



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 9 6 / 2 0 1 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de septiembre de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...) y (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 274/2017 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente dictamen, solicitado el 13 de julio de 2017 (RE 19 de julio de 2017) por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la capacidad del órgano solicitante, la competencia de este 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, el primer precepto, con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC); la cual es aplicable, en virtud de la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última Ley.

Resulta igualmente aplicable el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en virtud de lo establecido

* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima de la LPACAP.

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito de legitimación activa de los reclamantes al pretender el resarcimiento de un daño moral, cual es la interrupción de un embarazo, cuyo origen se imputa a la asistencia sanitaria que le fue prestada por el Servicio Canario de la Salud.

Por otra parte, se cumple el requisito de la legitimación pasiva de la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

2. Se cumple igualmente el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues el escrito de reclamación se presentó el 24 de febrero de 2016, respecto de un daño producido el 16 de marzo de 2015, fecha en la que se conoció por los reclamantes el resultado de la amniocentesis, del que infieren los reclamantes que la interrupción del embarazo -realizada el 25 de febrero de 2015- se fundó en una incorrecta valoración de las pruebas prenatales. Por tanto, se ha presentado la reclamación dentro del plazo del año establecido al efecto en los arts. 142.5 LRJAP-PAC y 4.2 RPAPRP.

En todo caso, ha de advertirse que, constando la incoación de Diligencias Previas Penales nº 1219/16, seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Las Palmas tras la denuncia presentada ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Telde en funciones de guardia, que concluyeron con el Auto de 9 de marzo de 2016, por el que se acordó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, es la fecha de notificación del citado auto el que determina el *dies a quo* para el cómputo del año para presentar reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Y es que el cómputo del plazo había quedado interrumpido por la sustanciación de un proceso penal, en el que se pretendía dilucidar la responsabilidad penal de los médicos implicados, y sólo tras este proceso se conoce que los hechos no tienen relevancia penal, por lo que se intenta la vía administrativa. Así, empieza nuevamente a computarse el plazo desde la notificación a los interesados del auto de sobreseimiento y archivo de las actuaciones, lo que se infiere de la interpretación conjunta del inciso final del art. 142.4 LRJAP-PAC y el art. 4.2 del Decreto 429/1993 por lo que la interposición de la reclamación patrimonial se realiza dentro del plazo legalmente establecido.

3. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autónoma, en relación con los arts. 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 la Salud.

4. La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la 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.

III

Los hechos en los que los reclamantes basan su pretensión, según su escrito de reclamación, son los siguientes:

«PRIMERO.- Que por la Unidad de Medicina Fetal del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil de Canarias, de Las Palmas de Gran Canaria, fui atendida tras quedarme embarazada.

SEGUNDO.- Que tras las pruebas realizadas se nos recomienda contra nuestra voluntad, la interrupción del embarazo por "polimalformación fetal" que hacen inviable la vida del mismo.

Entre otras malformaciones destaca a nivel cara refiere: "la cara parece normal pero las orejas impresionan anormales rotadas y algo más bajas", según informe de la Doctora (...) de fecha 7 de mayo de 2015.

TERCERO.- Que practicada la ILE, el estudio necrótico no refleja lo manifestado por los profesionales, siendo el feto viable y sin malformaciones externas, por lo que entendemos que se ha producido un error grave en el diagnóstico, produciéndose el fallecimiento del hijo que esperábamos».

Los reclamantes solicitan indemnización por entender que «a pesar de las dudas existentes en los primeros diagnósticos, no se le practicaron todas las pruebas a su disposición, así como un grave error en la valoración de los informes».

Por ello, establecen una relación causal entre la pérdida de un futuro hijo y la inadecuada *praxis* médica, por lo que solicitan una indemnización de 300.000 euros.

IV

El procedimiento se ha tramitado correctamente, si bien se ha superado el plazo de resolución, que es de seis meses (art. 42.1 LRJAP-PAC). Subsiste, no obstante, la obligación de resolver, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivar de la falta de cumplimiento del plazo (art. 42.7 LRJAP-PAC).

Constan en el procedimiento administrativo los siguientes trámites:

- El 26 de febrero de 2016 se identifica el procedimiento y se insta a los reclamantes a mejorar su solicitud, de lo que reciben notificación el 10 de marzo de 2016. A tal efecto, el 16 de marzo de 2016 se aporta lo solicitado, entre lo que se halla denuncia por los mismos hechos objeto del presente procedimiento ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Telde.

- Por Resolución de 29 de marzo de 2016, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación y se acuerda la suspensión del procedimiento hasta la resolución del procedimiento penal. De ello es notificada la parte interesada el 13 de abril de 2016.

- El 25 de abril de 2016 los interesados aportan Auto de 9 de marzo de 2016, por el que se acordó el sobreseimiento previsional y archivo de la causa seguida en las Diligencias Previas Penales nº 1219/16, seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Las Palmas.

- Mediante Resolución de 29 de abril de 2016, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se levanta la suspensión del procedimiento, lo que se notifica a los interesados el 6 de mayo de 2016.

- El 3 de mayo de 2016 se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), que lo emite el 17 de noviembre de 2016, tras haber recabado la documentación necesaria.

- El 3 de febrero de 2017 se acuerda la apertura de trámite probatorio, declarando la pertinencia de las pruebas propuestas por los interesados y abriendo periodo probatorio para la práctica de las pruebas testificales solicitadas. Ello se notifica a los reclamantes el 16 de febrero de 2016.

- Asimismo, el 3 de febrero de 2017 se instó a los reclamantes a aportar el pliego de preguntas a realizar a los testigos propuestos, de lo que reciben notificación el 16 de febrero de 2017, aportando aquél el 21 de febrero de 2017.

- Tras citar debidamente el 3 de febrero de 2017 a los testigos propuestos, el 2 de marzo de 2017 se realiza la práctica de la prueba testifical.

- El 7 de marzo de 2017 se acuerda la apertura del trámite de audiencia, recibiendo notificación los interesados el 21 de marzo de 2017.

- Tras entregarse copia de diversa documentación por solicitarse en comparecencia personal de 22 de marzo de 2017, los interesados presentan escrito de alegaciones el 28 de marzo de 2017.

- El 8 de junio de 2017 se emite Propuesta de Resolución desestimatoria por el Secretario General del Servicio Canario de la Salud, y, en tal sentido, sin que conste su fecha, borrador de Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud, lo que es informado favorablemente por el Servicio Jurídico el 26 de junio de 2017. Así pues, el 4 de julio de 2017 se dicta Propuesta de Resolución definitiva que es remitida a este Consejo Consultivo.

V

1. En cuanto al fondo del asunto, como se ha señalado, la Propuesta de Resolución desestima la reclamación de los interesados, lo que hace con fundamento en los informes recabados y, especialmente, en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, de 17 de noviembre de 2016, que acoge los mismos, así como en las declaraciones testificales, concluyéndose la ausencia de responsabilidad de la Administración por ser el funcionamiento de la misma conforme a la *lex artis ad hoc*.

2. Entendemos que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.

Así, los interesados insisten en su escrito de alegaciones en que «existe una divergencia entre lo impresionado en las pruebas y el estudio anatomopatológico. (...). Igualmente queda acreditado que el feto era viable, sin malformaciones externas. (...). Que analizando todas las cuestiones, la principal causa que nos hizo tomar la decisión de interrumpir el embarazo fueron las malformaciones externas a nivel facial, que no habiéndose confirmado posteriormente, hace que nos sintamos engañados, toda vez que si no hubiera habido malformaciones externas, no habiéramos interrumpido el embarazo».

Mas, lo cierto es que se detrae de los informes recabados en la tramitación del expediente y muy especialmente de las tres testificales realizadas que nunca se habló de inviabilidad del feto, sino de sospecha de síndrome genético de pronóstico

incierto, cuyos síntomas indicativos, como veremos se confirmaron en la prueba de anatomía patológica realizada al feto, siendo aquel síndrome causa de las contempladas legalmente para la interrupción del embarazo.

Además, como se analizará, se realizaron a la reclamante todas las pruebas que estaban indicadas, informándose adecuadamente de sus resultados.

3. Pues bien, en cuanto a la adecuación a la *lex artis* de la actuación médica respecto de las pruebas realizadas a la reclamante, procede señalar que, tal y como se recoge en el informe del SIP, constan como antecedentes destacables:

- El 19 de febrero de 2015 la paciente firma de documento de consentimiento informado para ecografía de diagnóstico prenatal.

- Ecografía 19/02/15: semana 20+6: Dra. (...), que ante los hallazgos anómalos encontrados ofrece técnica invasiva mediante amniocentesis. «La paciente y su pareja desean pensarlo». Se le cita a la mañana siguiente para completar estudio.

- Ecografía 20/02/15: semana 21+0: Dra. (...) y Dra. (...). Ante la presencia de marcadores ecográficos y sospecha de asociación con síndrome genético, se recomendó la realización de amniocentesis para estudio morfológico (cariotipo) y estructural del cromosoma 22 CATCH22 (Cr 22 SDr. Di George).

La amniocentesis se practicó el mismo día 20 de febrero de 2015. Ello sin perjuicio de que descartada en las primeras 24-48 horas la afectación en los 5 cromosomas más frecuentes (13, 18, 21, y sexuales) los resultados definitivos se obtendrían en 2-3 semanas. En este caso el resultado se dio el 16 de marzo de 2015, ya fuera de las 22 semanas de gestación establecidas como límite legal para poder interrumpirla (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo), en caso de así decidirlo. El resultado era inexistencia del sospechado Síndrome Di George, sin perjuicio de que pudieran existir anomalías cromosómicas estructurales submicroscópicas de pequeño tamaño indetectables.

- Ecografía 23/02/15: Semana 21+3 días: Dra. (...) y Dra. (...) (Nivel IV de ecografía ostétrico-Ginecológica SEGO), responsable de la Unidad de Diagnóstico Prenatal. Consta: «La paciente desea interrupción legal del embarazo ILE por lo que se remite a atención al paciente».

De tales pruebas, como señala el informe del SIP, se observó reiteradamente evidencias de sospecha polimalformativa, por lo que se facilitó información a la gestante y a su acompañante tanto de los hallazgos como de su incierto pronóstico.

De hecho, del informe del jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología de 27 de mayo de 2016 se deriva que la paciente fue valorada por cuatro miembros de la Unidad de Diagnóstico Prenatal, en tres visitas distintas, coincidiendo todos en las malformaciones existentes en el feto, que hacían sospechar un síndrome genético, con incierto pronóstico. A ello añade aquel informe que en ningún momento se le informó a la paciente que el feto fuese inviable, por no tener un diagnóstico concreto, pero sí de que las anomalías encontradas hacían sospechar un mal pronóstico tras el nacimiento, tanto funcional como vital.

Tras ello, el 23 de febrero de 2016 solicita la interrupción del embarazo al amparo de lo dispuesto en el art. 15 b) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Asimismo se le informó de los resultados tras dicha interrupción (folio 195) «Se cita en consulta de asesoramiento reproductivo para revisión de la historia y entrega de resultados constando en ellos el estudio necrótico: feto femenino sin malformaciones externas que presenta agenesia de timo, útero bicorne y quiste en fosa cerebral posterior».

4. En relación con la interpretación de las pruebas realizadas, procede señalar que la misma es conforme a la *lex artis*, no derivándose del expediente el «engaño» al que aluden los reclamantes en sus alegaciones de 28 de marzo de 2017 y en su reclamación.

Aluden en todo momento los reclamantes a que la causa que los llevó a tomar la decisión de la interrupción del embarazo fueron las malformaciones externas del feto, que fueron descartadas posteriormente en los resultados de la amniocentesis, señalando, asimismo, que, al contrario de lo que se les había informado, el feto sí era viable.

Sin embargo, tales razonamientos quedan desvirtuados, tanto por el informe del jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología, de 27 de mayo de 2016, como por las tres testificales realizadas.

Y es que de todo ello, como se verá, se deriva que no era una causa de malformación física ni inviabilidad del feto la que se informó a la paciente a efectos de la interrupción del embarazo, sino la sospecha de síndrome genético, luego confirmado por el informe de anatomía patológica, que está encuadrado entre las causas legales de interrupción voluntaria del embarazo.

El feto presentaba un «grave riesgo de anomalía», no solo de carácter morfológico sino el más importante de origen genético «síndrome genético», supuesto que, por estar contemplados entre los que permiten la interrupción del embarazo por causas médicas, implica para los facultativos que controlan la gestación el deber de informar a la embarazada de tal posibilidad, como efectivamente se hizo.

Así, tal y como se recoge en la Propuesta de Resolución, tras preguntarse a la Dra. (...) «¿De las malformaciones objetivadas en su informe, cuáles hacían inviables al feto?», contesta aquélla:

«Realmente no hay nada inviable. La sospecha, debido a los múltiples hallazgos ecográficos, era de un síndrome (conjunto de signos) genético; de hecho, se le ofreció estudio del cariotipo y del Síndrome de Di George. Lo más grave de la exploración es la agenesia del timo, que se apreció en la eco y se confirmó en la anatomía patológica. Esto si es una patología severa y suelen morir antes de los dos años por infecciones.

La sospecha era, como digo, de un síndrome genético con graves repercusiones fetales y neonatales. A la paciente así se le explicó y se realizó amniocentesis estudiando la microdelección del cromosoma 22 (Q-11), que fue negativo. No obstante, existen otros genes implicados en este síndrome que no se estudian prenatalmente hoy en día, pero los hallazgos ecográficos son altamente sospechosos del Síndrome de Di George, incluso el estudio anatomopatológico confirma la agenesia del timo.

En la literatura no existe ningún caso de agenesia del timo aislada con diagnóstico prenatal: siempre está asociado a síndrome genético.

Como repercusiones se asocian: alteraciones del aprendizaje, retraso psicomotor, retraso en el desarrollo del habla, convulsiones en un 40%, tetania (rigidez) por hipocalcemia y alteraciones en la inmunidad con alta susceptibilidad a las infecciones, además de trastornos psiquiátricos.

El estómago era pequeño, lo que me hizo sospechar una atresia esofágica (no se comunica el esófago con el estómago). Esto también se asocia al Di George y a síndromes genético, así como el eje cardíaco rotado y la sospecha de cardiopatía.

En cuanto al sistema nervioso central, el cuerpo caloso (conecta los dos hemisferios) era mucho más pequeño de lo normal. Medía entre 14 y 15 mm y debería medir en ese momento por encima de 19. Había también una patología en el vermix del cerebelo, lo que hace posible que el niño tenga problemas neurológicos».

En igual sentido se muestra la declaración del jefe del Servicio a tal pregunta, contestando:

«Depende del concepto de viabilidad. No tenía malformaciones para morir intraútero, que sería en lo que consistiría la inviabilidad (en ese sentido sería viable), pero tiene malformaciones lo suficientemente importantes como para morir en los primeros años de vida o para tener una pésima calidad de vida, para ello existe la posibilidad legal de interrumpir el embarazo a decisión de los padres».

Señala a tal efecto, como malformaciones indicativas de tal síndrome y respecto de la polimalformación fetal no filiada, confirmadas por la necropsia, la existencia de agenesia de timo, útero bicorne y quiste en fosa cerebral posterior.

Asimismo en su informe señaló que «en ningún momento se informó a la paciente de que el feto fuese inviable, por no tener un diagnóstico concreto, pero sí de que las anomalías encontradas hacían sospechar un mal pronóstico tras el nacimiento, tanto funcional como vital».

Finalmente, en igual sentido se muestra la declaración de la Dra. (...) que manifestó que ninguna de las malformaciones objetivadas en su informe hacía inviabilidades al feto, «pero es un síndrome complejo con mal pronóstico».

De todo lo expuesto se concluye que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues la actuación de la Administración sanitaria fue conforme a la *lex artis*, al haberse realizado las pruebas indicadas a la embarazada y valorarse las mismas adecuadamente.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución desestimatoria de la pretensión de los interesados es conforme a Derecho.