reclamantes, por un lado, y a su hijo menor de edad, por otro. Esta distinción es asumida por la Administración reclamada al momento de formular la propuesta de resolución sometida a dictamen de este Consejo, toda vez que la estimación parcial que se propone supone en su concreción la de la reclamación planteada por los progenitores en su propio nombre y derecho y de manera simultánea la desestimación en todos sus términos la formulada en nombre y representación de su hijo menor.

Acerca de este planteamiento es necesario precisar que, en efecto, la reclamación formulada supone el ejercicio simultáneo de dos acciones claramente diferenciadas.

En la primera de ellas, el daño causado al titular de la misma -los progenitores o, más estrictamente, la mujer embarazada- vendría constituido, en esencia, por la imposibilidad de haber podido ponderar si optaba o no por interrumpir el embarazo -en orden a evitar, en su caso, el nacimiento de un hijo con graves taras físicas o psíquicas detectadas, siempre y cuando se dieran los requisitos legalmente establecidos-, como consecuencia de carecer en su momento de la información suficiente suministrada por los facultativos encargados del seguimiento de la gestación.

En el ejercicio de la segunda acción el daño alegado se haría corresponder con las consecuencias derivadas de haber nacido y de vivir con los padecimientos implícitos a una malformación o enfermedad de por vida.

Pues bien, comenzando por el estudio de esta segunda acción, que los progenitores ejercen en nombre y representación de su hijo, y dada la rotundidad de la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, sólidamente consolidada, contenida, entre otras, en la Sentencia de 4 de noviembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), que en su fundamento de derecho tercero deja sentado que “no hay nacimientos equivocados o lesivos, ya que el art. 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida”, este Consejo comparte en este aspecto el criterio de la propuesta resolución de que la reclamación debe ser desestimada en lo que afecta a la parte de la misma que se ejerce en nombre y representación del hijo nacido.

Distintas han de ser nuestras consideraciones en lo relativo a la reclamación que los progenitores formulan en su propio nombre y derecho respecto a la cuestión del daño derivado de la privación de la información necesaria -por falta de detección durante el seguimiento del embarazo de una malformación en el feto- en orden a que la madre gestante pudiera valorar si optaba por interrumpir voluntariamente el embarazo dentro del plazo legalmente establecido.

A tales efectos, resulta conveniente comenzar por señalar, tal y como manifestó este Consejo en dictámenes anteriores, entre otros los Núm. 259/2006 y 322/2009, que 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 la malformación que afectaba al feto.

Es más, en la presente reclamación este curso causal hipotético del daño alegado se proyecta no solo sobre la cuestión anteriormente expuesta, la decisión que la madre hubiera tomado de haber conocido a tiempo la malformación, decisión que nos es desconocida, sino sobre un momento posterior, es decir, sobre el momento en el que, de haberse dado el diagnóstico prenatal de la concreta tara física, debería valorarse si una “hemimelia transversa distal desde el tercio medio del antebrazo izquierdo, con ausencia de mano (acheiria)”, daba lugar de manera indubitada a la aplicación de lo dispuesto en la redacción del Código Penal entonces vigente, que no era otra que el artículo 417 bis del Código Penal, según redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo citado, y a cuyo tenor “No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: (...). 3.ª Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto”.

Ahora bien, incluso situando la cuestión de la efectividad del daño alegado en los hipotéticos términos expuestos, y partiendo del dato indiscutible de la existencia de una malformación en el feto que pasó inadvertida por el servicio sanitario, que por lo tanto no informó a la madre dentro del plazo en el que legalmente se hubiera podido valorar la posibilidad de interrumpir el embarazo, la respuesta de este Consejo en orden a dar por acreditada la existencia de un daño susceptible de ser indemnizado es la contenida en los referidos dictámenes. En ellos, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dejamos sentado que esa privación, si concurriesen los demás requisitos legalmente exigibles para configurar una responsabilidad patrimonial, podría ser conceptuada como un daño moral, cuya evaluación económica, en todos sus aspectos,

realizaremos en el presente caso si se dan los presupuestos para declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias.

Admitida en los términos antes expuestos la concurrencia en el presente supuesto de una frustración de la posibilidad de ponderar la oportunidad de abortar, conviene recordar que ello no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que aquella privación se encuentra causalmente unida al funcionamiento del servicio público y que resulta antijurídica.

Con carácter previo a cualquier análisis sobre los aspectos reseñados, 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*. 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.

Los interesados alegan la existencia de un error de diagnóstico, pues la agenesia de la mano izquierda que padecía el feto pasó desapercibida a los médicos que atendieron a la madre hasta muy avanzada la gestación, de cuya posible presencia solo fueron informados en un momento en el que ya no resultaba viable legalmente la opción de proceder a una interrupción voluntaria

del embarazo, y que se vio desgraciadamente confirmada al momento del alumbramiento, todo ello a pesar de que se realizaron las oportunas ecografías para el seguimiento de la evolución del feto y de que, según opinión de los propios reclamantes, la lesión era diagnosticable.

A este respecto, los reclamantes no han concretado en ningún momento a lo largo de la instrucción del procedimiento en qué aspecto se materializa la mala praxis médica denunciada, limitándose a dejar constancia del dato cierto de que la malformación del feto “era perfectamente diagnosticable”, sin aportar informe pericial o documento equivalente que avale tal afirmación. Tampoco en el presente caso los órganos especializados de la Administración en la tramitación de expedientes de esta naturaleza en el ámbito sanitario, esto es, tanto la Inspección Médica como el propio Servicio instructor, y a pesar de que como antes consignamos proponen la estimación parcial de la reclamación presentada, evalúan la adecuación del proceso de seguimiento del embarazo y diagnóstico prenatal a la *lex artis*, ya que alcanzan la conclusión estimatoria tras limitarse a constatar *ex post facto*, como hacen los interesados, lo evidente, el nacimiento del niño con una agenesia de la mano izquierda que no se detectó durante el embarazo.

Sin embargo, no resulta legalmente posible eludir el análisis del nexo causal entre el daño alegado y la asistencia sanitaria prestada a la embarazada, lo que debe efectuarse bajo la perspectiva de su adecuación o no a la *lex artis ad hoc*. La omisión de esta valoración conduce al error de considerar cualquier daño surgido en el curso de la asistencia sanitaria como una lesión indemnizable.

Al respecto, conviene recordar que ya el Consejo de Estado en su Dictamen de 3 de junio de 1999 advirtió de los riesgos que supondría la asunción de responsabilidad administrativa a cargo de los servicios públicos sanitarios desde la única perspectiva de concurrencia de un daño, llevándole a manifestar que “la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y también de la sanitaria, es una responsabilidad de carácter objetivo, es decir, debe apreciarse con independencia de la concurrencia de culpa en el actuar administrativo. Sin embargo, este carácter objetivo, tal y como en reiteradas ocasiones ha puesto de

manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, no implica que todos los daños producidos en los servicios públicos sanitarios sean indemnizables, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos, de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan, que supondría una desnaturalización de la institución. Así, pues, de acuerdo con dicha doctrina, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial es preciso acudir a parámetros como la *lex artis*, de modo que tan solo en caso de una infracción de esta ley cabrá imputar a la Administración de la cual dependen los servicios sanitarios la responsabilidad por los perjuicios causados. En el caso de que no se infrinja la *lex artis*, ha de concluirse que tales perjuicios no son imputables a la Administración y han de ser soportados por el particular sin que generen, en modo alguno, el derecho a percibir una indemnización”.

Hay que tener en cuenta que el parámetro de *lex artis* opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado, en el supuesto que analizamos 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 cierto, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en el seguimiento del embarazo y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También ha subrayado este Consejo 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.

Los perjudicados, salvo alegar el dato cierto del deficiente diagnóstico prenatal, el también denominado “falso negativo”, no desarrollan actividad probatoria alguna de la infracción de la *lex artis* en el diagnóstico, partiendo de la premisa de que la “hemimelia transversa distal desde el tercio medio del antebrazo izquierdo, con ausencia de mano (acheiria)”, era “perfectamente” detectable. Así las cosas, este Consejo Consultivo debe formar su juicio en cuanto al respeto de la *lex artis* en el caso presente en la asistencia sanitaria prestada a la madre gestante sobre la base de la totalidad de la documentación recabada durante la tramitación del procedimiento.

En este sentido, lo primero que debemos resaltar es que no consta en el expediente remitido que el embarazo fuera de riesgo y sí que a la gestante se le practicaron al menos cuatro ecografías -la primera, el 19 de agosto de 2008, a las 10 semanas de gestación; la segunda, el 9 de septiembre de 2008 (12+4 semanas de gestación); la tercera, el 30 de octubre de 2008 (19+6 semanas de gestación), y la cuarta, el 29 de diciembre de 2008 (28+2 semanas de gestación)-. Consta asimismo que las ecografías fueron realizadas por personal especializado, tanto del Servicio de Radiodiagnóstico del hospital ubicado en el Centro de Especialidades como de la Unidad de Diagnóstico Prenatal del Servicio de Ginecología del hospital, y que se dispusieron de medios técnicos avanzados y de técnicas adecuadas, aunque ni siquiera con ello se pueda garantizar la detección en todos los casos de cualquier tipo de malformación.

En efecto, en este sentido debemos remitirnos a los informes suscritos por el Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Así, en el primero de ellos se realizan una serie de reflexiones generales convenientemente razonadas acerca del grado de certeza que cabe dar al examen ecográfico en orden al diagnóstico de una determinada anomalía en el feto, excluyendo en todo caso la infalibilidad del diagnóstico por las razones que allí se consignan. En el segundo, centrado ya en el caso que nos ocupa, se afirma que “el estudio de las

20 semanas es complejo y lleva su tiempo. Hay estructuras fetales fijas, como el riñón, cerebro, raquis, etc., y otras que están en movimiento constante, como los brazos, manos piernas y pies. Como consecuencia de esto a veces es difícil identificar por ocultamiento manos y pies y aun así pueden darse falsas imágenes (falsos positivos). A las 19 semanas estas estructuras son muy pequeñas y estas falsas imágenes pueden confundir al más experto ecografista”, concluyendo este informe de manera rotunda que “en ningún caso, por tanto, hay negligencia por parte del experto, pues no se puede confundir una ecografía con una fotografía, y pueden llevar a errores sus imágenes, como ya se explicó anteriormente”.

A la vista de estos informes, que no han sido discutidos por los reclamantes, concluye este Consejo que no se ha probado que la asistencia prestada a la gestante fuera contraria a la *lex artis*, por lo que el daño alegado no constituye una lesión jurídicamente indemnizable. Máxime si se tiene presente que, de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la LRJPAC, “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”.

En definitiva, no existiendo entre la documentación obrante en el expediente prueba cumplida de la violación de la *lex artis ad hoc* en la asistencia sanitaria prestada a la gestante que permita vincular al servicio público la causa determinante del daño, tal ausencia de prueba resulta suficiente por sí sola para desestimar la reclamación presentada en lo relativo a la que los progenitores formulan en su propio nombre y derecho.

Las conclusiones anteriores hacen innecesario el análisis de la cuantificación económica de los daños alegados en la reclamación planteada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, 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.