

Dictamen n^o: **205/14**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **21.05.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 21 de mayo de 2014, 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 M.A.C.A. y M.C.P.V. en su propio nombre y en el de su hija N.C.P., sobre responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados de la falta de detección precoz de malformaciones durante el embarazo en el Hospital Universitario La Paz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 11 de abril de 2014 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen firmada por el consejero de Sanidad el día 7 de abril de 2014, referida al expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 158/14, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo. Sr. Don Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por la Comisión

Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 21 de mayo de 2014.

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación formulada por M.A.C.A. y M.C.P.V., registrada de entrada en el Servicio Madrileño de Salud el 26 de noviembre de 2007 (folios 1 a 59 del expediente).

Según el escrito de reclamación, el embarazo de M.C.P.V. fue seguido en el Hospital Universitario La Paz, donde, el día 24 de octubre de 2005, se le practicó la segunda ecografía con una amenorrea de 20 semanas. Los reclamantes señalan que en la prueba se constató, tras su medición, que el diámetro biparietal (DBP) del feto era de 43 mm., y el perímetro cefálico era de 153 mm., valores correspondientes ambos según las tablas de biometría fetal propias a 18,6 semanas, y no coincidentes con los que corresponderían a dicha fecha de amenorrea. Añaden que a pesar de la constatación de tales mediciones lo que evidenciaba una posible microcefalia, no se derivó en este momento a la paciente a una atención ecográfica más especializada ni se derivó a un neurólogo infantil en aras a descartar o confirmar en su caso dicha patología. Sostienen que tampoco se les advirtió de la posibilidad de la existencia de una microcefalia en el feto. Reprochan que en esa fecha todavía estaban en plazo legal para la interrupción voluntaria del embarazo.

Los interesados indican que el 11 de marzo de 2006 tuvo lugar el nacimiento de su hija y que, al ingreso en el Servicio de Neonatología del Hospital Universitario La Paz, se apreció que la recién nacida padecía *“microcefalia con frente huidiza, pabellones auriculares con mínimo lóbulo, raíz nasal y puente nasal prominente, telecantus, discreta proptosis ocular, nevo melanocítico congénito pequeño (=0,4 cm) en área malar derecha. No otras lesiones cutáneas ni hepatoesplenomegalia. El PC es de -3,5 DE*

por debajo de la media para su edad gestacional y sexo (...)”, según se hizo constar en el informe de Alta de dicho Servicio.

Según el escrito de reclamación, a resultas de la microcefalia, la menor presenta desde su nacimiento, amén de retraso psicomotor y cognitivo, dificultad para la ingesta, alimentándose mediante gastrostomía percutánea. Asimismo precisa realizar sesiones de estimulación precoz y de fisioterapia. Añaden que por Resolución de 26 de julio de 2006 se reconoció a la menor un grado de minusvalía del 68%, que fue revisado a un 75% por Resolución de 3 de septiembre de 2007.

En virtud de lo expuesto concretan el daño padecido en la pérdida de la posibilidad de optar por la continuidad o no del embarazo, acogiéndose a la interrupción voluntaria del mismo, al hallarse, a fecha de realización de la segunda ecografía, en plazo legal para ello; los quebrantos económicos derivados del nacimiento de su hija con microcefalia y el retraso psicomotor y cognitivo consecuente, y el daño moral que entraña la contemplación de una hija con microcefalia, así como las limitaciones que a los propios progenitores va a ocasionar la enfermedad.

Solicitan una indemnización de 700.000 euros para los reclamantes y para su hija.

Se acompaña el escrito de reclamación de fotocopia del libro de familia; diversa documentación médica, así como las resoluciones citadas en el escrito reclamación, relativas al reconocimiento del grado de minusvalía.

TERCERO.- Presentada la reclamación anterior, por el Servicio Madrileño de Salud se inicia el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC) y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por que se aprueba el Reglamento del

Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante, RPRP).

Se ha incorporado al expediente la historia clínica que obra en el Hospital Universitario La Paz (folios 142 a 454 del expediente).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se ha recabado el informe preceptivo del servicio médico afectado. Así se ha incorporado al expediente el informe de 2 de julio de 2008 del jefe del Servicio de Obstetricia del Hospital Universitario La Paz en el que se indica, en relación con el diagnóstico de microcefalia, que dadas las características específicas de esta malformación, que se va desarrollando progresivamente, no es posible hacerlo habitualmente antes de la semana 22 que es el límite legal del embarazo.

En el caso concreto de la paciente el informe detalla lo siguiente:

“En total se le hicieron 7 ecografías. En la de la semana 20 el diámetro biparietal correspondía a una semana menos, hallazgo habitual y de muy escasa sensibilidad. Difícilmente se le podía haber recomendado una interrupción legal del embarazo porque no había diagnóstico y no lo había porque la microcefalia aún NO era evidente. Fue a partir de la semana 34 cuando se evidenció una clara discordancia entre el tamaño real de la cabeza y la que debía tener el feto para una determinada edad gestacional. Había una diferencia de 3-4 semanas por eso se le siguieron haciendo ecografías seriadas en las que se advirtió además la existencia de una formación quística cerebral que se exploró y valoró junto a los neurólogos infantiles”.

También consta el informe del jefe del Servicio de Neonatología del Hospital Universitario La Paz (folios 133 a 138 del expediente), en el que se detalla la enfermedad que padece la menor, una microcefalia primaria, es decir, no secundaria a acontecimientos intraútero (infecciones virales

TORCH, teratógenos, acontecimientos hipóxico-isquémicos) sino que responde a un trastorno del desarrollo cerebral, durante la vida fetal.

Consta también en el expediente el informe de 16 de agosto de 2010 de la Inspección Sanitaria (folios 467 a 471 del expediente) en el que tras realizar algunas consideraciones médicas sobre la microcefalia, se expone lo siguiente:

“El diagnóstico prenatal de la microcefalia puede hacerse a través de ecografía, si bien en muchas ocasiones no es posible hacerlo hasta el tercer trimestre, momento en el que aparece el trastorno cerebral con detención de su crecimiento.

En el caso que nos ocupa se trata de una microcefalia primaria por lo que se basa fundamentalmente en alteración genética y cromosómica que se produce durante la fase embrionaria y de la que cabe preguntarse si hubiera sido detectable antes de las 22 semanas a todos los efectos.

Lo que sí es objetivo es que la medida del diámetro cefálico no correspondía a la edad gestacional que por la amenorrea debía de tener, y se encontraba por debajo del límite inferior. Este hallazgo que de por sí sólo no es significativo y en la mayoría de las ocasiones se corrige con el desarrollo del feto, podría ser suficiente como para confirmar mediante otras pruebas que no existan otras alteraciones.

En la historia clínica no consta ningún dato familiar ni personal que pudiera inducir a sospechar una posible anomalía que por infrecuente y de tardía presentación, no se toma en consideración al no dar sintomatología llamativa antes de la semana 22, pues las diferencias de cálculo en la edad gestacional respecto a la fecha de la última menstruación, no son tan grandes como para plantearse dicho cuadro. Lógicamente, como el problema se basa en una detención del

crecimiento cefálico, a medida que avanza la gestación se hace más evidente las diferencias de semanas por lo que se amplían los estudios ecográficos a fin de confirmar la patología.

En la hoja de control del embarazo consta que no se llegó a realizar la amniocentesis, pero desconocemos los motivos por los que se solicitó y al final no se hizo. Tampoco podemos saber a ciencia cierta si dicha prueba hubiera detectado alguna anomalía ya que no parece que exista ningún análisis específico para la microcefalia, siendo diagnosticada habitualmente tras el nacimiento. Sin embargo no hemos encontrado ninguna anotación en la que conste que este dato fuera tenido en cuenta como importante.

Lo único que se podría haber afirmado era que el feto presentaba una medida cefálica por debajo del límite inferior de las tablas de crecimiento y de forma más acentuada en la semana 34 de amenorrea presentando, por tanto un retraso de 3-4 semanas, por lo que es cuando se decide mandarla a posteriores estudios que confirman la situación.

La legislación en materia de Interrupción Voluntaria de Embarazo (EVI) en el año 2006 se fundamentaba en la Ley Orgánica 9/85 mediante la cual quedaban despenalizadas dichas actuaciones practicadas en determinados supuestos, los cuales contemplaban el riesgo grave físico o psíquico de la madre, la violación y las malformaciones físicas o psíquicas del feto. En tales situaciones se disponía de las primeras 12 semanas (caso de violación), hasta las 22 semanas (malformaciones) o en cualquier momento (riesgo físico o psíquico de la madre).

La ausencia de diagnóstico ecográfico fetal, la escasa presentación del cuadro clínico microcefalia, la ausencia de antecedentes familiares ni personales que indujeran a sospechar un cuadro malformativo, las

restricciones de la ley y la inespecificidad del dato de pequeño perímetro cefálico, condujeron a una actitud expectante que concluyó en una situación indeseada.

En estas condiciones se hace difícil predecir si el desarrollo posterior del feto será normal o no por lo que más difícil todavía es aconsejar u orientar sobre otras actuaciones de tipo eugenésico. Bien es cierto que los datos recogidos en la 2ª ecografía con 20 semanas de amenorrea, mostraban una discordancia deficitaria en el crecimiento del feto, que habitualmente se recupera, pero en esta ocasión no sucedió dando lugar al caso que nos ocupa, no quedando recogido ninguna alarma que indujera estudios más profundos.

La detección de malformaciones, según un estudio del Hospital 12 de Octubre de Madrid en el periodo comprendido de 1990 a 2006, destaca que el 50% de las mismas, se detectan en el periodo prenatal por encima de las 22 semanas, por lo que quedarían fuera del supuesto legal para IVE en España, lo que debería implicar un nuevo planteamiento del problema.

Queremos destacar que estos hechos sucedieron en octubre de 2005 y por tanto se hallan en el contexto socio-cultural del momento así como de la legislación que regulaba el embarazo, por lo que el equipo médico no tomó en consideración un dato que no valoraron suficientemente importante ni para profundizar en el estudio ni como para informar a los padres de la “remota” posibilidad de una malformación de tal calibre puesto que se calcula que aparece con una incidencia de 1/250.000 nacidos vivos, según algunos autores”.

Tras el examen de los hechos y efectuadas las consideraciones médicas que acabamos de transcribir, la Inspección Sanitaria concluye lo siguiente:

“Por tales motivos, consideramos que la actuación médica para los datos y conocimiento que se tenían sobre la mujer gestante, joven, primípara, sin antecedentes personales ni familiares de interés, analíticas normales, con datos ecográficos no significativos de forma alarmante, fue una conducta correcta para la situación de aquel momento, pues las posibilidades de sospechar una malformación de tal índole eran tan remotas, que no cabía ninguna duda.

Sin embargo y habida cuenta que en la primera ecografía se recogieron datos que estaban por debajo del límite normal, cuando no se había realizado la amniocentesis y que desde el 25 de octubre de 2005 a 12 de diciembre de 2005, no se realiza ningún estudio para confirmar la evolución del crecimiento, consideramos que ha existido una defectuosa valoración de dicho dato, porque a pesar de la dificultad diagnóstica del cuadro, creemos que no se han puesto todos los medios posibles para detectar la situación, además que no fueron informados los padres que las medidas del feto eran inferiores a la normalidad”.

Se ha incorporado también al procedimiento el informe médico pericial de un especialista en Obstetricia y Ginecología, emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud, en el que se expresa lo siguiente:

“La 1ª y la 2ª exploración ecográfica realizada a la paciente en la semana 10+3 y 12+4 de gestación, no encontraron alteraciones. Sí se evidenció que correspondían a 3 y 4 días menos que por amenorrea. Esta situación es habitual y no tiene repercusión clínica. La ecografía morfológica de la semana 20 se realizó el 24 de octubre de 2005, con amenorrea de 20 semanas. Se recogieron los siguientes datos:

- *Diámetro biparietal (DBP) de 43 mm, acorde con la semana 18+6 de gestación. <p5.*

- *Perímetro cefálico de 153 mm., acorde con la semana 18+6.*
- *Un perímetro abdominal de 137 mm., acorde con la semana 9+2. <p5.*
- *Longitud del fémur LF 31 mm acorde con la semana 20+2.*

La biometría fetal era acorde con la semana 19+1 (6 días menor que por amenorrea y era congruente con el seguimiento de la última ecografía que era 4 días menor). Se anotó que no se evidenciaban alteraciones morfológicas en el feto, aunque no se podían descartar que se manifestaran posteriormente.

Se realizaron las medidas habituales en esta exploración ecográfica, se midió a nivel cefálico el Diámetro biparietal (DBP) y el Perímetro cefálico y a nivel abdominal el perímetro abdominal así como la longitud del fémur.

El hecho de que las medidas del feto correspondieran a una semana menos sin alteraciones morfológicas añadidas no podía alertar sobre el desarrollo posterior de microcefalia. Al correlacionar las medidas con las ecografías previas, el decalaje era de días, pues la ecografía de la semana 12 ya correspondía con 4 días menos.

No estaba indicada la medición de otros diámetros cerebrales como diámetro fronto-occipital o índice cefálico, pues el diagnóstico fue gestación una semana menor que amenorrea y no una microcefalia. Avalado porque el perímetro abdominal también era una semana menor.

No se vieron malformaciones estructurales fetales, y se consideró la exploración dentro de los parámetros normales. El objetivo fundamental de esta exploración es confirmar una correcta evolución de la gestación y realizar un despistaje de la patología malformativa

fetal. En esta época de la gestación ya son visibles la mayor parte de las estructuras fetales y es posible realizar el diagnóstico del 60 - 70 por 100 de las malformaciones graves. El desarrollo del SNC presenta unas peculiaridades diferenciales del resto de los órganos. El desarrollo de las diferentes estructuras se mantiene durante toda la gestación y prosigue después del nacimiento. Por esta razón está expuesto a que se produzcan alteraciones importantes y malformaciones por el efecto de accidentes o por la presentación de situaciones de riesgo de diferente naturaleza en cualquier edad gestacional (infecciones, traumatismos, hipoxia, etc.). Por lo tanto, en el despistaje de las alteraciones cerebrales y en la detección prenatal de sus anomalías debe tenerse en cuenta que:

- Los patrones de normalidad cambian con la edad gestacional.*
- Las lesiones son progresivas. Pasa un tiempo desde que se ha presentado la situación de riesgo hasta que la anomalía se evidencia en la imagen.*
- Una ecografía normal en la semana 20-22 no excluye patología que se pueda presentar posteriormente.*

En esta paciente no se pudo diagnosticar la microcefalia que presentó al nacimiento porque no se había expresado todavía en la semana 20 de gestación. Al no sospechar la malformación fetal fue imposible ofrecer a la paciente la posibilidad de una interrupción legal del embarazo, antes de la semana 22 de gestación”.

En el informe se recogen las siguientes conclusiones:

“Primera.- La paciente no cumplía ninguno de los criterios aceptados por la SEGO para considerarla paciente de alto riesgo de malformaciones congénitas, que precisara controles ecográficos más seriados y especializados.

Segunda.- La ecografía destinada a descartar malformaciones estructurales se le realizó a la paciente en la semana 20 de gestación. Las medidas fetales (tanto cefálicas como abdominales) correspondían a una semana menos de gestación sin alteraciones morfológicas añadidas; este dato no podía alertar sobre el desarrollo posterior de microcefalia.

Tercera.- El desarrollo del SNC fetal presenta unas peculiaridades diferenciales del resto de los órganos. Los patrones de normalidad cambian con la edad gestacional, las lesiones son progresivas y una ecografía normal en la semana 20 no excluye patología que se pueda presentar posteriormente. En esta paciente no se pudo diagnosticar la microcefalia que presentó al nacimiento porque no se había expresado todavía en la semana 20 de gestación. Al no sospechar la malformación fetal fue imposible ofrecer a la paciente la posibilidad de una interrupción legal del embarazo, antes de la semana 22 de gestación.

Aunque se hubiera realizado el diagnóstico en la semana 20, hubiera sido prácticamente imposible llegar a un diagnóstico de certeza, como para incluir a dicha malformación dentro de los criterios para una interrupción legal del embarazo.

Cuarta.- Al no sospechar patología en la ecografía de la semana 20 no estaba indicada realizar ninguna otra exploración ecográfica hasta el 3^{er} trimestre.

Existen limitaciones para el diagnóstico ecográfico precoz de las malformaciones cerebrales, independientes del operador y del equipo. Por tanto, aunque la ecografía es una herramienta muy útil en el diagnóstico prenatal y que se ha desarrollado mucho en los últimos años, todavía tiene importantes limitaciones que la sociedad debe conocer y aceptar. La SEGO informa de que la tasa global de

detección de malformaciones congénitas mediante ecografía no llega al 60%”.

Tal y como establecen los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP, se evacuó el oportuno trámite de audiencia a los reclamantes. No consta en el expediente que los interesados formularan alegaciones en el trámite conferido al efecto.

Finalmente, por el viceconsejero de Asistencia Sanitaria –por delegación en la secretaría general del Servicio Madrileño de Salud, según Resolución 6/2014, de 17 de marzo- se dicta propuesta de resolución en fecha 26 de marzo de 2014, en la que se desestima la reclamación indemnizatoria presentada al considerar que la actuación fue conforme a la *lex artis*.

CUARTO.- Del examen de la historia clínica y restante documentación médica obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos, que se consideran de interés para la emisión del dictamen, admitiéndose en lo sustancial los consignados en la propuesta de resolución:

M.C.P.V., de 33 años en el momento de los hechos, es vista por primera vez el 18 de agosto de 2005 para el control de su primera gestación. Se anota que la gestante no presenta antecedentes familiares ni personales de interés así como que la fecha de la última regla fue el 6 de junio de 2005 y la fecha probable del parto el 13 de marzo de 2006. También se escribe que la gestante se encuentra en la semana 10+3 días. En la ecografía realizada ese día se indica medida del embrión (CRL) de 33 mm (10 semanas) con movimiento cardíaco fetal positivo.

La segunda ecografía obstétrica (de nivel básico, solo destinada a la valoración de la estática fetal, biometría y anejos ovulares) se realizó el 1 de septiembre de 2005, en la semana 12+4 de gestación. Las medidas realizadas (CRL de 52 mm) correspondían con la semana 12 de gestación. Se anota que se deriva a genética y se pide ecografía del 2º trimestre.

También se escribe que “*no se hizo amniocentesis porque finalmente decidió no hacerlo*”.

El 24 de octubre de 2005, con amenorrea de 20 semanas, se realiza la tercera ecografía. En el informe ecográfico se hace constar un diámetro biparietal (DBP) 43 mm, acorde con la semana 18+6; un perímetro cefálico de 153 mm., acorde con la semana 18+6; un perímetro abdominal de 137 mm, acorde con la semana 19+2 y longitud del fémur LF 31 mm acorde con la semana 20+2. La biometría fetal era acorde con la semana 19+1. En el citado informe consta que no se evidenciaban alteraciones morfológicas en el feto, aunque no se podían descartar que se manifestaran posteriormente.

La gestante es vista en el Servicio de Obstetricia y Ginecología el día 12 de diciembre de 2005. Refiere un dolor periumbilical fijo desde hace unos días. En la exploración presenta la pared abdominal blanda y depresible sin signos de inflamación.

La cuarta ecografía es realizada el 23 de enero de 2006, con amenorrea de 33+1. En el informe ecográfico se anota un diámetro biparietal de 74 mm., un diámetro abdominal de 71 mm. y una longitud del fémur de 57 mm. Se considera que corresponde con la semana 30-31 de gestación. Se deriva al servicio especializado de Fisiopatología Fetal del Hospital Universitario La Paz para realización de ecografía doppler obstétrica por “*feto pequeño 2-3 semanas menos*”.

El 31 de enero de 2006 se realiza la primera ecografía doppler en la semana 34+1. En el informe ecográfico se anota un diámetro biparietal de 75 mm. (30+2), un perímetro abdominal 257 mm. (31+1) y una longitud del fémur de 61 mm. (32+4). El estudio doppler realizado en arteria umbilical y en arteria cerebral media es normal. La biometría fetal corresponde a 31+2 semanas. La conclusión es la de “*gestación en curso. Feto pequeño*”.

La segunda ecografía con doppler se realiza el 7 de febrero de 2006, en la semana 35+1. La biometría fetal es 31+6 semanas. En el estudio anatómico fetal se visualiza un atrio ventricular de 11,5 mm y una imagen redondeada en línea media cerebral de 8 x 11 mm. El estudio doppler realizado es normal. Al encontrarse patología cerebral se le cita a la paciente en una semana para valoración conjunta con el Servicio de Neurología Infantil.

La 7ª ecografía realizada el 15 de febrero de 2006, en la semana 36+2 de gestación se observa un DBP y un diámetro abdominal que corresponden con la semana 32 de gestación y la misma imagen intracraneal.

Se realizan nuevas ecografías con doppler los días 1 y 10 de marzo de 2006 conjuntamente con el neurólogo infantil. En el estudio anatómico fetal se visualiza la misma imagen redondeada en línea media cerebral de 8 x 12 mm. En el informe ecográfico se anota que, visto por el neurólogo, *“pendiente de estudio al nacimiento”*.

El día 10 de marzo del 2006, se realiza monitorización fetal y ante la aparición de una desaceleración fetal con buena recuperación posterior se decide ingreso para finalizar gestación.

Se indica inducción de parto por monitorización dudosa y feto pequeño. Tras 4 horas de trabajo de parto, se produce a las 04:35 horas del día 11 de marzo el parto normal de una niña de 2360 gr. APGAR de 9/9.

La recién nacida ingresa en Neonatología por bajo peso y microcefalia con rasgos dismórficos. Al ingreso se aprecia *“microcefalia con frente huidiza, pabellones auriculares con mínimo lóbulo, raíz nasal y puente nasal prominente, telecantus, discreta proptosis ocular, nevo melanocítico congénito pequeño (=0,4 cm) en área malar derecha. No otras lesiones cutáneas ni hepatoesplenomegalia. El PC es de -3,5 DE por debajo de la media para su edad gestacional y sexo”*. La niña permanece ingresada

durante 26 días y es dada de alta el 6 de abril de 2006 con el diagnóstico de microcefalia primaria congénita de etiología en estudio.

La recién nacida sigue controles por el Servicio de Neurología Pediátrica. Desde el nacimiento presenta dificultad para la ingesta con vómitos y regurgitaciones frecuentes. En la revisión del día 16 de mayo de 2006 se anota que se mantiene la misma impresión diagnóstica con manifiestos signos de evolución con encefalopatía. Se pauta estimulación precoz y fisioterapia si precisara. A partir de julio de 2006 se alimenta mediante sonda nasogástrica y desde julio de 2007 con gastronomía percutánea.

Mediante Resolución de 26 de julio de 2006 se reconoce a N.C.P. un grado de discapacidad del 68% en base a un retraso madurativo por encefalopatía de etiología congénita. El 3 de septiembre de 2007 se reconoce a la menor un grado de discapacidad del 75% en base a la misma patología.

A los hechos anteriores les son de aplicación las siguientes,

CONSIDERACIONES DE 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 caso objeto de estudio, los reclamantes han cifrado el importe de los daños sufridos en 700.000 euros, por lo que es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen del Consejo Consultivo.

La solicitud de dictamen se ha cursado a través del consejero de Sanidad, que es el órgano legitimado para ello, de conformidad con el artículo 14.1 de la Ley 6/2007, conforme al cual *“El dictamen del Consejo Consultivo será recabado por el Presidente de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Gobierno, o cualquiera de sus miembros”*.

SEGUNDA.- Ostentan los reclamantes legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, en cuanto afectados por la asistencia sanitaria, pretendidamente deficiente, dispensada por el Servicio Madrileño de Salud. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así la Sentencia de 28 de marzo de 2012) reconoce la legitimación de los progenitores para reclamar por el daño moral consistente en privarlos de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, así como por el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado por una grave patología (en el caso de la citada sentencia, el síndrome de Down).

Ahora bien de los términos de la reclamación se infiere que los padres actúan también en nombre y representación de su hija N.C.P. Al tratarse de un menor de edad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil, que atribuye la representación legal de los menores no emancipados a los padres y se ha aportado para acreditar la relación filial fotocopia del libro de familia. No obstante, ya en nuestro Dictamen 318/13, de 30 de julio, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, entendimos que no puede reconocerse legitimación a la hija para reclamar, pues ello implicaría reconocer el nacimiento en sí mismo como un daño, lo que encuentra rechazo en nuestros tribunales que atienden a la hora del resarcimiento al daño moral y patrimonial causado a los padres. En este

sentido ya citamos la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2007 en la que no se reconoce la petición de indemnización a favor del hijo menor al considerar la Sala que se trata de *“una situación que afecta exclusivamente a los padres”*. En el mismo sentido la Sentencia de 23 de noviembre de 2007 cuando señala que *“debe descartarse que se haya producido un daño a la menor, ya que esta Sala ha venido considerando, desde la sentencia de 5 de junio de 1998 que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo”*. De esta manera se rechazan en nuestro derecho las acciones de *wrongful life*, entabladas por el propio hijo por el mismo hecho del nacimiento, por la propia vida.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico integrado dentro de la red sanitaria pública madrileña.

En materia de procedimiento, se han observado los trámites legales y reglamentarios, marcados en la LRJ-PAC y en el RPRP. En concreto, la instrucción ha consistido en recabar el informe de los servicios a cuyo funcionamiento se atribuye haber causado el daño, informe exigido por el artículo 10.1 de la norma reglamentaria. En el expediente se ha dado trámite a audiencia a los reclamantes de conformidad con los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

No obstante, se ha de señalar que se ha superado con creces el plazo de seis meses que para la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial establece el artículo 42 de la LRJ-PAC, en relación con el artículo 13 del RPRP. La superación del plazo previsto no dispensa a la

Administración de la obligación de resolver (artículo 43.1 de la LRJ-PAC) ni, en consecuencia, a este Consejo Consultivo de emitir su dictamen preceptivo.

TERCERA.- Especial consideración merece el ejercicio en plazo del derecho a reclamar.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJ-PAC). En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo se contará *“desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”*, lo que equivale a decir que el plazo prescriptivo empieza a correr desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido, y de su alcance y consecuencias, lo que constituye una aplicación de la teoría de la *«actio nata»*, recogida en el artículo 1969 del Código Civil (*«actioni nondum natae, non prescribitur»*).

En este caso resulta relevante la distinción que ha perfilado la jurisprudencia entre daños permanentes y daños continuados. Así, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de enero de 2014, cuando señala lo siguiente:

“Este Tribunal ha distinguido, efectivamente, entre daños permanentes y daños continuados entendiéndose por los primeros aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aún cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, en tanto que los segundos, los daños continuados, son aquellos que en base a una unidad de acto se producen día a día de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad ” (sentencia de 7 de febrero de 1.997, ya citada, a la que se remiten casi todas las sentencias de la Sala de Sevilla aquí confrontadas).

Pero esta distinción no es tanto conceptual o teórica como práctica. Se hace a los solos efectos de decidir si una acción está prescrita o no, para lo que se atiende al momento a partir del cual pudieron valorarse la totalidad de los perjuicios causados por un determinado evento lesivo. Por eso, para clasificar un daño en una u otra categoría, se atiende al momento en que pueden valorarse o cuantificarse esos perjuicios. Así se dice con toda claridad, por ejemplo, en la sentencia de 15 de febrero de 2.011, dictada en el recurso de casación 1.638/2.009, con cita de otras. Dice esta sentencia -pronunciándose sobre las lesiones físicas a las que normalmente se aplica aquella distinción- que son daño continuados aquellos que no permiten conocer aún los efectos definitivos del quebranto y en los que, por tanto, el "dies a quo" del plazo para recurrir será aquél en que ese conocimiento se alcance; y que son daños permanentes los que se refieren, por el contrario, a lesiones irreversibles e incurables, aunque no intratables, cuyas consecuencias resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo, así, cuantificables, de suerte que los tratamientos paliativos ulteriores, encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance”.

Uno de los supuestos más controvertidos los encontramos en los casos relativos a niños, en los que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de octubre de 2012, “*por la propia naturaleza humana se encuentran en un constante y completo desarrollo integral y los daños que pueden alegarse se presentan como evolutivos por concepto*”.

En el caso analizado en la sentencia que acabamos de citar, los padres reclamaban por el error en el diagnóstico prenatal de la infección congénita

fetal por toxoplasmosis y de la hidrocefalia y demás malformaciones consecuentes de su hijo y, en consecuencia, por la privación de su derecho a la información y la posibilidad de haber podido optar por la interrupción voluntaria del embarazo. El Tribunal Supremo siguiendo la doctrina jurisprudencial expuesta expresa lo siguiente:

“Bien es cierto también que la Jurisprudencia de la Sala referida a la indemnización del daño en casos referidos a la no detección de patologías fetales, como el presente se encuentra ya perfectamente consolidada desde la sentencia de veintiocho de septiembre de dos mil, seguida por otras posteriores como es el caso de la sentencia de cuatro de noviembre de dos mil ocho y la de dieciséis de junio de dos mil diez, a la que debemos añadir la de veintisiete de octubre de dos mil diez, recurso 4798/2007. Hemos claramente establecido que no es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo -pérdida de oportunidad-, sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado, en aquellos casos con síndrome de Down. Inexcusablemente ambos -daño moral y daño patrimonial- deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño (artículo 141. 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Pero en el presente caso, la materialización del daño con sus gravísimas consecuencias se materializa en el momento del diagnóstico de la infección congénita por toxoplasmosis que da lugar a una encefalopatía severa derivada, cuya grave realidad es innegable sin que la constatación concreta de hasta donde van a llegar las limitaciones del bebé vaya a suponer la transformación del daño en continuado por más que los efectos se perpetúen en el tiempo.

Del examen del expediente administrativo a los efectos de poder analizar exactamente si la fijación del "dies a quo" por la Sala de instancia respondía a un cabal y suficiente conocimiento de los efectos

del quebranto, tal y como ha sido fijado por nuestra Jurisprudencia, se deduce que efectivamente estamos ante un daño que se exterioriza en su diagnóstico "encefalopatía severa" sin que pueda exigirse la determinación concreta de cada uno de los aspectos en los que va a incidir en su desarrollo y madurez tal grave enfermedad. Ello llevaría a mantener el plazo para el ejercicio de la acción indefinidamente abierto y sin posibilidad alguna de concreción que hemos mantenido que no es posible -por todas la sentencia de 31 de mayo de 2011, Rec. cas 7011/2009 -, ni siquiera a raíz de declaraciones administrativas que se tramiten en sede de Seguridad Social”.

En este caso consideramos que la reclamación presentada el día 26 de noviembre de 2007 lo ha sido de manera extemporánea. En efecto, resulta de la documentación examinada que la patología malformativa que padece la hija de los reclamantes fue detectada en el momento mismo del nacimiento, el día 10 de marzo de 2006, fecha en la que la recién nacida ingresa en el Servicio de Neonatología del Hospital Universitario La Paz por microcefalia con rasgos dismórficos. La menor permanece ingresada durante veintiséis días y es dada de alta el 6 de abril de 2006. De acuerdo con la doctrina que hemos expuesto, cabe considerar que las malformaciones que sufre la hija de los reclamantes constituyen un daño permanente. La enfermedad diagnosticada constituye un quebranto que irremediablemente predetermina graves secuelas en el desarrollo físico y mental de la niña, pero su carácter evolutivo no lo convierte en un daño continuado, al ser previsible en su determinación, sin que sea preciso esperar a una total concreción de las limitaciones que ha de sufrir la niña para el ejercicio de la reclamación de responsabilidad patrimonial. En el momento del nacimiento, o si se quiere del alta de la recién nacida, como fecha más favorable para los interesados, la patología de la niña se encontraba confirmada y por tanto se disponía del conocimiento de los datos necesarios para el ejercicio de la

reclamación por no haberse detectado las malformaciones de la niña durante el embarazo.

En un sentido parecido podemos citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de abril de 2013, cuando expresa lo siguiente:

“el momento en el que los recurrentes conocen que su hijo sufre graves malformaciones físicas tiene lugar con el nacimiento del menor, en fecha NUM000 de 2004, por lo que cuando se presenta en diciembre de 2008 la reclamación de responsabilidad patrimonial estaba ya prescrita la acción, y ello independientemente de que la enfermedad del menor persista pues quedaron fijadas y conocidas sus secuelas de forma clara y definitiva ya en el momento del nacimiento. La determinación del día inicial ha de venir dado por el de la fecha en que la lesión se manifestó definitivamente, haciéndose patente, en este caso, con el nacimiento del menor en fecha NUM000 de 2004. Ese es el dies a quo con independencia de que nos encontremos con una enfermedad que va a permanecer inalterable en el tiempo. No cabe duda de que, en el supuesto analizado, se está ante un daño permanente ya que el acto generador se agotó en su momento y la lesión va a seguir un proceso previsible, aun cuando en el momento del ejercicio de la acción no se haya recuperado íntegramente la salud. Pero el daño producido resultaba previsible en su evolución, en su determinación y, por tanto, cuantificable desde el momento en que los padres tienen conocimiento puntual de que su hijo ha nacido con graves rasgos dismórficos tales como facies plana, labio leporino y fisura palatina; dolicocefalia; cuello corto; amputación total a nivel tercio distal pierna izquierda y falanges pie derecho y ambas manos; ductus arterioso persistente. Conocimiento que los padres tienen en el momento de su nacimiento e incluso de su posterior alta del Servicio de Neonatología del Hospital de La Paz, un mes después de su

nacimiento (folios 406 a 408 de expediente administrativo). El hecho de que se trate de unas secuelas que continúan en el tiempo ello no implica que no pueda iniciarse el cómputo de la prescripción pues las secuelas que presenta son definitivas en las fechas referidas, ya se conocen y no hay indeterminación alguna al respecto desde la fecha de su nacimiento.

El hecho de que el menor después de su nacimiento haya sido sometido a múltiples intervenciones quirúrgicas y revisiones médicas ello no permite concluir que sus secuelas no estén ya fijadas definitivamente o, al menos, las que ahora constituyen el objeto de la presente reclamación de responsabilidad patrimonial. Las intervenciones quirúrgicas pretendían corregir y paliar alguna de las consecuencias derivadas de las secuelas que padecía para mejorar la calidad de vida del menor. Y por ello debe entenderse que las secuelas estaban estabilizadas definitivamente ya en diciembre de 2004 por lo que, cuando se presenta en diciembre de 2008 la reclamación de responsabilidad patrimonial estaba ya prescrita la acción, y ello independientemente de que el paciente se venga sometiendo periódicamente a dichas revisiones pues en todas ellas se recoge como diagnóstico invariable síndrome de bridas amnióticas con afectación de los cuatro miembros”.

Por otro lado, a los efectos del cómputo del plazo para reclamar no podemos atender a la fecha del reconocimiento del grado de minusvalía, 26 de julio de 2006, pues incluso esa fecha no impediría que la reclamación presentada más allá del plazo de un año (26 de noviembre de 2007) fuera extemporánea, y además como hemos indicado en anteriores dictámenes, haciéndonos eco de la jurisprudencia (así Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2011 o la de 8 de octubre de 2012), en modo alguno puede atenderse a resoluciones de organismos públicos declarativos

de incapacidad para reabrir plazos o hacer ineficaces los ya transcurridos correspondientes a una reclamación de responsabilidad patrimonial.

Conforme a la doctrina expuesta tampoco puede atenderse a la fecha de modificación del grado de minusvalía de la menor realizada en septiembre de 2007, pues el dictamen técnico facultativo emitido por el equipo de valoración no modifica las secuelas que padece la menor “*retraso madurativo por encefalopatía de etiología congénita*” y que fueron identificadas en el año 2006 de manera idéntica. En un caso parecido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura 201/2007, de 14 de septiembre, en la que se analiza la alegación de la modificación del grado de minusvalía como momento de estabilización de las secuelas se indica lo siguiente:

“Así pues, estos documentos no impiden en modo alguno declarar que las secuelas y los padecimientos de la menor eran conocidos desde que tenía dos años y medio, sin que puedan mezclarse las secuelas que la parte imputa al momento del parto con el grado de minusvalía que no sólo tiene en cuenta factores físicos y psíquicos sino también factores sociales que otorgan una mayor puntuación y que es revisable en atención a las circunstancias de cada momento pero que no resulta necesario para conocer el alcance de las secuelas y su previsible evolución. Debemos reiterar que los padecimientos de la hija de los actores eran conocidos desde que la niña tenía dos años y medio aproximadamente, siendo coincidentes todos los informes emitidos que siempre se refieren al retraso madurativo y en el lenguaje, sin que en ningún momento se señalen secuelas distintas, por lo que no existe un cambio de las secuelas o que las mismas no estuvieran estabilizadas en los años 1995 y 1996 para poder reclamar ante la Administración Pública.”

En consecuencia, desde el momento en que se detectan los padecimientos de la menor en los años 1995 y 1996, recordemos que ya en el año 1995 a la niña se le ha reconocido la condición de minusválida, se tenía pleno conocimiento del alcance del daño sufrido, por lo que los recurrentes disponían de un año para presentar su reclamación administrativa si consideraban que las secuelas fueron debidas al parto y que podía existir responsabilidad por parte de la Administración Sanitaria. [...] De no ser así, la acción de indemnización se podría ejercitar de manera indefinida, lo que es contrario al precepto legal mencionado y al principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9,3 de la Constitución Española”.

Por último, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, tampoco podemos atender a los tratamientos o intervenciones posteriores de la menor que tratan de mejorar su calidad de vida o mitigar sus padecimientos pues no enervan la realidad del daño que quedó constatado en el momento mismo del nacimiento de la niña. En un sentido parecido nos hemos pronunciado en nuestro reciente Dictamen 197/14, de 7 de mayo.

CUARTA.- No obstante lo dicho, aunque admitiéramos que la reclamación fue formulada en plazo legal, entendemos que no se darían los presupuestos necesarios para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En este caso, los interesados formulan su reclamación en base a la consideración de que los datos que reflejaba la ecografía realizada el 24 de octubre de 2005 (a las 20 semanas de gestación), evidenciaba en su opinión una posible microcefalia, circunstancia que debió alertar a los médicos para realizar un examen más especializado, lo que según sus manifestaciones habría permitido confirmar el diagnóstico para poder llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo.

En este punto los reclamantes no aportan ningún informe pericial que sustente sus alegaciones. Por el contrario los informes médicos que obran en el expediente, en primer lugar, coinciden en señalar que la microcefalia es una patología muy difícil de diagnosticar antes de la semana 22 de gestación, que es la fecha límite para el aborto eugenésico. En este sentido el informe del Servicio de Obstetricia implicado en el proceso asistencial de la gestante señala que dadas las características de la microcefalia, que se va a desarrollar progresivamente, no es posible su diagnóstico habitualmente antes de la semana 22 y que, en el caso concreto, el hallazgo de un diámetro biparietal en la semana 20 de gestación correspondiente a una semana menos según amenorrea *“es un hallazgo habitual y de muy escasa sensibilidad”*. También el informe de la Inspección Sanitaria incide en que el diagnóstico prenatal de la microcefalia en muchas ocasiones no es posible hacerlo hasta el tercer trimestre, momento en el que aparece el trastorno cerebral con detención de su crecimiento. El informe destaca también que no parece que exista ningún análisis específico para la microcefalia *“siendo diagnosticado habitualmente tras el nacimiento”*. En este punto el informe de la Inspección recoge datos estadísticos sobre la detección de malformaciones en el año 2005, donde se destaca que el 50% de las mismas se detectan en el periodo prenatal por encima de las 22 semanas. Sobre el difícil diagnóstico de la malformación incide el dictamen emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud por un especialista en Obstetricia y Ginecología, quien expone que *“no se pudo diagnosticar la microcefalia que presentó al nacimiento porque no se había expresado en la semana 20 de gestación”* y añade que las medidas fetales correspondían a una semana menos de gestación sin alteraciones morfológicas añadidas.

Respecto a la existencia de datos que pudieran alertar sobre la necesidad de realizar un estudio más especializado, la Inspección Sanitaria a pesar de concluir que existió una defectuosa valoración de los resultados de la ecografía realizada en octubre de 2005, sin embargo en el cuerpo del

informe detalla que *“en la historia clínica no consta ningún dato familiar ni personal que pudiera inducir a sospechar una posible anomalía que por infrecuente y de tardía presentación, no se toma en consideración al no dar sintomatología llamativa antes de la semana 22, pues las diferencias de cálculo en la edad gestacional respecto a la fecha de la última menstruación, no son tan grandes como para plantearse dicho cuadro”* y además concluye que la actuación médica fue correcta para los datos y conocimientos que se tenían, *“pues las posibilidades de sospechar una malformación de tal índole eran tan remotas, que no cabía ninguna duda”*. También el dictamen del especialista en Obstetricia y Ginecología incide en que la paciente no cumplía ninguno de los criterios aceptados por la SEGO para considerarla paciente de alto riesgo de malformaciones congénitas, que precisara controles más especializados. Incide además en que las medidas fetales correspondientes a una semana menos eran congruentes con la última ecografía (que mostraba cuatro días menos en relación con la amenorrea) y además no se mostraban alteraciones morfológicas añadidas.

Resulta relevante a los efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que los informes médicos exponen en relación con la posibilidad de interrumpir el embarazo de la que disponían los reclamantes, lo que constituye el núcleo de su reclamación. En este punto el informe del Servicio de Obstetricia señala que *“difícilmente se le podía haber recomendado una interrupción legal del embarazo porque no había diagnóstico y no lo había porque la microcefalia aún no era evidente”*. El informe de la Inspección Sanitaria destaca en este punto que, dadas las circunstancias del caso, se hace difícil predecir si el desarrollo posterior del feto será normal o no *“por lo que más difícil todavía es aconsejar u orientar sobre actuaciones de tipo eugenésico”*. Especialmente relevante resulta en este punto el dictamen especializado emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud en el que se afirma contundentemente que *“aunque se hubiera realizado el diagnóstico en la*

semana 20, hubiera sido prácticamente imposible llegar a un diagnóstico de certeza como para incluir dicha malformación dentro de los criterios para la interrupción legal del embarazo”.

A la vista de todo lo anterior el Consejo Consultivo formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen al haberse presentado de forma extemporánea y haber prescrito el derecho a reclamar.

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, 21 de mayo de 2014