



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 0 9 / 2 0 1 1

(Sección 2ª)

La Laguna, a 27 de diciembre de 2011.

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 D.B.H. y M.R.H.G., por daños ocasionados a su hija N.B.H. como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 688/2011 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 una Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. La solicitud de Dictamen, de 7 de noviembre de 2011, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 29 de noviembre de 2011. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los artículos 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 D.B.H. y M.R.H.G., quien lo hace por medio de la representación de sus padres por ser menor de 18 años, así como de la menor N.B.H., en cuya representación actúan sus padres D.B.H. y M.R.H.G., al pretender el

* **PONENTE:** Sr. Suay Rincón.

resarcimiento de un daño que, presuntamente, se les irrogó en su esfera moral como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

Ha de aclararse que, puesto que consta en el libro de familia aportado al expediente que los reclamantes, padres de N.B.H., son solteros, no resulta aplicable el razonamiento expresado en el escrito de 8 de enero de 2007 por el que se identifica el procedimiento y se insta a los reclamantes a mejorar su solicitud, donde se señala que no es necesaria la representación de M.R.H.G. por sus padres, pues su matrimonio con D.B.H. produjo su emancipación (art. 314.2º Código Civil), quedando por ello extinguida la patria potestad de sus padres (art. 169.2º Código Civil), pudiendo la menor emancipada actuar como si fuera mayor, en virtud de lo previsto en el art. 323 del Código Civil.

2. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, 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 artículo 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los artículos 10.3 y 15.1 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 artículo 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 5 de diciembre de 2006, siendo el 6 de diciembre de 2005, con el nacimiento de la niña N.B.H., cuando se determinó la producción del hecho lesivo, las deficiencias físicas y mentales de la pequeña. Es más, incluso fue posteriormente, en el ingreso hospitalario de 9 de diciembre de 2005, que duró hasta el 10 de febrero de 2006, cuando el estudio, diagnóstico y seguimiento de cuadro malformativo, arroja los diagnósticos de los padecimientos de la menor.

III

Son antecedentes del hecho por el que aquí se reclama, según el escrito que se interpone por los interesados, los siguientes:

- El 6 de diciembre de 2005 nació en la clínica H.S. la niña llamada N.B.H., hija de D.B.H. y de M.R.H.G.

- Pesó 2,470 gramos y midió 46 cm., resultando la exploración NORMAL, sin que al alta médica se prescriba tratamiento alguno, sino "acudir a revisión pediátrica en 7 días" y "realizar prueba de talón entre el 3º y 6º día en su centro de salud".

- No obstante, durante el tiempo que permaneció en H.S., la recién nacida no comía ni defecaba, lo que ocurrió durante las 48 horas que estuvo en dicho Centro y además vomitaba las heces por la boca, tenía un lateral de la cabeza inflamada, con estado general pésimo, estando muy decaída y no reaccionando ante estímulos externos.

- El día 8 de diciembre de 2005, se le da el alta médica a la madre y a la niña, siendo remitidas a su domicilio.

- Nada más llegar a su domicilio y ante el grave estado de la niña, que continuaba vomitando heces, los padres acuden al centro de salud de San Isidro, desde donde la niña es trasladada en servicio de urgencias al Hospital Universitario Nuestra Sra. de la Candelaria (HUNSC), donde a su ingreso se le diagnostica lo siguiente:

- a) Síndrome malformativo.
- b) Agenesia cuerpo calloso.
- c) Estenosis Pulmonar moderada + Ductus Arterioso Persistente.
- d) Enfermedad Hirschprung-conlostomía.
- e) Colomoba + Microftalmia + Atrofia Coriorretiana.
- f) Ectasia Piélica Bilateral (sin reflujo versicoureteral en cums).
- g) Sepsia tardía por E. Cloacae.
- h) Anemia.

Permanece ingresada durante 63 días en el Departamento de Pediatría del HUNSC, desde el 9 de diciembre de 2005 al 10 de febrero de 2006.

- La recién nacida presentaba evidentes y graves malformaciones en distintos órganos, siendo preciso su ingreso en el UCI y distintas intervenciones quirúrgicas, así como tratamiento neurológico, en el apartado respiratorio, sistema hemodinámico-vascular, digestivo, renal, practicándosele colostomía transversal ante la ausencia de deposiciones espontáneas, infeccioso y hematológico.

Como se señala por los reclamantes: *“En H.S., a pesar de ser evidentes las distintas malformaciones y patologías que precisaba la niña, ninguna prueba ni tratamiento se le realizó con el consiguiente sufrimiento de la recién nacida durante las primeras 48 horas de vida, empeorando notablemente su estado al no recibir la atención médica adecuada, siendo la actuación de los facultativos y personal totalmente deficiente, pasiva e indiferente ante la preocupación de los padres”.*

- La niña ha precisado tratamiento especializado de las múltiples patologías y malformaciones que presenta en sus órganos [cabeza, riñones, pulmón, corazón, intestinos (...)] teniendo diagnosticada la enfermedad de Hirschprung, el síndrome de Mowat-Wilson, cardiopatía congénita (ductus arteriosos persistente y estenosis pulmonar moderada), agenesia del cuerpo calloso y demás ya referidos en los párrafos precedentes, habiendo sido sometida a diversas intervenciones quirúrgicas, entre las que cabe destacar la realizada en Las Palmas de Gran Canaria, en la unidad médico quirúrgica de cardiología pediátrica y cardiopatía congénita, a fin de proceder a “cierre del ductus arterioso y sección de subclavia derecha aberrante”, y otras intervenciones están también previstas en función de la evolución que presente.

- Entre los múltiples problemas que presenta la niña, destaca por su especial gravedad el síndrome de Mowat-Wilson, que consiste en un retraso mental que limita sus facultades intelectuales, de desarrollo y afecta al movimiento y al habla.

- El seguimiento del embarazo de la madre, R.H.G., se realiza en el Centro de Asistencia de Especialidades de El Mojón, donde se le prescriben y valoran las pruebas oportunas. Dichas pruebas se realizan en el HUNSC, no detectando anomalías durante el embarazo. Durante dicho seguimiento no se detectaron ninguna de las graves malformaciones y patologías congénitas que la niña presentó al nacer y que impiden su normal desarrollo.

Por todo lo expuesto, los interesados concluyen que el anormal funcionamiento de la Administración le ha causado un perjuicio cuantificado en 60.000 euros, por los daños morales causados a la niña y a sus padres por las primeras 48 horas de vida de ésta y por el sufrimiento físico de la niña, al no recibir el tratamiento adecuado.

Además, se cuantifica en 360.000 euros el daño consistente en haberse eliminado la opción de los padres de decidir sobre la interrupción del embarazo, por no haberse diagnosticado las malformaciones fetales congénitas de la menor durante el embarazo.

IV

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 30/92).

Constan practicadas en este procedimiento las siguientes actuaciones:

1) El 8 de enero de 2007 se identifica el procedimiento y se insta a los interesados a mejorar su solicitud. De ello se recibe notificación por éstos el 10 de enero de 2007, viniendo a aportar la documentación requerida el 18 de enero de 2007.

2) Por Resolución de 28 de mayo de 2007, de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación, además de acordarse la suspensión del procedimiento hasta la emisión del informe del servicio y la remisión del expediente para su tramitación a la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Ntra. Sra. de La Candelaria, de conformidad con la Resolución de 22 de abril de 2004, del Director del Servicio Canario de la Salud, por la que se revoca la delegación de competencias en materia de responsabilidad patrimonial en la Secretaría General efectuada mediante Resolución de 13 de julio de 2001 y por la que se delegan competencias en dicha materia en determinados órganos de este Organismo Autónomo y la Instrucción 6/04, del Director del Servicio Canario de la Salud, para la tramitación de los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria prestada por dicho Organismo.

De ello se notifica a los interesados el 22 de junio de 2007.

3) El 19 de junio de 2007 se remite el expediente a la Dirección Gerencia del Hospital Ntra. Sra. de La Candelaria y por escrito de igual fecha se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones. Aquel informe se emite el 22 de junio de 2011, tras recabar la documentación necesaria para su elaboración.

4) Por Resolución de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, de 9 de junio de 2008, se acuerda la remisión del expediente al Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Contencioso administrativo, Sección 1ª, de Las Palmas de Gran Canaria), por instarlo éste mediante oficio de 12 de mayo de 2008. Asimismo se emplaza a los interesados para que comparezcan. Ello, por haberse interpuesto por la parte reclamante recurso contencioso administrativo por desestimación por silencio administrativo de su pretensión resarcitoria, abriéndose procedimiento ordinario 370/2008. No obstante, el 26 de febrero de 2009, se dicta auto de archivo, por haberse instado a la parte recurrente a subsanar un defecto en la designación de letrado, sin que se hiciera en plazo. Tal auto es recibido por los interesados el 6 de mayo de 2009.

5) Mediante acuerdo de 29 de junio de 2011 se declara la pertinencia de las pruebas propuestas por los interesados, y, puesto que obran ya incorporadas al expediente, se determina la innecesiedad de abrir periodo probatorio. De ello recibe notificación la parte reclamante el 10 de agosto de 2011.

6) El 7 de septiembre de 2011 se acuerda la apertura del trámite de audiencia, de lo que reciben notificación los interesados el 22 de septiembre de 2011, así como H.S., el 21 de septiembre de 2011. No consta la aportación de alegaciones.

7) El 6 de octubre de 2011 se emite Informe- Propuesta de Resolución por la Dirección Gerencia del Hospital Ntra. Sra. de La Candelaria, que es acogido por la Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de Salud de 11 de octubre de 2011. Ésta es considerada conforme a Derecho por el informe del Servicio jurídico, de 31 de octubre de 2011, por lo que se eleva a Propuesta de Resolución definitiva el 7 de noviembre de 2011.

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, en su fundamento de Derecho séptimo: *“El Servicio de inspección y Prestaciones emitió informe cuyas conclusiones queda incorporada íntegramente al texto de la presente propuesta en aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.5 de LRJAP-PAC.*

«Resumiendo lo sucedido se desprende lo siguiente:

- *A día de hoy, no nos ha sido entregada la cartilla maternal de la madre.*
- *No hay antecedentes de alteraciones de ningún tipo entre los ascendientes de la niña. El único antecedente que llama la atención es la consanguinidad de los abuelos maternos (aunque ignoramos en que grado). Por todo ello, es evidente que no concurrían las circunstancias en las que se aplicaría el consejo genético.*
- *El control, ecografía y screening prenatales no presentaron alteración alguna.*
- *El embarazo y el parto discurrieron por cauces completamente normales, hasta que los padres detectaron en su hija recién nacida determinadas anomalías en el aspecto físico y el comportamiento, que se vieron confirmadas posteriormente con el ingreso de la misma en el Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria.*
- *Ciertamente hubo un retraso temporal en el correcto diagnóstico del Síndrome que la niña padecía, desde el momento del alta en H.S., hasta su ingreso en el Servicio de Urgencias de Pediatría del Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria, circunstancia admisible dado el aspecto físico a veces normal de estos recién nacidos, pero que en modo alguno es un factor decisivo, que pueda corregir o variar, tanto la presentación, evolución como el pronóstico del Síndrome.*
- *En otras palabras, dicho retraso simplemente postergó el tratamiento terapéutico que dicho Síndrome demanda, pero no tiene entidad suficiente para modificar, en modo alguno, las circunstancias y el pronóstico de la niña afectada.*
- *Y lo que es más importante, el Síndrome es causado por una anomalía en el gen ZFH1B que es generalmente el resultado de un nuevo cambio genético (mutación) en la persona afectada. Es decir, no es posible el diagnóstico prenatal de dicho Síndrome, puesto que obedece a una mutación genética al azar, y que no está incluida en los tests de diagnóstico prenatal normal (aspiración por otro lado utópica, tanto en términos económicos como tecnológicos).*
- *Consideramos que, dada la información extraída de la documentación existente, el Servicio Canario de la Salud ha prestado una atención asistencial en consonancia con la lex artis ad hoc, salvando el pequeño retraso temporal en la determinación diagnóstica exacta del Síndrome (cuya confirmación solo se consigue por medio de técnicas de laboratorio genéticas muy especializadas y específicas), y que no modifica en nada, el desarrollo y la evolución de la enfermedad».*

Por su parte, el Servicio de Obstetricia y Ginecología del HUNSC emite el siguiente Informe: «Del estudio de la historia clínica de la paciente, R.H.G. se

desprende que dicha paciente fue ingresada el día 31 de octubre de 2005 en la semana 26+3 de gestación por un cuadro de dolor en hipogastrio que irradia zona lumbar. Tras la exploración clínica y complementaria correspondiente en las que va incluido un estudio ecográfico se diagnostica de amenaza de parto prematuro; instaurándose el tratamiento adecuado correspondiente a su patología, dándose de alta el día 3 de noviembre de 2005.

Los estudios diagnósticos practicados a la paciente R.H.G. se correspondieron a los de su proceso patológico donde no se apreció ningún tipo de patología fetal».

*Teniendo en cuenta los informes existentes en el expediente no cabe apreciar relación causal ni daño antijurídico en el seguimiento del embarazo y la patología de la recién nacida, puesto que ésta proviene de una malformación congénita no siempre detectable y fueron aplicados por los médicos los protocolos previstos para el diagnóstico prenatal, existió un control gestacional adecuado y se emplearon todos los medios disponibles según el estado de la ciencia y las necesidades de la paciente y que por lo tanto no hubo infracción de la *lex artis*”.*

2. Ciertamente, como se señala en la Propuesta de Resolución, no cabe entender que exista responsabilidad patrimonial de la Administración ni por el diagnóstico tardío respecto de la evolución de la enfermedad de la menor (48 horas tras su nacimiento), ni por la ausencia de diagnóstico prenatal que privara a los padres de su opción de interrumpir el embarazo.

En cuanto a esto último, no procedía en el caso que nos ocupa realizar pruebas de diagnóstico prenatal genéticas, tanto porque, como se señala en el Informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, no concurrían antecedentes de alteraciones de ningún tipo entre los ascendientes de la niña, como porque el control, ecografía y screening prenatales, no presentaron alteración alguna, y el embarazo y parto discurrieron por cauces completamente normales. Pero, muy especialmente, porque, como es sabido, en materia de responsabilidad de la Administración, en el ámbito de la medicina, el parámetro de la *lex artis ad hoc* tiene como referente lo que es exigible según el estado de la ciencia en cada momento (art. 141.1 Ley 30/1992), y en el presente caso, se afirma por el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones: “El Síndrome es causado por una anomalía en el gen ZFX1B que es generalmente el resultado de un nuevo cambio genético (mutación) en la persona afectada. Es decir, no es posible el diagnóstico prenatal de dicho Síndrome, puesto que obedece a una mutación genética al azar, y que no está incluida en los tests de diagnóstico prenatal normal”.

En cambio, en cuanto al primer motivo de reclamación de los interesados, el daño moral de los padres y la menor, y el sufrimiento físico de ésta, por el retraso de 48 horas en el diagnóstico de los padecimientos de niña, ha de distinguirse lo que ello implicó en el curso de la enfermedad de la niña, y lo que implicó en sus padecimientos físicos durante las 48 horas de retraso.

En relación con el primer aspecto, no puede reconocerse la concurrencia de responsabilidad por parte de la Administración sanitaria. Así, como señala el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, acogido por la Propuesta de Resolución, si bien se reconoce que hubo retraso temporal en el diagnóstico del síndrome que padecía la pequeña, sin embargo, se afirma que ello no constituyó un factor que pudiera corregir o variar tanto la presentación y evolución, como el pronóstico del Síndrome. Tal retraso, se concluye rotundamente en aquel informe, *"no modifica en nada el desarrollo y la evolución de la enfermedad"*.

Ahora bien, en relación con el segundo aspecto al que nos habíamos referido, ha de admitirse que las 48 horas en las que la menor no fue diagnosticada y, por tanto, tratada, sufrió unos síntomas que pudieron haberse mejorado con una respuesta adecuada, aunque ese tratamiento, instaurado antes de lo que se hizo, como hemos dicho, no habría cambiado el curso de las patologías de N.B.H.

Y es que, si bien, en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones se señala que la determinación exacta del diagnóstico del Síndrome padecido por la menor sólo se consigue por medio de técnicas de laboratorio genéticas muy especializadas y específicas, no debió escapar a los facultativos que trataron a la menor recién nacida que el estado de ésta no era "normal", pues, como dice el propio informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, "el embarazo y el parto discurrieron por cauces completamente normales, hasta que los padres detectaron en su hija recién nacida determinadas anomalías en el aspecto físico y el comportamiento", cuánto más tuvieron que haberse detectado tales anomalías por los facultativos, quienes, lejos de observarlas, ante las quejas de los padres decían que era "completamente normal"; todo ello, siempre según la versión de los hechos de los padres, que sin embargo se ve confirmada por el alta a domicilio sin más precauciones.

Además, sin perjuicio de las anomalías físicas existentes (un lado de la cabeza inflamado), según los padres, lo que no se discute por la Administración, la niña no comía ni defecaba en las 48 horas que estuvo en H.S., vomitaba heces, estaba muy

decaída, su estado general era pésimo y no reaccionaba ante estímulos externos. Por tanto, sin perjuicio de que no se hubiera podido llegar inmediatamente a un diagnóstico certero acerca del Síndrome sufrido por N.B.H., sí era exigible una respuesta dirigida a paliar los síntomas detectados en la niña, a fin de disminuir su sufrimiento o, al menos, poner a su disposición todos los medios posibles, y no darle el alta con aquella sintomatología.

Por ello, se ha ocasionado un daño, vinculado al funcionamiento del servicio público sanitario, consistente en el sufrimiento físico de la menor y moral de sus padres durante las 48 horas, en las que aquella no recibió tratamiento alguno a pesar de la anormalidad de su estado, sufriendo la menor innecesariamente y soportando sus padres un estado de angustia ante la incertidumbre acerca del verdadero estado de salud de su hija.

Corresponde a la menor una indemnización de 100 euros por cada día de retraso en recibir tratamiento, y a cada uno de sus padres una cantidad por los daños morales sufridos en tales días, que se cifra en la cantidad de 1.000 euros.

Por ello, la Propuesta de Resolución es parcialmente conforme a Derecho, debiendo estimarse sólo parcialmente la pretensión de los reclamantes en los términos expuestos.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es parcialmente conforme a Derecho, por lo que debe estimarse en parte la pretensión resarcitoria de los reclamantes.