

Dictamen n^o: **196/15**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **22.04.15**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 22 de abril de 2015, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por R.M.B., en nombre y representación de D.M.M. y N.R.K., en su propio nombre y en el de su hijo menor de edad M.M.R., sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por la asistencia sanitaria dispensada por el Servicio de Obstetricia del Hospital Universitario Infanta Sofía, de San Sebastián de los Reyes, que consideran deficiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 17 de marzo de 2015 ha correspondido a la Sección II, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, la ponencia sobre solicitud de dictamen preceptivo formulada el día 12 del mismo mes por el consejero de Sanidad, sobre el asunto indicado en el encabezamiento, que tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid el citado día 17 de marzo y fue admitida a trámite recibiendo el número de expediente 178/15.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación en formato CD que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

El ponente ha firmado la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 22 de abril de 2015.

SEGUNDO.- Por escrito presentado el día 11 de julio de 2012 y ampliado el día 31 del mismo mes, los interesados, a través de representante acreditado mediante poder notarial, formulan reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar que los daños neurológicos y el retraso psicomotor asociado a una infección connatal por citomegalovirus que presenta su hijo son consecuencia de un incorrecto control del embarazo y falta de prudencia en la evolución del parto.

En el escrito de reclamación exponen los interesados la madre *“realizó a lo largo de su embarazo varias visitas en el Hospital Infanta Sofía de San Sebastián de los Reyes (citas, monitores, consultas en Urgencias...), viendo 7 especialistas en Obstetricia diferentes al final del embarazo quienes le aseguraron que aún no había llegado el momento del parto y que tenía que esperar más tiempo”*.

Consideran que no recibió la adecuada asistencia y concretan las deficiencias en que en el momento de iniciarse la inducción al parto, *“el médico de turno rompió la bolsa con sus dedos”*, durante las monitorizaciones fetales, a pesar de evidenciarse alteraciones, en ningún momento acudió un médico, siempre fue una matrona la encargada de la atención; cuando la reclamante decidió ponerse la epidural, e *“iban a colocarle las cánulas epidurales, se observó la salida de líquido amniótico teñido de meconio, no tomándose ninguna medida”* y finalmente, sólo ante la aparición de una nueva bradicardia fetal que motivó que se realizara de manera urgente una cesárea *“reapareció el médico de turno, intentando tranquilizar al marido de la paciente”*. El bebé nació algo bradicárdico y parcheado pero se recuperó con estimulación, ingresó en Neonatología.

En abril de 2009 en el Servicio de Neurología pediátrica del Hospital Universitario La Paz le detectaron retraso psicomotor.

En la reclamación invocan también una deficiente información durante la gestación y el parto.

Posteriormente, los interesados amplían su reclamación mediante escrito presentado el 31 de julio de 2012 en el que exponen que su hijo se le diagnosticó el 6 de octubre de 2009, por la Unidad de Enfermedades Infecciosas del Hospital La Paz, infección congénita por Citomegalovirus (CMV) y el 4 de diciembre de 2009, el Servicio de Rehabilitación del Hospital Universitario Infanta Sofía emite como juicio clínico: tetraparesia hipotónica.

Tras lo anteriormente expuesto, realizan las siguientes observaciones:

- a) Todas las lesiones que presenta el niño (...) son compatibles con una infección intrauterina por citomegalovirus.
- b) No hay duda de que el control del embarazo no fue adecuado toda vez que no se diagnosticó la infección congénita por citomegalovirus.
- c) El diagnóstico de una infección congénita se diagnostica con la realización de serologías seriadas. A este respecto, se desconoce si se realizó este tipo de prueba a la gestante.
- d) De haberse diagnosticado la infección, se hubiera podido intentar un tratamiento con antivirales y/o los padres hubieran podido tener la posibilidad de elegir una interrupción voluntaria del embarazo pues las consecuencias durante el primer y el segundo trimestre de la gestación pueden ser graves.

También reprochan los reclamantes la falta de información durante la asistencia prestada, *“donde una atención precoz hubiera evitado el grado de secuelas que presenta actualmente el niño”*.

La cantidad indemnizatoria a percibir será determinada en fase procesal posterior.

Solicitan que se incorporen al expediente las gráficas de monitorización, del resultado en papel del pH, de la hoja de cesárea y del partograma y al escrito de reclamación adjuntan escritura que acredita la representación letrada, Libro de Familia que justifica la relación entre los reclamantes y diversos documentos médicos.

TERCERO.- La historia clínica y la restante documentación médica, han puesto de manifiesto los siguientes hechos:

La madre del menor perjudicado, de 40 años de edad, primigesta y con antecedentes médicos personales de conización en 1996 (cáncer epidermoide microinvasivo) y alérgica a tetraciclinas, el día 13 de octubre de 2008, en la semana 37 consultó en Urgencias del Hospital Universitario Infanta Sofía por dinámica uterina irregular de unas horas de evolución, sin sangrado ni pérdida de líquido y crisis hemorroidal.

El seguimiento y control de su gestación se realiza en otro centro *“que la paciente refiere haber cursado sin incidencias significativas”*. La evaluación obstétrica enjuicia falso trabajo de parto y ausencia de patología obstétrica urgente en la actualidad. Al alta se recomienda seguir control habitual de su gestación y acudir a Urgencias si presenta dinámica regular, rotura de bolsa y/o sangrado genital.

Acude por primera vez a la consulta de Obstetricia del Hospital Universitario Infanta Sofía el 31 de octubre de 2008. Se abre historia obstétrica, serología rubeola inmune, resto negativo. CRV negativo y se

realizan monitorizaciones los días 7, 14 y 17 de noviembre, en esta última se programa inducción por gestación cronológicamente prolongada para el 21 de noviembre, a las 41+6 semanas de gestación.

Ingresa el día programado y a las 9:45 horas se inicia goteo oxitócico. A las 16:01 avisan por bradicardia tras hipertonía que se recupera al momento. Se retira goteo de oxitocina y se inicia oxigenoterapia. El resultado del pH fetal es de 7,35. Normalizada la gráfica se llama para poner epidural.

A las 16:49 horas comienza una nueva bradicardia con salida de líquido amniótico teñido. Presenta una dilatación de 9 cm, ante la exploración y sospecha de pérdida de bienestar fetal se decide cesárea que hay que realizar urgentemente ante la persistencia de la bradicardia fetal.

La cesárea se practicó bajo anestesia epidural, pero necesitando también anestesia general al no haber transcurrido el tiempo suficiente para lograr la anestesia eficaz de la paciente y no poder demorar la extracción fetal.

A las 17:00 horas nace un varón vivo de 3.300 gr, test de Apgar 4/8 y pH 7,17. Visto en Neonatología, estaba algo bradicárdico y parcheado recuperándose con estimulación. Durante su ingreso al recién nacido se le realizaron los cuidados según el protocolo de la Unidad.

La exploración física completa, realizada a las 19 horas de vida es normal. El bebé presenta buen color y vitalidad, se realizan pruebas metabólicas y se administra vacuna de la hepatitis B. El cribado auditivo no muestra problemas.

La exploración física previa al alta objetiva ictericia y rinitis bilateral, el resto sin incidencias. Es dado de alta junto con la madre, que evolucionó con normalidad durante el puerperio hospitalario recibiendo tratamiento por anemia moderada, el 24 de noviembre de 2008.

El 23 de abril de 2009, con cinco meses de vida, acude a consulta externas de Pediatría del Hospital Universitario Infanta Sofía remitido por su pediatra para valoración de tumoración lumbar detectada por los padres hace aproximadamente un mes. La familia refiere que es un niño muy irritable, está prácticamente todo el día llorando, descansa bien por las noches. No sonrisa social, no fija la mirada, no saben si ve bien. Creen que oye bien porque se asusta con los ruidos. No coge objetos con las manos. A la exploración presenta una tumoración de aproximadamente 1 cm de diámetro en la región lumbar, blanda, no adherida a planos profundos. No hay cambios en la piel adyacente ni impresiona de dolorosa.

La exploración neurológica muestra escasa conexión con el medio, no fija la mirada. Movimientos oculares erráticos, sin llegar a conectar en ningún momento. Hipotonía axial. No sostén cefálico ni sedestación. No coge objetos con la mano. No se voltea en decúbito prono. Muy irritable durante toda la exploración, llanto continuo. Parece que oye bien pero no queda claro si ve bien.

Con el juicio clínico de retraso psicomotor en estudio y sospecha de lipoma lumbar, se solicitan diversas pruebas: hemograma, bioquímica, pH, amonio, sistemático de orina, hormonas tiroideas, ecografía abdominal y lumbar, potenciales evocados visuales, electroencefalograma cariotipo resonancia magnética cerebral y se realiza interconsulta a Rehabilitación y Neurología del Hospital Universitario La Paz.

El 27 de abril tenía consulta para analítica, pero al no acudir se llama al padre que dice que el niño esta ingresado en La Paz.

El 24 de abril acude al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario La Paz por irritabilidad, refieren que prácticamente desde el nacimiento le notan muy irritable, que en ocasiones sólo se calma en brazos, no sostiene la

cabeza ni presenta sonrisa social, tiene una actitud tensa permanentemente con los puños cerrados e hipertonía de los cuatro miembros.

Se explora físicamente y se hacen resonancias magnéticas de cráneo y columna, potencias evocados visuales y auditivos, electroencefalograma, analítica, serología y urocultivo. Permaneció ingresado en el Servicio de Neurología Pediátrica hasta el 30 de abril fecha en la que fue dado de alta con el diagnóstico de retraso psicomotor, microcefalia e infección por citomegalovirus, probablemente congénito.

El 15 de junio de 2009 es visto en Rehabilitación del Hospital Universitario Infanta Sofía, en la anamnesis figura que *“Estudiado en Oviedo (sin informes). Seguido en HULP desde hace 5 meses por irritabilidad”*. Inicia tratamiento rehabilitador y fisioterapia, con método Vojta que completa con ejercicios domiciliarios y en un Centro privado.

Es tratado por diversos especialistas y el 6 de octubre de 2009, en la consulta de Infecciosos del Hospital Materno-Infantil del Hospital Universitario La Paz, se diagnostica: alteración importante de la función visual, crisis convulsivas (Síndrome de West), microcefalia, retraso psicomotor y posible citomegalovirus congénito.

El 19 de octubre de 2009, el Servicio de Rehabilitación del Hospital Universitario Infanta Sofía diagnostica tetraparesia espástico-distónica bilateral con afectación visual severa.

El 29 de marzo de 2012 está matriculado en un centro de educación especial, posible candidato a tratamiento con toxina botulínica. El 16 de enero de 2013 se prescribe silla de ruedas con adaptaciones.

CUARTO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial y se ha incorporado al expediente la historia clínica de la paciente y de su hijo, así como el informe del Servicio de

Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario Infanta Sofía, de San Sebastián de los Reyes, como servicio supuestamente causante del daño.

Con fecha 2 de octubre de 2012, el jefe del Servicio, además de exponer las actuaciones realizadas por la Unidad, señala que en todo momento se ha actuado de acuerdo con los protocolos hospitalarios, tanto en consulta como durante el parto pues fue absolutamente correcta, acorde a la *lex artis* y a los protocolos de la SEGO. Añade que la amniotomía no se produce con los dedos sino con una lanceta adecuada a dicho propósito. El proceso de monitorización está informatizado y centralizado por lo que las alteraciones o pausas son detectadas desde un cuadro central al que tienen acceso todos los profesionales, incluidos los médicos que aunque no estén junto a la paciente, se encuentran al corriente de lo que ocurre. Al mismo tiempo, las matronas son las encargadas de seguir el control de un parto normal, sin la intervención directa del médico.

Con fecha 19 de febrero de 2014, el jefe de Servicio emite informe ampliatorio, insistiendo que queda suficientemente demostrado que la atención recibida por la paciente en ese Servicio se ajustó a la *lex artis* y a los protocolos vigentes.

En relación con el diagnóstico del menor de un retraso psicomotor, sordera, alteraciones visuales (...),

“(...) todo ello secundario a una infección congénita por citomegalovirus (CMV). En otras palabras, el daño cerebral sufrido se produjo porque durante la gestación la madre padeció una infección por dicho virus que transmitió al feto.

Se reclama ahora por considerar que el control del embarazo no fue el adecuado puesto que no fue diagnosticada la infección, desconociéndose por parte de los demandantes si incluso fueron realizadas las pruebas serológicas que podían haberla diagnosticado, y

que por ello no se administró el tratamiento de la misma o incluso, conocida su gravedad, haber interrumpido la gestación ante la posibilidad de daño fetal”.

Emite una serie de consideraciones médicas sobre la infección congénita por citomegalovirus, y concluye manifestando que la primera vez que acudió la paciente al hospital fue el 13 de octubre de 2008 y el embarazo había sido controlado en otro centro como refirió ella misma. Añade que ante la hipótesis de que la infección hubiera tenido lugar a partir de la semana 37 de gestación, que es cuando la madre acudió por primera vez al Hospital Infanta Sofía, hubiera sido necesario esperar siete semanas antes de poder establecer el diagnóstico definitivo del feto por lo que la interrupción del embarazo no se hubiera podido producir hasta una imposible semana 45 del mismo, con el resultado de que el nacimiento se hubiera verificado en cualquier caso antes del diagnóstico definitivo del CMV en el feto.

Se han incorporado las notas de la matrona y alarmas del monitor (folios 437 a 440).

A requerimiento de la instructora del procedimiento, el Hospital Universitario Fundación A remite informe del Servicio de Obstetricia sobre la atención dispensada a la gestante, comunica que acudió por primera vez a ese centro el 24 de abril de 2008, a la consulta de Genética, para solicitar consejo genético prenatal por edad materna en intervalo de riesgo de tener un hijo con anomalía genética. En el historial no consta analítica del primer trimestre.

Es informada del riesgo y opta por solicitar una Amniocentesis Genética, que se realiza el 22 de mayo, en la semana 16 de gestación.

Se hace analítica del segundo trimestre el 14 de julio, y el 30 de septiembre, en la semana 36 acude a consulta para resultado de las pruebas

anteriores, no encontrando signos de infección materna ni alteraciones del resto de los análisis. Se piden pruebas para el tercer trimestre, no detectando ningún signo ecográfico de alarma que indique anomalías en el feto y un crecimiento correcto con pruebas de bienestar fetal normales.

El 14 de octubre vuelve a consulta, informándole de los resultados como normales sin que indiquen sospecha de infecciones maternas en sangre, orina y secreciones vaginales y rectales. Consta en el evolutivo una anotación “*irá a otro centro por cambio de domicilio*”.

Tras la información expuesta, el jefe del Servicio emite las siguientes consideraciones:

“1.- La paciente (...), acudió a la consultas de obstetricia del nuestro hospital de manera puntual, sin completar el protocolo de visitas pactado con la asistencia primaria y especializada.

2.- Las pruebas analíticas y ecográficas que se le realizaron, indicaban que tanto la madre como el feto, mantenían una salud dentro de la normalidad, sin signos de infección.

3.- La prueba de detección de virus Citomegalovirus, no pertenece a la sistemática de análisis que se deban de realizar en todas las embarazadas, salvo que por indicación médica surja el motivo. Y se conoce la existencia de numeroso agentes virales que son capaces de desarrollar cuadros clínicos similares al que puede crear el citomegalovirus y no se dispone de pruebas serológicas rutinarias para detectarlos.

4.- En la mayoría de los casos que se padece la infección viral por el citomegalovirus en el adulto, en este caso la madre, no suele dar ningún signo o síntoma que pueda orientar a posible transmisión vertical”.

También figura en el expediente el informe emitido por la Inspección Sanitaria el 30 de septiembre de 2014, cuyas consideraciones médicas contienen un detallado informe sobre los controles del embarazo (protocolos de control, infección por citomegalovirus) y la asistencia durante el parto (monitorización perinatal, embarazo prolongado, parálisis cerebral, indicación de cesárea urgente), y donde tras el juicio crítico, concluye que las secuelas que sufre el hijo de los reclamantes son debidas de acuerdo a las manifestaciones y exploraciones clínicas y analíticas realizadas, a infección por citomegalovirus durante la gestación.

Y en cuanto a la asistencia prestada durante el embarazo y parto en los Hospitales Fundación A e Infanta Sofía, se considera adecuada tanto en consultas de seguimiento del embarazo como en el control de la fase preparto, decisión de inducción e indicación posterior de realizar cesárea cuando los síntomas clínicos de acuerdo a protocolo, así lo aconsejaron, y, ni la evolución de los acontecimientos ni ninguno de los informes estudiados, hace pensar que existiera mala praxis.

En este estado del procedimiento, mediante sendos escritos de 10 de diciembre de 2014, se comunica la apertura del trámite de audiencia con remisión del expediente administrativo a la representación de los reclamantes y al Hospital Fundación A.

Dentro del plazo establecido, los reclamantes no presentan escrito de alegaciones ni aportan nuevos documentos.

El 10 de febrero de 2015, la Gerencia del Hospital Fundación A, presenta alegaciones en las que se opone a la reclamación efectuada considerando la atención dispensada a la paciente en su centro correcta y ajustada a la *lex artis*.

El 9 de marzo de 2015 la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma del viceconsejero de Asistencia Sanitaria en

virtud de Resolución 6/2014, de 17 de marzo) formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada por ausencia de nexo causal.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE 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.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC, cuyo término se fijó el 24 de abril de 2015.

SEGUNDA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y 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 (RPRP).

Concurren, respectivamente, en la reclamante y en la Comunidad de Madrid, legitimación activa y pasiva.

En lo relativo a la asistencia prestada por la Fundación A, es ya muy reiterada y pacífica la doctrina de este órgano consultivo (valgan por todos

los dictámenes 211/12, de 11 de abril y el más reciente 13/15, de 21 de enero) que, asumiendo la también reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) expresada, entre otras, en la Sentencia de 6 de julio de 2010, sostiene que es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder.

Respecto del plazo para reclamar procede señalar que el retraso psicomotor del menor se sospechó por primera vez en Pediatría del Hospital Infanta Sofía el 23 de abril de 2009 y que el 30 de abril del mismo año se determinó el diagnóstico definitivo y la cusa del mismo ya en el Hospital La Paz, donde fue dado de alta con el diagnóstico de retraso psicomotor, microcefalia e infección por citomegalovirus, probablemente congénito.

Este Consejo Consultivo se ha hecho eco (así, en los dictámenes 107/09, de 18 de febrero; 71/10, de 17 de marzo; 125/13, de 10 de abril; 340/10, de 13 de octubre; 57/11, de 2 de marzo; 259/11, de 25 de mayo; 314/11, de 15 de junio; 726/11, de 21 de diciembre; 156/12, de 14 de marzo; 555/12, de 9 de octubre; 389/14, de 10 de septiembre; 130/13, de 10 de abril; 204/13, de 22 de mayo; 75/14, de 12 de febrero; 174/14 y 175/14, de 30 de abril; 260/14, de 11 de junio) de la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la necesidad de distinguir entre los daños permanentes, aquellos que 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 y los daños continuados, aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin

solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias, por lo que el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos.

En el presente caso, parece claro que la situación de la paciente se encuentra estabilizada, al menos, desde el momento en el que en el Hospital La Paz es dado de alta con el diagnóstico definitivo de retraso psicomotor, microcefalia e infección por citomegalovirus, probablemente congénito. Incluso tomando la fecha más favorable para los interesados, esta sería la del 19 de octubre de 2009, cuando el Servicio de Rehabilitación del Hospital Universitario Infanta Sofía diagnostica tetraparesia espástico-distónica bilateral con afectación visual severa. No consta que con posterioridad a dicho momento la situación del paciente se haya agravado ni que haya otras secuelas adicionales a las ya conocidas, por lo que solo cabe concluir que nos encontramos ante un caso de daños permanentes que han quedado perfectamente establecidos, sin perjuicio de que requieran de tratamiento y seguimiento médico con posterioridad a dicha determinación.

Puesto que la reclamación se presentó el 11 de julio de 2012 no podemos sino considerar que en dicha fecha ya había prescrito el derecho a reclamar.

El procedimiento se ha iniciado a instancia de parte y se ha instruido correctamente, si bien se ha excedido el plazo de seis meses para resolver lo dispuesto en el artículo 13 RPRP.

TERCERA.- Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión

patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

En el presente caso son tres los reproches que realizan los reclamantes:

- Inadecuada asistencia al parto que concretan en un insuficiente seguimiento por parte de los médicos que atendieron a la madre y que pudo producir sufrimiento fetal.
- Inadecuado seguimiento del embarazo en el que consideran que debió haberse detectado en citomegalovirus, lo que hubiera permitido su tratamiento o, alternativamente, hubiera permitido a los padres decidir sobre una interrupción voluntaria del embarazo.
- Deficiente información sobre las alternativas de tratamiento en las dos asistencias anteriores.

CUARTA.- Procede a continuación examinar si dichos daños son imputables a la Administración sanitaria a efectos de fundamentar la pertinencia o no de responsabilidad.

El Consejo Consultivo, siguiendo la jurisprudencia, ha establecido el cumplimiento de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, exigiéndose para su existencia la infracción de ese criterio básico y siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo, así el Dictamen 393/14, de 10 de septiembre.

Además, es preciso recordar que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección 10ª) de 17 de mayo de 2013 afirma la

necesidad de aportar “*medios probatorios idóneos*” y tras exponer la doctrina de que la carga de la prueba corresponde a quien reclama, concluye afirmando que:

“En consecuencia, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración”.

En el presente caso la reclamante se limita a afirmar que hubo mala praxis porque a los cinco meses de su nacimiento su hijo presentó un retraso psicomotor ocasionado por una infección acaecida durante la gestación que no fue diagnosticada ni tratada ni, por tanto, comunicada a los padres privándoles así de la posibilidad de decidir sobre una interrupción voluntaria del embarazo, mas no aportan prueba alguna de dicha mala praxis, más allá de sus propias afirmaciones

Por el contrario, el informe de la Inspección Sanitaria, de especial relevancia por su presumible imparcialidad, objetividad y profesionalidad (así la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de marzo de 2013), concluye que la actuación médica ha sido conforme a la *lex artis ad hoc*.

En este sentido procede recordar que la asistencia sanitaria implica una obligación de medios y no de resultados, pero atendiendo siempre a las circunstancias y los síntomas que presenta el paciente en el momento en que dicha atención tiene lugar, sin que sea posible argumentar la insuficiencia de pruebas diagnósticas, el error o retraso diagnóstico o la inadecuación del tratamiento, mediante una regresión a partir del desgraciado curso posterior seguido por el paciente.

Así, como señala el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección 10^a) en su Sentencia 383/2014, de 14 de mayo de 2014 (recurso contencioso-administrativo 1236/2011):

«En la valoración de la prueba también se ha sopesado la doctrina jurisprudencial sobre la prohibición de regreso lógico desde acontecimientos posteriores desconocidos en el momento del diagnóstico o de la conducta desencadenante del daño, declarada en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 y 15 de febrero de 2006, 7 de mayo de 2007 y de 10 de junio de 2008, en la que, con cita de las anteriores, se recogía que:

“B) La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, ajeno al principio de culpa. La imputación objetiva al recurrente -o atribución del resultado, quaestio iuris [cuestión jurídica] revisable en casación en el ámbito de la aplicación del art. 1902 CC no puede llevar a apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médicos sin más fundamento que ser anteriores en el tiempo y constituir eslabones en el curso de los acontecimientos cuando no podía preverse racionalmente el resultado final producido, ni a cuestionar el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los topoi [leyes] del razonamiento práctico”».

En el presente caso, la historia clínica y los informes médicos incorporados al expediente ponen de manifiesto lo siguiente:

El seguimiento del embarazo se llevó a cabo en la Fundación A, donde a la paciente se le realizaron las pruebas pertinentes, incluida amniocentesis y ninguna de ellas reveló contratiempo alguno y mucho menos infección, debiendo recordar en este punto que la obligación de medios ha de valorarse atendiendo siempre a las circunstancias y los síntomas que presenta el paciente en el momento en que se presta la asistencia sanitaria, por lo que si la gestante no manifestaba sintomatología alguna de infección y todas las analíticas ordinarias resultaban normales no estaba indicado efectuar analíticas más completas o específicas, de lo que resulta que la infección que sufrió el feto durante la gestación no pudo ser detectada ni por lo tanto pudo comunicarse a los padres, sin que ninguna de las dos cuestiones suponga mala praxis.

En cuanto al momento del parto, además de que ha quedado establecida la falta de nexo causal con las secuelas sufridas por el menor, por cuanto ha quedado acreditado que las mismas se deben a la infección sufrida durante el embarazo, la historia clínica y los informes médicos ponen de manifiesto que en todo momento se cumplió escrupulosamente con los protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO).

Por último y sobre la pérdida de oportunidad de decidir sobre una interrupción voluntaria del embarazo, también ha quedado acreditado que esta no hubiera sido posible ya que durante el seguimiento de la gestación en la Fundación A la infección no pudo ser diagnosticada, pese a que fue durante el tiempo de dicho seguimiento cuando debió producirse como hacen sospechar las secuelas del menor, que serían más leves si la infección hubiera tenido lugar en las últimas semanas de le embarazo, en las que la madre fue atendida en el Hospital Infanta Sofía. En estas últimas semanas, aun cuando hipotéticamente se hubiera dado el citomegalovirus, tampoco se podría haber producido una interrupción voluntaria del embarazo pues tras la detección del virus en la madre, que acudió por primera vez en la

semana 37, son necesarias siete semanas para confirmar la presencia del virus en el feto, con lo que el embarazo, necesariamente, hubiera llegado a término con anterioridad a la posibilidad de detectar el virus en el feto.

La inviabilidad de haber podido efectuar la interrupción voluntaria del embarazo determina la ausencia de pérdida de oportunidad indemnizable.

En definitiva, en el caso objeto de consulta, los reclamantes no presentan prueba suficiente que advere la infracción de la *lex artis* por lo que no cabe apreciar insuficiencia de medios ni retraso en la asistencia como fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

QUINTA.- Sobre los efectos de la ausencia de consentimiento informado, al privar al paciente de tomar una decisión sobre su salud, el Consejo consultivo entiende que se le ocasiona un daño moral, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/2011. Dictámenes 213/11, de 4 de mayo; 216/11, de 4 de mayo. En el Dictamen 129/11, de 6 de abril, este órgano consultivo indicaba: *“La indemnización debe resarcir el daño moral derivado de la frustración del derecho a la autodeterminación, ocasionado ante la falta de conocimiento de los riesgos asociados a la práctica de la biopsia que se materializaron, en tanto de haber sido conocidos, se hubiera podido rechazar la realización de la misma”*.

Del mismo modo, la ausencia de información coloca al paciente en situación de riesgo o le impide tomar medidas preventivas sobre su salud - STS 4 de abril de 2000- lo que constituye un daño moral grave distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención.

En el caso sometido dictamen no podemos apreciar ausencia de información por cuanto el desconocimiento de la infección sufrida durante la gestación, que no es contrario a la *lex artis*, impide por sí mismo la comunicación a los padres.

Respecto del parto, tan solo cabe recordar que se trata de un hecho natural que se acompaña de asistencia médica pero no constituye *per se* una técnica ni un acto médicos que permitan a la madre optar entre distintas alternativas terapéuticas, máxime cuando la cesárea, que sí es una intervención quirúrgica, no puede considerarse como una opción para las gestantes sino una decisión médica en función de las circunstancias de la paciente y del embarazo.

Por último, respecto de una eventual falta de información relativa la cesárea de urgencia a la que finalmente hubo de someterse la reclamante, hemos de recordar que el artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica permite la exención de la obtención de consentimiento informado del paciente cuando exista riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del paciente. En este caso el parto se desarrollaba de forma normal hasta que se mostró la posibilidad de sufrimiento fetal lo que hizo necesaria, para evitar riesgos para la integridad del neonato, la realización de la cesárea urgente, la cual no pudo esperar tan siquiera al efecto de la anestesia epidural, ya administrada a la madre, resultando necesaria anestesia general en virtud de la urgencia.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por haber prescrito el derecho reclamar y no haber quedado

acreditado que la asistencia médica prestada fuera contraria a la *lex artis ad hoc* ni tampoco la antijuridicidad en el daño

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, 22 de abril de 2015

