



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 6 0 / 2 0 1 3

(Sección 1ª)

La Laguna, a 26 de diciembre de 2013.

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.P.R., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 476/2013 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución sobre la reclamación de una indemnización formulada por A.P.R., en su propio nombre y en el de su hija menor, por las lesiones personales de esta última cuya causación imputa a la asistencia sanitaria que les prestó el Servicio Canario de la Salud (SCS).

2. Atendiendo a la fecha de presentación de la reclamación, la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad para solicitarlo resultan de los arts. 11.1. D.e), -en la redacción anterior a su modificación por la Ley 5/2011, de 17 de marzo- y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 12, de carácter básico, del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, RPRP, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

3. El daño físico por el que se reclama consiste en unas malformaciones vertebrales congénitas cuya existencia se comprobó por el informe radiológico de fecha 10 de octubre de 2009 (folio 66 del expediente). A partir de dicha fecha se ha

* **PONENTE:** Sr. Brito González.

de computar el plazo de un año para reclamar que establece el art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC. El escrito de reclamación se presentó el 6 de octubre de 2010, antes del vencimiento de dicho plazo; por consiguiente, la reclamación no es extemporánea.

4. Conforme al art. 13.3 RPRP, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que se ha superado ampliamente en este procedimiento; sin embargo, esta circunstancia no impide que se dicte la resolución porque la Administración está obligada a resolver expresamente, aun vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 LRJAP-PAC en relación con los arts. 43.3.b) y 142.7 de la misma.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en defectos procedimentales que impidan un Dictamen que analice el fundamento sustantivo de la pretensión resarcitoria.

II

1. De los escritos de reclamación y de alegaciones de la interesada resulta que su pretensión resarcitoria se funda en los siguientes hechos:

El 8 de junio de 2009, cuando la reclamante se hallaba en su vigésimo primera semana de embarazo, en el marco de la asistencia sanitaria pública prestada por el SCS, se le realizó una ecografía, si bien la facultativa que la practicó no informó de ninguna malformación del feto. Sin embargo, dos días más tarde, el 10 de junio, un médico privado, el Doctor C.O., por medio de una ecografía detectó en la columna vertebral del feto una *"pequeña deformidad de dos vértebras a nivel lumbar de difícil valoración por el momento"*. Tal anomalía tampoco fue detectada en la segunda ecografía realizada el 27 de julio la misma doctora del SCS que hizo la primera ecografía.

Considera la reclamante que la facultativa del SCS que practicó e informó las ecografías de 8 de junio y 27 de julio incurrió en mala práctica profesional porque no diagnosticó las malformaciones lumbares que sí detectó el 10 de junio el facultativo de la medicina privada.

Ese error profesional es la causa de las malformaciones de las vértebras lumbares de su hija porque al no ser detectadas por la facultativa del SCS se ha impedido que se le dispensara oportunamente el tratamiento que las hubiera evitado.

Aunque su hija no adolezca en la actualidad de ninguna minusvalía o disfuncionalidad, ésta se puede presentar en el futuro como lo prueba el hecho de que deba ser sometida a controles médicos periódicos.

A lo anterior se añade el hecho de que a la fecha de la primera ecografía, la reclamante estaba aún dentro del plazo legal para abortar. El error de la facultativa en no advertir esas malformaciones y su diagnóstico erróneo de que el desarrollo del feto estaba dentro de la normalidad le privó de la oportunidad de abortar, alternativa por la que podría haber optado si se hubiese actuado correctamente y de la que fue privada por el error cometido por la facultativa del SCS.

2. Por todo lo sucedido, la reclamante solicita una indemnización de 23.877,02 euros cuya cuantía determina mediante el Sistema para la Valoración de Daños Personales del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor TRLRCSVM (aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre).

III

1. De los informes médicos emitidos en el seno del procedimiento y de la documentación clínica obrante en el expediente resultan acreditados los extremos de hecho que a continuación se relacionan:

A la reclamante, como parte del seguimiento del su embarazo por la asistencia médica pública que presta el SCS se le hizo una ecografía el 8 de junio de 2009 en el HUMI.

La ecografista que la practicó no halló ninguna anomalía en el feto, como resulta del correspondiente informe incorporado a la historia clínica de la paciente (folio 75 del expediente). En él se consigna que la edad gestacional es de 21 semanas más un día. Ese informe concluye con el siguiente diagnóstico: *"Ecografía compatible con la normalidad para la edad gestacional"* y se precisa: *"En esta exploración no se observan anomalías morfológicas fetales mayores, si bien no se pueden descartar las que no tienen expresión ecográfica o las que se presentan de forma avanzada en el tercer trimestre"*.

El informe ecográfico, de 10 de junio de 2009, (folio 5 del expediente), de un obstetra de la medicina privada, expresa: *"se visualiza columna vertebral con pequeña deformidad de dos vértebras a nivel lumbar, de difícil valoración por el*

momento. No se aprecian otras anomalías orgánicas fetales para su edad gestacional".

El informe, de 27 de julio de 2009, de la ecografista del HUMI que había atendido a la paciente el 8 del mes anterior (páginas 54-55 del expediente), recoge que ha sido remitida de urgencia tras objetivarse en ecografía privada posible anomalía vertebral. En él se expresa que: *"No se aprecian anomalías vertebrales aparentes, Se comprueba continuidad de arcos vertebrales y cierre de los mismos y de planos superficiales. No parece existir anomalías en los cuerpos vertebrales lumbares. No se ven deformidades en la alineación vertebral ni malposiciones de los miembros inferiores"*. Concluye con el diagnóstico de *"Ecografía compatible con la normalidad para la edad gestacional"*; pero advierte de que *"dada la edad gestacional es difícil la valoración morfológica, por lo que se recomienda valoración postnatal"*.

El informe, de 10 de octubre de 2009, del Doctor W., del Servicio de Radiodiagnóstico del HUMI (página 66 del expediente) establece que la neonata presenta malformaciones vertebrales lumbares con hemivértebras a nivel de L3, L4 y L5.

2. De los informes obrantes en el expediente (informe, de 30 de marzo de 2011, del Catedrático de Obstetricia y Ginecología de la Facultad de Medicina de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del HUMI, páginas 94-95; Informe, de 31 de marzo de 2011, del Jefe del Servicio de radiología del HUMI, páginas 97-98; Informe de 1 de julio de 2013, de la facultativa del Servicio de Inspección y Prestaciones, páginas 137-141), se concluye que no hay tratamiento ni medio para sanar o corregir esas malformaciones vertebrales en el feto. La única actitud terapéutica posible es esperar al nacimiento y mantener en observación su evolución mediante controles periódicos para intervenir en caso de que determinen desequilibrio en el eje vertebral y consiguiente curvatura anormal de la columna. Esas malformaciones no originan ineluctablemente esas anomalías, porque los distintos cuerpos vertebrales, a pesar de las deformaciones de algunos de ellos, pueden compensarse espontáneamente entre sí, de manera que se produce la estabilidad y alineación correcta de la columna vertebral, lo cual sucede normalmente.

Esto es lo que afortunadamente ha sucedido en el caso de la hija de la reclamante. Los informes de los controles médicos periódicos constatan que la niña tiene el raquis alineado, deambula normalmente, corre y salta con los pies juntos, no presenta curvatura anormal de la columna ni disfuncionalidades o anomalía alguna y

por ende no precisa de tratamiento alguno (folios 101, 103, 105, 112, 113 y 114 del expediente).

Como informa el Jefe del Servicio de Traumatología y recoge el informe del Servicio de Inspección, no existe una curvatura anormal de la columna, porque la presencia de hemivértebras se compensa en los niveles superiores e inferiores vertebrales hasta conseguir un buen alineamiento de los cuerpos vertebrales en su totalidad. Es decir, las hemivértebras se sitúan en lados opuestos de la columna lo que ocasiona una alineación y estabilidad correcta de la columna vertebral, sin afectación del canal espinal óseo.

En definitiva, la niña no adolece de ninguna alteración anatómica o funcional como consecuencia de sus deformaciones vertebrales congénitas.

3. La exploración ecográfica practicada en un centro privado, como ya señalamos, no pudo valorar las malformaciones vertebrales detectadas en el feto.

Esta dificultad de diagnóstico también se recoge en el informe posterior de la segunda ecografía que le realizó a la embarazada la facultativa el SCS donde se expresa: *"En la ecografía realizada hoy no se aprecian anomalías aparentes (ver apartado en la descripción morfológica). No obstante, dada la edad gestacional es difícil la valoración morfológica, por lo que se recomienda valoración postnatal"*. Es decir, no se formula un diagnóstico firme, sino de probabilidad y con cautela, por lo que se recomienda que se explore al "nasciturus" una vez nacido. Ello en modo alguno significa que se haya producido un error médico tal como indica la reclamante.

El citado informe del Catedrático de Obstetricia y Ginecología, explica que en la ecografía del 27 de julio de 2009 *"no se observó la alteración en la alineación de la columna vertebral por compensarse entre sí las alteraciones de los cuerpos vertebrales, tal como se comprobó tras el nacimiento de la niña"*.

No se ha producido, pues, un error de diagnóstico, pues la anomalía detectada en la ecografía realizada a instancia de parte, -de difícil valoración en ese momento- se corrigió tal como se ha comprobado con el seguimiento realizado por los facultativos del SCS.

IV

1. Si, como se ha constatado en el último apartado del Fundamento anterior, no hubo un error de diagnóstico porque era prácticamente imposible detectar ecográficamente las malformaciones vertebrales, y por este motivo la ecografía meramente formuló un diagnóstico de probabilidad y con cautelas, recomendando la exploración postnatal de la niña, no se puede calificar como negligente la actuación profesional de la ecografista del SCS. Una actuación médica correcta y adecuada a la *lex artis ad hoc* nunca genera la responsabilidad patrimonial del facultativo ni por ende la del servicio público de salud por cuenta del que actúa.

2. Tampoco la genera el que no se pueda establecer un diagnóstico de certeza debido a que las técnicas ecográficas existentes en el actual estado de conocimientos no permitan diagnosticar malformaciones vertebrales congénitas como la que presentaba el feto, tanto por la edad gestacional en el momento en que se le practicó la ecografía de 27 de julio de 2009, como por su enmascaramiento debido a que la compensación espontánea entre las vértebras las alinea sin alteraciones.

3. Aunque, en aras de dar respuesta cumplida a todas las alegaciones de la reclamante, en vía de hipótesis se admitiera que el informe de la exploración ecográfica de 27 de julio de 2009 incurrió en un error de diagnóstico, tampoco determinaría la responsabilidad profesional de la ecografista ni, por ende, la responsabilidad patrimonial del servicio público de salud al que presta sus servicios por las siguientes razones:

Para que un error de diagnóstico genere tal responsabilidad es necesario que haya impedido aplicar la terapia adecuada para atajar la patología. En este caso, los perjuicios personales que cause la evolución de ésta, por no haber sido tratada oportuna y correctamente, pueden ser considerados como causados por la actuación negligente del profesional. Si éste hubiera actuado diligentemente, aquéllos no se habrían producido, por lo que se le puede imputar jurídicamente su causación.

Pero si a pesar de que se yerre en el diagnóstico de una patología, se adopta la única aptitud terapéutica adecuada, entonces no se puede considerar que la patología, ni sus otros perjuicios derivados de ella, han sido causados por ese error de diagnóstico.

Las malformaciones vertebrales por las que se reclama son congénitas. La Medicina carece hoy por hoy de medios para tratarlos intrauterinamente. En el supuesto de que se logre diagnosticar que el feto las presenta, la única actitud

terapéutica consiste en la que se adoptó: Confirmar su existencia tras el alumbramiento por medio de la valoración del neonato y realizar controles periódicos de su evolución a la espera de que se compensen entre sí las vértebras y no aparezcan así curvaturas anormales de la columna ni las concomitantes afecciones de la médula espinal para que, en caso de no ser así, intervenir, según las circunstancias, ortopédica o quirúrgicamente o por medio de rehabilitación. Por esta razón, aunque a despecho de la realidad, se insistiera en considerar que incurrió en un error de diagnóstico el informe ecográfico de 27 de julio de 2009, como éste no impidió que se adoptara la actitud terapéutica adecuada, no se le puede imputar la causación de las malformaciones congénitas de la menor.

4. Por otro lado, la niña, aparte de esa malformación de las vértebras que por su carácter de congénita no pueden calificarse de causadas por la asistencia médica correcta que se la ha prestado, no presenta alteraciones anatómicas o funcionales como consecuencia de ellas: La columna está alineada sin curvaturas anormales y camina, corre y salta perfectamente. No hay, pues, un daño actual, real y efectivo por el que reclamar. El requisito de la efectividad del daño que exige el art. 139.2 LRJAP-PAC impide la alegación de daños eventuales, futuros e hipotéticos en orden a su resarcimiento.

5. En trámite de audiencia la reclamante introduce en el debate, como un nuevo fundamento de su pretensión resarcitoria, la siguiente alegación:

El 28 de junio de 2009, cuando se hallaba en la vigésimo primera semana de gestación *“apenas dos días antes de que se me hiciera la ecografía por parte del Doctor J.J.C.O., donde sí se detectaron las anomalías o malformaciones”* se realizó una ecografía en el HUMI por la misma doctora que practicó la del 27 de julio de 2009. En esta ecografía de 8 de junio no se detectaron las malformaciones, como acredita la lectura del informe ecográfico.

En esto se basa la reclamante para argumentar que *“De acuerdo con la legislación vigente al momento de los hechos cuando tuvo lugar la omisión/error de diagnóstico por parte del Servicio Canario de Salud, error que situó a partir de la segunda ecografía que se me realizó el 8 de junio de 2009, a sólo dos días de diferencia de la que me hizo el día 10 de ese mismo mes el Doctor C.O., donde sí que se detectaron las anomalías, el aborto -indicación eugenésica- estaba permitido hasta la 22ª semana de gestación -tiempo que aún no se había cumplido cuanto tuvo lugar la omisión, de tal modo que la irregular actuación del Servicio Canario de*

Salud me impidió interesar o recabar los informes médicos leales de cara a verificar si se cumplían los requisitos legales que me hubieran, de darse los mismos, permitido acogerme a esa posibilidad”.

Según el informe de la ecografía de 8 de junio de 2009 la edad gestacional en esa fecha era de 21 semanas más un día. Por tanto, cuando el Doctor C.O., el facultativo del centro sanitario privado, le practica la segunda ecografía el 10 de junio, la edad gestacional era de 21 semanas y tres días, estaba por tanto dentro de la vigésima segunda semana de gestación y si, según la reclamante, en esta ecografía de 10 de junio sí le detectaron las malformaciones, nada le impedía recabar los informes médicos pertinentes en orden a la decisión que hubiera podido adoptar sobre la interrupción del embarazo. El informe de la ecografía del 8 de junio no ha tenido por tanto ninguna influencia en la decisión de ésta en relación con su hijo.

6. En resumen, no ha habido error de diagnóstico, la actitud terapéutica ha sido adecuada a la *lex artis ad hoc*, por lo que las malformaciones vertebrales no pueden ser consideradas causadas por la asistencia sanitaria pública, sino que por su carácter de congénitas son inherentes a la patología de la menor, la cual, por otro lado, no adolece de anomalía anatómica o disfuncionalidad alguna, por lo que no hay un daño efectivo indemnizable. Por todo ello, con base en los arts 139.1 y 2 y 141.1 LRJAP-PAC, es forzoso concluir, en línea con la propuesta de resolución, que procede la desestimación de la pretensión resarcitoria.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones anteriormente expuestas la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen se considera conforme a Derecho.