

Dictamen n^o: **495/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **14.09.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 14 de septiembre de 2011, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, respecto de reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial presentada por A.G.A.V. y G.C.V. en nombre y representación de su hijo menor, J.C.A., por la deficiente asistencia sanitaria prestada por el Centro de Especialidades de Villaverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Sanidad, mediante escrito de 8 de julio de 2011, con registro de entrada en este órgano el día 19 del mismo mes, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección IV, presidida por la Excm. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 14 de septiembre de 2011.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo es acompañado de documentación en soporte CD que, adecuadamente numerada y foliada, se considera suficiente.

SEGUNDO.- Por escrito presentado el 26 de octubre de 2010 en la Oficina de Correos dirigido a la Consejería de Sanidad, A.G.A.V. y G.C.V., actuando en nombre y representación de su hijo menor, J.C.A. formulan reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por éste y que atribuyen a un defectuoso control y seguimiento del embarazo de A.G.A.V., por el Servicio Madrileño de Salud. Según refieren los reclamantes, la segunda de las ecografías pautadas conforme a los protocolos sanitarios debe realizarse a las 20 semanas de gestación y, sin embargo, en su caso se le realizó a las 25 semanas porque la paciente estaba mal citada. Refieren los reclamantes que la ecografía realizada a las 25 semanas señalaba que *“no se observan anomalías fetales en el momento actual”* y manifiesta que *“este hecho es de suma importancia, por cuanto si tenemos en cuenta los protocolos de la Comunidad de Madrid, sería ya en la semana 20 donde se deberían de observar cualquier tipo de malformación y/o anomalía en el feto y así poder dejar al arbitrio de los progenitores poder seguir o no con el embarazo, al encontrarse en uno de los tres supuestos de la interrupción voluntaria del embarazo, y sin embargo en la semana 25 (5 semanas después), sigue sin observarse anomalía o malformación alguna en el feto”*. Sin embargo, en la ecografía realizada en la semana 28 de gestación se observó en la ecografía hallazgos morfológicos compatibles con encefalocele occipital, diagnóstico que fue confirmado por nueva ecografía, realizada cinco días más tarde, en el Hospital 12 de Octubre. A partir de ese momento se realizó un seguimiento del embarazo como un parto de riesgo, realizándose tres nuevas ecografías, y programar la cesárea para el día 20 de abril de 2009, al requerir el bebé una asistencia por el servicio de neonatología y neurocirugía infantil. Así, nacido el menor el día 17 de abril de 2009, días más tarde, el 22 de abril tuvo que realizarse una cirugía correctora del encefalocele con antibioterapia profiláctica y postcirugía, el menor tuvo que permanecer con ventilación mecánica durante 48 horas y requirió una transfusión. Trece días después de la

primera intervención, el menor tuvo que ser sometido a una segunda intervención para reparación de la fístula de LCR. A pesar de todas estas complicaciones el bebé logró salir adelante si bien, le han quedado secuelas consistentes en disminución de eficiencia visual por enfermedad del S.N.C. de etiología congénita y retraso madurativo por enfermedad del S.N.C. de etiología congénita, habiéndosele reconocido por la Administración un grado de minusvalía de un 66%.

Los reclamantes interpusieron denuncia por presunta negligencia e imprudencia contra las personas, que dio lugar al Procedimiento Abreviado 3224/2009, tramitado por el Juzgado de Instrucción nº 26 de Madrid, que por Auto de 9 de marzo de 2010 acordó el archivo de las actuaciones.

Los reclamantes cuantifican el importe de su reclamación en 600.000 euros, *“atendiendo a las dolencias y secuelas que actualmente padece el menor, teniendo en cuenta las modificaciones necesarias en su vivienda, de forma de vida y en la vida de sus familiares, así como la ayuda permanente de una tercera persona que necesitará el resto de su vida”* (folios 1 a 13 del expediente administrativo).

Con el escrito de reclamación, los interesados acompañan fotocopia del Libro de Familia, informes de las ecografías realizadas en el Centro de Especialidades Villaverde, así como en el Hospital 12 de Octubre, informe del Servicio de Neonatología y Resolución de la Dirección General de Servicios Sociales de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid de 27 de enero de 2010 por la que se reconoce al menor un grado de discapacidad del 66% e informe médico forense del Juzgado de Instrucción nº 26 de Madrid (folios 14 a 37).

TERCERO.- Presentada la reclamación se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en el R.D. 429/1993, de 26 de marzo. Del expediente resultan los siguientes hechos probados:

A.G.A.V., de 32 años de edad, es remitida por su médico de cabecera para el control y seguimiento de su embarazo al Centro de Especialidades Villaverde. La reclamante ya tenía un hijo varón, nacido en 1998, por parto vaginal. Fue vista en dicho centro por su tocólogo el 2 de octubre de 2008 y se prescribió una ecografía de control del primer trimestre. En esta visita se realizaron los controles obstétricos básicos establecidos incluyendo exploración física y se programaron los controles analíticos protocolizados. Se realizó una citología el 6 de octubre de 2008: negativa para lesión intraepitelial y malignidad. Además se realizó una analítica el día 9 de octubre en el Servicio de Análisis Clínicos de CEP Carabanchel consistente en bioquímica general, Inmunohematología (Grupo sanguíneo, Rh, Test de Coombs indirecto) Serología (Toxoplasmosis, Rubéola, Sífilis, CMV, Anti-Hepatitis C, Anti-HBs, Anti-HIV) y Sistemático de orina con valores dentro de la normalidad, escrutinio para Síndrome de Down y estudio de Hemoglobinopatías y Talasemias (16-10-08) sin anomalías.

El 17 de octubre de 2008 se efectuó ecografía en el Centro de Especialidades Villaverde. Se anota en el informe ecográfico que la gestante desconoce la fecha de la última regla, desconociéndose la edad gestacional del feto. No obstante, de la ecografía se desprende que la biometría del feto se corresponde con una gestación de 12 semanas y media. En el informe se indica que se debe citar a la paciente para nuevo control ecográfico en nueve semanas.

El día 20 de octubre de 2008 se formalizó la citación de la gestante para el día 19 de diciembre de 2008 para la realización, de la ECO de control de las 20 semanas.

El 30 de octubre de 2008 se realiza una revisión obstétrica en el Centro de Especialidades de Villaverde encontrándose la gestante en la semana 15+5, con exploración normal sin alteraciones.

El 15 de diciembre de 2008, se anula la cita para la realización de la ecografía de control de la vigésima semana programada para el día 19 de diciembre a las 15:10 h. Se reseñó en la anulación de la cita la observación “*no puede venir*” y como motivo “*solicitud de la paciente*”.

El 23 de diciembre siguiente, la paciente acude a revisión obstétrica en el Centro de Especialidades de Villaverde encontrándose la gestante en la semana 22+3, con exploración normal sin alteraciones.

El 15 de enero de 2009 se realizó la segunda ecografía, toda vez que la paciente había anulado la cita del día 19 de diciembre. La gestante se encontraba de 25 semanas. Se especificó en el informe ecográfico que la siguiente prueba debía realizarse a las semanas. El informe ecográfico señala: “*MFC positivo, Situación longitudinal, Presentación podálica, DBP 56 mm, DAT 56 mm, LF 44 mm, Placenta en cara posterior, Líquido Amniótico normal, Cordón 3 vasos, Corresponde a una gestación de 24 semanas. No se observan anomalías fetales en el momento actual*”. En el informe de esta 2ª ecografía se hizo constar de forma expresa que si bien la prueba puede detectar una elevada proporción de anomalías en el feto (hasta en 60-70%), no excluye la posible existencia de estas en etapas tardías de la gestación.

En el informe de la ecografía se consignó que la paciente estaba mal citada y que no se realizó la ecografía de la semana 20. No se hace mención de la causa de esta circunstancia que no es otra que la anulación por la propia gestante de la cita programada para el 19 de diciembre de 2008 a las 15:10 h concertada por ella misma el 20-10-2008. Se reseñó en la anulación de la cita la observación “*no puede venir*” y como motivo “*solicitud de la paciente*”.

El 22 de enero de 2009, la paciente acude a revisión obstétrica en el Centro de Especialidades de Villaverde encontrándose la gestante en la semana 25+6, con exploración normal sin alteraciones. Durante esta

visita, se programaron los controles analíticos protocolizados consistentes en bioquímica consistente en control de glucosa (realizada el 23 de enero de 2009) normal y hematología, bioquímica general y orina realizados el 27 de enero de 2009.

El 12 de febrero de 2009 se practicó ecografía con la gestante de 28 semanas. Tras diagnóstico de cuadro compatible con Encefalocele Occipital se remitió a la gestante al Servicio de ECOGRAFÍA del H. 12 de Octubre. El informe ecográfico señala: *“MCF positivos, Situación Longitudinal, Presentación cefálica, DBP 66 mm, DFO 90 mm, Perímetro cefálico 248 mm (>p5) DAT76 mm, DAAP 79 mm, LF 57 mm, Placenta en cara posterior, Líquido Amniótico normal, Cordón 3 vasos, Doppler en art. Umbilical normal, Corresponde a una gestación de 28 semanas. Hallazgos Morfológicos Defecto óseo a nivel occipital próximo, a línea media a través del cual se produce una herniación de estructuras intracraneales (fundamentalmente izquierdas). El saco herniario de 63x44 mm es de contenido fundamentalmente líquido aunque existe alguna estructura parenquimatosa en su interior. El resto de la exploración del SNC es aparentemente normal sin que se aprecie ventriculomegalia. Tampoco se aprecia microcefalia (P.C >p5). Riñones de aspecto normal, no polidactilia, no se observan anomalías estructurales asociadas”*.

Remitida al Hospital 12 de Octubre, el 17 de febrero de 2009 se practicó nueva ecografía con la gestante de 29 semanas por sospecha de Encefalocele Occipital que confirmó dicho diagnóstico. Se recomendó estudio mediante RMN procediendo a citar a la gestante para la realización de dicha prueba el 24 de febrero de 2009 a las 8:30 h. Se citó para control Ecográfico el 10 de marzo de 2009 a las 10 horas.

El nuevo informe ecográfico realizado el 17 de febrero de 2009 dice: *“MCF positivos, Situación Longitudinal, Presentación Cefálica, DBP*

66, DAT 79. mm, DAAP 80 mm, LF 56 mm Perímetro Cefálico 250 mm, Placenta en cara posterior, Líquido Amniótico normal, Cerdón 3 vasos, Doppler en art. Umbilical normal. Corresponde a una gestación de 29 semanas. Hallazgos Morfológicos Defecto óseo a nivel de la Calota de 15 mm próximo a línea media y ligeramente lateralizado a la izquierda a través del cual se produce una herniación de estructuras intracraneales. El saco herniario mide 65x45 mm y es de contenido fundamentalmente líquido con presencia de alguna imagen ecogénica lineal y sin que se aprecien estructuras vasculares en su interior. El resto de la exploración del SNC es normal, visualizándose cuerpo calloso, septo pelúcido y su cavum. No se observa ventriculomegalia y tan solo llama la atención una ligera asimetría en la cisura interhemisférica en línea media por delante del cavum que pudiera estar en relación con la presión negativa generada por la herniación. Todo esto es compatible con el diagnóstico de defecto abierto del tubo neural tipo Meningocele Occipital. Riñones de aspecto normal. No polidactilia. El resto de la exploración morfológica fetal es normal sin apreciarse anomalías estructurales asociadas”.

En el informe de esta ecografía se hizo constar de forma expresa la información suministrada a los progenitores sobre el pronóstico en principio favorable de la lesión, estando condicionado el definitivo por la existencia de incertidumbre dependiente de la posible incompleta expresión de la patología fetal en este momento del desarrollo así como la posible expresividad del cuadro en el periodo postnatal.

El 18 de febrero de 2009, la gestante acude a su revisión obstétrica en el Centro de Especialidades de Villaverde encontrándose de 29 semanas + 5, con exploración normal sin alteraciones y analítica normal.

El 24 de febrero de 2009 se realizó la RMN que confirmó el diagnóstico de Mielomeningocele con mínima herniación de lóbulo occipital.

El 11 de marzo de 2009 se practicó ecografía con la gestante de 32 semanas + 5 días para Control de malformación fetal: Meningocele occipital que se informa: *“MCF positivos, Situación Longitudinal, Presentación Cefálica, DBP 72, DAT 96 mm, DAAP 74 mm, LF 67 mm, Perímetro Cefálico 281 mm, Placenta en cara posterior, Líquido Amniótico normal, Cordón 3 vasos, Doppler Fetal: I P art. Umbilical 0,6. Observaciones: Defecto óseo a nivel de la Calota de 15 mm, próximo a línea media y ligeramente lateralizado a la izquierda a través del cual se produce una herniación de estructuras intracraneales. El saco herniario mide 60x58 mm (no cambios sustanciales con respecto al control previo) y es de contenido fundamentalmente líquido con presencia de alguna imagen ecogénica de aspecto membranoso, sugestiva de estructuras meníngeas. El resto de la exploración del SNC es normal, visualizándose cuerpo calloso, septo pelúcido y su cavum. No se observa ventriculomegalia y tan solo llama la atención una ligera asimetría en la cisura interhemisférica en línea media por delante del cavum que pudiera estar en relación con la presión negativa generada por la herniación. Todo esto es compatible con el diagnóstico de defecto abierto del tubo neural tipo Meningocele Occipital. Riñones de aspecto normal. No polidactilia. El resto de la exploración morfológica fetal es normal sin apreciarse anomalías estructurales asociadas”*. En el informe de esta ecografía también se informó a los progenitores sobre el pronóstico en principio favorable de la lesión, estando condicionado el definitivo por la existencia de incertidumbre dependiente de la posible incompleta expresión de la patología fetal en este momento del desarrollo así como la posible expresividad del cuadro en el periodo postnatal.

El 17 de marzo de 2009 se realizó nueva RMN de control, que fue coincidente con el previo en sus resultados *“mielomeningocele con mínima herniación de lóbulo occipital de 15 mm”*.

Siete días más tarde, el 23 de marzo de 2009 se realizó nueva revisión obstétrica en el Centro de Especialidades de Villaverde con exploración normal sin alteraciones. Se realizaron los controles analíticos protocolizados para el 3^{er} Trimestre.

Una semana después, el 30 de marzo de 2009 se practicó ecografía con la gestante de 35 semanas + 4 días para Control de malformación fetal: meningocele occipital que se informa: *“MCF positivos, Situación Longitudinal, Presentación Cefálica, DBP 78, DAT 88 mm, DAAP 104 mm, LF 70 mm Perímetro Cefálico 310 mm, Placenta en cara posterior, Líquido Amniótico normal, Cerdn 3 vasos, Doppler Fetal: I P art. Umbilical 0,9. Observaciones: Hallazgos similares con defecto óseo a nivel de la Calota, próximo a línea media y ligeramente lateralizado a la izquierda a través del cual se produce una herniación de estructuras intracraneales. El saco herniario mide 80x74 mm (no cambios sustanciales con respecto al control previo) y es de contenido fundamentalmente líquido con presencia de alguna imagen ecogénica de aspecto membranoso, sugestiva de estructuras meníngeas. El resto de la exploración del SNC es normal, visualizándose cuerpo calloso, septo pelúcido y su cavum. No se observa ventriculomegalia y tan solo llama la atención una ligera asimetría en la cisura interhemisférica en línea media por delante del cavum que pudiera estar en relación con la presión negativa generada por la herniación. Todo esto es compatible con el diagnóstico de defecto abierto del tubo neural tipo Meningocele Occipital. El resto de la exploración morfológica fetal es normal sin apreciarse anomalías estructurales asociadas”*.

El 14 de abril de 2009 se practicó ecografía con la gestante de 37 semanas + 6 días para Control de malformación fetal: meningocele occipital. El informe ecográfico declara: *“MCF positivos, Situación Longitudinal, Presentación Cefálica, DBP 79, DAT 94 mm, DAAP 104 mm, LF 72 mm Perímetro Cefálico 310 mm, Placenta en cara posterior, Líquido Amniótico normal, Cordón 3 vasos, Doppler Fetal: I P art. Umbilical normal. Observaciones: Hallazgos similares con defecto óseo a nivel de la Calota, próximo a línea media y ligeramente lateralizado a la izquierda a través del cual se produce una herniación de estructuras intracraneales. El saco herniario mide 104x74 mm y es de contenido fundamentalmente líquido con presencia de alguna imagen ecogénica de aspecto membranoso, sugestiva de estructuras meníngeas. Todo esto es compatible con el diagnóstico de defecto abierto del tubo neural tipo Meningocele Occipital. El resto de la exploración morfológica fetal es normal sin apreciarse anomalías estructurales asociadas”*.

Se programó cesárea para la extracción fetal el 20 de abril de 2009 tras ponerse en comunicación con los servicios de Neonatología y de Neurocirugía Infantil, indicando el ingreso a las 9 horas por el Servicio de Urgencias.

El día 16 de abril de 2009, A.G.A.V. ingresó por inicio espontáneo del parto para realización de cesárea programada urgente por malformación fetal, estando la gestante de 38+3 semanas. Se realizaron los controles físicos y analíticos protocolizados.

Tras avisar al Servicio de Neonatología, la embarazada pasó a quirófano a las 23:55 horas practicándose cesárea con anestesia intradural, encontrando al feto en cefálica con una circular apretada de cordón y un meningocele de unos 5 cm en zona occipital que se envolvió con paño estéril caliente. El líquido amniótico fue claro y la extracción de la placenta y las membranas con limpieza posterior de la cavidad se efectuó

con normalidad y sin incidencias con la paciente hemodinámicamente estable. El neonato, varón con un peso de 2.800 gramos, presentó un Apgar 9/10 no precisando reanimación.

La paciente fue dada de alta el 23 de abril de 2009.

El niño presentó inicialmente un encefalomielomeningocele occipital, seno pilonidal sacrocoxígeo con fondo de saco ciego y alteraciones fenotípicas. Se realizaron pruebas complementarias (analítica, ecografía y RMN craneal, cariotipo, valoración cardiológica) detectándose ausencia de hoz cerebral e hipoplasia de cuerpo caloso, malformación de Arnold Chiari 2, CIA, DA persistente.

El 22 de abril de 2009 se realizó cirugía correctora del encefalocele. Así mismo precisó corrección quirúrgica de procesos concomitantes (catarata bilateral en 2009, derivación ventriculoperitoneal de LCR en 2010, hernia inguinoescrotal derecha en 2009).

En seguimiento por el Servicio de Enfermedades raras, Neurocirugía y Oftalmología recibiendo tratamiento específico rehabilitador y de estimulación temprana.

El menor presenta una grave afectación visual y retraso psicomotor.

A efectos de emisión del presente dictamen, son de interés, además de los documentos indicados en el antecedente SEGUNDO, los que siguen:

1. Historia clínica de la paciente en el Hospital 12 de Octubre (folios 44 a 139).
2. Informe de la Jefe de la Sección de Medicina Fetal del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital 12 de Octubre, de 18 de noviembre de 2010 (folios 141 a 143).

3. Escrito del Jefe del Servicio de Atención al Paciente del Centro de Especialidades Villaverde en el que se remite la relación de citadas de ese centro en cuanto a consultas de tocología y pruebas de ecografía y comprobante de la aplicación informática de la anulación de la cita de ecografía obstétrica programada para el día 19 de diciembre de 2008 y en la que se anota que la paciente “no puede venir” (folios 145 a 151).

4. Informe de la Inspección sanitaria, de 3 de marzo de 2011 que concluye lo siguiente: *“las diversas actuaciones efectuadas por esta Médico Inspectora permiten concluir que la asistencia sanitaria prestada a A.G.A.V. fue completa, continuada y diligente, ajustada en todo momento a la Lex Artis, con un seguimiento de la gestación totalmente adecuado; programándose con la regularidad establecida por los protocolos universalmente establecidos, los controles gestacionales pertinentes, las revisiones clínicas necesarias, las pruebas analíticas precisas y los estudios de imagen oportunos, durante el embarazo de acuerdo a la más estricta normopraxis y que el diagnóstico del cuadro malformativo en etapa avanzada de la gestación se debió a la negatividad de los resultados analíticos obtenidos que descartaban su posibilidad con alto grado de certeza y a las limitaciones propias de la prueba diagnóstica de imagen (ecografía). Se verifica la existencia de una información a la gestante de todos los procedimientos diagnósticos efectuados, completa, continuada y asequible intelectualmente, tanto de la periodicidad concreta y precisa de realización como de sus resultados, incluyendo, la posible no detección de anomalías fetales por limitaciones intrínsecas de la técnica sonográfica y por tanto no dependientes del control facultativo. Esta información, asumida por la gestante plenamente y corroborada en la correcta formalización de los diversos Consentimientos Informados reglamentarios previos a su realización, pone de evidencia que la falta de realización de la ecografía correspondiente a la 20^a semana fue debida a la inasistencia de la embarazada quien anuló personalmente la cita*

programada con pleno conocimiento de causa y por tanto, las posibles consecuencias derivadas de este hecho se han de considerar en todo caso de SU exclusiva responsabilidad.”(folios 152 a 174).

5. Escrito de alegaciones presentado por los reclamantes el 6 de octubre de 2011 que reproduce las alegaciones realizadas en su reclamación de responsabilidad patrimonial (folios 199 a 209).

6. Propuesta de resolución de 20 de junio de 2011 de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria desestimatoria de la reclamación al considerar que no hay relación de causalidad entre los daños sufridos y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios madrileños ni que haya habido mala praxis (folios 212 a 214).

7. Informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad, de 7 de julio de 2011, favorable a la propuesta de resolución (folios 216).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”*. En el presente caso, habiéndose cuantificado

su importe en 600.000 euros, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo.

SEGUNDA.- El procedimiento de responsabilidad patrimonial, que se inició a instancia de interesada según consta en los antecedentes, tiene su tramitación regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), desarrollados en 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.

Ostentan los reclamantes, como representantes legales del menor de acuerdo con el artículo 162 del Código Civil, la condición de interesados y legitimados para promover el procedimiento, al amparo del artículo 139 de LRJ-PAC, independientemente de que sea o no procedente la indemnización pedida, de acuerdo con los artículos 31 y 139 de la citada ley.

A.G.A.V., aunque reclama por la pérdida de oportunidad de haber conocido una información decisiva para optar poner fin al embarazo, daño que es, obviamente, de carácter moral, no manifiesta en su escrito que ejercite la acción de responsabilidad patrimonial en su propio nombre y derecho. No obstante y de acuerdo con el principio *pro actione* debe entenderse implícita su voluntad de reclamar junto con su hijo.

Se cumple, igualmente, el requisito de la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por ser la titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Por último y en lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC la acción para reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año

de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

La Ley ha configurado el plazo como de prescripción, lo que supone que ciertas actuaciones pueden interrumpirlo y, en especial, el ejercicio de la acción penal. En relación a la existencia de actuaciones penales y su posible eficacia interruptiva sobre los procedimientos de responsabilidad patrimonial es preciso traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo (valgan por todas las Sentencias de 23 de enero de 2001, recurso 7725/1996, y de 16 de mayo de 2002, recurso 7591/2000) que admite la interrupción del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial en los casos de existencia de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa, en aplicación del principio de *actio nata* - conforme al cual 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-, de tal suerte que la pendency de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 LRJ-PAC.

En el supuesto que nos ocupa, el nacimiento del menor se produjo el 17 de abril de 2009 y tuvo que ser intervenido de sus malformaciones congénitas los días 22 de abril y 7 de mayo de 2009. Igualmente, según el informe del forense fue intervenido en julio de 2009 de cataratas bilaterales y de hernia escrotal derecho el 14 de julio de 2009. Los padres del menor denunciaron los hechos por vía penal, habiendo acordado el Juzgado de Instrucción nº 26 de Madrid el archivo del procedimiento abreviado 3224/2009 por Auto de de 9 de marzo de 2010. Es por tanto esta fecha, 9 de marzo de 2010, el *dies a quo* para el cómputo del plazo.

En consecuencia, la reclamación formulada el 26 de octubre de 2010 debe considerarse presentada en plazo.

TERCERA.- Al procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación, regulado en las normas antes referidas, se encuentran 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, en virtud de la Disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, según redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y la disposición adicional primera del precitado Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se ha practicado la prueba precisa mediante informe del servicio interviniente, se han recabado los demás informes y pruebas que se consideraron necesarios y se ha puesto el expediente de manifiesto para alegaciones, en cumplimiento de los artículos 9, 10 y 11 del R.D. 429/1993, 82 y 84 de la Ley 30/1992, por lo que no existe en absoluto indefensión.

CUARTA.- Como es sabido, 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. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

“1.º.- 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.

2.º.- 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 (por todas, v. las de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de junio, sobre el recurso 4429/2004 y de 15 de enero de 2008, sobre el recurso nº 8803/2003) los requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Administración, que 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. Esta calificación del daño no viene determinada por ser contraria a derecho la conducta del autor, sino porque la persona que sufre el daño no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión que es necesario examinar y dilucidar en cada caso concreto.

3º) La 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 esta exclusividad esencial para apreciar la antedicha relación o nexo causal.

La responsabilidad de la Administración 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.

QUINTA.- En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada “*lex artis*” se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), y 23 de febrero de 2009 (recurso nº 7840/2004) disponen que “*se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su*

salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad (RCL 1986, 1316) y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825)] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos”.

La misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), afirma que *“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”.* Todo lo anterior resulta relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, sino que únicamente debe responder de aquéllos que los administrados no tengan el deber jurídico de soportar y sean causados por infracción de la llamada *lex artis*.

SEXTA.- En el caso que nos ocupa, resulta acreditado en el expediente que el menor presentaba al nacimiento un encefalomeningocele occipital de 8 por 8 cm. Patología por la que tuvo que ser intervenido quirúrgicamente el día 22 de abril de 2009 que precisó una reintervención el 1 de mayo de 2009 por fístula de LCR.

Los reclamantes alegan que en el presente caso, el personal sanitario que atendió a A.G.A.V. no actuó conforme a la *lex artis*, originando con ello la pérdida de oportunidad, *“al no habérsele prestado la asistencia médica que la propia Comunidad de Madrid establece como protocolo sanitario en un embarazo, es decir, que no se pusieron a su disposición los medios existentes para lograr un diagnóstico correcto y precoz, para lo cual hubiera bastado, como se ha visto anteriormente, con una simple ecografía en la semana 20 de embarazo, tal y como marcan los protocolos sanitarios, pudiendo con ello, haber evitado un resultado tan doloroso y terrible para una persona”*. Los reclamantes afirman que la primera ecografía que se le hizo el 17 de octubre de 2008 a la gestante fue en la semana 16 y que, por tanto, la cita realizada para 9 semanas era incorrecta, porque no era citada para la semana 20 sino para la semana 25 de gestación. Los interesados consideran que los servicios médicos son responsables tanto de no haber citado a tiempo a la paciente (a las 20 semanas), como de no haber detectado a tiempo las graves malformaciones que padecía el feto, y que debieron haberse detectado en la segunda ecografía dada la entidad de las mismas.

Sobre la primera de las cuestiones, la fecha en que fue citada por el segundo control ecográfico, A.G.A.V. afirma que queda acreditado en el expediente que tuvo conocimiento de su embarazo el 8 de julio de 2008 y que en la fecha en que se efectúa la primera ecografía estaba de 16 semanas. Afirmación que resulta contradicha por todo la historia clínica en el que se hace constar, en varias ocasiones, como fecha de la última regla el 24-25 de julio de 2008. Solo en la primera ecografía realizada el

17 de octubre de 2008 la gestante manifestó no saber la fecha de la última regla, haciéndose constar en la ecografía: “*desconocer FUR*”. No obstante, de las posteriores ecografías y controles obstétricos resulta que la fecha de la última regla fue el 24-25 de julio, dato que se correspondía con la biometría del feto que, según el informe ecográfico: “*corresponde a una gestación de 12 semanas y media*”.

Se desconoce cómo A.G.A.V. considera acreditado que la edad gestacional del feto el día 17 de octubre de 2008 era de 16 semanas, porque no existe ningún dato en toda la historia clínica remitida que prueba esta circunstancia. De acuerdo con los cálculos de A.G.A.V., el nacimiento de su hijo se habría producido a las 42 semanas de gestación y no en la 38. Por tanto, son los reclamantes y no el informe de la Inspección Sanitaria los que incurren en contradicción.

La reclamante afirma que en la ecografía del 17 de octubre de 2008 estaba de 16 semanas para considerar acreditado que, cuando fue citada en nueve semanas, como se indicaba en el informe ecográfico, estaba de 25 semanas y fuera del plazo para poder decidir un aborto eugenésico.

Afirmación que resulta igualmente contradicha por los datos objetivos que resultan del expediente administrativo. Así, el cómputo del plazo de 9 semanas concluía el día 19 de diciembre de 2008. La paciente afirma en su escrito de alegaciones que cuando fue citada para la siguiente ecografía, el 15 de enero de 2009, se encontraba de 25 semanas de gestación. Sin embargo, entre el 19 de diciembre y el 15 de enero habían transcurrido 13 semanas, por lo que, según los cálculos de A.G.A.V., el día 15 de enero de 2009 habría estado de 29 semanas de gestación.

Resulta acreditado en el expediente que la paciente fue citada el 20 de octubre de 2008 para la realización de la ecografía de control del segundo trimestre del embarazo para el día 19 de diciembre de 2008 y que cuatro días antes, el 15 de diciembre, se anuló su cita, “*a solicitud de la paciente*”

anotándose como observación que *“no puede venir”*. Si la paciente hubiese acudido a su cita, tal y como estaba programada, la ecografía se habría hecho en la semana 21 de gestación, dentro del plazo de 16-22 semanas, indicado para la segunda exploración ecográfica y dentro del plazo legal, vigente en ese momento en la legislación española según el artículo 417 bis 1.3 del Código Penal para practicar un aborto eugenésico.

Por tanto, resulta probado en el expediente administrativo que la realización del segundo control ecográfico transcurridas las 22 semanas de gestación fue imputable, exclusivamente, a A.G.A.V. y no a los médicos que la atendían. La paciente fue citada correctamente y cuatro días antes anuló la cita.

Finalmente, y aunque el control ecográfico se hubiese realizado en plazo, las malformaciones del feto no habrían sido detectadas. Así, en la ecografía realizada el 15 de enero de 2009 (a las 25 semanas de gestación) no se observó nada anormal haciéndose constar: *“no se observan anomalías fetales en el momento actual”*.

Afirman los reclamantes que el informe emitido por el forense el 21 de noviembre de 2009 afirma que *“las anomalías que presentaba el feto suelen ser diagnosticadas en tiempo gestacional inferior a la fecha de las 28 semanas, momento en que fue diagnosticado en nuestro caso”*.

Este informe no acredita, sin embargo, que hubo mala praxis y error en el diagnóstico prenatal porque, como el propio médico forense continúa en su informe, *“las peculiaridades de cada gestación no excluyen que pueda pasar inadvertido hasta momentos más avanzados del embarazo, como ocurrió en el presente caso”*.

Así lo considera el informe de la Inspección Sanitaria que afirma que *“existió un seguimiento de la gestación totalmente adecuado y que el diagnóstico del cuadro malformativo en etapa avanzada de la gestación se*

debió a la negatividad de los resultados analíticos obtenidos que descartaban su posibilidad con alto grado de certeza y a las limitaciones propias de la prueba diagnóstica de imagen (ecografía), limitaciones suficientemente explicadas y asumidas por los progenitores”.

Así, tanto en la primera como en la segunda ecografía se informa a la gestante de la fiabilidad de la prueba y se señala que la primera ecografía *“tiene como principales objetivos diagnosticar el número de fetos existentes, su viabilidad, la estimación, de la edad gestacional, el estudio de marcadores de cromosomopatías y la exploración de útero y anejos”*. Añadiendo que *“el resultado normal no garantiza la normalidad anatómica fetal”*, por el escaso valor diagnóstico de esta prueba a tan temprana edad gestacional para este hecho concreto, aunque ocasionalmente se pueden diagnosticar algunas alteraciones morfológicas fetales graves en el primer trimestre. Igualmente, en la segunda ecografía (gestación de 25 semanas) se hizo constar que *“la ecografía es capaz de detectar una elevada proporción de anomalías en el feto (60-70%)”*. Por ello una ecografía normal no excluye la posible existencia de estas en etapas tardías de la gestación”. Esta precisión se incluye –igualmente– en todas las ecografías realizadas con posterioridad.

Además, aunque la ecografía realizada en la semana 25 hubiese detectado el encefalocele occipital, la legislación vigente prohibía el aborto eugenésico fuera de las primeras 22 semanas de gestación. En consecuencia, no concurriría la antijuridicidad del daño.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de diciembre de 2004 (JUR 2004\29604) declara: *“Cabe, pues, finalmente, sentar la conclusión de que la prestación sanitaria realizada fue la adecuada y aquél nacimiento se debió a un riesgo inherente a las enfermedades congénitas según se deduce del informe pericial incorporado en estos autos, si bien es cierto que los defectos del*

tubo neural se pueden diagnosticar mediante ecografía prenatal desde etapas precoces, no obstante esto no significa, que se pueda diagnosticar en todos los casos a la misma edad gestacional. Como ya hemos dicho, incluso en la misma edad gestacional, la ecografía presenta una tasa de detección variable, siempre inferior al 10% en función de múltiples factores relacionados con la severidad, grado evolutivo de la malformación, la situación y posición fetal, la cantidad de líquido amniótico, el hábito materno, las características del ecógrafo y del ecografista entre otros.

En el caso concreto que nos ocupa, el diagnóstico de la Sra. E., basado en la presencia de signos intracraneales y la identificación de la lesión a nivel lumbosacro, se estableció en fase prenatal en la ecografía practicada en la semana 31 y según consta en el informe de asistencia emitido por el ICS, no se evidenció en las ecografías realizadas en edad gestacional más precoz.

Faltando, pues, el elemento de antijuridicidad del daño y, con ello, el título de atribución a la Administración, no puede apreciarse la concurrencia de responsabilidad patrimonial del SCS. Por todo lo dicho, la pretensión indemnizatoria, no puede, en consecuencia, ser acogida”.

De lo anteriormente expuesto resulta que la asistencia sanitaria prestada a A.G.A.V. en el seguimiento y control de su embarazo fue conforme a *lex artis*, siendo imputable a ella y no a los médicos, el retraso en la realización de la segunda ecografía de control.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no concurrir los requisitos necesarios para su reconocimiento.

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 de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 14 de septiembre de 2011

