



Sr. Madrid López, Presidente en funciones

Sr. Estella Hoyos, Consejero
Sr. Fernández Costales, Consejero
Sr. Pérez Solano, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria en funciones

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 2 de septiembre de 2010, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx1 y D. xxxx2*, 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 30 de julio de 2010 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 Dña. xxxx1 y D. xxxx2, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hija vvvvv en el Hospital de hhhhh de xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 10 de agosto de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 902/2010, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El 8 de octubre de 2008 Dña. xxxx1 y D. xxxx2 presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a la asistencia sanitaria prestada en el Hospital de hhhhh de xxxxx en relación con las secuelas que padece su hija vvvvv, nacida el 8 de octubre de 2007, derivadas de la falta de diagnóstico prenatal de mielomeningocele.



En dicho escrito consideran que ha habido una negligencia médica, al no haberse detectado en la ecografía el mielomeningocele y además no haberse realizado las otras pruebas de valoración prenatal (análisis de sangre, llamado examen triple, para detectar niveles anormales de alfafetoproteína) para diagnosticar esta afección, lo que ha impedido que pudiera haber sido intervenido mediante cirugía fetal. Señalan que las secuelas que ello ha ocasionado a su hija consisten en infecciones urinarias frecuentes, hidrocefalia, pérdida del control vesical o intestinal, riesgo de meningitis, debilidad o parálisis de las piernas y discapacidad. Añaden a lo anterior que se ha privado a los padres del derecho a decidir sobre estos extremos y sobre la posibilidad de decidir abortar por malformaciones.

Consideran que se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial y reclaman, por ello, una indemnización de 300.000 euros.

Acompañan a su escrito: Historia obstétrica de la reclamante; consentimiento informado de ésta para la realización de ecografía de diagnóstico prenatal; informe de 8 de octubre de 2007 de traslado de la recién nacida al Servicio de Neonatología del Hospital de hhhhh, en el que se diagnostica sospecha de mielomeningocele; informe provisional de alta de la madre de 9 de octubre de 2007 del Servicio de Ginecología del referido Hospital y definitivo de 30 de octubre del mismo año; informe del Hospital hhhh1 de xxxx3 de 26 de octubre de 2007, que confirma el diagnóstico de mielomeningocele; otros informes médicos relativos a la paciente; dictamen del centro base de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxxx de 11 de diciembre de 2007 sobre la necesidad de atención temprana de la menor y plan de intervención al respecto; informe médico de 16 de mayo de 2008 sobre la necesidad de sondaje vesical de ésta; tabla de porcentajes de diagnóstico prenatal de mielomeningocele; y publicaciones relativas a esta malformación y su tratamiento mediante cirugía fetal.

Segundo.- Al expediente se incorporan la historia clínica, informes de los Servicios de Ginecología y de Pediatría del Hospital hhhhh de 23 y 29 de octubre de 2008, respectivamente, e informe de la Inspección Médica de 12 de marzo de 2009.



Figura también 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 de xxxx4 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Tercero.- Por escrito de 21 de septiembre de 2009 el Jefe de Servicio de Inspección de la Gerencia Regional de Salud comunica el rehúse de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil.

Cuarto.- Mediante escrito de 28 de septiembre de 2009 se concede trámite de audiencia a los reclamantes, que formulan alegaciones el 13 de octubre de 2009 en las que reiteran la pretensión indemnizatoria.

Quinto.- El 12 de mayo de 2010 la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Sexto.- El 29 de junio de 2010 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente dicha propuesta.

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 según 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 (8 de octubre de 2008) hasta que se formula la propuesta de orden (12 de mayo de 2010). 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.

3ª.- Concurren en los reclamantes 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 el artículo 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.

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 (entre otras, Sentencias de 1 de marzo, 21 de abril y 29 de octubre de 1998; 28 de enero de 1999; 1 y 25 de octubre de 1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes de 27 de marzo de 2003, expte. nº 183/2003; 6 de febrero de 2003, expte. nº 3.583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3.251/2002) y de este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 1.008/2005, de 1 de diciembre; 1.134/2005, de 12 de enero de 2006; 59/2006, de 19 de enero; y 300/2006, de 23 de marzo), 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 modula 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 aquel 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, que está, 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 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, este Consejo Consultivo comparte el criterio de la propuesta de orden que conduce a desestimar la reclamación de los interesados.

De los informes obrantes en el expediente cabe concluir, en el sentido en el que informa la Inspección Médica, que no ha existido en este caso una actuación médica contraria a la *normopraxis* que determine la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, sobre la alegación de los reclamantes relativa la falta de diagnóstico del mielomeningocele a través de las ecografías, del informe de 23 de octubre de 2008 del Servicio de Ginecología del Hospital hhhhh y del emitido por la Inspección Médica, resulta que los marcadores ecográficos fueron normales en las 6 ecografías realizadas en las 6 consultas de seguimiento del embarazo de la reclamante. Así en la ecografía de la semana 13 el pliegue nucal era de 1,9 milímetros y a este respecto se considera riesgo aumentado cuando la medida se sitúa por encima de 2,5 - 3 milímetros en la edad gestacional 10-13 semanas.

Tales ecografías se efectuaron además previo consentimiento informado, en el que expresamente se indica que “el resultado normal de un estudio ecográfico no garantiza que el niño nacerá sin alteraciones o retraso mental”. A este respecto señala el informe de la Inspección que sólo los métodos invasivos (amniocentesis, biopsia corial...) dan un diagnóstico definitivo pero no es posible ni deseable realizarlos a todas las madres, dado que suponen un riesgo de interrupción del embarazo en un 1%.

Alegan asimismo los reclamantes que no fueron prescritas otras pruebas de valoración prenatal que permitieran el diagnóstico de tal alteración (examen triple para la medición de los niveles de alfafetoproteína). Por el contrario, en el informe de 23 de octubre de 2008 del Servicio de Ginecología anteriormente citado, se indica que se solicitó tal prueba, también llamada triple Screening, y su resultado fue normal. En el mismo sentido la Inspección Médica informa de que “Los marcadores bioquímicos fueron normales, el índice MoM de la alfafetoproteína (múltiplo de la mediana de los valores obtenidos en cada semana de gestación) fue de 1,48 (por debajo del 2,5 MoM)”.



En atención a los resultados de las pruebas realizadas, concluye asimismo la Inspección en su informe que “Los resultados normales de las pruebas de cribado de las anomalías estructurales (ecografías y determinación de alfafetoproteínas) unido a la ausencia de factores de riesgo no indicaron un riesgo mayor para la realización de las técnicas diagnósticas invasivas añadidas”.

Por todo ello puede considerarse, al acoger dichos argumentos, que no existen razones objetivas que permitan constatar que la actuación de los profesionales haya sido negligente e incorrecta, ni que los medios utilizados hayan sido inadecuados, por lo que no cabe apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, pues, según resulta de la documentación que integra el expediente, la asistencia sanitaria se desarrolló conforme a los protocolos médicos y la *lex artis ad hoc*, en función de los conocimientos y estado de la ciencia médica al tiempo de acaecer los hechos.

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, nos vemos 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 a los reclamantes 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, posiblemente, que aquéllos acudieran a la vía judicial, también lo es que los argumentos en que se fundamenta la desestimación es posible que les 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 Dña. xxxx1 y D. xxxx2, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hija vvvvv en el Hospital de hhhhh de xxxxx .

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