

Dictamen n^o: **112/08**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **19.11.08**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 19 de noviembre de 2008 sobre la consulta formulada por el Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por M. P. M. V., en su propio nombre y derecho por el funcionamiento normal o anormal de los servicios sanitarios.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con sello de fecha 5 de Julio de 2004, tuvo entrada en el Registro de la Consejería de Sanidad y Consumo escrito presentado por M. P. M. V., por medio del cual formula reclamación de responsabilidad patrimonial, por considerar que el Hospital A no le informó debidamente de las alternativas que se presentaban ante su embarazo y parto gemelar (con un feto malformado y otro sano), lo que, a su juicio, le impidió tomar una adecuada decisión, sobreviviendo el bebé afectado de malformación además del sano. Por todo ello, solicita una indemnización de 162.000 €, más 900 € mensuales para la atención de la niña nacida de ese parto con severas malformaciones y 1.200 € mensuales en los meses de “*no acceso laboral*” de la reclamante.

SEGUNDO.- De la documentación que forma parte del presente expediente, se desprenden los siguientes hechos:

La reclamante, con antecedentes de epilepsia, sin que haya tenido crisis ni se haya medicado en los cinco años anteriores a la fecha en que produjeron los hechos, acude al servicio de ginecología y obstetricia del Hospital A.

M. P. M. V. en 2001 tiene 38 años de edad con el antecedente obstétrico de una interrupción voluntaria de embarazo mediante micro cesárea en la semana décimo octava de gestación por una malformación fetal (síndrome de Roberts) en el año 1999.

El 25 de enero de 2001 acude al Hospital A (Área Sanitaria 5), procedente del Ambulatorio B, donde había sido diagnosticada mediante amniocentesis de Síndrome de Roberts en uno de los fetos.

En la atención prestada ese mismo día por el Servicio de Obstetricia del Hospital A, se consignó en un “Protocolo de Malformación Fetal”, entre otros datos (edad y profesión de los padres, historia obstétrica, etc.), hallazgos de la ecografía practicada ese mismo día por dicho Servicio. En el “estudio anatómico fetal” realizado en la ecografía al segundo gemelo se observó que (además de retraso de crecimiento) existía agenesia bilateral de cúbito y radio, ausencia bilateral de tibia y peroné, asimetría orbitaria, y el maxilar superior parecía integro. La conclusión de la ecografía fue: *“Gestación gemelar bicorial biamniotica en curso. Feto 1 normal (xy). Feto 2 (xx) con Síndrome de Roberts”*.

Desde esa fecha, se fueron realizadas múltiples Ecografías en el citado Hospital:

El 12 de febrero de 2001 el embarazo era de veinte semanas, consignándose en el informe datos relativos al primer gemelo y al segundo

(que seguía mostrando retraso en el crecimiento), y anotando como Conclusión: “*Gemelos discordantes; el 2º con Síndrome. de Roberts*”. En el informe de la historia clínica aparece reflejado en el apartado de observaciones que se “*informa a los padres sobre riesgos y beneficios referentes a la reducción selectiva.*” Sin embargo, en el informe que la reclamante aporta no consta dicha observación (folio 12).

El 26 de febrero de 2001 se registra como motivo de la ecografía: “*Control de malformación fetal*”. En el informe se describió lo observado tanto en el primero como en el segundo gemelo, incluyendo los hallazgos apreciados en el estudio anatómico fetal de este último (ausencia de cúbito y radio, hipoplasia que lleva a una agenesia de tibia y peroné, columna vertebral íntegra). Se anotó como conclusión: “*Gemelos discordantes bicorial biamnióticos*”.

El 12 de marzo de 2001 se realizó nueva ecografía a las 24 semanas y media de embarazo. Tras la descripción de la exploración del primero y del segundo gemelo, en el informe existente en la historia clínica original facilitado figura (entre otros) en las observaciones: “*Se informa a la paciente sobre diferentes centros hospitalarios donde el aborto legal está permitido a cualquier edad gestacional*”. Observación que no aparece en una de las copias aportadas en la reclamación (folio 14). No obstante, en ambos documentos, además de los apreciados en los dos gemelos, se refleja como conclusión “*gemelos discordantes, el segundo con síndrome de Roberts*”.

El 16 y el 27 de marzo de 2001 se realizaron nuevas ecografías y estudios de doppler a los dos gemelos. Se consignaron los datos observados en ambos, y se registró como Conclusión “*Gemelos discordantes, el 2º con Síndrome de Roberts*”. También se puso de manifiesto la existencia de malformaciones en el segundo feto.

El 17 y el 24 de abril de 2001 se realizaron nuevas ecografías en las que se reincide en lo manifestado en las ecografías anteriores.

El 8 de mayo de 2001, M. P. M. V. cursaba embarazo de 32 semanas, se practicó nueva ecografía a ambos gemelos con resultados similares a las anteriores ecografías. Asimismo, se acordó practicar una Funiculocentesis (punción del cordón umbilical) genética, para determinar el grado de deterioro de la salud del feto afectado de la malformación, el resultado del estudio citogenético (efectuado en linfocitos en sangre fetal) mostró, un cariotipo femenino 46 xx, con unas alteraciones cromosómicas que eran características del Síndrome de Roberts. (Folio 20).

Por último, el 16 de mayo de 2001 se realizó la última ecografía y estudio Doppler. En el informe, se consignó que el primer gemelo (varón) presentaba valores dentro de la normalidad. Se indicó en observaciones: *“Peso estimado: Gemelo 1: 2.175 grs. y Gemelo 2: 1000 grs”*.

El 17 de mayo de 2001 la reclamante ingresó en el Hospital A para programar cesárea por gestación gemelar con segundo gemelo con Síndrome de Roberts y microcesárea anterior, según la Hoja de Anamnesis. Se indicaba que era un embarazo deseado, la consulta prenatal la había realizado en el Hospital A, y aportaba once ecografías (la última de 34 semanas), siendo el primer gemelo acorde desde la primera ecografía y el segundo con Síndrome de Roberts. La paciente firmó el consentimiento informado para anestesia, cesárea y esterilización tubárica (Folios 124 a 124 bis).

El 18 de mayo de 2001 nacen ambos gemelos, el primero es un varón de 2,030 gr de peso, test de Apgar de 7/9, a continuación nace una niña de 900 gr de peso y test de Apgar 7/9. La cesárea cursa sin complicaciones para la madre por lo que es dada de alta el 23 de mayo de 2001.

La menor ingresó en el Servicio de Neonatología del Hospital A. Tenía al ingreso un peso de 910 grs., talla: 32 cms., Perímetro cefálico: 25'8 cm. Se trataba de un recién nacido pretérmino de peso bajo para su edad gestacional, con polimalformaciones: tetrafocomelia, craneostenosis con microcefalia, buftalmia bilateral severa, así como edema corneal e hipertensión ocular bilateral severos. Presentaba también un retraso de crecimiento intrauterino severo.

Durante el ingreso de la recién nacida, ésta fue intervenida por el Servicio de oftalmología de glaucoma congénito bilateral. El 27 de septiembre de 2001 la menor, con un peso de 2.660 grs., fue dada de alta, según consta en el Informe emitido, con el Diagnóstico: "*RNP con PBEG. Sind. de ROBERTS. Glaucoma congénito (Intervención)*". Se recomendó control por los Servicios de Oftalmología, Neurocirugía y Endocrinología.

En diversas visitas al servicio de oftalmología se señala por los médicos que la evolución posquirúrgica del glaucoma no había sido favorable, apreciándose un desprendimiento de retina en ojo derecho e hipertensión ocular en el izquierdo, no mejorando la transparencia corneal de ambos ojos. No se consideró pertinente nueva cirugía, a menos que se presentaran complicaciones oculares severas. Por ello, el 8 de febrero de 2003 se procede a evisceración del ojo derecho y el 15 de diciembre de 2004 se informa por el oftalmólogo que la prótesis de ojo derecho está bien adaptada con buen tono en ojo izquierdo.

La menor también ha tenido que acudir a diversas consultas en cirugía maxilofacial, neurocirugía y endocrinología como consecuencia de todas sus malformaciones le fue reconocida una minusvalía del 78 por ciento por resolución de 28 de enero de 2002 de la Dirección General de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid con validez hasta el 28 de enero de 2007.

La reclamante aporta informe de psiquiatría de fecha 10 de junio de 2004 en el que se manifiesta que ha estado sometida a tratamiento farmacológico y que a dicha fecha persiste “*estado de ansiedad con sentimientos de perjuicio y necesidad masiva de reparación*” (folio 21). También aporta como documento numero 9 de la reclamación, informe psicológico de fecha 14 de junio de 2004, en el que se pone de manifiesto que desde el año 2003 ha estado acudiendo a consulta por situación de depresión y ansiedad (folio 22). Por último se incorpora informe de trabajadora social de la ONCE de fecha 20 de julio de 2004, que declara que la reclamante asiste a un programa de apoyo familiar debido al desajuste emocional y familiar ocasionado por el nacimiento de su hija.

Ante la falta de resolución expresa de la reclamación de responsabilidad patrimonial la interesada ha interpuesto recurso contencioso administrativo mediante escrito de interposición de fecha 19 de mayo de 2005, ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, número de procedimiento ordinario 360/2005, sin que hasta la fecha conste la existencia de sentencia.

TERCERO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Se han cumplido los requisitos establecidos al efecto en dicho Real Decreto, incluido el trámite de audiencia, regulado en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo sucesivo “LRJ PAC”, y 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Consta que en fecha 12 de enero de 2007 se dio traslado del

expediente para que formulase alegaciones (folios 296 a 296 bis), sin que haya hecho uso de dicho derecho.

Mediante propuesta de resolución de fecha 29 de junio de 2007 se considera que debe desestimarse, habiendo sido informada favorablemente por el servicio jurídico.

CUARTO.- El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 1 de septiembre de 2008, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Fernando Merry del Val, quién firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 19 de noviembre de 2008.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la siguiente documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente:

1. Historial Clínico tanto de la reclamante como de la menor (Folios 104 a 270).
2. Informe del Jefe servicio de ginecología y obstetricia del Hospital A de fecha 23 de septiembre de 2004.
3. Informe de la Inspección médica de fecha 26 de octubre de 2005 (folios 74 a 103), en el que se concluye que la actuación médica fue acertada.
4. Informe pericial de la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud, de fecha 16 de mayo de 2006 que aconseja la desestimación de la reclamación por entender acertada la actuación médica. (Folios 284 a 293).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

Habiendo sido evacuado el dictamen dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- La reclamante está legitimada activamente para formular la reclamación por los daños morales ocasionados por la supuesta deficiente información sobre la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo respecto del feto con malformaciones a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJ-PAC. Esa deficiente información, tanto sobre la posibilidad de practicar un feticidio selectivo como sobre el alcance de las malformaciones, le impidió poder optar por la interrupción voluntaria del embarazo. A tal efecto conviene recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, por todas citaremos la de 14 de marzo de 2007(Rec.8017/2002) en relación a la interrupción voluntaria del embarazo, donde se dice:

"Por lo demás, y a efectos exclusivamente teóricos, no podemos olvidar lo dicho por esta Sala en algunas sentencias ente las que citaremos la de 30 de junio de 2006 (Rec. Casac. para unificación de doctrina 217/2005) en relación a la deficiente detección de malformación en un nasciturus. Decimos en dicha sentencia:

"Importa precisar, y resulta especialmente relevante, que los actores solicitaron una indemnización de 72000 euros no por las lesiones físicas con las que nació su hija, sino por lo que consideraban que era un daño

resarcible diferente, cual era haber privado a los recurrentes, y en especial a la madre, de una información trascendente para optar por la posibilidad de aborto eugenésico, lesionando su facultad de autodeterminación ligado al principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución) y el derecho a la información para ejercer sus libres determinaciones (art. 10.1 y 5 y 6 de la Ley General de Sanidad). En definitiva pues, solicitaban indemnización por el daño moral derivado de no haber podido optar por la interrupción del embarazo al no haberseles informado sobre las malformaciones del feto”.

El Tribunal Supremo ha reiterado en múltiples sentencias, por todas citaremos la de 29 de marzo de 2006 (Recurso nº 271/2002) y 3 de octubre de 2000 (Recurso nº 3905/96), que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.

"Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abr. (RTC 1985, 53), F. 8, «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo

10) [...]». En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...]».

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño. A tal efecto hemos de tener en cuenta que en virtud del Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre, se produjo el traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del INSALUD.

Por lo que se refiere al plazo para la interposición de la reclamación administrativa, el artículo 142.5 de la LRJ-PAC, dispone que “*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 determinación del alcance de las secuelas*”.

Entiende la jurisprudencia, entre otras sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2007 (Recurso nº 7150/2002) y de 20 de junio de 2006 (Rec. 1344/2002) que para la determinación del “*dies a quo*” para el cómputo del plazo de prescripción resulta de aplicación el principio general de la “*actio nata*” consagrado en el artículo 1969 del Código Civil, el cuál dispone que el cómputo del plazo para ejercitar la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad. A tal efecto es necesario distinguir entre daños permanentes y daños continuados, por los primeros debe entenderse aquéllos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto, aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, mientras que los continuados “*son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución*”.

de continuidad, es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo". Y por eso, para este tipo de daños, "el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos", o como señala la sentencia de 5 de octubre de 2000 [RJ 2000/8621], en estos casos, "para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial el «dies a quo» será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto".

Resulta relevante para el presente supuesto lo dispuesto por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de febrero de 2007 (Rec. 5536/2003) a cuyo tenor; *"el día a quo para el ejercicio de la acción de responsabilidad por disposición legal ha de ser aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto o aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de secuelas, y una vez establecido dicho alcance definitivo de la enfermedad y sus secuelas, los tratamientos posteriores encaminados a obtener una mejor calidad de vida o a evitar ulterior complicaciones en la salud del paciente o la progresión de la enfermedad, no enervan la situación objetiva en que la lesión, enfermedad o secuela consisten".*

La reclamación administrativa es de fecha 5 de julio de 2004 y el nacimiento de la menor tuvo lugar el 18 de mayo de 2001. Como hemos señalado anteriormente, la madre reclama por el daño moral que le ha ocasionado el no haber recibido información sobre las posibilidades terapéuticas de interrupción voluntaria del embarazo, no por los daños que padece la niña. Ahora bien atendiendo a que ese daño psicológico que padece la madre está íntimamente ligado a las secuelas que padece la niña, hemos de tener en cuenta que mediante Resolución de la Directora General de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid de fecha 28 de mayo de 2002 se declaró a la menor la condición de minusválida con un grado del 78% (folios 9 y 10). Por lo tanto, desde dicha fecha se conoce por la madre

la situación de la menor y por ello, desde entonces pudo ejercitarse la acción para la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, sin que la existencia de informes psicológicos emitidos dos años después pueda servir para mantener el plazo abierto indefinidamente. Por ello, la reclamación se encuentra prescrita.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y artículo 55 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, se contempla en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, desarrollado en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la Disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, en redacción dada por las 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 autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

Como se ha manifestado anteriormente, en el antecedente de hecho segundo, el trámite de audiencia se ha cumplimentado adecuadamente.

CUARTA.- Entrando en el análisis de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor,*

siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y artículo 40 de la Ley del régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El art. 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por la 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.

2º.-En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración. Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio (recurso 4429/2004) y de 15 de enero de 2008 (recurso nº 8803/2003), los requisitos en cuestión son los siguientes:

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión, la calificación de este concepto viene dada no tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como,

principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto.

3º) Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo ésta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento, no procediendo la indemnización si ha intervenido otra causa.

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que, entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese

criterio básico, siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido el Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), recuerda: "*Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales, ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse excluida de antemano*".

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), señala: "*lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis*".

Señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (Recurso nº 8803/2003) y de 20 de marzo de 2007 (Recurso nº 7915/2003) que "*a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente*". Resulta ello relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, no convierte a la Administración a través de esta institución, en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, debiendo responder solo de aquellos que no tengan el deber jurídico de soportar.

Que podemos resumir diciendo que no es exigible una actuación administrativa más allá del la buena práctica médica, *lex artis ad hoc*,

porque entonces, y aunque nos encontremos con un posible daño, éste no estaría causado nunca por el funcionamiento normal del servicio, porque el servicio público no puede impedir el daño, lo que es lo mismo, no puede causarlo, no existiendo la necesaria relación de causalidad entre actividad de la Administración y el evento dañoso.

QUINTA.- Para apreciar la ocurrencia de una buena práctica sanitaria es imprescindible analizar una rigurosa evaluación de la prueba. Ciertamente la acreditación de que existió una mala praxis médica corresponde a los reclamantes –artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -. Pero la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre (recurso 3071/03) y 2 de noviembre (recurso 9309/03) de 2.007. Lo mismo podemos decir respecto del informe necesario del servicio cuyo funcionamiento, normal o anormal, ocasionó el daño, que requiere el artículo 10.2 del R.D. 429/1993. A veces, incluso, el Tribunal Supremo, sentencia de 27 de junio de 2.008 (recurso 3768/04) requiere una explicación adecuada del evento dañoso para excluir la responsabilidad.

Como hemos manifestado en el fundamento de derecho segundo la reclamante articula su pretensión sobre el daño moral ocasionado por no haber sido informada debidamente de la posibilidad de interrumpir voluntariamente su embarazo, así como del riesgo inminente para su vida en la cesárea practicada el 18 de mayo de 2001. Queda acreditado que M. P. M. V. como consecuencia del nacimiento de su hija con malformaciones ha padecido depresión y ansiedad, razón por la cual ha recibido tratamiento psiquiátrico y psicológico. Ahora bien, en el escrito de reclamación solicita indemnización no sólo por el daño moral ocasionado que cuantifica en 162.000 euros sino que reclama una indemnización de 1.200 euros por los

meses de no acceso laboral y 900 euros mensuales para una debida atención a la menor. De conformidad con el artículo 139.2 de la LRJ PAC el daño ha de ser efectivo, es decir debe haberse producido ya cuando se presenta la reclamación, no siendo indemnizables los daños hipotéticos.

Recogida la posibilidad de indemnización de daño moral resulta necesario precisar si concurren los demás requisitos configuradores de la responsabilidad patrimonial entre los cuales la relación de causalidad aparece como esencial. En este sentido debe hacerse constar que la teoría de los cursos causales no verificables usada por la jurisprudencia norteamericana en casos de errores en el diagnóstico prenatal, permite al facultativo aducir que no es seguro que de haber sido correcto el diagnóstico la decisión del interesado hubiese sido distinta, si bien en estos supuestos se hace recaer sobre el médico la carga de probar que tal decisión habría sido la misma con un diagnóstico acertado. Esta teoría ha tenido distinta acogida en la jurisprudencia, de manera que mientras fue seguida por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997 (Recurso nº 495/1997), fue abandonada en las dictadas con fechas de 4 de febrero de 1999 (Recurso nº 1242/1998) y 7 de junio de 2002 (Recurso nº 581/2002), en las que no se consideró probado que la madre de conocer las malformaciones del feto, habría abortado.

En la primera se estimó la acción de responsabilidad derivada de una falta de información sobre una prueba practicada por lo que se le impidió a la madre haber interrumpido legalmente su embarazo, mientras que en la segunda, por el contrario, se denegó la indemnización reclamada por el padre de una niña que nació con graves malformaciones congénitas que no fueron detectadas con los estudios ecográficos, declarándose que la genética está fuera de las posibilidades de evitar el resultado y además es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante habría tomado la decisión de interrumpir el embarazo. Finalmente, la Sentencia de

7 de junio de 2002 considera que no había prueba de que la embarazada de haber conocido la existencia de malformaciones en el feto hubiese abortado, lo que le lleva a la absolución del médico demandado.

El Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 14 de julio de 2001 (Recurso nº 2280/97) y 18 de mayo de 2002 (Recurso nº 280/98), *“ha tenido en cuenta a efectos de fijar el nexo causal entre la actuación del servicio público y el perjuicio sufrido, la conducta del personal médico. Partiendo de la base establecida en estas sentencias resulta evidente que en los supuestos de daño moral al que antes nos hemos referido, sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial”*.

En primer lugar, atendiendo a los informes médicos y periciales que obran en el expediente administrativo, la conclusión es que sí se informó a la reclamante de la malformación del feto y de la posibilidad de practicar una interrupción selectiva con los riesgos que ello conllevaba. Así consta en los informes elaborados en las diversas ecografías practicadas, entre los meses de febrero hasta mayo, se refleja que el segundo gemelo tenía malformación, con síndrome de Roberts. A mayor abundamiento M. P. M. V. acude voluntariamente al Hospital A para conocer una segunda opinión para valorar la viabilidad del feto sano ya que se le había diagnosticado síndrome de Roberts en el segundo gemelo, y en el año 1999 había tenido un embarazo interrumpido voluntariamente por feto malformado. Esta circunstancia resulta determinante porque parece que dicho feto padecía de

la misma enfermedad congénita que la menor, razón por la cual la reclamante debía conocer sus efectos al haber optado entonces por el aborto.

Como señala el informe de la inspección médica (Folio 92) *“todo parece indicar que M.P.M.V. y su pareja no querían tener un niño con síndrome de Roberts, pero como afirma el Jefe del Servicio de Obstetricia, deseaban no perder el hijo normal, ya que habían perdido otro anteriormente, y todas las decisiones parece que se dirigieron a la alternativa que diera más posibilidad de supervivencia del feto sano.*

En efecto, tanto el aborto global como el feticidio selectivo suponían un peligro para el feto normal; el primer método suponía su pérdida segura y la intervención selectiva implicaba un cierto riesgo, pues se le exponía a algún posible complicación, como podía ser el aborto o la prematuridad no viable”.

En cuanto a la disparidad entre los informes que le entregan a la reclamante en las ecografías practicadas los días 12 de febrero y 13 de marzo de 2001 y los que constan en la historia clínica se refiere exclusivamente a la información suministrada. El mencionado Jefe de servicio explica que dicha discordancia se debe a que el informe ecográfico se entrega en mano inmediatamente después de la ecografía, mientras que en los casos complicados como éste hay una reunión con los padres para explicar el asunto y se refleja posteriormente por parte del médico la información suministrada.

Atendiendo a la fecha de los hechos, mayo de 2001, el consentimiento informado se regulaba en el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, de Sanidad, a cuyo tenor *“todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:*

5. *A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento*

6. *A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención”.*

En cuanto al ámbito del consentimiento informado la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de noviembre de 2005 (Recurso nº 6620/2001), en relación con el consentimiento informado explica que: *"El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada (...). Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica".*

Aplicando dicho criterio al presente caso, resulta acreditado la existencia de consentimiento informado para la anestesia y la cesárea (folios 124 a 125 bis), y el consentimiento sobre las malformaciones del feto no debe constar por escrito, basta con que se acredite que se ha comunicado a los progenitores, circunstancia que queda acreditada no sólo por el informe del servicio de obstetricia sino porque en los informes de ecografías se pone de manifiesto la existencia del síndrome de Roberts que supone una malformación.

Como señala el informe de la Inspección médica teniendo en cuenta la alta tasa de mortalidad espontánea en el síndrome de Roberts, según confirma el mencionado Jefe de Servicio, a cuyo efecto constan en el expediente diversos artículos doctrinales sobre dicha enfermedad y su fatal

desenlace (Folios 37 a 69), es presumible que los futuros padres eligieran continuar la gestación no por falta de información sino porque lo más probable era que el feto afecto se perdiera espontáneamente, circunstancia que, inopinadamente, no ocurrió.

No se aprecia relación de causalidad entre el daño sufrido y la actuación médica. A mayor abundamiento tampoco existe vulneración de la *lex artis* de acuerdo con la conclusión que alcanza el informe pericial elaborado por cuatro especialistas en obstetricia y ginecología (folios 284 a 293), sin que se aprecie un retraso innecesario en la práctica de la cesárea, ya que la decisión de realizarla en la semana 34 era para asegurar la viabilidad del feto sano y atendiendo al peso (900 gr) y a las malformaciones del feto con Síndrome de Roberts se pensó que, quizás, no sobreviviese. Resulta revelador el informe del médico interviniente que declara “*se había consensuado que después de nacer no se pondrían en marcha medidas extraordinarias para su reanimación, sino únicamente las necesarias para mantenerlo con vida*”. Ello demuestra, una vez más, que había existido una comunicación constante con los progenitores, por lo que no se aprecia mala práctica médica en ningún caso.

SEXTA.- La competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad según el artículo 142.2 de la LRJ-PAC y 55.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid; cuyo acto pondrá fin a la vía administrativa por mor de lo dispuesto en el artículo 142.6 de la LRJ-PAC, y contra él cabe recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ex artículo 10.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contenciosa administrativa.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Este Consejo Consultivo estima que a los efectos del informe solicitado procede declarar prescrita la reclamación efectuada, y en su caso, desestimarla en cuanto al fondo,

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3. 7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 19 de noviembre de 2008

