



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 8 3 / 2 0 0 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 20 de mayo 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 A.S.A.D. y M.D.R., por daños ocasionados como consecuencia de que la prueba diagnóstica realizada no detectara malformación fetal (EXP. 255/2007 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, Organismo Autónomo de la Comunidad Autónoma, por la que se propone desestimar la reclamación de indemnización por daños que se alega se han producido por el funcionamiento del servicio público sanitario, que ante él se presenta por los interesados en ejercicio del derecho indemnizatorio, al efecto contemplado en el Ordenamiento Jurídico, en el art. 106.2 de la Constitución, en exigencia de la correspondiente responsabilidad patrimonial del titular del servicio, por la que se estima deficiente actuación de los servicios sanitarios.

2. La solicitud del Dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, estando legitimada para solicitarlo la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la misma Ley.

3. Los afectados manifiestan que el 10 de junio de 2004 nació su tercer hijo, presentando una agenesia de metacarpo izquierdo, lo que implica la ausencia de

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

carpo y metacarpo en la mano izquierda, calificándose los dedos de esta mano como rudimentarios.

Previamente, durante el periodo de gestación, se efectuaron diversas ecografías, siendo tres de ellas anteriores a las 22 semanas de gestación. En los informes resultantes de las mismas no se mencionó la existencia de anomalía o malformación alguna, manifestándose en el informe de la ecografía realizada a las 22 semanas, denominada selectiva, expresamente que “en las extremidades superiores se observan ambas manos que parecen normales”; tampoco en las siguientes ecografías se observó malformación alguna, ni siquiera en la que se efectuó 15 días antes del parto.

Además, a los Doctores les consta el tabaquismo de la madre y el empleo, durante el segundo trimestre del embarazo, de antibióticos para tratar una gingivitis.

4. La malformación de su hijo fue calificada por el Servicio de Neonatología del Hospital Universitario de Canarias como “mayor”.

5. Los reclamantes consideran que el funcionamiento del Servicio ha sido defectuoso, puesto que la evidente malformación de su hijo pudo observarse con los medios técnicos empleados y con otros con los que cuenta el Servicio, pero que no se utilizaron. Aun cuando se conocían las circunstancias de la madre durante la gestación no se detectó en ninguna de las ecografías efectuadas tal malformación.

Por ello, se les privó del derecho a solicitar la práctica de un aborto eugenésico durante las primeras 22 semanas de gestación. Además, al informarles de que el embarazo transcurría sin problema alguno, manteniéndose esa creencia, incluso, hasta en la ecografía realizada 15 días antes del parto, la verdad les provocó a los padres un grave daño emocional al comprobar durante el parto que su hijo presentaba una importante tara física.

Con la falsa expectativa que se generó por el Servicio, los padres no pudieron prepararse ni emocional, ni económicamente para un hecho de por sí traumático y doloroso, reclamando una indemnización, correspondiente a los daños morales que se les ha causado, de 40.000 euros.

6. Son de aplicación tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial aprobado por el Real Decreto

429/1993, de 26 de marzo, siendo una materia no desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias, aun teniendo competencia estatutaria para ello.

II

1. ¹

2. Por otra parte, en cuanto a la concurrencia de los requisitos constitucional y legalmente previstos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, contenidos en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los arts. 139 y siguientes LRJAP-PAC, se observa lo que sigue:

Los afectados son titulares de un interés legítimo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 139.1 LRJAP-PAC, puesto que alegan haber sufrido un daño personal derivado del funcionamiento inadecuado del servicio público sanitario. Por lo tanto, tienen legitimación activa, pudiendo presentar la correspondiente reclamación en este procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 142.1 LRJAP-PAC.

La competencia para tramitar y resolver la reclamación le corresponde el Servicio Canario de la Salud, por ser el titular de la gestión del servicio prestado.

En cuanto al plazo para reclamar, concurre este requisito, ya que se ha reclamado dentro del plazo legalmente previsto en el art. 142.5 LRJAP-PAC.

El daño por el que se reclama es efectivo, evaluable económicamente e individualizado en la persona de los interesados, de acuerdo con lo prescrito en el art. 139.2 LRJAP-PAC.

III

1. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen es de carácter desestimatorio, considerando el Instructor que no concurre relación de causalidad entre el modo en que se efectuó el control ecográfico del embarazo de la afectada y la no detección de la malformación del feto, no siendo originada por la actuación del Servicio.

Por lo tanto, no concurre una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño sufrido por los interesados.

2. En este caso y de acuerdo con los diversos informes médicos que obran en el expediente, ha quedado suficientemente demostrado que en la afectada no se daban

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

circunstancias que propiciaran una malformación en el feto como la sufrida, pues el tabaquismo y el tipo de antibiótico empleado para tratar su gingivitis no dan lugar a malformaciones, sino, en lo que respecta al tabaquismo, a un peso menor a lo habitual en el recién nacido, y la administración de tetraciclina, con la que se trató la gingivitis de la interesada durante el embarazo, puede originar alteraciones óseas, pero no malformaciones como las referidas. Por ello, no concurría circunstancia alguna que médicamente indicase la necesidad de un control de la evolución del desarrollo del feto superior al ordinario.

En cuanto al diagnóstico de la malformación sufrida, también ha quedado acreditado por los distintos informes que la ausencia del carpo y metacarpo, con presencia de dedos rudimentarios, tienen mediante las ecografías un grado de detección muy bajo, pues el carpo es muy poco visible ya que se osifica después del nacimiento, llevándose a cabo exclusivamente mediante ecografía la medición de huesos largos de la mano.

3. En relación con lo alegado por los interesados acerca de que se les privó de la posibilidad de abortar al no haberse diagnosticado a tiempo la malformación de su hijo, es importante tener en cuenta que dicha posibilidad está supeditada a la concurrencia de los requisitos previstos en el art. 417 bis, indicación tercera, del Código Penal anterior, vigente en virtud de lo dispuesto en la disposición derogatoria única, que exige para no penar el aborto por motivo eugenésico que, en el feto, concurra una grave tara física o psíquica.

Sin embargo, tal tara no se pudo determinar *a priori* por los Doctores actuantes por la razones expuestas, lo que implica que no se ha dado, en este caso, ni siquiera las condiciones necesarias para que, en cumplimiento de la normativa vigente (Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros sanitarios acreditados y Dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, art. 6), dos médicos especialistas de Centro privado o público determinaran si la tara del feto estaba incluida o no dentro del supuesto referido.

4. En este caso, el funcionamiento del servicio ha sido adecuado y conforme a la *lex artis*, pues se hicieron las ecografías ordinarias en un embarazo en el que no concurrían razones extraordinarias que indicaran otros tipos de estudio del feto, de los que tampoco se puede asegurar una efectividad absoluta a la hora de diagnosticar dicha malformación y, además, se realizaron correctamente, siendo extremadamente difícil detectar una malformación como la sufrida. Por lo tanto, se cumplió con la obligación de medios que corresponde a los Servicios sanitarios.

5. Por último, no ha quedado demostrada la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño alegado por los interesados, pues, como alega la Administración, si bien los padres tienen derecho a conocer el posible defecto somático de su futuro hijo para poder prepararse, este sólo se puede ejercer cuando el defecto anatómico sea diagnosticable prenatalmente con una fiabilidad apreciable, lo que no fue posible en este supuesto, pese a una actuación médica correcta.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, de carácter desestimatorio, es conforme a Derecho por los motivos expresados con anterioridad.