

Expediente Núm. 239/2014  
Dictamen Núm. 264/2014

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*García Gutiérrez, José María*  
*Zapico del Fueyo, Rosa María*  
*Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 20 de noviembre de 2014, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 27 de agosto de 2014 -registrada de entrada el día 5 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios derivados del funcionamiento del servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 19 de noviembre de 2013, una procuradora, en nombre y representación del perjudicado -menor de edad- y de sus padres, presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios que vincula a la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

Señala que fue atendida durante toda la gestación, “desde el proceso embrionario hasta el parto”, en el Hospital ..... Refiere que en dicho centro sanitario se le realizaron pruebas ecográficas “con carácter periódico”, y que en la practicada a las 18 semanas del embarazo “lo único que se informa es de la existencia de un ‘derrame pericárdico que alcanza aurícula’” -apreciación a la que, según apunta, “no se le concede importancia alguna”- y que en la del 17 de abril de 2012 se indica, respecto al feto, “estudio morfológico: normalidad”. Precisa que en las ecografías siguientes, correspondientes al “segundo y tercer trimestre de gestación, nuevamente se le realiza la oportuna ecografía, informando de diagnóstico de ‘desarrollo fetal correcto’”.

Cuando la gestante se encontraba en “32 más 6 semanas se produce el parto” y entonces le comunican “que su hijo había nacido sin el antebrazo derecho”, consignándose “esta patente anomalía ‘en el informe de alta de parto’ como ‘malformación fetal en estudio’”.

Manifiesta que los padres del menor no aciertan a “comprender” que “esta malformación haya pasado inadvertida durante toda la gestación”.

En cuanto a los daños sufridos, afirma que el menor, “máxime por su condición de diestro, tendrá que soportar un sufrimiento permanente, tanto funcional, estético, moral, lúdico... y sus padres, cuando menos, de carácter obviamente moral, al tener un hijo único, mutilado, con todos los problemas que tal anomalía les va a acarrear”. Asimismo se les irrogarán, según reseñan, una serie de perjuicios económicos, entre los que destacan los derivados de los necesarios y “constantes cambios de prótesis en la extremidad mutilada”; los de la “oportuna fisioterapia”, que están dispuestos a “condonar a la Administración si acepta todos los demás conceptos”, y los derivados de los viajes a Barcelona, donde se le realizarán las prótesis, y que comprenden también la estancia y la manutención. Por todos ellos, incluido el daño moral, solicitan una indemnización cuyo importe asciende a setecientos diecisiete mil cuatrocientos cincuenta euros con setenta y ocho céntimos (717.450,78 €).

Manifiesta que "con anterioridad a esta reclamación, el 23 de mayo de 2013, con la doble intención de interrumpir la prescripción y de que se nos manifestase la aseguradora que amparaba la responsabilidad del Hospital (...), se interpusieron diligencias preliminares de juicio (...), solicitando el historial clínico de la gestación hasta el parto y la póliza de responsabilidad civil (...), que tienen su entrada en el Decanato de Avilés el 29 de mayo del 2013 (...), dictándose el 21 de junio del presente año diligencia de ordenación en la que se nos comunica que el hospital requerido evacuó lo que se le solicitaba". Añade que, "en atención a ello, se formuló demanda de juicio de conciliación contra la aseguradora del centro hospitalario (...), que tuvo su entrada en el Decanato de Madrid el 3 de septiembre de 2013", y que "señalado el acto para el día 13 (...) finalizó (...) sin haber tenido avenencia entre las partes' (...); razón por la cual acudimos a esta vía".

A la reclamación adjunta una copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Poder notarial otorgado por los interesados a favor, entre otras personas, de la procuradora que suscribe la reclamación. b) Fotografías y radiografías del recién nacido. c) Informe pericial privado, en el que no consta fecha ni firma, atribuido a un especialista en Obstetricia y Ginecología, en el que se concluye que "el hecho de no haber diagnosticado la ausencia de antebrazo y mano derecha del recién nacido (...) ha infringido la *'lex artis ad hoc'*". En él se analizan las diferentes causas de la malformación consistente en la reducción de extremidades, y se precisa, respecto del "síndrome de bandas amnióticas", que "normalmente las lesiones por banda amniótica ocurren entre las 6 y las 18 semanas de gestación./ Cuando la lesión es temprana predominarán los defectos craneofaciales graves y las malformaciones internas. Cuando la lesión es más tardía predominarán las constricciones simples (linfedema de la parte distal de la extremidad) y las amputaciones (por necrosis de la parte distal de la extremidad)". Añade que "se admite en la actualidad que es posible el diagnóstico prenatal del 85% de todos los defectos de las extremidades", y que "en este caso concreto posiblemente

fuera una banda amniótica, ya que la amputación es muy concreta”, aunque “con toda probabilidad nunca llegaremos a saber la causa última que provocó la amputación del antebrazo y mano (...), ni tampoco en qué momento se produjo”. En cualquier caso, concluye que lo que “parece claro es que si el trastorno tuvo lugar tempranamente debería haberse diagnosticado en alguna de las tres primeras ecografías, y si el trastorno se hubiera producido tardíamente el defecto debería haberse diagnosticado en la última ecografía realizada./ Evidentemente, no resulta creíble que el trastorno se produjera entre la 27 semana, fecha de la última ecografía y la 32+6, fecha del parto”. d) Presupuesto emitido por un centro ortopédico el día 6 de junio de 2013, relativo al coste aproximado de las prótesis que el paciente necesitará hasta que cumpla 18 años de edad, y que asciende a 249.063,26 €, más IVA. e) Copia del Libro de Familia. f) Escrito de solicitud de diligencias preliminares de juicio, previas a “entablar demanda contra el Hospital ....., y contra la aseguradora que ampare la responsabilidad civil del (...) centro hospitalario, por los daños sufridos moralmente por los encabezantes de este escrito y físicos y estéticos por el menor a consecuencia de una mala praxis médica”, y Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 3 de Avilés de 5 de junio de 2013, por el que se admite la práctica de la diligencia preliminar solicitada. g) Escrito de demanda de juicio de conciliación frente a la entidad aseguradora, recibida en el Decanato de Madrid el día 3 de septiembre de 2013.

**2.** Con fecha 21 de octubre de 2013, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios comunica a la Gerencia del Hospital ..... que se ha formulado “una demanda en vía judicial civil por acción directa contra la aseguradora”, y solicitan una copia de la historia clínica completa de la reclamante en relación con la atención prestada a la misma y a su hijo menor; solicitud que es atendida por la Gerencia el 29 del mismo mes.

**3.** Mediante escrito de 28 de noviembre de 2013, el Jefe del Servicio de

Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios comunica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos del silencio administrativo.

**4.** Con fecha 2 de diciembre de 2013, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado para elaborar el informe técnico de evaluación solicita a la Gerencia del Área Sanitaria III un informe del Servicio de Ginecología relativo al proceso de referencia, lo que se reitera el 10 de febrero de 2014.

El 14 de febrero de 2014, el Subdirector de Gestión del Hospital ..... remite al Servicio de Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios el informe elaborado por el Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia. En él explica que "en la cita rutinaria de control posamniocentesis se observó derrame pericárdico fetal con engrosamiento de paredes ventriculares, motivo por el cual se dieron citas para estudios ecográficos fuera del protocolo habitual de seguimiento de una gestación sin riesgo./ En la semana 21 el estudio ecográfico cardíaco de control del derrame pericárdico previamente diagnosticado fue prácticamente normal (...), por lo que se consideró proceso en resolución./ En los controles mencionados se realizó además la evaluación ecográfica de la anatomía fetal según los criterios recomendados por el Comité de Buenas Prácticas en Ecografía del Principado de Asturias, basados en las recomendaciones de la (...) (Sección de Ecografía de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia) y de la (...) (International Society of Ultrasound in Obstetrics and Gynecology)./ En estos controles no se apreciaron hallazgos fuera de la normalidad./ El objeto del estudio ecográfico extraordinario realizado en la semana 27 fue evaluar la evolución del desarrollo cardíaco, que fue normal./ El parto prematuro en la semana 32+5 impidió el estudio ecográfico protocolizado de tercer trimestre/. No obstante, como consta en el consentimiento informado que la paciente firmó al inicio de la gestación, `existen ciertas patologías (digestivas, esqueléticas, de vías urinarias, etc.) que

afectan al feto en fases muy avanzadas de la gestación, por lo que su detección será invariablemente tardía, lo que impediría la instauración de ciertas actitudes terapéuticas para su tratamiento”. Añade que “en el informe de alta de Neonatología, en el apartado de exploración física del neonato se describe: ‘ausencia casi completa de antebrazo y mano de extremidad superior derecha, con resto rudimentario de aspecto necrótico a este nivel’, lo que confirma la existencia de extremidad completa con tres segmentos en etapas precoces del embarazo”. Pone de relieve que “en los controles de las semanas 12, 18 y 21 (...) se observaron los huesos largos de forma, tamaño y ecorrefringencia normales. Movilidad correcta de las cuatro extremidades sin anomalías aparentes, compatible con la normalidad”.

Señala que estadísticamente, según el estudio que cita, “las anomalías reduccionales de las extremidades” solo se detectan prenatalmente en el 35,6% de los casos, y que los defectos “leves y aislados se diagnostican en el 24% de las ocasiones, incrementándose esta tasa en el caso de asociación a otras malformaciones, pero en ningún caso superando el 50% de detección”.

Respecto a la posibilidad de asesoramiento adecuado para que la gestante y su pareja pudieran, en su caso, acogerse a la interrupción del embarazo, subraya que en el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, se detallan las circunstancias en que aquella puede realizarse por causas médicas; concretamente, “que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto”, cuando “se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida (...) o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico”. Afirma que “ninguna de estas circunstancias se dio en el caso que nos ocupa, de modo que la interrupción de la gestación no habría sido una posibilidad a tener en cuenta en el caso de que esa anomalía hubiese aparecido en el periodo mencionado”. Por último, sostiene que “la ausencia de diagnóstico prenatal de este tipo de anomalías de forma aislada, no

asociadas a síndromes, no influye en el pronóstico vital del recién nacido ni en el pronóstico funcional, que dependerá del tratamiento ortopédico-rehabilitador que se ha de realizar”.

Al informe adjunta una nota en la que indica que “durante la revisión del caso clínico para la elaboración del presente informe no se encuentra en la historia (...) la iconografía que se adjunta a los informes escritos (únicamente están los de la ecografía del primer trimestre, al encontrarse impresos en el reverso del informe escrito)./ En la historia clínica consta documento del S.º de Atención al Paciente con fecha 19-10-2012 en el que (la reclamante) solicita al Hospital ..... todas las ecografías de su historia clínica, haciéndose responsable de la guarda y custodia de las mismas (se adjunta copia)”. Acompaña también una copia de la hoja de consentimiento informado para la realización de estudio ecográfico prenatal, suscrito por la gestante el día 13 de febrero de 2012.

**5.** Mediante oficio de 25 de febrero de 2014, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios solicita a los interesados los estudios ecográficos efectuados durante el embarazo, para lo que les concede un plazo de 10 días.

El día 12 de marzo de 2014, uno de los reclamantes presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que señala que lamenta “profundamente no poder remitírselos porque fueron objeto de destrucción, por razones nostálgicas”.

**6.** Con fecha 24 de marzo de 2014, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él aclara que “en el presente caso la reclamación contiene dos acciones diferentes. En una reclaman los progenitores por el daño que entienden que se les ha ocasionado a ellos y en la otra reclaman en nombre del menor por los daños derivados de haber nacido con una malformación congénita. Respecto a esta última, no puede admitirse, como afirman los reclamantes, que se haya ocasionado al recién nacido un daño. El pequeño solo tenía dos opciones: nacer

con la malformación que padece o no nacer como consecuencia del aborto decidido por su madre si se diesen las circunstancias para que este se hubiera podido producir”, que no concurren en este caso. Entiende que “la enfermedad no podía ser evitada ni tratada durante el periodo intrauterino, por lo que parece ineludible relacionar el daño con la propia vida del hijo”, y añade que “el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 6 de julio y 23 de noviembre de 2007, se pronunció expresamente para descartar la indemnización a favor del hijo recurriendo a la jurisprudencia ya elaborada previamente en los casos de concepciones no deseadas y trasladando aquí la afirmación de que `debe descartarse que se haya producido un daño a la menor, ya que esta Sala ha venido considerando, desde la Sentencia de 5 de junio de 1998, que no debe admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo´”.

Por otra parte, afirma que “los reclamantes se limitan a imputar al Servicio de Salud el daño sufrido por el menor, pero sin explicar en qué se basan para ello. Es decir, ni argumentan la antijuridicidad del mismo, ni plantean la existencia de nexo causal alguno. Simplemente, consideran a la Administración responsable de la ausencia congénita del antebrazo y mano del menor por no haberla diagnosticado. Es frecuente en este tipo de reclamaciones que se alegue que como consecuencia de la falta de diagnóstico la madre no pudo optar por la opción de abortar, pero en el presente caso ni siquiera (...) dan a entender que esta hubiese sido una opción. De manera directa anudan la hemimelia con la actuación del servicio sanitario. Evalúan el daño del menor como si la lesión la hubiese provocado la actuación de los profesionales sanitarios cuando realmente su etiología es absolutamente ajena a ella./ Es más, en este caso parece evidente, a la luz de los informes incorporados, que la malformación se produjo en un momento tardío como consecuencia casi con toda seguridad de una brida amniótica, por lo que no pudo ser vista en los estudios ecográficos practicados porque no existía. El perito de parte dice que no cree que se haya producido entre la semana 27 y la 32, pero no da argumento alguno para hacer esta afirmación. Si el estudio de la

semana 27 presentaba una morfología normal y en la semana 32, en el momento del parto, existía la lesión lo razonable y objetivo es pensar que se produjo en ese intervalo de tiempo./ De todos modos, es preciso resaltar, por su especial trascendencia, que en el informe del Jefe del Servicio de Ginecología se indica que no se pudieron revisar las ecografías porque no se encontraban en el centro hospitalario, al haber sido entregadas a la reclamante (...). Con fecha 25 de febrero de 2014 se solicitó a los reclamantes la devolución de los estudios ecográficos para su nueva valoración e incorporación al presente expediente administrativo”, y estos “contestan diciendo que lamentan no poder entregarlos por haberlos destruido por `razones nostálgicas´ (...). Resulta cuando menos paradójico que, encontrándose en pleno proceso de una reclamación patrimonial, por razones nostálgicas se destruyan los estudios ecográficos que están siendo objeto precisamente de controversia. Los reclamantes no solo no aportan prueba alguna que avale sus pretensiones indemnizatorias, sino que en este caso concreto impiden su posible revisión destruyéndolas”.

Concluye que toda la actuación médica fue “correcta y acorde con los criterios de la *lex artis*. Se hicieron los estudios ecográficos pertinentes y no se pudo diagnosticar la hemimelia que padecía el recién nacido porque esta no existía aún, por haberse ocasionado en la última fase del embarazo. El parto prematuro impidió la realización del último estudio ecográfico. Las ecografías fueron todas informadas como normales morfológicamente, pero no ha sido posible revisarlas por haber sido destruidas por los reclamantes, a pesar de que cuando se les entregaron se comprometieron a su custodia. Por otra parte, no es admisible que el daño derivado de la existencia de una malformación congénita genere un deber de indemnizar por parte de la Administración a los progenitores y al recién nacido cuando tal patología no guarda relación alguna con la actuación de la misma”, por lo que entiende que la reclamación “debe ser desestimada”.

**7.** Mediante escritos de 26 de marzo de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

**8.** El día 19 de mayo de 2014, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por un especialista en Ginecología y Obstetricia. En él plantea como causa más probable de la hemimelia un proceso disruptivo o de secuencia de banda amniótica cuya etiología y patogénesis, según señala, no está confirmada aún por la doctrina científica, que especula con que “tiras de membranas amnióticas desprendidas se adhieran y de esa forma acaben comprimiendo y estrangulando al embrión/feto o al disco embrionario provocando de forma mecánica o vascular una desorganización/disrupción de las estructuras en desarrollo”. Precisa que “no se sabe cuánto tiempo tarda en producirse todo el proceso, ya que depende del momento y lugar de actuación de la teórica banda amniótica causante de la anomalía”.

Afirma que “el diagnóstico morfológico del feto se realiza según todos los protocolos, fundamentalmente en la ecografía de la 20 semana. Sabemos por toda la bibliografía actual que en ningún caso se llega al diagnóstico del 100% de las malformaciones estructurales, oscilando este porcentaje entre el 80% y el 60%, dependiendo de múltiples elementos, especialmente del tipo de malformación y, por lo tanto, del momento en que esta se produce y de su expresión en imágenes ecográficas. Los ginecólogos ecografistas están acostumbrados a visualizar los distintos órganos y miembros del feto en una secuencia ordenada, pero es imposible que puedan visualizar alteraciones que no tengan una manifestación morfológica suficiente para poder detectarse mediante el estudio ecográfico./ Además, en este caso concreto la malformación detectada no iba asociada a un síndrome (conjunto de síntomas o alteraciones) que pudiera hacer sospechar su existencia aunque fuera de

manera indirecta, sino que se trataba de una alteración morfológica aislada y que apareció en un momento tardío de la gestación./ El seguimiento del embarazo que se hace en este caso (...) es especialmente meticuloso y acorde a las guías clínicas, por lo que podemos" señalar "sin ningún lugar a dudas que se realizó de forma absolutamente acorde a la más estricta *lex artis ad hoc*. El afirmar que la malformación tenía que haber sido diagnosticada sin lugar a dudas en la ecografía extraordinaria (realizada para confirmar la situación cardíaca en estudio) es una auténtica temeridad que, además, va en contra de todas las indicaciones de la bibliografía".

Concluye que "la actuación de los médicos y del sistema sanitario en su conjunto fue absolutamente correcta, no pudiendo hacerles responsables de la formación, evolución y consecuencias de la malformación".

**9.** Con fecha 27 de mayo de 2014, y a instancias también de la compañía aseguradora, emite informe un gabinete jurídico. Con base en los diferentes informes médicos incorporados al expediente, sostiene que "no existe nexo causal entre la actuación del Servicio de Salud del Principado de Asturias y el daño reclamado". Asimismo, entiende que "la acción se encontraría prescrita", pues "el nacimiento fue con fecha 8 de julio de 2012 y la reclamación patrimonial (...) se interpuso el 13 de noviembre de 2013, transcurrido más de un año./ No obstante, si bien es cierto que con anterioridad a la reclamación patrimonial se interpuso una demanda de conciliación (3 de septiembre de 2013)" hay que tener en cuenta que "dicha actuación se efectuó cuando ya se encontraba la acción prescrita./ También con fecha 23 de mayo de 2013 se interpuso una demanda de diligencias preliminares en solicitud de la historia clínica y del certificado de seguro, pero estas diligencias no tienen como efecto el de interrumpir la prescripción (...), dado que no se ejercitó ningún tipo de reclamación, no se imputó ninguna responsabilidad o negligencia y tampoco hubo un reconocimiento de responsabilidad", citando al respecto la Sentencia

del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>).

**10.** El día 22 de mayo de 2014, el Jefe del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios el expediente administrativo, al haber interpuesto los reclamantes recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

**11.** Mediante escrito notificado a los interesados el 11 de junio de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y les adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

**12.** Con fecha 16 de junio de 2014, el letrado de los reclamantes toma vista del expediente y se le hace entrega de una copia completa del mismo, compuesto en ese momento por trescientos sesenta y un (361) folios, según figura en la diligencia extendida al efecto. No consta en aquel que se hayan formulado alegaciones.

**13.** El día 31 de julio de 2014, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, asumiendo las conclusiones contenidas en los informes técnicos y jurídicos incorporados al expediente, entre ellas la relativa al carácter extemporáneo del ejercicio de la acción, citando al efecto la doctrina de este órgano consultivo contenida en el Dictamen Núm. 172/2013.

**14.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de agosto de 2014, 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, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar los progenitores en representación de su hijo menor de edad -según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos-, y, a su vez, los padres 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.-** 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, 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 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, 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.

**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 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 concurran, 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.-** En el examen de los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración hemos de identificar, en primer lugar, los supuestos daños alegados, para luego determinar si la reclamación ha sido ejercitada dentro del plazo establecido al efecto.

Los daños cuyo resarcimiento se reclama se concretan, por un lado, en el sufrimiento moral del hijo y de los propios padres ante las dificultades inherentes al hecho de la vida sin el antebrazo y la mano derecha y, por otro, en los mayores gastos en que habrán de incurrir los progenitores para sufragar las especiales necesidades derivadas de aquella discapacidad hasta alcanzar la mayoría de edad.

Hemos de reconocer, como acertadamente se señala en el informe técnico de evaluación y en la propuesta de resolución, que el valor superior del derecho a la vida determina que ningún nacimiento pueda ser considerado en sí mismo como lesivo, puesto que “toda vida humana es digna de ser vivida”, según doctrina consolidada del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 4 de noviembre de 2008 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>-), y a la que este Consejo Consultivo ha aludido en el Dictamen Núm. 204/2012. Ahora bien, en este caso particular, en el que el daño reclamado no se traduce en el hecho concreto del nacimiento ni en la privación del derecho de los padres a decidir sobre el curso del embarazo, entendemos que puede razonablemente suponerse, acreditada la hemimelia que el menor padece, que la malformación generará en la familia un sobreesfuerzo, moral y económico, necesario para superar las adversidades derivadas del desarrollo del niño en tal situación y

para afrontar las atenciones extraordinarias y tratamientos continuados dirigidos a paliar sus efectos. Por ello, debemos considerar acreditados los daños que se alegan, con independencia de cuál deba ser su exacta cuantificación y de la determinación de si estos están o no conectados causalmente con el funcionamiento del servicio público o de si son o no antijurídicos; cuestiones estas que abordaremos más adelante si procede.

En lo que al plazo para el ejercicio de la reclamación se refiere, 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".

Como viene reiterando este Consejo, el primer criterio legal para la determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación lo constituye el momento de la producción del hecho dañoso. No obstante, también venimos señalando que el cómputo de aquel plazo solo puede comenzar, en virtud del principio de la *actio nata*, cuando ello es posible, lo que ocurre cuando se dispone de los elementos de conocimiento necesarios tanto para valorar el alcance de los hipotéticos daños producidos como de la intervención administrativa en su causación.

En el caso que analizamos, resulta del expediente que los padres conocen el resultado dañoso el mismo día del alumbramiento, producido el 8 de julio de 2012, y el funcionamiento del servicio público que reputan anormal y aducen como título de imputación está constituido por la falta de diagnóstico prenatal de la malformación; hecho este del que, evidentemente, también son conscientes en ese momento.

Los reclamantes consideran, no obstante, que el cómputo del plazo de prescripción debe considerarse interrumpido como consecuencia de la solicitud de diligencias preliminares de juicio dirigidas a obtener una copia de la historia clínica completa de la gestante y de la póliza de responsabilidad civil del centro hospitalario, que presentan en el Decanato de Avilés -según afirman- el día 29 de mayo de 2013 como paso previo a solicitar el resarcimiento de los daños.

Sin embargo, como ya hemos señalado en nuestro Dictamen Núm. 172/2013, las actuaciones dirigidas a la obtención de la historia clínica a efectos probatorios no producen, con carácter general y según la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 16 de diciembre de 2011 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª-, la interrupción del cómputo del plazo de prescripción. Resulta claro, además, que en el caso que analizamos la fundamentación de la pretensión resarcitoria no se articula sobre la base de ningún dato obrante en la historia clínica -referente a la actuación sanitaria de control gestacional a la que imputan el daño- que fuese desconocido para los reclamantes hasta la obtención de aquella. Por ello, de conformidad con la doctrina de la *actio nata* antes expuesta y la tesis doctrinal y jurisprudencial a propósito de la incidencia en el cómputo del plazo de la obtención de documentos a efectos probatorios, hemos de concluir que, presentada la reclamación con fecha 13 de noviembre de 2013, esto es, transcurridos más de dieciséis meses desde el parto, aquella resulta extemporánea, por lo que ha de ser desestimada.

En cualquier caso, y aunque la acción no hubiera prescrito, la reclamación debería desestimarse igualmente por razones de fondo.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, la prestación asistencial del servicio público sanitario 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 sufrido 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 los reclamantes 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 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 esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En el caso que analizamos la solicitud de indemnización no se articula sobre una supuesta pérdida de oportunidad de decisión sobre el curso del embarazo, como suele ser frecuente en las reclamaciones de esta naturaleza, sino que los interesados imputan al servicio público directamente todos los perjuicios materiales y morales inherentes a las dificultades de vivir con una malformación congénita, como si la actuación sanitaria hubiese causado directamente, por acción u omisión, la lesión que presenta el menor. Sin embargo, no aportan prueba alguna sobre tal nexo causal; al contrario, en el informe pericial privado que adjuntan a su escrito de reclamación se apunta, como causa probable, a un mecanismo de producción (una brida amniótica) que es totalmente ajeno a la prestación sanitaria, lo que debe llevar a concluir que no existe la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público imprescindible para estimar la reclamación.

Pese a que la consideración anterior bastaría para desestimar la reclamación, puesto que se reprocha al servicio público la falta de diagnóstico

de la malformación en los controles ecográficos prenatales, analizaremos a continuación si la prestación sanitaria en este ámbito fue o no correcta.

Forman parte de la historia clínica los informes de resultados de las ecografías practicadas conforme a los protocolos aplicables hasta que el parto se produce en la semana 32+6, de los que resulta que no se evidenció en aquellas pruebas ninguna alteración morfológica. En todos los controles ecográficos, incluido el realizado en la semana 27+1 -que, según informa el Jefe del Servicio responsable, estaba primordialmente dirigido al control de la evolución de la lesión pericárdica apreciada con anterioridad-, se efectuó un análisis morfológico fetal con juicio de normalidad, y este juicio, en la medida en que no ha podido ser contrastado mediante una nueva revisión de la iconografía de las pruebas ecográficas, al haberlas destruido los reclamantes, ha de tenerse por correcto.

Todos los informes técnicos obrantes en el expediente, incluso el aportado por los perjudicados, coinciden en afirmar que la fiabilidad de las ecografías en el diagnóstico prenatal de las malformaciones no es del 100%. De tal riesgo era consciente además la gestante, como evidencia la copia de la hoja de consentimiento informado para la realización de estudio ecográfico prenatal suscrita por la facultativa que la atendía y por ella misma el día 13 de febrero de 2012, en la que figura que "no todas las alteraciones morfológicas fetales son detectables mediante la ecografía (...). Existen ciertas patologías (digestivas, esqueléticas, de vías urinarias, etc.) que afectan al feto en fases muy avanzadas de la gestación, por lo que su detección será invariablemente tardía, lo que impediría la instauración de ciertas actitudes terapéuticas para su tratamiento".

Al resultar técnicamente posible, por tanto, que la malformación no fuera visible en las pruebas ecográficas realizadas hasta el momento del parto, ha de concluirse que el funcionamiento del servicio público se desarrolló dentro del ámbito de la normalidad, por lo que la pretensión indemnizatoria fundada en la

ausencia de un diagnóstico ecográfico debido de la malformación tampoco podría prosperar.

En suma, la reclamación ha de desestimarse al haber sido ejercitada fuera del plazo legalmente establecido para ello, por no concurrir el imprescindible nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño cuyo resarcimiento se reclama y por no resultar el daño antijurídico.

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 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.