



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 24 de octubre de 2023.

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. 407/2023 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario. La solicitud de dictamen, de 4 de agosto de 2023, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 11 de septiembre de 2023.

2. La cuantía reclamada (80.000 euros) determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la Excmo. Sra. Consejera de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, el primer precepto, con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

3. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (BOC, n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con los arts. 10.3 y 16.1 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. Se cumple el requisito de legitimación activa de los interesados, pues los daños sufridos por el presunto funcionamiento del servicio público sanitario según se señala en la reclamación, han sido irrogados en la esfera moral de estos -sufrientes y padecimientos psíquicos que se les ocasiona- además de la patrimonial por los «perjuicios económicos que derivan del nacimiento de la hija con esas limitaciones y malformaciones» [art. 4.1.a) LPACAP].

5. En cuanto a la legitimación pasiva, recae en el Servicio Canario de la Salud, titular del Servicio a cuyo funcionamiento se atribuye el daño.

6. Se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, ya que la acción se ha ejercitado por los interesados en el plazo de un año legalmente previsto en el art. 67 LPACAP, pues la reclamación se presentó el 24 de octubre de 2019 respecto de un hecho que si bien se señala como producido desde que se debió ofrecer la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo tras la prueba realizada el día 10 de octubre de 2018, se concreta con el nacimiento de su hija con un «posible síndrome de Goldenhar», que se produjo el 23 de febrero de 2019.

Esta postura es acorde con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de febrero de 2005, para unificación de doctrina, en la que se señala que la interrupción del embarazo o el nacimiento determinan el inicio del cómputo del plazo de la acción de responsabilidad, y es que, en el presente caso, como se analizará posteriormente, el objeto de la reclamación es la imposibilidad de ejercer el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en los plazos legalmente previstos, por la falta de diagnóstico prenatal dentro de tales plazos.

7. En cuanto a la tramitación del procedimiento, si bien no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten a un dictamen de fondo, se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP). Sin embargo, aun expirado este, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso

económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

II

Los reclamantes instan la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada a (...) durante su embarazo. Concretamente, alegan en su escrito de reclamación lo siguiente:

«PRIMERO.- La reclamante quedó embarazada el pasado mes de mayo de 2018, acudiendo a las sucesivas consultas de seguimiento del embarazo en el Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria.

SEGUNDO.- Aproximadamente, en la semana 20 de gestación, acudí a la Unidad de Medicina Fetal de (...), donde tras valorarme el Dr. (...) emitió Informe en fecha 2 de octubre de 2018 en el que hace constar que: "Se objetiva oreja derecha con longitud por debajo del percentil 5, con desarrollo anómalo e impresión de implantación baja asociado a arteria umbilical única", informándose la posibilidad de asociación con síndromes genéticos, por lo que recomienda que me realice la amniocentesis en la próxima consulta que tenía en el HUNSC.

TERCERO.- En fecha 10 de octubre de 2019, en la semana 2 1+ 1 de gestación acudo a la consulta del HUNSC para la realización de la ecografía selectiva y amniocentesis, aportándole a la ginecóloga el informe de (...) en el que se diagnostica microtia derecha en el feto y oreja de implantación baja y arteria umbilical única (AUU).

Así, tras la valoración, se confirma por la Dra. (...) el diagnóstico emitido por el Dr. (...) en (...), emitiendo Informe Clínico de Exploración Ecográfica de Diagnóstico Prenatal del HUNSC, con resultado de exploración ecográfica insatisfactoria, en el que se efectúan las siguientes observaciones "Oreja dcha 5mm y de implantación baja medifacia/ (Sd de Goldenhart ?)", por lo que se solicitó array CGH + cariotipo fetal.

Igualmente, fui sometida a un cribado prenatal, en cuyo resultado se apreciaba ya en el feto un alto riesgo para t21 y T18.

El mismo día 10 de octubre de 2018 se emite Informe por la Dra. (...) en el que ya se hace constar que existen altas sospechas de que el feto presente Síndrome de Goldenhar o sd. Oculoauriculovertebral (OAV), por lo que tan sólo se me informa de que han de realizarme una serie de estudios médicos por microtia fetal + implantación anómala unilateral de oreja + AUU, tendentes a la confirmación de dicho diagnóstico.

Cuando se me informa del diagnóstico del feto, me encuentro dentro de las primeras 22 semanas de gestación -en la semana 21+1-, momento en que debió ofrecérseme la posibilidad de la IVE y advertirme del plazo que tenía para acogerme a la misma.

CUARTO.- En fecha 19 de octubre de 2019 acudí nuevamente a la consulta en el Servicio de Ginecología/Obstetricia, no siendo sino hasta este momento cuando se me informa de la posibilidad de interrumpir la gestación, requiriendo control por alto riesgo obstétrico.

QUINTO.- En fecha 23 de octubre de 2018 se emite Informe Clínico de Consultas Externas del Servicio de Ginecología/Obstetricia, por el que se hace constar nuevamente que el feto presenta "microbiota unilateral desplazada a región maxilar inferior (medio facial)+ AUU+ Hidramnios".

SEXTO.- Pese a que el diagnóstico fue confirmado desde el día 10 de octubre de 2018, no es sino hasta el día 24 de octubre de 2018 -momento en que ya superaba las 22 semanas de gestación-, cuando se ofrece a los reclamantes la posibilidad de acogerse a la IVE, al amparo de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Desde el momento en que se conoce el diagnóstico -el 2 de octubre, confirmado posteriormente el 10 de octubre por el HUNSC-, la reclamante manifiesta su intención de acogerse a la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Retomando lo anterior, en fecha 24 de octubre se le hace entrega de la solicitud de acogerse al IVE y del documento de consentimiento informado.

Dado que cuando se les ofrece la posibilidad de IVE ya superaba las 22 semanas de gestación, se priva a los reclamantes de poder acogerse a lo previsto en el apartado B) del artículo.

Así, reunido el Comité Clínico del HUNSC, resuelve que "El feto se ve afecto de Síndrome de Goldenhar o Displasia OAV", a juicio de este Comité NO entra dentro de lo contemplado en los términos establecidos en el artículo 15.c de la Ley Orgánica 2/2010 al tratarse de un supuesto de enfermedad del feto extremadamente grave e incurable".

Finalmente, el día 23 de febrero de 2019 se produce el nacimiento de la menor, (...).

Posteriormente, se emite informe de genética del Hospital (...) en el que se confirma el diagnóstico médico de la menor "oreja derecha de implantación baja, microtia muy pequeña y arremolinda, con conducto auricular externo permeable, ausencia de hueso a ese nivel impresiona parálisis facial derecha que produce asimetría facial de hemicara inferior, narinas antevertidas".

OCTAVO.- De los hechos descritos en el cuerpo de la presente reclamación y de la documentación aportada se desprende que desde el día 10 de octubre de 2018 -es decir,

dentro de las primeras 22 semanas de gestación- ya se había, confirmado la anomalía que presentaba el embrión -diagnosticada en fecha 2 de octubre-.

Es evidente, pues, que cuando por la médico se tiene conocimiento del desarrollo anómalo del feto, me encuentro, como se ha manifestado anteriormente, en la semana 21+1 {dentro de las primeras 22 semanas de gestación que prevé la Ley}, momento en que debió ofrecérseme la posibilidad de la IVE.

Sin embargo, no es sino hasta el día 19 de octubre de 2018 -es decir, 9 días después de la confirmación del diagnóstico de las anomalías fetales- cuando se me ofrece la posibilidad de interrumpir la gestación, teniendo como consecuencia la privación negligente a los padres del derecho a interrumpir el embarazo al dejar transcurrir el tiempo a sabiendas de que se encontraba dentro de esas primeras 22 semanas de gestación y existía diagnóstico de riesgo de graves anomalías en el feto, pudiendo acogerse a la posibilidad de IVE prevista en el art. 15.b) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo:

“b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija”.

En consecuencia, se presenta esta reclamación previa por infracción de la lex artis, en lo que respecta a la privación del derecho a interrumpir el embarazo antes de cumplirse las primeras 22 semanas de gestación, y dejar que transcurra el plazo para someterse a la misma, lo que derivó en el nacimiento de la menor quien presenta una serie de malformaciones, como consecuencia de lo cual tendrá que ser sometida a tratamiento quirúrgico por cirugía maxilofacial.

El daño se concreta en los sufrimientos y padecimientos psíquicos que ocasiona a los padres el nacimiento y ulterior crecimiento de la hija con malformaciones congénitas y, por otro, los perjuicios económicos que derivan del nacimiento de la hija con esas limitaciones y malformaciones».

Por todo ello solicitan una indemnización por los daños morales sufridos por los progenitores, que se cuantifica en 80.000 euros, correspondiendo la mitad a cada uno de ellos.

III

Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones:

- El 28 de octubre de 2019 se identifica el procedimiento y se insta a los reclamantes a subsanar su reclamación, lo que se les notifica el 12 de noviembre de 2019, aportando lo requerido el 19 de noviembre de 2019.

- Dado que las firmas del escrito de reclamación no coinciden con las de los documentos de identidad de los reclamantes y demás documentos aportados, en fecha 27 de noviembre de 2019 se insta a aquéllos a que comparezcan en las dependencias del Servicio Canario de la Salud y firmen la reclamación, de lo que reciben notificación el 2 de diciembre de 2019.

- El 29 de noviembre de 2019, mediante comparecencia personal de los reclamantes, éstos firman la reclamación inicial y otorgan apoderamiento apud acta para actuar en el procedimiento a (...).

- Por Resolución de la Directora del Servicio Canario de la Salud, de 3 de diciembre de 2019, se admite a trámite la reclamación, de lo que reciben notificación los reclamantes el 5 de diciembre de 2019.

- El 5 de diciembre de 2019 se dicta acuerdo probatorio en el que se admiten las pruebas documentales propuestas por los reclamantes y se incorpora la documentación clínica recabada durante la instrucción. Asimismo, se confiere plazo para la aportación de la prueba pericial indicada en la reclamación. De ello reciben notificación los interesados el 11 de diciembre de 2019, sin que se haya aportado en el plazo establecido.

- Con fecha 20 de marzo de 2020 se acuerda la apertura del trámite de vista y audiencia, lo que se notifica a los reclamantes el 21 de mayo de 2020, compareciendo éstos a fin de retirar copia del expediente, sin que conste la presentación de alegaciones.

- El 30 de junio de 2020 se dicta Propuesta de Resolución por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud desestimatoria de la pretensión de los reclamantes, que es informada desfavorablemente por el Servicio Jurídico, el 30 de junio de 2020, al estimar que procedía la adecuada instrucción del procedimiento, para determinar *«si el 10 de octubre no manifestó la hoy reclamante su deseo de abortar, por qué llegó en esa fecha al centro hospitalario y no antes y si era viable realizar un aborto ya en esa fecha antes del término de las 22 semanas y por qué pese a estar acreditada la arteria única, se realizan otras pruebas, hechos que resultan trascendentes para el sostenimiento o no de la relación de causalidad construida»*.

- Así pues, el 31 de agosto de 2020 se solicita informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), a cuyo fin se recaba la documentación oportuna (Copia de la historia clínica obrante en el Complejo Hospitalario Universitario Nuestra Sra. de

Candelaria (CHUNSC), e informe emitido por la Dra. (...), Jefa del Servicio de Ginecología y Obstetricia de dicho centro). El 12 de mayo de 2023 se emite informe del SIP.

- El 17 de mayo de 2023 se acuerda la apertura del trámite de vista y audiencia, de lo que reciben notificación los interesados el 2 de junio de 2023. El 15 de junio de 2023 se presenta escrito de alegaciones, por medio de persona debidamente autorizada.

- El 20 de junio de 2023 se emite Borrador de Resolución por la Directora del Servicio Canario de la Salud, que es informado favorablemente por el Servicio Jurídico el 25 de julio de 2023, dictándose Propuesta de Resolución definitiva, desestimatoria de la pretensión de los reclamantes, el 1 de agosto de 2023, que es remitida a este Consejo Consultivo.

IV

1. Como se ha indicado, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión de los reclamantes con fundamento en los informes recabados en la tramitación del procedimiento, en especial, el segundo de los informes del SIP.

2. Ante todo, es preciso señalar, como hace la Propuesta de Resolución, los antecedentes clínicos de interés en relación con el presente procedimiento que constan en la historia clínica de la paciente, expuestos en el informe del SIP de 12 de mayo de 2023, que son los siguientes:

«1.- Según se describe en la historia clínica, informes y documentación aportada, la paciente, con fecha de nacimiento el 24/06/1982, no tenía antecedentes personales/familiares de interés desde el punto de vista genético/hereditario.

2.- Se trata de una paciente tercigesta, con antecedentes de un parto anterior mediante fórceps (2017) y un aborto, con seguimiento de su embarazo por Medicina Privada y Pública.

3.- El embarazo, espontáneo, se inicia en mayo/2018 (fecha última regla datada el 15/05/18. Fecha probable de parto el 22/02/2019). En su seguimiento, el cribado combinado del primer trimestre informa de alto riesgo para Trisomía 21 (Síndrome de Down) y Trisomía 18 (Síndrome de Edwards).*

La paciente aportaba Test de DNA fetal en sangre materna con bajo riesgo para aneuploidías 13, 18 y 21, por lo que se desestimó realizar ninguna prueba invasiva

*4.- *El cribado combinado del primer trimestre no es una prueba diagnóstica, sino una prueba que realiza una estimación de la probabilidad de que el feto esté afecto por una*

cromosopatía (aneuploidía) como la Trisomía 21 (Síndrome de Down), Trisomía 13 (Síndrome de Patau) y Trisomía 18 (Síndrome de Edwards).

5.- En la semana 20 de gestación, la paciente se realiza ecografía de cribado de malformaciones fetales en régimen privado. El informe ecográfico realizado en fecha 02/10/18 por el Gineco-Obstetra, Dr. (...), concluye: gestación de 20+0 semanas. El crecimiento fetal es adecuado para la edad gestacional y el líquido amniótico está dentro de límites normales. Se objetiva oreja derecha con longitud por debajo del percentil 5, con desarrollo anómalo e impresión de implantación baja, asociado a arteria umbilical única ya descrita en el primer trimestre. Tiene realizado Test de ADN fetal en sangre materna con panel de microdelecciones con resultado de riesgo bajo. Se comenta posibilidad de asociación con Síndromes genéticos y se oferta a su vez estudio de líquido amniótico (amniocentesis) y realizar Array (descartar alteraciones de delección en cromosoma 19q13, completar 22q11 (...)). Dependerá de la paciente la realización de técnica invasiva.

6.- Con conocimiento de la información anterior y, en su seguimiento por el Servicio de Obstetricia del CHUNSC, se le realiza ecografía selectiva de malformaciones* el día 10/10/2018 (21+1 semanas de gestación). El resultado obtenido es el mismo observado por el Dr. (...), objetivándose: Oreja dcha de 5mm (poco desarrollada) y de implantación baja mediofacial (microtia + oreja de implantación baja). Se plantea la posibilidad de la existencia de Síndrome de Goldenhar*, si bien, no se observan anomalías morfológicas fetales mayores, quedando descrito que el resto de estructuras de la cabeza y cara (incluido estructuras óseas, órbitas, nariz, boca) se visualizan y se describen normales, al igual que corazón, pulmones, columna vertebral y resto de órganos, descritos.

7.- *Constituyendo una entidad congénita poco frecuente, el Síndrome de Goldenhar, también conocido como espectro óculo-aurículo-vertebral, como su nombre indica, se caracteriza por microsomía hemifacial (menos desarrollo/asimetría de un lado de la cara), con asociación de anomalías oculares, auriculares, mandibulares de ese lado, y vertebrales; puede presentarse de forma leve a severa e involucrar a otros órganos en grado variable.

8.- Realizada protocolariamente entre la semana 20 y 22 de gestación, la ecografía de cribado de malformaciones fetales, la única anomalía observada fue la presencia de microtia con implantación baja (iguales resultados en las dos ecografías realizadas). No se visualizaron otras anomalías características del Síndrome de Goldenhar. Razonablemente, se le recomendó a la paciente la realización de amniocentesis con vistas a realizar:

a).- QFPCR (técnica de biología molecular), según el propio informe del Servicio de Gineco- Obstetricia el resultado tarda 48 horas. Su resultado concluye con ausencia de aneuploidías en el par 13, 18 y 21, sexo femenino).

b).- Array CGH (técnica de biología molecular con la que es posible detectar simultáneamente ganancias o pérdidas de fragmentos de ADN responsables de más de 300 síndromes genéticos. El resultado de la prueba tarda entre 7-10 días. En el caso de la

paciente el resultado se emite el 16/10/2018, en el que se informa de la no detección de variaciones en el número de copias asociadas a alteraciones genéticas.

c).- Cultivo de líquido amniótico: el resultado tarda entre 15-21 días. En las conclusiones fechadas el 23/10/18, se informa: 46 XX, normal.

9.- En fecha 19/10/18, se informa a la paciente de los resultados normales de la QFPCR y del Array CGH. La paciente informa que desea interrupción voluntaria del embarazo (IVE). En ese momento la gestación es de 22 semanas. Se entrega sobre informativo de la Ley vigente del aborto. Se le comunica que aún falta el resultado del cariotipo definitivo por cultivo de líquido amniótico. Se le cita para el día 23/10/18.

10.- En fecha 23/10/18, obtenido informe ese mismo día con resultado de cariotipo 46 XX normal, se tramita solicitud de IVE, vía artículo 15 C acorde a la ley vigente del aborto. Ese mismo día se convoca el Comité Clínico, que emite resolución negativa para la petición de IVE, el 24/10/2018. Es decir, realizadas todas las actuaciones diagnósticas disponibles, no se detectaron anomalías fetales incompatibles con la vida ni enfermedad del feto extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico que hayan sido confirmadas por un comité clínico.

11.- Se hizo seguimiento estrecho de su embarazo que transcurrió de forma normoevolutiva. En ecografía de fecha 12/11/2018, se describe: Feto en cefálica con columna situada en el dorso derecho materno, lo que imposibilita ver oreja derecha fetal. La oreja izquierda es normal. No observamos signos de microsomía hemifacial, con lo que es posible que no se trate de un Síndrome de Goldenhar. El diagnóstico es de gestación adecuada a edad gestacional. Arteria uterina única. Microtia de oreja derecha. En su seguimiento, en ecografía de fecha 03/12/18, no se aprecian signos de asimetría facial, quedando descrito que no existen signos que sugieran Síndrome de Goldenhar.

12.- En fecha 23/02/2019, tiene un parto eutócico (normal), con resultado de recién nacida, con peso de 2970 gramos, Test de Apgar 9/10 y Ph 7,30 (normales), con inicio precoz de lactancia materna. En informe clínico de alta consta diagnóstico de Microtia derecha fetal.

13.- Según documentación aportada por reclamante, con fecha 21 de junio de 2019, en consulta genética realizada en Hospital (...), se recoge que, tras la realización de pruebas de cariotipo con resultados normales la impresión diagnóstica es de una microtia aislada. Poco probable Síndrome de Goldenhar o con muy poca expresión».

3. Con carácter previo al análisis de la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante, procede tener en cuenta que a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del

conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la *lex artis*, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP).

4. Los reclamantes fundamentan su reclamación en la conculcación del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo dentro de los plazos legalmente previstos, por la falta de la información del derecho a dicha interrupción en tiempo para que pudiera ser ejercitado dentro del plazo legalmente previsto.

Pues bien, antes de entrar a valorar el fondo del asunto, es preciso exponer los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, para el ejercicio de este último derecho.

Y es que sólo en el caso el art. 14 de la referida Ley puede interrumpirse el embarazo sin sujeción a ningún requisito médico, y es en el que se realice dentro de las primeras catorce semanas de gestación, supuesto que no concurría en el caso de la reclamante cuando manifestó su deseo de hacerlo.

En el resto de los supuestos contemplados en la Ley, en su art. 15, el aborto está sujeto a criterios de salud, que son distintos según el tiempo de gestación.

Así pues, el art. 15 establece:

«Artículo 15. Interrupción por causas médicas.

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico».

Los supuesto a), b) y c), a los que pretendía acogerse la reclamante, se refieren a los casos en los que no se superen las 22 semanas de gestación, pues, ya estaba en la semana 20 cuando, el 2 de octubre de 2018, en consulta privada, se objetivó desarrollo anómalo del feto con la posibilidad de asociación a síndromes genéticos, y se le recomienda amniocentesis.

En los tres casos se establece como condición para ejercer el derecho a la interrupción del embarazo, la confirmación mediante dictamen médico, bien de grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, lo que no se planteaba en el caso que nos ocupa, bien que exista riesgo de graves anomalías en el feto, requiriéndose, además, en este caso, que así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija la intervención. En el supuesto c) debe existir confirmación de

anomalías fetales incompatibles con la vida o graves e incurables ya en el momento del diagnóstico.

Pues bien, señalado esto, como se argumentará, en el presente caso, no concurría el criterio previsto en el art. 15.b) de la Ley Orgánica 2/2010.

Se extrae del informe del SIP, y adecuadamente se argumenta en la Propuesta de Resolución, que no solo no se pudo confirmar en las pruebas realizadas a la reclamante la existencia de síndrome de Goldenhar, sino que, incluso, nacida la niña, sigue sin confirmarse. Pero, además, en todo caso, de darse este síndrome, no estaría entre los contemplados en el art. 15.b), pues no se trata de un supuesto de grave anomalía en el feto.

Así, el SIP establece las siguientes conclusiones:

«1.- En la semana 20 de gestación, la paciente se realiza ecografía de cribado de malformaciones fetales en régimen privado (Dr (...)). En dicho informe ecográfico de fecha 02/10/18, se describe oreja derecha con longitud por debajo del percentil 5, con desarrollo anómalo e impresión de implantación baja, asociado a arteria umbilical única ya descrita en el primer trimestre. La paciente ya contaba con un test de ADN fetal en sangre materna con resultado de riesgo bajo. Se comenta posibilidad de asociación con Síndromes genéticos y se oferta a su vez estudio de líquido amniótico y realizar Array (descartar alteraciones de delección en cromosoma 19q13, completar 22q11 (...)). Dependerá de la paciente la realización de técnica invasiva.

2.- Con conocimiento de la anomalía detectada en ecografía realizada en régimen privado, se le realiza en su seguimiento por el Servicio de Obstetricia del CHUNSC, de forma protocolaria y dentro del período establecido para ello, la ecografía selectiva de malformaciones, el día 10/10/2018 (21+1 semanas de gestación). El resultado obtenido es el mismo observado por el Dr. P., objetivándose: Oreja dcha de 5mm (poco desarrollada) y de implantación baja medifacial (microtia + oreja de implantación baja -anomalía auricular). Se plantea la posibilidad de la existencia de Síndrome de Goldenhar, si bien, no se observan anomalías morfológicas fetales mayores, quedando descrito que el resto de estructuras de la cabeza y cara (incluido estructuras óseas, órbitas, nariz, boca) se visualizan y se describen normales, al igual que corazón, pulmones, columna vertebral y resto de órganos, descritos.

3.- Realizada protocolariamente el 10/10/18, entre la semana 20 y 22 de gestación, la ecografía de cribado de malformaciones fetales, la única anomalía observada fue la presencia de microtia con implantación baja (iguales resultados en las dos ecografías realizadas). No se visualizaron otras anomalías que caracterizan el síndrome, por tanto se trataba de una posibilidad, de la misma forma que podía ser una anomalía aislada. Dado la posibilidad de asociación con síndromes genéticos, al igual que el Gineco-Obstetra privado, se le recomendó la realización de amniocentesis para realizar estudios que pudieran aportar

información adicional a la descrita en la ecografía. Dicha prueba le es realizada y tal como anteriormente se expuso, el estudio QFPCR, 48 horas después, concluyó con resultado de ausencia de aneuploidías en el par 13, 18 y 21, sexo femenino. El 16/10/18, el estudio Array CGH fue informado con la no detección de variaciones en el número de copias asociadas a alteraciones genéticas y, tras el período necesario para la realización del cultivo de líquido amniótico (15-21 días), en fecha 23/10/18, se informó resultado de 46 XX, normal.

4.- Una vez, se tiene el resultado de los primeros estudios realizados, que resultaron normales, en fecha 19/10/18, la paciente, con 22 semanas de gestación, informa que desea la interrupción voluntaria del embarazo. Se le da información entregando sobre informativo para lo piense y, a falta del resultado de uno de los estudios, se le cita para el 23/10/18. En esa fecha, es informado el estudio pendiente, que también resultó normal. (...)».

Así pues, en ningún caso habría sido posible la IVE, antes de las 22 semanas, esto es, por la vía del art. 15.b) de la LO 2/2010, pues de las pruebas realizadas no podía concluirse la existencia de ninguna anomalía en el feto, pero, es que, finalizadas todas las pruebas y sus resultados el día 23 de octubre, incluso no habiendo superado las 22 semanas de gestación (que sí lo estaban ya), tampoco en ese momento pudo concluirse ninguna malformación del feto, y menos, grave.

De hecho, señala la Propuesta de Resolución, tal y como hemos reiterado:

«A mayor abundamiento, el diagnóstico en ese momento era aún de sospecha, no habiéndose podido confirmar su certeza, tal y como se puede observar en diferentes controles obstétricos recogidos en la historia clínica: “No observamos signos de microsomía hemifacial, con lo que es posible que no se trate de un Sind. de Goldenhar” (folio n.º 41); “No parece tratarse de un Goldenhar” (folio n.º 43); Ni siquiera el 3 de enero de 2019, cuando ya contaba con 33 semanas de gestación, pudo emitirse un diagnóstico más probable “no puede confirmarse la presencia de Síndrome de Goldenhar mediante imágenes ecográficas” (folio n.º 46)

El día del parto, se registra en historia clínica como antecedentes de a gestación, sospecha de Síndrome de Goldenhar no confirmado y microtía derecha, es decir, que el único dato objetivo con el que se contaba era la microtía o deformidad de la oreja, en este caso de forma unilateral, como se describe en consulta genética de 21 de junio de 2019 “la impresión diagnóstica es de una microtía aislada”.

Incluso en esta consulta y con el bebé con 4 meses de edad, todavía no es posible determinar con certeza la presencia del Síndrome de Goldenhar “Poco probable Síndrome de Goldenhar o con muy poca expresión”.

La paciente centra su reclamación en que no se le ofreció una interrupción de la gestación el primer día de su visita a la Unidad de Diagnóstico Prenatal, en fecha 10 de octubre de 2018, en la semana 21+1 de gestación, es decir, antes de las 22 semanas.

La Dra (...) da respuesta a esa pregunta, exponiendo que ese hecho hubiera sido una gran irresponsabilidad por parte de la Unidad de Diagnóstico Prenatal, pues hubiera significado no agotar todas las técnicas diagnósticas disponibles que pudieran aportar información adicional a la descrita en el diagnóstico puramente ecográfico.

En escrito de alegaciones de 15 de junio de 2023, la parte interesada manifiesta su desacuerdo, pues expone que lo que se reclama es la no facilitación de la IVE cuando se planteó la voluntad de finalizarlo, estando entonces de 21 semanas. Se apoya esta parte en el apartado b del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, que establece la posibilidad de realizar IVE cuando “no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto (...)”

De la lectura de la documentación clínica se observa que la ecografía realizada el 10 de octubre de 2018, y coincidente con la realizada por ginecólogo privado el 2 del mismo mes y año, informa de “ (...) hallazgos acordes a la edad gestacional. En este momento no se observan anomalías morfológicas fetales mayores (...)” (folio n.º 178).

El SIP en su informe, confirma estos datos, al apuntar que no se observan anomalías morfológicas fetales mayores, quedando descrito que el resto de estructuras de la cabeza y cara (incluido estructuras óseas, órbitas, nariz, boca) se visualizan y se describen normales, al igual que corazón, pulmones, columna vertebral y resto de órganos, que se registran dentro de la normalidad.

En este momento, por tanto, nada parecía indicar que el feto, de 21 semanas, presentara anomalías graves compatibles con el artículo 15 b) de la Ley Orgánica 2/2010».

Descartada la posibilidad de IVE por la vía del art. 15.b) LO 2/2010, se somete a consideración del Comité clínico, el 24 de octubre de 2018, la posibilidad de realizar tal interrupción por vía del art. 15.c) de aquella norma, al haber transcurrido el plazo de las 22 semanas de gestación, siendo desfavorable el mismo por no concurrir, pese a darse el síndrome de Goldenhar, cosa aún sin confirmar, éste «no entra dentro de lo contemplado en los términos establecidos en el artículo 15.c) de la Ley Orgánica 2/2010, al no tratarse de un supuesto de enfermedad del feto extremadamente grave e incurable».

Respecto de la existencia de consentimiento informado firmado por la reclamante el día 24 de octubre de 2018, ha de decirse que no determinaría en ningún caso que la intervención debiera producirse, pues el requisito de tal

documento lo establece el art. 13 de la LO 2/2010, que dispone, entre los requisitos comunes a todos los supuestos de IVE:

«c) Que se realice con el consentimiento expreso informado y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida ley. En el supuesto de mujeres con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se atenderá a lo dispuesto en el artículo 9.7 de la misma ley».

Por tal razón en el presente caso, siquiera antes de contemplar la posibilidad de la IVE por el Comité clínico, que establece el art. 15 de la Ley, y regula el art. 16, se recabó el Documento de Consentimiento Informado de la paciente, lo que es correcto.

5. Por todo lo expuesto, debemos concluir que la asistencia sanitaria prestada ha sido conforme a la *lex artis* en todo momento, pues se realizaron las pruebas precisas en cada momento, determinado sus resultados en los plazos adecuadamente establecidos para ellas, sin que pueda deducirse, como pretenden los reclamantes, *mala praxis*. Lo señalado lleva a afirmar *que* no concurre el necesario nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario, tal y como ha probado la Administración.

6. Por lo demás, como hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todos, Dictamen 87/2019, de 13 de marzo), según el art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone.

Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre

la Administración y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

En este caso, los reclamantes no han logrado demostrar el deficiente funcionamiento del servicio sanitario alegado.

7. Por las razones expuestas sólo cabe concluir que no concurren los elementos requeridos para la determinación de responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que procede desestimar la reclamación formulada por los interesados.

CONCLUSIÓN

La Propuesta Resolución es conforme a Derecho, pues procede desestimar la reclamación interpuesta.