



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 6 / 2 0 0 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 13 de marzo de 2008.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por Z.C.T., en nombre propio y en nombre y representación de su hijo, A.F.C., por los daños patrimoniales ocasionados a la primera y los morales causados a ambos, ocasionados como consecuencia de ausencia de prueba diagnóstica pese a tener evidencias de malformación fetal (EXP. 65/2008 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial por daños que se imputan a un Organismo Autónomo de la Administración autonómica. La solicitud de Dictamen, de 30 de enero de 2008, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 11 de febrero de 2008. De la naturaleza de esta Propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los arts. 12.3 y 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, este último precepto, con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de Z.C.T. y del menor, A.F.C., al pretender el

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

resarcimiento de un daño que se les irrogó en su esfera moral y patrimonial como consecuencia, presuntamente, de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de Salud. Asimismo, ha de indicarse aquí que, aunque no se indique como parte reclamante, también ostentaría la condición de interesado, en los mismos derechos de la madre, el padre del menor, de A.F.D.S., que consta como tal en el libro de familia obrante en el expediente. En todo caso, puesto que no se ha personado en el procedimiento, ni se ha ratificado en las pretensiones de la madre, no se considera parte en este procedimiento, sin perjuicio de que pueda llegar a serlo.

2. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento incoado, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.a) del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de Salud.

4. La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

5. Se cumple, por otra parte, el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues el escrito de reclamación se presentó el 3 de octubre de 2003 y fue el 22 de octubre de 2002 cuando, con el nacimiento del niño A.F.C., se determinó la producción del hecho lesivo, su malformación. Es más, incluso fue posteriormente, cuando, el 31 de octubre de 2002, tras ser remitido para estudio, diagnóstico y seguimiento de cuadro malformativo, se diagnostica exactamente el padecimiento del menor: "Artrogriposis múltiple congénita con afectación severa en miembros superiores e inferiores y fractura de húmero derecho".

III¹

IV

1. En este procedimiento, el plazo de resolución está vencido, sin que se justifique la demora, lo que, sin perjuicio de los efectos y responsabilidades que ello comporte, no exime a la Administración de resolver expresamente (arts. 42.1 y 7 y 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común).

2.²

V

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión de la parte interesada, al entender que la actuación de los Servicios sanitarios fue adecuada da la *lex artis*.

Se señala en la Propuesta de Resolución, Fundamento de Derecho cuarto, que *“la ausencia de nexo causal entre la actuación médica y las malformaciones que presenta el niño al nacer, puesto que a la vista de los datos que obran en el expediente se desprende claramente que la artrogriposis múltiple congénita se define como una enfermedad rara congénita, ajena, por tanto, al actuar del servicio médico. El ámbito sobre el que puede recaer la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración se centraría en un eventual error de diagnóstico que imposibilitó la adecuada información que hubiera permitido a la reclamante tomar, de ser el caso, cualquier tipo de solución que en derecho pudiera asistirle”*.

Ciertamente, siendo esto así, no es preciso que se argumente la ausencia de relación entre la actuación de los servicios sanitarios y la malformación del niño, pues en ningún momento se ha alegado por la parte reclamante relación causal entre tales elementos, sino que lo que constituye objeto de reclamación es la privación de la opción de interrupción del embarazo por la madre, no ya por error de diagnóstico, sino por ausencia del mismo al no habersele realizado las pruebas necesarias a la gestante para determinar o descartar la malformación que padecía el niño y que apuntaban las ecografías que se le realizaron a lo largo del embarazo, a la vista de las que la madre pudo haber ejercitado su derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo.

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

² Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

En este sentido, la Propuesta de Resolución, para llegar a la desestimación de la reclamación presentada, expone como antecedentes clínicos, obtenidos a partir del informe del Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia (realizado a la vista de la historia clínica de la madre y el hijo), los siguientes:

“La reclamante acude a su Centro de Salud con fecha 2 de abril de 2002 (aproximadamente con 10 semanas de gestación) siendo remitida al Centro de Especialidades de Obstetricia donde es vista por primera vez con fecha 23 de abril de 2002, en cuyo momento tenía 13 semanas de gestación, siendo la analítica y la exploración externa normal, solicitándose la primera ecografía que es la realizada el día 4 de junio de 2002 (19 semanas de gestación).

En el informe de esa primera ecografía se describe lo siguiente: Líquido Cefalorraquídeo + Presentación cefálica. Placenta anterior normal. Líquido Amniótico normal. Diámetro Biparietal 49 mm (21 +/- 2 semanas). Longitud del fémur 32 mm (20 +/- 2 semanas). FAC 154 mm (20 +/- semanas). Observaciones: valorar miembros inferiores (imagen muy borrosa y dificultad de valorar a ese nivel).

Segundo ecografía, una semana después, el 11 de junio de 2002: Líquido Cefalorraquídeo + Presentación podálica. Observaciones: Tibia y peroné izquierdo no se ven. Está de nalgas.

Tercera ecografía, realizada el 24 de septiembre de 2002, con 36 semanas: Líquido Cefalorraquídeo + Presentación de nalgas. Placenta anterior grado II. Líquido Amniótico normal. Diámetro Biparietal 92 mm (37 semanas) Longitud del Fémur 68 mm (35 semanas). FAC 317 mm (35 semanas). Observaciones: Medida LF no exacta, dificultad para su medida. He medido estructura de similar morfología a fémur pero de mucho menor grosor: fémur ???

Con fecha 22 de octubre de 2002, se produce parto por cesárea debido a podálica detectándose tras el nacimiento artrogriposis múltiple congénita con afectación severa en miembros superiores e inferiores y fractura de humero.

En relación con la patología presentada, los diferentes informes incorporados al procedimiento coinciden en lo manifestado en su informe por el Servicio de Inspección y Prestaciones:

El término artrogriposis proviene del griego y se traduciría como “articulaciones recurvadas”. La artrogriposis múltiple congénita se define como una enfermedad rara congénita caracterizada por rigideces articulares múltiples (más o menos

simétricas, generalmente en flexión, evidentes desde el nacimiento), atrofia muscular y una infiltración cutánea con algunas zonas de atrofia dérmica y, a veces, de puentes cutáneos discretos (dedos, axislar, pterigium colli). Se asocian, frecuentemente, malformaciones del cráneo, de la cara y de las extremidades (manos zambas, pie equino varo, sindactilia). La inteligencia es habitualmente normal. Durante el embarazo es frecuente encontrar disminución de los movimientos fetales hasta en un 50% de los casos.

La causa primaria de esta enfermedad es desconocida.

Se trata de una patología clasificada como ENFERMEDAD RARA, estando en el listado de Enfermedades Raras que ofrece el Ministerio de Sanidad y Consumo mediante el Instituto de Investigación de Enfermedades Raras (I.I.E.R.) perteneciente al Instituto de Salud Carlos III. Enfermedad codificada con el código CIE-9-MC: 754.89. En el Estudio Colaborativo Español de Malformaciones Congénitas (E.C.E.M.C.) la frecuencia observada es de 0,75 por 10.000 recién nacidos vivos.

La mayoría de alteraciones del desarrollo se producen en madres de bajo riesgo y muchos de ellos no se sospechan clínicamente hasta muy avanzada la gestación o incluso postnatalmente. Por este motivo se ha popularizado la ecografía realizada a las 18-22 semanas como ecografía de las 20 semanas o ecografía de las malformaciones”.

En la ecografía de las 20 semanas se pretende realizar un despistaje morfológico del feto asegurando en lo posible su integridad física.

Se acepta clásicamente que la edad gestacional óptima para descartar patología malformativa mediante ecografía transabdominal está entre las 18 y 22 semanas.

El aborto legal se autoriza en las primeras 22 semanas y si se presumen graves taras físicas o psíquicas”.

2. Pues bien, es cierto que la enfermedad padecida por el menor es considerada “rara” y de difícil diagnóstico precoz hasta avanzado estado de gestación, mas, en este caso, lo que resulta imputable a los Servicios sanitarios es el mal generado no por no haberse ofrecido un correcto diagnóstico, ni siquiera un diagnóstico anticipado, sino por la ausencia de aportación de medios diagnósticos para intentar un diagnóstico, certero o no. Así pues, siendo la obligación de los servicios sanitarios una obligación de medios, y no de resultados, no resulta conforme a la *lex artis ad hoc* el que no se pongan a disposición de los pacientes, como ha ocurrido en este

supuesto, todos los medios necesarios para el diagnóstico de la enfermedad, rara o no, a pesar de ponerse de manifiesto en 3 ecografías la existencia de anomalías en el feto, máxime cuando en ellas se advertía: "*Valorar miembros (imagen muy borrosa y dificultad de valorar a ese nivel)*" (4 de junio de 2002); "*Tibia y peroné izquierdos no se ven. Está en nalgas*". (11 de junio de 2002); y como ulteriormente quedan confirmadas con llamadas en mayúsculas y con signos de interrogación expresivos de la posibilidad de malformación en el feto: "*Medida L.F. NO EXACTA, DIFICULTAD PARA SU MEDIDA. He medido estructura de similar morfología a fémur pero de mucho menor grosor: fémur ???*". (24 de septiembre de 2002).

Es cierto, también, como se señala por el jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Materno-Insular, emitido el 26 de abril de 2007, que la realización de ecografía o no en el primer trimestre no tiene ninguna relación con el diagnóstico de artrogriposis, ya que en edades gestacionales tan tempranas la patología del recién nacido no tiene manifestaciones clínicas, pero, este hecho, así como la ausencia de información a la madre sobre la eventual malformación del feto, unido a la ausencia de otras valoraciones más pormenorizadas a lo largo del embarazo, evidencian una actuación por parte de los Servicios sanitarios no acorde con la que les es exigible, que afectó, en última instancia, al desconocimiento por parte de la madre del estado de su hijo hasta el momento del nacimiento.

Por otra parte, el informe del Servicio de Inspección viene a señalar que la mayoría de las alteraciones del desarrollo, como la que afecta a A.F.C., no se sospechan clínicamente hasta muy avanzada la gestación o incluso postnatalmente, por lo que se ha popularizado la ecografía realizada a las 18-22 semanas como ecografía "de las 20 semanas" o "ecografía de las malformaciones" (lo que hubiera permitido averiguar el mal y optar por la interrupción del embarazo, permitida dentro de las 22 primeras semanas del embarazo), pero es que, además, en caso, sí que había fundadas razones para sospechar malformaciones, y, sin embargo, como se reconoce en el informe del Servicio "*no consta medida exploratoria ni diagnóstica alguna ante los hallazgos ecográficos sugestivos de malformación, como demuestran los propios informes ecográficos*". Por tanto, no es preciso, como parece apuntarse en el informe del Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología, que se observaran en las exploraciones ecográficas realizadas signos de una "*evidente sospecha malformativa*", que, por otra parte, sería discutible contradecir, sino que bastaban los hallazgos al menos sugestivos de malformación para, por una parte, realizar pruebas complementarias de confirmación o descarte, pero, fundamentalmente, para informar a la madre de la posible malformación.

Así pues, de haberse realizado las pruebas diagnósticas complementarias a los estudios ecográficos pertinentes, probablemente, al menos a partir de las 20 semanas de gestación, se hubiera podido determinar la malformación del feto, pero, con toda seguridad, se hubieran realizado las actuaciones médicas necesarias para intentar concretar un diagnóstico, aunque finalmente no se hubiera logrado la certeza del mismo, al no ser la Medicina una ciencia exacta. Mas, en este caso, ni siquiera se pusieron los medios necesarios, como ya se ha indicado, para intentar despejar las dudas que sobre los miembros del feto se desprendían de los informes ecográficos existentes, y, consecuentemente, tampoco se ofreció la información necesaria a la madre para poder decidir acerca de la continuación o no del embarazo ante el riesgo del nacimiento de un hijo con graves taras físicas, como permite la Ley.

Así, la Jurisprudencia ha venido valorando la causación de un daño indemnizable en los supuestos de nacimientos de niños con deficiencias en los casos en los que no se realizaron las pruebas necesarias para su detección o, como en el caso de la STS de 21 de diciembre de 2005, habiéndose realizado, no se informó a la paciente de "un dato perturbador que había sido desechado técnicamente por carecer de importancia", naciendo, posteriormente, un niño con síndrome de Down.

En ese caso, se apreció relación de causalidad entre el negligente actuar del centro sanitario y el derecho de la mujer a ser informada de forma suficiente y completa sobre el resultado del diagnóstico para tomar la decisión más adecuada a su "proyecto de vida".

Además, más allá de este dato, se ha contemplado por la Jurisprudencia, como un daño autónomo, distinto del consistente en la pérdida de la oportunidad de abortar, el daño moral derivado del nacimiento mismo de un niño con graves taras; así, no sólo en la Sentencia citada, sino, además, en la del mismo Tribunal, de 7 de julio de 2002 (La Ley-Juris 290/2003), en la que el único daño existente era precisamente éste, el impacto derivado del desconocimiento del defecto del hijo hasta el momento del nacimiento. Además, se tienen en cuenta los daños morales sufridos por el propio hijo por las dificultades de valerse por sí mismo.

Pues bien, todas estas circunstancias son valorables en el caso que nos ocupa, tal y como reclama la madre en nombre propio y en representación de su hijo menor, de forma que debe ser indemnizada, cuando menos, por los daños que alega, en la cuantía solicitada y además, en su caso, ponderando la procedencia de incrementar

el importe de la indemnización en consideración a la evolución y alcance de la minusvalía resultante del menor.

Por todo lo expuesto, hemos de concluir que la Propuesta de Resolución no se considera ajustada a Derecho, por entender que debe estimarse la pretensión de los reclamantes, al mediar responsabilidad de la Administración.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se considera ajustada a Derecho, por entender que debe estimarse la pretensión de la parte reclamante, en los términos señalados en el Fundamentos V del presente Dictamen.