

En Logroño, a 17 de octubre de 2013, 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. Pedro de Pablo Contreras, D. José María Cid Monreal, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Lallana y D. Enrique de la Iglesia Palacios, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**54/13**

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales, en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulada por D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> L.R. F. y D. S. B. S., en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad P. B. R., por los daños y perjuicios que entiende causados por deficiente asistencia sanitaria y error en el diagnóstico prenatal de éste último; y que valoran en 600.000 euros.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

Mediante escrito de fecha 2 de enero de 2013, registrado de entrada el siguiente día 21, la Abogado D<sup>a</sup> I. A. G.z, en representación de D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. L. R. F. y D. S. B. S., plantea reclamación de responsabilidad patrimonial exponiendo, muy sintéticamente, que, habiendo acudido, en julio de 2011, al Hospital Fundación de Calahorra, para seguimiento y control del embarazo de la expresada reclamante, no se detectó durante dicho seguimiento anomalía alguna, pese a las pruebas practicadas calificando, en todo momento, el embarazo como “normal”. Sin embargo, el 13 de marzo de 2012, el hijo de sus representados nació afecto de una malformación congénita tipo aplasia transversal, amputación a tercio medio de antebrazo izquierdo, con ausencia de mano.

Cuantifica el daño cuya indemnización interesa en 600.000 euros.

## **Segundo**

Por escrito de 22 de enero, se requiere a la Letrado antes citada para que, en el plazo de diez días, acredite su representación, requerimiento cumplimentado el siguiente día 5 de febrero, adjuntando poder notarial de la primera reclamante.

Asimismo, acompaña hoja de seguimiento del embarazo en la Fundación Hospital de Calahorra, ecografías obstétricas, presupuesto de prótesis hasta los 18 años y certificado de grado de incapacidad del menor de un 49%.

## **Tercero**

Mediante Resolución de 5 de febrero de 2013, se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos de ese mismo día, el de subsanación del defecto denunciado, y se nombra Instructora del procedimiento.

## **Cuarto**

Por carta del mismo día 5 de febrero, se comunica a la Letrado la iniciación expediente, informándole de los extremos exigidos por el artículo 42-4º de la Ley 30/1992.

Mediante comunicación de la misma fecha, la Instructora se dirige al Director Gerente de la Fundación Hospital de Calahorra solicitando cuantos antecedentes consten acerca de la asistencia prestada a la reclamante y a su hijo, cuantos datos, documentos e informes puedan ser aportados para una mejor decisión sobre la pretensión de la reclamante, en particular, informe emitido por los Facultativos intervinientes en la asistencia prestada y, si la Fundación tuviera suscrita póliza de seguro el día de los hechos, número de póliza, entidad aseguradora y su dirección, a efectos de comunicación de siniestros exclusivamente.

En similar sentido, con referencia a la asistencia prestada en el Centro de Salud de Alfaro y en el Servicio de Pediatría, se dirige a la Dirección del Área de Salud de La Rioja Hospital *San Pedro*.

Las solicitudes son cumplimentadas los siguientes días 20 de febrero y 7 de marzo.

## **Quinto**

Por escrito de 13 de marzo, la Instructora se dirige a la Aseguradora Mapfre comunicándole la existencia del expediente, a fin de que pueda comparecer en el mismo al poder ser afectada en sus derechos e intereses legítimos por la resolución que se dicte.

### **Sexto**

Con fecha 15 de marzo, la Instructora remite el expediente a la Dirección General de Asistencia, Prestaciones y Farmacia, a fin de que, por el Médico Inspector que corresponda, se elabore el pertinente informe sobre todos los aspectos esenciales de la reclamación con objeto de facilitar la elaboración de la propuesta de resolución.

### **Séptimo**

El Informe de la Inspección médica, de fecha 27 de abril, establece las siguientes conclusiones:

*“1.- De las tres ecografías realizadas, solamente en una de ellas se menciona expresamente la normalidad en las extremidades superiores del feto, en concreto en la realizada a las 12 semanas de gestación. No hay ningún dato que haga concluir que la exploración ecográfica en ese momento gestacional no era, efectivamente, completamente normal. Considero, igualmente, cierto que el que el resto de ecografías fueran informadas con la expresión "impresiona de normal" o, como en la última de ellas, se hiciera únicamente referencia a la ausencia de retraso en el crecimiento intrauterino del feto, no quiere decir que las extremidades superiores fueran correctamente visualizadas.*

*2.- Es posible, en contra de lo que se afirma en la reclamación, que en una exploración ecográfica se describan las extremidades superiores como normales, y que posteriormente se produzcan este tipo de malformaciones (el denominado síndrome de bridas fetales). Es, igualmente, posible que, debido a las limitaciones de la técnica ecográfica, en las exploraciones realizadas en noviembre, en enero y en febrero, no se visualizara completamente una o las dos extremidades superiores. Considero que este, hecho no invalida la expresión "impresiona de normal", sobre todo cuando el despistaje general de anomalías estructurales no arrojó ninguna otra anomalía.*

*3.- No he encontrado evidencia de una mala práctica médica en la documentación analizada ni en la que ha tenido acceso esta Inspección Médica. En cuanto a las afirmaciones de los intervinientes sobre las limitaciones técnicas de la ecografía, éstas coinciden con la información facilitada por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, como afirman en su informe y como ha podido comprobar esta Inspección Médica.*

*4.- Es incuestionable el sufrimiento que una malformación genética causa a unos padres, pero, en este caso, y haciéndome eco de lo afirmado en el escrito de reclamación, dicho sufrimiento no se puede atribuir al Servicio Riojano de Salud.*

*5.- Finalmente, y en todo lo relacionado con el punto quinto y siguientes del escrito de reclamación, considero que no debo entrar por tratarse más de aspectos legales que médicos”.*

### **Octavo**

Mediante escrito de 2 de mayo de 2013, la Instructora se dirige a la Letrado de los reclamantes dándoles trámite de audiencia, por término de quince días.

La Letrado comparece el siguiente día 22 en el Servicio de Asesoramiento y Normativa y se le facilita copia de los documentos nº 34 a 107 del expediente.

Y, por escrito de 29 de mayo, se da también trámite de audiencia a la aseguradora.

### **Noveno**

Por sendos escritos de 10 de mayo y 3 de junio, la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> T. Z. Cereceda comparece en el expediente en representación de la Fundación Hospital de Calahorra y de la Aseguradora M. E.

En la segunda de las representaciones acreditadas, presenta escrito de alegaciones el 17 de junio. La Letrado de la reclamante lo hace el día 21 de dicho mes.

### **Décimo**

Con fecha 2 de agosto de 2013, la Instructora del expediente emite Propuesta de resolución en el sentido de que se desestime la reclamación por no ser imputable el perjuicio alegado al funcionamiento de los Servicios públicos sanitarios.

### **Décimo primero**

El Secretario General Técnico, el día 6 de agosto, remite a la Letrada de la Dirección General de los Servicios Jurídicos en la Consejería de Salud, para su preceptivo informe, el expediente íntegro. El informe es emitido en sentido favorable a la Propuesta de resolución el siguiente día 21 de agosto.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 31 de julio de 2013, registrado de entrada en este Consejo el 1 de agosto de 2013, el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

## **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 2 de agosto de 2013, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

## **Tercero**

Asumida la ponencia por el Consejero señalado en el encabezamiento, la misma 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 y ámbito del dictamen del Consejo Consultivo**

El art. 12 del Reglamento de los Procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aprobado por 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.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción hoy vigente limita la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 50.000 euros.

Al reclamarse por los interesados la cantidad de 600.000 euros, no cabe dudar del carácter preceptivo de nuestro dictamen.

En cuanto al contenido del mismo, 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 público 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 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

## **Segundo**

### **Sobre los requisitos exigidos para que surja la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.**

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LPAC) 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, en principio, para la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, si bien, como ya dijimos entre otros en nuestro D.3/07, *“la responsabilidad no surge sin más por la existencia de un daño, sino del incumplimiento de una obligación o deber jurídico preexistente, a cargo de la Administración, que es el de prestar la concreta asistencia sanitaria que el caso demande: es esta premisa la que permite decir que la obligación a cargo de los servicios públicos de salud es de medios y no de resultado, de modo que, si los medios se han puesto, ajustándose la actuación facultativa a los criterios de la lex artis ad hoc, la Administración ha cumplido con ese*

*deber y, en consecuencia, no cabe hacerla responder del posible daño causado, pues no cabe reconocer un título de imputación del mismo”.*

Y, en nuestro D.29/07, en la misma línea, mantuvimos que los parámetros bajo los que se han de enjuiciar los criterios de imputación del daño a la Administración Sanitaria son el de la *lex artis ad hoc* y el de la existencia del *consentimiento informado*, distinguiendo “*si el daño es imputable a la actuación de los servicios sanitarios, por existir un funcionamiento anormal que contraviene los postulados de la lex artis ad hoc o por privar al paciente de su derecho de información o si, por el contrario, el resultado dañoso ha de ser soportado por éste quien, conocedor de los posibles riesgos, ha prestado voluntariamente su consentimiento”.*

### **Tercero**

#### **Sobre la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso**

La primera cuestión que se nos plantea es la de determinar el daño cuya reparación se solicita en la reclamación que hoy dictaminamos, puesto que no puede considerarse tal la malformación presentada por el hijo de los reclamantes a su nacimiento (“*aplasia transversal, amputación a tercio medio de antebrazo izquierdo con ausencia de mano*”) y, de hecho, ni siquiera éstos lo pretenden. En efecto, en el Hecho Sexto de su reclamación, afirman que, “*respecto de la causa de pedir, no se recoge en ella las deficiencias físicas del bebé, pues no han sido causadas por la Administración*”.

Aun cuando puede apreciarse, en ese sentido, una cierta contradicción por parte de los interesados, ya que su argumentación, cuando se trata de evaluar el daño, incluyendo los presumibles cambios de prótesis hasta el cumplimiento de la mayoría de edad de su hijo, está basándose fundamentalmente en la malformación congénita, es evidente que, al no existir, como así se reconoce, una mala praxis que pueda vincularse en relación de causa a efecto con las deficiencias físicas presentadas por el niño al nacer, el daño, en su caso, resarcible ha de limitarse al moral, concretado en la pérdida de oportunidad de haber podido practicar un aborto terapéutico en caso de haberse conocido la malformación que padecía el feto.

En definitiva, en hipótesis, cabe plantear la existencia de una responsabilidad, no ya por las lesiones sufridas por el niño, ni por el nacimiento del mismo, pues resulta difícil considerar como un daño indemnizable el nacimiento de un hijo, pese a las deficiencias que presente 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, podrían haber valorado la posibilidad de interrumpir, por motivos terapéuticos, dicho embarazo, posibilidad admitida por alguna jurisprudencia, por más que al aborto no sea propiamente un derecho subjetivo sino, de conformidad con la doctrina del Tribunal

Constitucional, una conducta despenalizada en determinados supuestos. En este sentido nos manifestamos en nuestro D.123/08.

Y, como dijimos en nuestro D.36/11, para que pueda apreciarse daño moral por pérdida de oportunidades terapéuticas es preciso que concurren dos condiciones: i) que el personal sanitario haya infringido la *lex artis ad hoc*; y ii) que esa disconformidad con la *lex artis ad hoc* tenga relación de causalidad con el daño moral producido.

En el presente caso, se supone infringida la *lex artis ad hoc* por no haber practicado las pruebas necesarias o no haber interpretado correctamente las practicadas y, como consecuencia de ello, no detectar la malformación que presentaba el feto.

Sin embargo, no existe prueba alguna de la existencia de una mala práctica médica, debiendo coincidir con el informe de Inspección médica en que cabe la posibilidad de que, en una exploración ecográfica, se describan las extremidades superiores como normales y, posteriormente, se produzca una malformación del tipo que padeció el hijo de los reclamantes, el denominado síndrome de bridas fetales. En el presente supuesto, es en la ecografía realizada a las 12 semanas de gestación en la única en que se menciona expresamente la normalidad de las extremidades superiores del feto.

Además, debido a las limitaciones de la técnica ecográfica, es posible que no se visualicen completamente una o las dos extremidades superiores. La ecografía, en efecto, no es una técnica de diagnóstico infalible pues, dependiendo de las características físicas de la mujer, cantidad de líquido amniótico y la posición fetal, se podrán ver o no ciertas estructuras. Por ejemplo, si la posición del feto en el momento de realizar la ecografía comprime el brazo entre el cuerpo fetal y la pared uterina, ello impediría detectar la malformación.

Al no existir mala praxis, no concurre criterio positivo de imputación de responsabilidad a la Administración sanitaria, por lo que procedería, sin más, desestimar la reclamación.

Pero, a mayor abundamiento, aún admitiendo a efectos puramente dialécticos que los Servicios médicos debieron haber detectado la malformación e informado de ella a los progenitores, tampoco surgiría la obligación de indemnizar, por entender que, en realidad, no existe el daño al no haber pérdida de oportunidad, pues las deficiencias que presentó el niño no son de las que, según el art. 15-b) y c) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, despenalizan el aborto, riesgo de graves anomalías en el feto o anomalías fetales incompatibles con la vida.

En consecuencia, no cabe apreciar pérdida de oportunidad cuando la alternativa por la que hubieran podido optar los padres, caso de conocer la malformación que presentaba el feto, constituiría un ilícito penal.

## CONCLUSIONES

### Única

Procede desestimar la reclamación planteada, por no existir el daño cuya indemnización se solicita y, en todo caso, no ser imputable a los Servicios públicos sanitarios, al haberse ajustado su actuación a la *lex artis ad hoc*.

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