



Sr. Amilivia González, Presidente  
  
Sr. Estella Hoyos, Consejero y  
Ponente  
Sr. Fernández Costales, Consejero  
Sr. Pérez Solano, Consejero  
Sr. xxxxx López, Consejero  
Sr. Nalda García, Consejero  
  
Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 1 de abril de 2009, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de D. xxxxx y Dña. xxxxx1, en nombre propio y en representación de su hija ccccc*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

## DICTAMEN

### I

#### ANTECEDENTES DE HECHO

El día 2 de marzo de 2009, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx y Dña. xxxxx1, en su propio nombre y en el de su hija Dña. ccccc, por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a la reclamante en el Hospital hhhhh de xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 6 de marzo de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 192/2009, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Estella Hoyos.

**Primero.-** El 20 de octubre de 2006 D. xxxxx y Dña. xxxxx1, en su propio nombre y en el de su hija Dña. ccccc, presentan una reclamación de



responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria que le fue prestada en la sanidad pública.

En dicho escrito se expone que el embarazo de la paciente fue seguido por el equipo jerarquizado del Hospital hhhhh de xxxxx, realizándose 4 consultas, 2 ecografías y 1 amniocentesis, sin que se alertase sobre posibles deficiencias del feto, que nació mediante cesárea el 25 de octubre de 2005. El niño falleció el 6 de mayo de 2006 en el Hospital hhhhh1 (xxxxx), en la Unidad de Cuidados Intensivos pediátricos, como consecuencia de un proceso degenerativo general.

Consideran que las malformaciones y padecimientos del hijo se debieron detectar durante el embarazo e informar de todo ello, posibilitando una elección sobre la viabilidad del feto en aquellos momentos. Se ha generado así un sufrimiento prolongado en el tiempo y causado un daño irreparable a los reclamantes. Reclaman, por ello, una indemnización de 60.000 euros.

Se adjunta a la reclamación copia del libro de familia.

**Segundo.-** Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, el informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital hhhhh de xxxxx que atendió a la paciente, el dictamen médico elaborado a instancia de la compañía aseguradora y el informe de la Inspección Médica, de 14 de marzo de 2007, que concluye señalando que no se detecta actuación incorrecta en la asistencia médico-quirúrgica prestada a la reclamante.

**Tercero.-** Consta en el expediente documentación acreditativa de haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo, contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid.

Obra, asimismo, escrito de 10 de julio de 2007, firmado por el Jefe de Servicio de Inspección, comunicando el rehúse de la petición indemnizatoria por la comisión de seguimiento del seguro de responsabilidad civil.

**Cuarto.-** Concedido trámite de audiencia, la parte reclamante presenta un escrito en el que, tras formular las alegaciones oportunas, reitera la



pretensión indemnizatoria.

**Quinto.-** Con fecha 16 de diciembre de 2008, la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación planteada.

**Sexto.-** El 2 de enero de 2009, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

## II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**1ª.-** El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen de acuerdo con lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

**2ª.-** El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (20 de octubre de 2006) hasta que se formula la propuesta de orden (16 de diciembre de 2008). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente como una infracción de los



principios y criterios que han de regir su actuación, recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros, sin olvidar el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que, como indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, se vaya a conceder al reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución.

**3ª.-** Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en los artículos 142.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Consta que se formuló el 20 de octubre de 2006, es decir, antes de transcurrir un año desde el fallecimiento del niño (6 de mayo de 2006).

**4ª.-** El artículo 106.2 de la Constitución establece que "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado, así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.



b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

No obstante, la jurisprudencia ha venido modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, al rechazar que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, el parámetro que permite apreciar el grado de corrección de la actuación sanitaria a la que se imputa el daño viene determinado por el criterio de la *lex artis*. La teoría de la *lex artis ad hoc* en la actuación médica parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios, en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración Sanitaria y sus agentes estén obligados a poner a disposición del usuario todos los medios disponibles que hagan posible la protección de la salud, protección que no siempre alcanza un diagnóstico cierto rápido, una curación sin secuelas o una atención sanitaria en un determinado tiempo y sin espera. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada, según la *lex artis ad hoc*, y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta; la *lex artis ad hoc* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.



Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño -por no ser éste antijurídico- cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*, mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

Quiere con ello decirse que, incluso en aquellos supuestos en los que pudiera producirse un error de diagnóstico, de tal circunstancia no cabe derivar automáticamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que pueden producirse situaciones en las que la evolución silente de la dolencia u otras circunstancias, hayan impedido acertar con el diagnóstico, a pesar de la correcta actuación seguida a tal fin por los servicios sanitarios.

Finalmente, debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre, 20 de marzo y 7 de marzo de 2007 y de 16 de marzo de 2005) según la cual "a la Administración no 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, lo que resulta especialmente relevante a los efectos de la cuestión debatida".

**5ª.-** En cuanto al fondo del asunto, los interesados fundamentan su reclamación en una información insuficiente por parte de la Administración Sanitaria al no haberse diagnosticado las malformaciones del feto, lo que les impidió optar por la interrupción del embarazo, continuando con éste con el desafortunado resultado del fallecimiento del bebé a los seis meses después de su nacimiento.

Para determinar si existe responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de poner de manifiesto que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe al reclamante, es preciso verificar si en el presente caso se produjo un ejercicio inadecuado de la *lex artis*, para lo cual hay que partir del análisis de los informes médicos incorporados al expediente.



El informe elaborado por los especialistas de la compañía aseguradora Zurich, de fecha 3 de mayo de 2007, indica que se practicaron a la reclamante las ecografías en las semanas protocolizadas por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, por facultativos especialistas en ecografía obstétrico ginecológica. En concreto se le practicaron dos ecografías, una en la semana 12 y otra en la 20, así como la prueba de amniocentesis, que dieron como resultado un embarazo normal. La tercera ecografía no se pudo practicar debido a que el parto se practicó en la semana 34+5.

Según los protocolos sobre asistencia prenatal de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, durante un embarazo de curso normal se recomienda realizar tres exploraciones ecográficas. La primera se practicará en el primer trimestre de la gestación, preferentemente entre la 11 y 12 semana. La segunda se recomienda realizar entre la 18 y 22 semanas de gestación y la tercera exploración ecográfica preferentemente entre la 32 y 36 semanas de gestación.

Respecto a la realización de ecografías ha de tenerse en cuenta que la ecografía, aunque orienta sobre la condición fetal, no es una prueba concluyente ni absoluta para asegurar el bienestar fetal. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de junio de 2006 respecto de la técnica ecográfica dice: " (...) a pesar del indudable valor de la ecografía, los ultrasonidos no constituyen un método diagnóstico infalible, al menos en estadios gestacionales inferiores a la semana 22 y ello se debe fundamentalmente a tres hechos: a) marcadores malformativos o variantes de la normalidad con carácter transitorio; b) que existen alteraciones tan sutiles que escapan a la capacidad diagnóstica tanto del explorado como de las características técnicas del ecógrafo y c) la aparición tardía de expresiones fenotípicas malformativas (...)".

En el informe de la compañía aseguradora se señala que la tasa de detección diagnóstica de las malformaciones fetales -especialmente las de tipo cardiaco- es muy baja, produciéndose muchos falsos positivos y falsos negativos. Las patologías fetales halladas en este caso, en concreto las cardiopatías, fueron las malformaciones que menos se diagnosticaron, con una tasa de detección para las cardiopatías mayores de 38,8% y para las menores del 20,8%.



En el informe de la Inspección Médica de 14 de marzo de 2007 se indica que la ecografía permite detectar anomalías morfológicas fetales y que la precisión de la técnica depende de la época de la gestación (más fiable alrededor de las 20 semanas), del tipo de anomalías (algunas tienen poca o nula expresividad ecográfica), de las condiciones de la gestante (obesidad, oligoamnios, etc) que pueden dificultar la exploración, y de la propia posición fetal. La sensibilidad media o capacidad de detección de la ecografía es del 56%, entre 85 y 18%.

En las ecografías practicadas no se observaron malformaciones en el feto. Por otra parte, según lo expuesto, la falta de detección de las malformaciones que el feto portaba no pueden considerarse una negligencia dada la dificultad que presenta el diagnóstico de las malformaciones de las cardiopatías congénitas por ecografías, que es menor del 50%.

De todo ello se evidencia que la reclamante tuvo desde el principio un adecuado seguimiento y tratamiento del embarazo, mediante un equipo jerarquizado y la utilización de las técnicas aplicables en el momento, por lo que existe una actuación médica acorde a la *lex artis ad hoc*.

Como se ha indicado anteriormente, la obligación de los profesionales de la medicina es de medios y no de resultados, lo que se traduce en prestar la mejor asistencia posible asumiendo las limitaciones de la propia medicina en el diagnóstico de todas las patologías y curación de enfermedades. Así, el artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de paciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquellos.

Tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2004: "(...) el daño sufrido por el recurrente no pudo calificarse de antijurídico, ya que la intervención practicada se llevó a cabo con total corrección y la conveniencia de la intervención quirúrgica no se pone en duda, según expresamente declara como hecho probado la Sala de instancia en su fundamento jurídico sexto. No hay, por otra parte, en autos constancia alguna en los informes médicos emitidos, que la técnica utilizada fuera incorrecta y que el resultado hubiera sido distinto de haberse seguido otro método. Faltó, pues, el nexo causal entre la actuación sanitaria y el daño producido."



La falta de información que recibieron los padres sobre el estado del feto, tal y como afirma el informe de de la compañía aseguradora, es una consecuencia inherente a la falta de detección de las anomalías y a la ausencia de incidencias en el curso de la gestación, por lo que no se pudo informar de aquello que no se descubrió y por tanto se desconocía.

Pese a la hipotética ausencia de información, como exponen los padres en su reclamación, al no indicarles las malformaciones del feto y en consecuencia poder facilitarles la opción de interrupción del embarazo, la evolución posterior de los hechos hubiera sido la misma. Dicha información no hubiera influido en el resultado final, ya que -según los protocolos- lo indicado es continuar con el embarazo y no su interrupción, porque, en caso de aborto por malformaciones del feto, éste se debe practicar dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y es preciso un dictamen emitido por dos especialistas del centro acreditados al efecto. En el caso sometido a dictamen, sin embargo, la ecografía practicada en la semana 20 no puso de manifiesto ninguna malformación y la tercera radiografía no se pudo llevar a cabo por el nacimiento del bebe en la semana 34+5, por lo que había transcurrido ampliamente el plazo de 22 semanas legalmente establecido para interrumpir voluntariamente el embarazo en el caso de graves taras físicas o psíquicas del feto.

Por otra parte, en el supuesto de que se hubiera realizado la tercera ecografía y detectado la cardiopatía, la actitud médica de los facultativos del Servicio de Ginecología del Hospital hhhhh no habría variado, puesto que en tales casos, la indicación es de parto a término y vía vaginal, si no existen signos de fallo cardíaco.

En relación con la falta de consentimiento informado, el artículo 8.2 de 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, dispone que:

“El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.



En el presente caso no se precisa la firma del consentimiento informado por escrito, puesto que la ecografía obstétrica no es un procedimiento médico incluido en ninguno de los tres supuestos anteriores.

Estas afirmaciones no han sido desvirtuadas por las alegaciones de la parte reclamante, que cuestiona la asistencia médica practicada y con ello la observancia de la *lex artis*, puesto que no han sido avaladas por informe alguno; y ceden, por tanto, frente a la rotundidad con que las opiniones técnicas señaladas dictaminan a favor de la corrección del tratamiento dispensado en todo momento a la paciente, juicios que tienen, además, la garantía de haber sido emitidos por profesionales médicos.

A la luz de todo lo expuesto, teniendo en cuenta los datos y las consideraciones recogidas en los informes obrantes en el expediente, no ha quedado acreditado que existiera una actuación inadecuada en la asistencia sanitaria, y puede concluirse que los profesionales médicos actuaron en todo caso conforme a la *lex artis ad hoc*, prestando a la paciente una asistencia médica correcta, por lo que procede desestimar la reclamación planteada.

**6ª.-** Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, al constar que los interesados han interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial, resulta obligado advertir que, en el caso de que en dicho proceso o, en otro, hubiera recaído sentencia firme, no procedería ya dictar resolución alguna en vía administrativa, sino dar cumplimiento en sus propios términos al fallo de la sentencia.

Por último, este Consejo se ve igualmente en la obligación de poner de manifiesto que la demora injustificada en resolver el presente expediente de responsabilidad patrimonial y la consiguiente ausencia de causas expresas denegatorias de su reclamación -la desestimación se produce por silencio administrativo-, ha llevado al interesado a acudir a la vía judicial, con los gastos que esto conlleva de procurador y abogado, entre otros. Si bien es cierto que el cumplimiento por parte de la Administración de su obligación de resolver en plazo no hubiera impedido, en este caso, que el interesado acudiera a la vía judicial, también lo es que los argumentos en que se fundamenta la desestimación es posible que le hubieran hecho desistir de esta opción.



### **III CONCLUSIONES**

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución desestimatoria en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx y Dña. xxxxx1, en su propio nombre y en el de su hija Dña. ccccc, por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a la reclamante por los servicios sanitarios públicos.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.