

Dictamen Núm. 78/2020

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 16 de abril de 2020, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 29 de octubre de 2019 -registrada de entrada el día 4 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños que atribuye al deficiente seguimiento de un embarazo que habría privado a la gestante de la opción de interrupción voluntaria.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 4 de diciembre de 2018 dos letrados, en nombre y representación de la gestante y de uno de sus hijos, presentan en el registro del Cuartel General del Ejército del Aire una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que atribuyen al deficiente seguimiento de un embarazo que habría privado a la gestante de la opción de interrupción voluntaria.

Indican que la perjudicada, “gestante de 42 años de un embarazo gemelar biamniótico bicorial, es decir, dos placentas y dos bolsas amnióticas, era seguida durante su gestación en el Hospital”. Tras dejar constancia de los resultados -todos ellos “aparentemente” normales- de los tres primeros controles ecográficos (el último de ellos en la semana 19 de gestación), reseñan que se le informó a la gestante de que “no le realizarían un nuevo control ecográfico hasta la semana 33 de gestación”, y denuncian la omisión del “control obligatorio que se debió realizar entre las semanas 20-22 del embarazo orientado principalmente a la identificación precoz de complicaciones, tales como prematuridad y CIR (crecimiento intrauterino retardado)”.

Manifiestan que “el 22 de mayo de 2018, en la semana 33 de gestación (...), realizaron a la paciente la ecografía del tercer trimestre, cuyos resultados objetivaron que el feto varón tenía un crecimiento muy inferior a su edad gestacional, resultados sugestivos de una acondroplasia, patología coloquialmente conocida como enanismo (...). El 1 de junio de 2018 hicieron una nueva ecografía a la paciente que confirmó la sospecha de acondroplasia”. Niegan que “rechazasen la amniocentesis” toda vez que, como refiere el informe relativo al estudio obstétrico realizado ese mismo día, “los facultativos informaron a la paciente que tardarían 60 días en obtener los resultados, es decir, con posterioridad al parto, siendo este el verdadero motivo” de que le “imposibilitasen (...) optar por la amniocentesis”.

En concreto, reprochan al servicio sanitario la “omisión de la realización del control ecográfico establecido por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) en la semana 20-22 de gestación para las gestaciones gemelares bicoriales biamnióticas (...). Se privó a la paciente de la posibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo (...) en la semana 22 (...) por riesgo de graves anomalías en el feto (...). Es rotundamente falso que la reclamante y su marido rechazasen la amniocentesis (...). Deficiente información a la paciente (...) durante la gestación (...). En ningún momento se le informó de la necesidad de realizar la ecografía en la semana 20-22 de gestación”.

Solicitan una indemnización de cien mil euros (100.000 €) para la madre reclamante “en concepto de daño moral”.

Adjuntan copia del poder general para pleitos otorgado por la interesada a favor, entre otros, de los letrados que formulan la reclamación.

2. Mediante escrito de 17 de enero de 2019, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el referido servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Previo requerimiento formulado por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, el día 28 de enero de 2019 el Gerente del Área Sanitaria V le remite una copia de la historia clínica de la paciente relativa al episodio objeto de reclamación, así como un informe elaborado el 21 de enero de 2019 por el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital

Se indica en este último que la gestante fue “atendida a lo largo del año 2018 en nuestro servicio (...) de una gestación gemelar bicorial biamniótica (...) tras un tratamiento” de fecundación in vitro, y reseña los resultados de una primera ecografía realizada el 28 de diciembre de 2017 -“ambos fetos normales”-, así como una primera visita “de control gestacional en consulta de Tocología el 8 de enero de 2018 (semana 14+2)” en la que “como única alteración reseñable se diagnosticó un nivel de TSH de 0,04, por lo que se derivó a la consulta de Endocrinología para la valoración de un posible hipertiroidismo subclínico”. Señala que a partir de esa fecha “todo el seguimiento posterior se realizó en consulta de alto riesgo obstétrico y en consulta de ecografía obstétrica”. Se deja constancia del resultado de una ecografía realizada el 19 de enero de 2018 (semana 15+6), “con diagnóstico de gestación gemelar bicorial biamniótica, ambos fetos normales”, a la que siguió “una segunda visita de control de gestación en consulta de alto riesgo obstétrico el 5-2-2018 (semana 18+2): sin alteraciones reseñables”, y la

“consulta de ecografía morfológica de segundo trimestre el 12-2-2018 (semana 19+2): ambos fetos morfológicamente normales sin alteraciones destacables. La biometría de ambos fetos es acorde a 20 semanas”, y destaca que “la ecografía morfológica del segundo trimestre se realiza según protocolo (...) de la SEGO”. Manifiesta que la tercera visita de control gestacional tiene lugar el 12-03-2018 (semana 23+2), “sin alteraciones destacables”. Tras referir que en esta visita, al igual que en todas las demás que se efectúan en la consulta de alto riesgo, “se realizaron ecografías para la valoración de bienestar fetal”, se aclara que las mismas “no suponen un estudio morfológico completo”. En el informe correspondiente a la cuarta visita de control, “12-4-2018 (semana 27+5)”, se recoge “ambos fetos de tamaño similar, líquido normal”, y en la quinta visita de control gestacional -14-5-2018 (semana 32+2)- la paciente presenta “mala tolerancia al decúbito supino. Exploración ecográfica dificultosa”. Reseña que en la consulta de ecografía morfológica de tercer trimestre (22-5-2018) “se detecta una discordancia en la longitud femoral del segundo gemelo, realizándose una biometría completa de huesos largos”, y que en la ecografía realizada el 1 de junio de 2018 se produce la “confirmación diagnóstica de la sospecha de acondroplasia en el segundo gemelo”. Indica que en ese momento es cuando “se informa a la gestante y pareja de la dificultad de establecer diagnóstico definitivo, precisándose para el mismo realizar amniocentesis y panel de displasia. Consulta a genética tardarán hasta 60 días: también se informa a la pareja posibilidad, solicitud e ILE tardía”, reflejando a continuación el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital que “ambas posturas fueron desestimadas por la paciente y su pareja ante la dilación de los resultados en caso amniocentesis (estarían disponibles tras la fecha probable de parto en el mejor de los casos) y la improbable aceptación del caso como susceptible de ILE tardía al no tratarse de un supuesto acorde con el artículo 15-c de la Ley Orgánica 2/2010”. Añade que en una sexta visita de control gestacional el día 8 de junio de 2018 (semana 35+6) “se volvió a evaluar la ecografía de tercer trimestre valorando las posibilidades de actuación (...), descartándose tanto amniocentesis (no cambiaría la actuación en este

caso) como la solicitud de valoración de ILE tardía”, y a continuación se programa cesárea electiva para el día 25 de junio de 2018, cursando el “posoperatorio sin complicaciones”.

Afirma, “en cuanto a la pauta de realización de las ecografías y las visitas de control,” que en “las gestaciones de alto riesgo el seguimiento se adapta a las necesidades clínicas de cada caso, realizándose las ecografías morfológicas en nuestro servicio entre las semanas 18 y 22 según el protocolo SEGO de ecografía del 2.º trimestre (validado para gestaciones gemelares)./ En el caso de la malformación que nos ocupa, la desviación del tamaño de los huesos largos en la acondroplasia se produce en la segunda fase del 2.º trimestre, entre las semanas 28 y 37 (...), siendo difícilmente detectable antes de esta edad gestacional./ En cualquier caso, la ecografía del segundo trimestre se realizó en la semana 19+2 y no se detectó ningún signo clínico que hiciera necesaria una nueva ecografía morfológica en las siguientes semanas, y tampoco se detectaron alteraciones morfológicas significativas en las ecografías para valorar bienestar fetal en la consulta de embarazo de alto riesgo a lo largo del segundo e inicio del tercer trimestre”.

4. Mediante escrito de 7 de febrero de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas traslada el expediente a la compañía aseguradora y solicita un informe pericial al respecto.

El día 25 de marzo de 2019, una licenciada en Medicina y Cirugía emite un informe pericial a instancias de la entidad aseguradora. En él afirma que “a la gestante se le realizaron ecografías y visitas de control según protocolos” del Hospital “y con cadencia adaptada a las necesidades clínicas de cada caso. La ecografía morfológica se realizó en la semana 19+2, entre la 18 y la 22, según protocolo de ecografía del segundo trimestre de la SEGO (validado para gestaciones gemelares)”. Cita literatura científica en la materia conforme a la cual “la acondroplasia aparece como una mutación espontánea que ocurre por azar en cada veinte mil nacimientos aproximadamente (...). El diagnóstico prenatal puede producirse accidentalmente durante una ecografía prenatal

rutinaria en el 3.º trimestre, ya que la desviación del crecimiento de los huesos largos se produce en la segunda fase del segundo trimestre, entre las semanas 28 y 37, siendo difícilmente detectable antes de esa edad gestacional”. Añade, de conformidad con esta literatura científica y con respecto a la monitorización de rutina del embarazo gemelar por ecografía, que las “mujeres con un embarazo gemelar bicorial sin complicaciones deben tener una exploración en el primer trimestre, una exploración detallada en el segundo trimestre y después de eso una exploración cada 4 semanas”.

En lo que respecta a la “detección ecográfica de anomalías estructurales en el embarazo gemelar”, reproduce literatura en la materia según la cual “los fetos gemelares deben ser evaluados para determinar la presencia de cualquier anomalía mayor en la exploración del primer trimestre, y la exploración de rutina del segundo trimestre (de anomalías) se debe realizar alrededor de las 20 semanas (18-22) de gestación”.

Reseña que la acondroplasia, aun en el caso de que hubiera sido diagnosticada en un momento anterior, no estaría incluida dentro de los supuestos contemplados en el artículo 15-c de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Añade que según la literalidad del consentimiento informado para ecografía de diagnóstico prenatal la gestante fue informada “de la conveniencia de efectuar un estudio ecográfico periódico” de la “gestación, de acuerdo con el protocolo establecido en el Servicio de Obstetricia y Ginecología del cuya frecuencia y tipo de exámenes dependerá de las condiciones específicas” del embarazo.

5. Mediante escrito notificado a los reclamantes el 14 de junio de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, y les adjunta una copia de los documentos obrantes en el expediente hasta ese momento.

Con fecha 19 de junio de 2019, los interesados presentan en el Registro General de la Delegación de Defensa en la Comunidad de Madrid un escrito de alegaciones en el que se ratifican en el contenido de su reclamación. En primer lugar, cuestionan el valor de la pericial aportada por la compañía aseguradora razonando que su autora “carece de (...) especialización en Ginecología y Obstetricia”, y añaden un supuesto desconocimiento por parte de esta perito de “los protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (...) aplicables al caso concreto de control gestacional de embarazo gemelar bicorial biamniótico”; reproche que extienden a lo afirmado por el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital, pues sostienen que “no es cierto que se hayan aplicado al caso los protocolos de la SEGO sino los protocolos de la Sociedad de Ultrasonido, como refiere en las fuentes de su informe intentando hacerlo pasar como protocolo de la SEGO”. Alegan que “es absolutamente falso que el protocolo referido sea válido para la gestación gemelar bicorial biamniótica”, y subrayan que “los controles ecográficos tendrían que haberse realizado conforme a las recomendaciones de la SEGO para control gestacional de embarazo gemelar bicorial biamniótico entre la semana 20-22 de la gestación”.

Sostienen que la acondroplasia “se podría haber diagnosticado en la ecografía morfológica de la semana 20, 21 o 22 de gestación”, transcribiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), referida a un supuesto en el que la gestante se vio privada “de acceder a unos medios diagnósticos en la semana 20-22 de gestación, obligatorios según la SEGO, que pudieran haber establecido un diagnóstico certero respecto a la acondroplasia del feto y la decisión de optar a la interrupción voluntaria del embarazo”.

Interesan la incorporación al expediente del “Protocolo de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia de Ecografía del segundo trimestre (...) (válido para gestaciones gemelares)” y del “Protocolo del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital”.

6. Mediante oficio de 27 de junio de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas traslada las alegaciones presentadas a la compañía aseguradora.

7. En respuesta a un requerimiento efectuado por el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas, con fecha 29 de julio de 2019 el Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital elabora un "informe de valoración de las alegaciones presentadas". En él reseña que "es importante precisar que la SESEGO es la sección de ecografía obstétrica y ginecológica de la SEGO encargada de la elaboración, revisión y actualización de los protocolos publicados por la SEGO que se asumen como propios en los servicios de ginecología y obstetricia cuando, como en nuestro caso, no se han elaborado protocolos propios respecto a cualquier práctica clínica. Por otro lado, las guías de la SESEGO (por tanto de la SEGO) se basan en las recomendaciones nada obsoletas de la ISUOG (International Society of Ultrasound in Obstetrics and Gynecology), sociedad (de) referencia a nivel internacional para la organización de la práctica de la ecografía obstétrica./ En estos protocolos de la SESEGO-SEGO: (a) embarazo gemelar bicorial de 2015 y (b) guía sistemática de la exploración ecográfica del 2.º trimestre (guías 2015 y 2019) existe una aparente contradicción que no puedo dejar de explicar: en el protocolo de exploración ecográfica del segundo trimestre (se entiende que para la gestación normal o de bajo riesgo) se establece la recomendación de realizar una ecografía morfológica entre las 18 y 22 semanas. En el caso del protocolo de la gestación gemelar bicorial (por definición de riesgo normal salvo complicaciones) se establece la recomendación de realizar esta ecografía morfológica entre las semanas 20 y 22. La aparente contradicción entre ambos protocolos tan solo se manifiesta en una leve variación de las edades gestacionales en que se recomienda (...), sin ninguna repercusión en la eficacia del procedimiento (...). En el caso que nos ocupa, la ecografía morfológica del segundo trimestre se realizó a la edad gestacional de 19+2 semanas, con una biometría de ambos fetos acorde a 20 semanas de gestación y una adecuada

valoración sistemática de la anatomía de ambos fetos, siendo por otro lado evidente que una diferencia de 5 días (se realizó la ecografía en la semana 19+2) no marcaría ninguna diferencia en el diagnóstico de la patología que presentaba el recién nacido, y que se diagnosticó intraútero correctamente en el momento en el que era posible según todas las referencias bibliográficas./ Por otro lado, las recomendaciones de la guía sistemática para la exploración ecográfica del segundo trimestre son posteriores a las del control ecográfico del embarazo gemelar, y se utilizan ampliamente en todos los servicios de ginecología y obstetricia, también en diagnóstico morfológico en embarazos gemelares, precisamente para dar margen a la aplicación del derecho de la madre a interrumpir la gestación en caso de detectar alteraciones fetales graves o incompatibles con la vida hasta las 22 semanas de gestación, como consta en el artículo 15 de la Ley 2/2010, de 3 de marzo”.

Añade que la acondroplasia “no se aprecia hasta el tercer trimestre de la gestación, no siendo morfológicamente reconocible hasta la semana 27 o 29, según las diferentes referencias bibliográficas a las que se puede acudir en el (...) Tratado de Ecografía Obstétrica de Callen, referencia básica para cualquier ginecólogo ecografista, que también se adjunta. Alguna referencia bibliográfica hace mención a estudios de marcadores ecográficos precoces de acondroplasia (mano en tridente, no detectada en este caso, o alteración del ángulo coxo-femoral), a investigar en gestaciones con antecedentes de acondroplasia, pero de ninguna forma aplicables a la sistemática de exploración morfológica del segundo trimestre en un embarazo de riesgo normal para estas alteraciones”.

Constata que “la acondroplasia, con ser causa de minusvalía, no se asocia a otros problemas de salud más allá de los relacionados con el aparato locomotor, y que se trata (...) de personas en plenitud de sus facultades intelectuales y con una completa capacidad de desarrollo personal y social, lo cual haría que difícilmente un comité bioético avalara una interrupción tardía de esta gestación”.

Reitera que “se realizaron ecografías de seguimiento cuyo objeto es valorar el riesgo de prematuridad y de CIR (no en la eco de la semana 22

según el escrito de alegaciones presentado, dado que estos dos problemas, más frecuentes en las gestaciones gemelares, lo son a partir de la viabilidad fetal, es decir, en la semana 25, no teniendo sentido realizar una ecografía con este objetivo antes de dicha edad gestacional). En este aspecto, como parte del seguimiento habitual en el entorno de la lex artis (no protocolizado específicamente en nuestro servicio) se realizan visitas más frecuentes, con intervalos flexibles adaptados a cada caso, en las que se practican ecografías de valoración de crecimiento fetal y control de cérvix uterino”.

Puntualiza que en el protocolo que los reclamantes denuncian “la única observación particular para embarazo múltiple (...) hace referencia como hecho diferencial específico para estas gestaciones al diagnóstico de corionicidad y amnionicidad, dando por válido que el procedimiento de diagnóstico morfológico y su calendario es también aplicable a las gestaciones múltiples, como de hecho se hace en la inmensa mayoría de los hospitales de la sanidad pública en España”. Añade que “ningún protocolo establece la ‘obligatoriedad’ de la prueba en una edad gestacional concreta, sino la recomendación de su realización en un rango de edades gestacionales más o menos amplio. Y, en cualquier caso, se cumplió la práctica ‘obligatoria’ de la realización, escrupulosamente correcta desde la lex artis, de la ecografía morfológica del segundo trimestre, no habiéndose retrasado la misma”. Reitera que “no disponemos en el servicio de protocolos propios específicos para el seguimiento ecográfico del embarazo gemelar, sino que asumimos los de la Sociedad científica que nos representa”, y aporta además de la referencia bibliográfica que solicitan los reclamantes “aquellas que aclaran realmente la legitimidad del procedimiento seguido en el caso que nos ocupa”.

8. Ante la nueva documentación incorporada al expediente, el 22 de agosto de 2019 el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a los interesados la apertura de un segundo trámite de audiencia.

No consta en el expediente que se hayan presentado alegaciones.

9. Con fecha 22 de octubre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Afirma que a la gestante se le realizó "la ecografía morfológica del segundo trimestre en la semana 19+2. Es decir, dos días después de haberse cumplido la semana 19 de embarazo, y en ella ambos fetos presentan correcta edad gestacional sin alteraciones morfológicas. La biometría de ambos fetos era acorde a 20 semanas de gestación y con adecuada valoración sistemática de la anatomía de ambos fetos, siendo por otro lado evidente que una diferencia de 5 días (se realizó la ecografía en la semana 19+2) no marcaría ninguna diferencia en el diagnóstico de la patología que presentaba el recién nacido, y que se diagnosticó intraútero correctamente en el momento en que era posible según todas las referencias bibliográficas./ Esta ecografía corresponde a la protocolización habitual de la ecografía que se realiza entre las semanas 20 y 22 para facilitar la posibilidad de un aborto en caso de diagnóstico de malformaciones. Precisamente por ello se hace en torno a la semana 20, porque si no no daría tiempo a practicar el aborto". Añade que en las ecografías realizadas en las semanas 23+2, 24+5, 27+5 y 32+2 "el crecimiento de ambos fetos era igual al no haberse empezado a manifestar la acondroplasia, circunstancia que no se produjo hasta la semana 33+2, en la que se sospechó y no se pudo confirmar hasta la semana 34+6". Se rechaza la asimilación del presente supuesto con el resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), precisando que en ese caso se "basa la responsabilidad de la Administración en el hecho de que los médicos no practicaron ninguna ecografía antes de la semana 22, circunstancia que redujo las posibilidades de diagnóstico de la acondroplasia por muy bajas que fueran", mientras que en el asunto analizado sí que "se hicieron ecografías", en concreto en las semanas 12+5, 15+6 y 19+2.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de octubre de 2019, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

Debe repararse en que, aunque la pretensión se formule en nombre de dos perjudicados -madre e hijo-, solo se identifica e interesa el resarcimiento del daño sufrido por la madre quien, en ejercicio de la representación legal que le confiere el artículo 162 del Código Civil, acciona al mismo tiempo en nombre de uno de sus hijos, pero nada solicita para el menor, y de lo relatado en el escrito de reclamación tampoco se deduce un daño distinto al que la madre

sufre por la privación de la opción de abortar. Reclamado ese daño por la propia gestante, no se comprende que accione también en nombre de un hijo sin concretar -a lo largo de las actuaciones- en qué consiste el perjuicio que se irroga al menor, observándose además que el poder conferido por la madre a los firmantes de la reclamación tampoco se extiende a la esfera de los intereses del hijo. En definitiva, debe entenderse que la reclamación se formula únicamente por la madre, sin que se aprecie carencia en el poder de representación sino vicio formal en el encabezamiento del escrito presentado.

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 4 de diciembre de 2018, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el nacimiento de un menor en cuyo proceso de gestación le fue diagnosticada una acondroplasia- el día 17 de junio de 2018, por lo que es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

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

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, 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.- Se reclaman aquí los daños sufridos por una gestante en cuanto se le priva de la opción de interrupción voluntaria del embarazo por el retraso en el diagnóstico prenatal de una acondroplasia hasta la semana 34+6 de la gestación.

Acreditado que la patología se detectó cuando la gestación estaba avanzada cabe apreciar en la madre un daño moral, si bien, tal y como viene señalando este Consejo (entre otros, Dictámenes Núm. 259/2006, 204/2012 y 174/2018), una reclamación de esta naturaleza plantea la problemática del carácter hipotético o no verificable del daño cuyo resarcimiento se impetra -la frustración de la posibilidad de abortar-, en la medida en que no resulta factible asegurar cuál hubiera sido la decisión de la madre si hubiera conocido efectivamente la patología que afectaba al feto.

Es más, en el supuesto examinado ese curso hipotético en el que se funda la reclamación encierra una segunda incertidumbre al desconocerse también si, de haberse detectado la patología antes de las veintidós semanas de gestación, hubiera tenido cabida una interrupción legal del embarazo, pues a

tal fin debería haberse valorado si una "acondroplasia" resulta amparada en el supuesto contemplado en el apartado b) del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, para lo cual el dictamen allí contemplado habría de subsumirla en el concepto de "graves anomalías en el feto" que habilitaría para la interrupción voluntaria del embarazo "por causas médicas". Al respecto, los peritos informantes manifiestan fundadas dudas sobre este encaje; no obstante, en la medida en que tampoco se ha excluido esta interpretación con rotundidad cabe admitir la concurrencia de un daño efectivo.

Advertido que la acondroplasia diagnosticada finalmente en la semana 34+6 no fue apreciada en los diversos controles de seguimiento del embarazo con anterioridad a la semana veintidós de gestación, y que por lo tanto la madre no pudo conocer esa circunstancia dentro del plazo en el que legalmente hubiera podido valorar la posibilidad de interrumpir el embarazo, con base en los dictámenes anteriormente referidos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en ellos citada este Consejo estima acreditada la existencia de un daño moral susceptible de ser indemnizado.

Ahora bien, admitida en términos hipotéticos la frustración de la posibilidad de que la gestante hubiera optado por una interrupción del embarazo "por causas médicas" en aplicación de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, conviene recordar que ello no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que aquella privación de diagnóstico se encuentra causalmente unida al funcionamiento del servicio público y que resulta antijurídica.

A tal fin, debemos tener presente 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 sanitaria 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*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Este criterio 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 la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente en la fase de diagnóstico tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a su sintomatología 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 un 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 (por todos, Dictamen Núm. 81/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). 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 supuesto examinado, la interesada no ha aportado a lo largo del procedimiento más argumento o prueba que la insistente y reiterada afirmación de que “en los controles gestaciones (...) se omitió la realización del control ecográfico establecido por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (...) entre las semanas 20-22 de gestación para las gestaciones gemelares bicoriales biamnióticas”. Y frente a los razonamientos precisos y contundentes del segundo informe del Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología explicativo del alcance y la vinculación del referido protocolo de la SEGO, que da lugar a un nuevo trámite de audiencia, prescinde aquella de efectuar alegaciones y de aportar pericial alguna justificativa de su reclamación.

Pues bien, a la vista de la historia clínica y de los diferentes informes periciales incorporados al expediente, tanto por el servicio interviniente como por la compañía aseguradora de la Administración, únicos documentos que con tal carácter figuran en las actuaciones al haber omitido la reclamante toda actividad probatoria, este Consejo no puede apreciar infracción alguna de la *lex artis* en el seguimiento del embarazo.

En primer lugar, procede señalar que el control ecográfico morfológico que se dice omitido sí que se realizó, no exactamente en el intervalo que va de la semana 20 a 22, sino con cinco días antelación; en concreto, en la semana 19+2. Sentado lo anterior, y si bien es cierto que como afirman los interesados el protocolo de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia pauta la realización de este control en la semana 20-22, la propia SEGO advierte al final de sus protocolos que los mismos “no deben interpretarse de forma rígida”.

Partiendo de esta doble premisa, nos encontramos con que la reclamante se limita, sin aportar prueba pericial alguna de contraste, a descalificar el informe de la compañía aseguradora razonando que su autora “carece de (...) especialización en Ginecología y Obstetricia”, a lo que añade un supuesto desconocimiento por parte de esta profesional de “los protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (...) aplicables al caso concreto”, así como a cuestionar las referencias científicas que se reseñan en el informe elaborado el 21 de enero de 2019 por el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología.

Sin embargo, tras el detallado “informe de valoración de las alegaciones presentadas” elaborado el 29 de julio de 2019 por el mismo Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología en el segundo trámite de audiencia que aborda particularmente el alcance de los citados protocolos, la reclamante prescinde de efectuar alegación alguna. Debemos observar, tal y como se constata en este informe, que “las guías de la SESEGO (por tanto de la SEGO) se basan en las recomendaciones nada obsoletas de la ISUOG (International Society of Ultrasound in Obstetrics and Gynecology), sociedad (de) referencia a nivel internacional para la organización de la práctica de la ecografía obstétrica”. En la publicación de la “Practice Guidelines: role of ultrasound in twin pregnancy”, elaborada por la ISUOG y que obra incorporada al expediente, en el apartado dedicado al “Ultrasound screening for structural abnormalities in twin pregnancy” puede leerse que “a routine second-trimester (anomaly) scan should be performed at around 20 (18-22) weeks’ gestation”, lo que supone que esta sociedad científica pauta la realización de la ecografía morfológica en el entorno de la semana 20 (18-22) de la gestación, habiéndose realizado en este caso en la semana 19+2.

Nada razona la reclamante en torno a lo que el especialista informante califica de “aparente contradicción” en los protocolos de la SEGO, en lo relativo a la realización de ecografías morfológicas en el segundo trimestre de la gestación, ya se trate de una gestación normal, pautada por la SEGO entre las semanas 18 a 22, o de una gestación gemelar, en la que los protocolos de la SEGO recomiendan la realización de este control entre las semanas 20 a 22. El

especialista en Obstetricia y Ginecología constata, sin que nada oponga al respecto la interesada, que la gestación gemelar bicorial biamniótica no tendría en este aspecto del diagnóstico morfológico más diferencias con la gestación única que la dificultad añadida de realizar la ecografía a dos fetos en el mismo útero.

En cualquier caso, los técnicos informantes coinciden en que la ecografía realizada en la semana 19+2 responde a la "protocolización habitual" de la ecografía recomendada entre las semanas 20 y 22, precisando que se realiza "en torno a la semana 20" para "facilitar la posibilidad de un aborto en caso de diagnóstico de malformaciones", porque "si no no daría tiempo a practicar el aborto". A su vez, estiman que una diferencia de 5 días (entre la semana 19+2 y la semana 20) no marcaría ninguna diferencia en el diagnóstico de la patología que presentaba el recién nacido, y que se realizó intraútero en el momento en que era posible según todas las referencias bibliográficas. Además, no puede obviarse que en las ecografías efectuadas con posterioridad a la semana 19+2 (en las semanas 23+2, 24+5, 27+5 y 32+2) se visualiza que "el crecimiento de ambos fetos era igual al no haberse empezado a manifestar la acondroplasia, circunstancia que no se produjo hasta la semana 33+2 en la que se sospechó y no se pudo confirmar hasta la semana 34+6", ya que en el caso de la malformación que nos ocupa "la desviación del tamaño de los huesos largos (...) se produce en la segunda fase del 2.º trimestre, entre las semanas 28 y 37 (...), siendo difícilmente detectable antes de esta edad gestacional", según diferentes referencias bibliográficas que se citan y adjuntan.

En estas circunstancias, teniendo en cuenta que el daño moral cuya indemnización se pretende se vincula de manera directa con la ausencia, antes de la semana 22 de gestación, de un diagnóstico de la acondroplasia, de improbable detección en esa fecha según los informes que constan en el expediente, sorprende que no se aporte argumentación ni prueba pericial de contraste por quien pretende cuestionar, frente a lo informado por todos los técnicos, la complejidad de detectar esa patología antes de la semana 28 del embarazo, toda vez que la evidencia de la desviación del crecimiento de los

huesos largos se produce en la segunda fase del segundo trimestre (entre las semanas 28 y 37), siendo difícilmente detectable antes de esa edad gestacional según la bibliografía especializada que se invoca.

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

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.