

En Logroño, a 8 de octubre de 2008, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General D. Ignacio Granado Hijelmo, siendo ponente D. José M^a Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

123/08

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D. J. B. D. y D. E. P. M., por las malformaciones sufridas por su hijo J. B. P. durante su gestación.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

En fecha 19 de junio de 2007, los Sres. Be. D. y P. M. presentan escrito en solicitud de responsabilidad patrimonial dirigido al Servicio de Atención al Paciente del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro*, en reclamación de la cantidad de 232.000 € como consecuencia de las lesiones sufridas por su hijo, así como por lucro cesante y daños morales complementarios, haciendo constar el siguiente relato de hechos:

-El día 5 de junio de 2001, D. E. P. M. acudió a la Consulta de Obstetricia en el Complejo Hospitalario San Millán-San Pedro de Logroño para interesarse sobre el procedimiento a seguir para el control de su embarazo. Se le practica el cuestionario protocolario para iniciar el control del embarazo y se le realizan las primeras exploraciones, remitiéndola a pruebas de citología y a un próximo control ecográfico.

-Con fecha 4 de junio de 2001, el Ecografista Dr. M. le realiza la primera exploración que da como resultado un juicio ecográfico normal, dentro de una gestación estimada de 10.1 semanas.

-Con fecha 12 de junio de 2001 el Dr. G. M. facilita los resultados de la citología, observando unos datos clínicos de gestación de 10+2 semanas. El diagnóstico de la misma muestra un resultado "dentro de los límites normales".

-Nuevamente, el Dr. Ribeiro solicita informe ecográfico obstétrico, prueba realizada por el Dr. P. y cuyo resultado fue de gestación de 21,4 semanas y normal. Esta prueba fue realizada el 20 de agosto de 2001.

-Dentro del primer trimestre de gestación, se le realiza una analítica de sangre y orina para el control bioquímico. No se trasluce ninguna anomalía de las mismas, dado que, en ningún caso, se comunica nada a la actora.

-El 23 de agosto del año 2001, se conoce el informe del urocultivo realizado a través de una muestra de orina, cuyo resultado es negativo.

-Con fecha 4 de septiembre, se le practica nueva revisión, coincidiendo con la semana de gestación 24+2, no indicándose ningún tipo de observación especial.

-Con fecha 14 de noviembre de 2001, se le practica la última de las Consultas de Obstetricia, determinándose un cómputo de semanas de gestación de 33+6. En el mismo día, se somete a una ecografía que da como juicio ecográfico una gestación de 32+4 semanas, sin ninguna otra precisión de anomalía en el feto. En la copia facilitada por el Servicio de Documentación del Hospital, no se recoge ni el nombre de la paciente ni el Médico responsable de la citada prueba, únicamente se dan ciertos datos de la biometría fetal, así como del estado de la placenta, estática fetal y líquido amniótico.

-Con fecha 1 de diciembre de 2001, E. P. ingresa de urgencias para dar a luz, ingreso que no nos consta que quede registrado en el Servicio de Urgencias del citado Hospital. Tras el alumbramiento, a las 19,57 horas del citado día, se confirma el nacimiento.

-El día 1 de diciembre de 2001, nació J. B. P. en el Hospital San Millán de Logroño, por pretérmino, con bajo peso, 2.150 grs. y diagnosticado, de ano imperforado.

-Inmediatamente, es trasladado al Hospital Universitario Miguel Server de Zaragoza, con fecha de ingreso 2 de diciembre de 2001.

-Tras una primera exploración, se le realiza un examen exhaustivo consistente en diferentes pruebas que dan como resultado un cuadro polimalformado consistente en: escoliosis con malformación por hemivértebras 11-12 y malformación lumbo-sacra, abdomen en posición salomónica, confirmándose la falta de aireación recto distal, ectopia renal derecha con ptosis renal y 49 mm. de tamaño renal izquierdo normal. Se le realiza un estudio cardiológico, detectándosele una CIA. El cuadro se completa, finalmente, con ectasia piélica, ictericia de pretérmino, una fístula vesico-rectal y atresia de ano.

-J.r B. P. fue ingresado durante veinte días desde su nacimiento en la Unidad de Neonatología del Hospital materno infantil Miguel Server de Zaragoza con alta el 21 de diciembre de 2001, tras una primera intervención, en la que se le practicó una colostomía el 2 de diciembre de 2001.

-Ha sido nuevamente intervenido en múltiples ocasiones, el 2 de octubre de 2002 por anorectoplastia sagital posterior, según técnica de Peña; y por cierre de fístula retrouretral amplia.

-Nuevamente, con fecha 11 de diciembre de 2002, se le practica un cierre de colostomía.

-El 23 de noviembre de 2004, se le practica una inguinotomía derecha, por herniorrafia inguinal derecha según técnica de Ferguson.

-El 20 de enero de 2006, se le realiza una corrección por osteotomía y fijación entre L4 y sacro, para implementar soluciones a la escoliosis, tras la que se le prescribe un corsé sin solución de continuidad.

-Nuevamente se le practica una intervención para la corrección de escoliosis por aflojamiento de artrodesis lumbosacra izquierda en L5-S1, realizándose inserción de dos nuevos tornillos pediculares y recambio de barra osteosintética.

-Al margen de las intervenciones quirúrgicas, es de destacar igualmente las múltiples infecciones broncopulmonares que ha ido desarrollando. Todas estas actuaciones se van acompañando de continuos traslados a la vecina Zaragoza.

-Dado el conjunto de problemas resultantes de las malformaciones no detectadas en el transcurso del embarazo, las cuales, como se mostrará tras la exposición de los procedimientos de diagnóstico prenatal, deberían de haberse informado, la vida tanto del primer afectado, J. B. P., cómo la de sus progenitores no se está desarrollando dentro de la normalidad deseada.

Adjunta a la reclamación la siguiente documentación: i) Diversos Protocolos Asistenciales en materia de ginecología y obstetricia; ii) Diversa documentación médica, que acredita la asistencia recibida por el niño J. B. P. a que se hace referencia en el expositivo anterior, así como la relativa al seguimiento del embarazo.

Segundo

En fecha 18 de julio de 2007, se dicta Resolución en la que se indica que se tiene por iniciado procedimiento general de responsabilidad patrimonial, nombrándose Instructor del mismo, así como se le facilita diversa información relativa a la instrucción del mismo.

Tercero

Con la misma fecha, se solicita de la Gerencia del Área de Salud II cuantos antecedentes existan de la atención prestada a D. E. P. M., su historia clínica, y en particular, el informe de los Facultativos que le atendieron, requiere la cumplimentación por los Facultativos intervinientes, de los correspondientes partes de reclamación, constando la citada documentación incorporada al expediente.

Cuarto

Posteriormente, en fecha 25 de octubre de 2007, la S. P. M. aporta al expediente un informe del Servicio de Cirugía Pediátrica del Hospital Universitario *Miguel Servet* de Zaragoza, de fecha 16 de octubre del mismo año, en el que se diagnostica a su hijo J., agenesia renal derecha, solicitando que en el expediente, donde se mencione ectopia renal, en realidad debe entenderse como agnesia renal derecha, con lo que, además, se

incrementa la reclamación efectuada inicialmente en la cantidad de 30.000 € más, es decir, un total de 262.000 €.

Quinto

En fecha 21 de enero de 2008, se emite el informe por la Inspectora Médica, D. R. E. C., cuyas conclusiones, son las siguientes:

Que D. E. P. M. acudió al Servicio de Ginecología y Obstetricia del Complejo Hospitalario San Millán-San Pedro, para control de la evolución de su embarazo, constando como FUR. 22/03/2001 y FPP: 02/01/2002, donde se le realizaron los controles médicos oportunos y las pruebas complementarias pertinentes, según el protocolo del Servicio y siguiendo las recomendaciones de la SEGO.

Que en las ecografías obstétricas realizadas a la paciente, en el primer y segundo trimestre de gestación, no se detectaron las anomalías presentadas por J. en su nacimiento. Esta circunstancia, según la bibliografía consultada para realizar su informe el Dr. P., suele ser de diagnóstico postnatal porque, al ser la obstrucción muy baja, el intestino proximal suele estar normal, sin mostrar ninguna dilatación significativa y tampoco se presenta polihidramnios. Además, este tipo de patologías se originan o manifiestan en una etapa avanzada de la gestación. Por otro lado, la ptosis renal es un dato de escasa o nula relevancia ecográfica y la comunicación interauricular es normal en la vida fetal.

En estudio ecográfico abdominal realizado a J. B. en el Hospital Servet en fecha 10-12-2001, se indica: ectopia renal dcha. (descendido en hemiabdomen dcho) de 49 mm. Este dato contradice el posterior de agenesis renal.

Las anomalías presentadas por J. B. P. en su nacimiento, en el caso de haber sido diagnosticadas precozmente, no hubieran justificado una interrupción de la gestación.

Sexto

En fecha 18 de enero de 2008, se solicita por los reclamantes certificación acreditativa de silencio administrativo, siendo contestada la misma mediante escrito de fecha 25 de enero en el sentido de comunicar a los reclamantes que no es precisa dicha certificación para poder acudir a la vía contencioso administrativa,

Séptimo

Consta a continuación en el expediente el informe pericial emitido a instancia de la Compañía Aseguradora, cuyas conclusiones son las siguientes:

1. Reclamación por la falta de diagnóstico prenatal de una serie de anomalías de las que era portador el hijo de D. E. P. M., a pesar de haberse realizado los controles ecográficos prescritos (hemivertebra D11 y L4, comunicación interauricular, riñón ectópico y ano imperforado).

2. Los controles ecográficos realizados a lo largo de la gestación fueron los correctos, tanto en número como en su cronología, adaptándose a lo recomendado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia.

3. De las anomalías descritas, hay unas que tienen una mínima expresividad ecográfica, de forma que su diagnóstico es excepcional (riñón ectópico).

4. Con respecto al resto de anomalías, la literatura muestra cifras de sensibilidad diagnóstica de la ecografía realmente bajas: i) comunicación interauricular, 13%; ii) hemivértebras (anomalías espinales menores), 27%; iii) ano imperforado (atresia rectal/anal), 15%.

5. Los Profesionales sanitarios actuaron conforme a la *lex artis ad hoc*, no existiendo indicios de mala praxis.

Octavo

En fecha 25 de enero, se acuerda trasladar la reclamación interpuesta a la Correduría de Seguros, a través de la cual se ha contratado la póliza de responsabilidad civil, con el fin de que se haga llegar la misma a la Aseguradora. Consta también en el expediente la documentación acreditativa de la interposición de un recurso contencioso administrativo por los reclamantes, que se sigue ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja con el nº 79/2008.

Noveno

El 10 de marzo de 2008, se acuerda el trámite de audiencia del expediente, comparece la S. P. M. acompañada de su Letrada, obteniendo copia de todo el expediente, pero sin que conste haber sido evacuado el trámite de alegaciones.

Décimo

El 7 de julio 2008, se dicta Propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación interpuesta, por considerar que no existe, entre el resultado producido y la actuación sanitaria el necesario nexo causal, habiendo actuado en todo momento los Facultativos con arreglo a la *lex artis*.

Undécimo

El 15 de julio de 2008, se emite informe, por la Letrada de los Servicio Jurídicos de la Consejería, favorable a la Propuesta de resolución.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 17 de julio de 2008, registrado de entrada en este Consejo el día 22 de julio de 2008, el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 22 de julio de 2008, registrado de salida el día 23 de julio de 2008, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo

El artículo 12.1 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una propuesta de resolución.

El art. 11,g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, califica de preceptivo el dictamen en las reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración Pública, lo que igualmente reitera el artículo 12.g) de nuestro Reglamento Orgánico y Funcional, aprobado por Decreto 8/2002 de 24 de Enero.

En cuanto al contenido del dictamen, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Segundo

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de La Rioja

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LPC), reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados 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, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado y debiendo existir una relación de causa a efecto directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así, como, finalmente que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo, no constituye una suerte de “seguro a todo riesgo” para los particulares que, de cualquier modo, se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones Públicas.

Lo anterior es también predicable para la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, si bien en estos casos y como señala la Propuesta de resolución, la obligación del profesional médico y de la Administración sanitaria es una obligación de medios y no de resultado, de manera que, en principio, cuando se actúe de acuerdo con la *lex artis*, los daños no le pueden ser imputados a la Administración, o lo que es lo mismo, no tendrían la condición de antijurídicos, so pena de incurrir en el despropósito que supondría el exigir a la Administración que garantice siempre la curación de los pacientes.

Como venimos indicando con reiteración al dictaminar sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea el ámbito de su actividad en que se manifieste ésta, lo primero que inexcusablemente debe analizarse en estos expedientes es lo que hemos llamado la relación de causalidad en sentido estricto, esto es, la determinación, libre de conceptos jurídicos, de cuáles son las causas que objetivamente explican que un concreto resultado dañoso haya tenido lugar. Para detectar tales causas el criterio por el que hay que guiarse no puede ser otro que el de la *condicio sine qua non*, conforme al cual un determinado hecho o conducta ha de ser considerado causa de un

resultado dañoso cuando, suprimido mentalmente tal hecho o conducta, se alcance la conclusión de que dicho resultado, en su configuración concreta, no habría tenido lugar.

Sólo una vez determinada la existencia de relación de causalidad en este estricto sentido y aisladas, por tanto, la causa o causas de un concreto resultado dañoso, resulta posible entrar en la apreciación de si concurre o no el criterio positivo de imputación del que se sirve la ley para hacer responder del daño a la Administración, que no es otro que el del funcionamiento normal o anormal de un servicio público a su cargo, y de si concurren o no criterios negativos de esa imputación, esto es, de alguno de los que, expresa o tácitamente, se sirva la ley para negar esa responsabilidad en los casos concretos.

En el caso sometido a nuestra consideración, son diversas las cuestiones que plantean en su reclamación los padres de J. B. P., como también las que se desprenden de las diversas manifestaciones que vierten en el expediente los distintos Facultativos que atendieron durante su embarazo a D. E. Así, en un primer momento, se achaca la existencia de una deficiente atención médica, al haberse practicado menos consultas de las establecidas en los protocolos, menos analíticas que las expresadas como necesarias por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, así como que se han puesto menos recursos técnico-ecográficos que los necesitados. Sin embargo, del expediente se desprende que los controles ecográficos realizados a lo largo de la gestación, así como las diversas visitas médicas y analíticas realizadas, se encuentran dentro de los parámetros marcados en los distintos protocolos de actuación, al tiempo que se hace constar que los Ecógrafistas que llevaron a cabo las ecografías son profesionales con la máxima cualificación profesional al respecto, pues, en todos los casos, y nos referimos a las ecografías realizadas en el segundo y tercer trimestre de gestación, eran Ecógrafistas de nivel IV, el máximo que se puede alcanzar.

Otra cosa es lo relativo a si era posible detectar en las ecografías realizadas al niño las importantes deficiencias que presentaba su organismo. Según las pruebas realmente médicas que obran en el expediente, se desprende que, en las ecografías obstétricas realizadas en el primer y segundo trimestre de gestación, no se detectaron las anomalías presentadas por J. en su nacimiento, las cuales suelen ser de diagnóstico post-natal, según la literatura médica indicada por uno de los Facultativos en su informe, manifestándose las mismas en una etapa avanzada de la gestación, lo que determina el hecho de que, de haber sido diagnosticadas precozmente, no hubiesen justificado una interrupción de la gestación. Por último, se indica que, de las anomalías que presentaba el niño, la relativa al riñón ectópico tiene una mínima expresividad ecográfica, de forma que su diagnóstico es excepcional; y, en cuanto al resto, se indica que las cifras de sensibilidad diagnóstica de la ecografía son realmente bajas: un 13%, para la comunicación interauricular; un 27%, para lo relativo a los problemas vertebrales; y un 15%, el ano imperforado. Todo ello lleva a considerar en la Propuesta que la asistencia prestada y la actuación de los Facultativos en todo momento se adecuó a la *lex artis ad hoc*, no existiendo indicios de mala praxis, por lo que se considera inexistente la relación de causalidad entre la actuación sanitaria y los desgraciados padecimientos sufridos por J. tras su nacimiento.

Ahora bien, en el informe emitido por el Ecógrafo que realizó la primera de las ecografías, es decir la realizada en el primer trimestre de gestación, se indica textualmente lo siguiente:

“La posibilidad de diagnosticar las anomalías que presentó J. al nacimiento, mediante las ecografías practicadas posteriormente, por supuesto, existía; pero bajo mi opinión y creo que bajo la opinión de cualquier Ecografista experto, esa posibilidad era mínima y, por decir una cifra, creo que se podría situar en un 1% para la escoliosis y en un 10% para la atresia de ano. En cuanto a la ptosis renal, es un dato de escasa o nula relevancia ecográfica, al igual que la comunicación interauricular (CIA), normal durante la etapa de embarazo.

Ninguna de las anomalías presentadas por J., de haber sido detectadas precozmente, jamás hubieran justificado una actitud clínica de interrupción de la gestación”.

Lo anterior puede llevar a plantear la existencia de una responsabilidad, no ya por las lesiones sufridas por el niño, ni por el nacimiento del mismo, pues resulta difícilmente considerar como un daño indemnizable el nacimiento de un hijo, aun con las deficiencias presentadas por J. tras su nacimiento, sino por el hecho de la pérdida de oportunidad sufrida por sus padres que, de haber sido informados de las lesiones que presentaba el feto durante la gestación, lo cual no resultaba inviable, podrían haber valorado la posibilidad de interrumpir, por motivos terapéuticos (posibilidad admitida por alguna jurisprudencia, por más que el aborto no sea propiamente un derecho subjetivo, sino, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, una conducta despenalizada en determinados supuestos) dicho embarazo, algo que no han podido siquiera plantearse, o, por ejemplo, acudir a algún Centro médico avanzado en el tratamiento de este tipo de padecimientos, si lo hubiere, o cualquier otra.

Desde el máximo respeto a las posiciones personales en una cuestión tan delicada como lo es la interrupción voluntaria de un embarazo, entendemos que la última palabra en estos casos siempre que se den los requisitos legales para su aplicación, y con la oportuna información de los Facultativos, debiera corresponder a los padres, que en este caso, no han podido ni siquiera plantearse.

Los reclamantes y la propia criatura tienen que estar pasando un auténtico calvario, pues, con independencia de la situación física que presenta J., lo cierto es que su padres tienen que estar prestando un plus a los cuidados que toda persona dispensa a un hijo, con el esfuerzo y preocupación que ello conlleva, además de las incomodidades que tienen que suponerles los continuos viajes con motivo de acudir a los distintos controles, revisiones incluso operaciones quirúrgicas que requieren el estado de salud del niño, pese a que no consta en el expediente cual sea el actual estado de salud del niño.

Pero todo lo anterior hubiese exigido que, por parte de los reclamantes se hubiese acreditado que las citadas lesiones se apreciaban ya en las ecografías practicadas durante el embarazo, y, a tal respecto, ni siquiera se ha propuesto la mínima prueba. Si, en las

ecografías practicadas, se observasen las lesiones, nos encontraríamos ante un supuesto de error de diagnóstico, y, por lo tanto, de funcionamiento anormal del servicio sanitario público, con la consiguiente obligación de resarcir un daño moral en el sentido que hemos indicado anteriormente.

Sin embargo, nada existe en el expediente que nos permita llegar a dicha conclusión, por lo que, pese a poder comprender la conducta de los reclamantes, necesariamente debemos mostrar nuestra conformidad con la Propuesta de resolución.

CONCLUSIONES

Primera

A juicio de este Consejo Consultivo, procede desestimar la reclamación interpuesta por D. J. B. D.y D. E. P. M., con motivo de las malformaciones sufridas por su hijo J. B. P.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero