



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Ponferrada el día 29 de noviembre de 2007, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx y D. xxxx1, en nombre y representación de su hijo 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 30 de octubre de 2007 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. xxxxx y D. xxxx1, en nombre y representación de su hijo ccccc, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 6 de noviembre de 2007, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.000/2007, 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 en funciones del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- Con fecha 23 de junio de 2004 tiene entrada en el registro de la Delegación Territorial de Castilla y León en xxxxx, un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por Dña. xxxxx y D. xxxx1, en



nombre y representación de su hijo ccccc, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

Dña. xxxxx, de 26 años de edad, primigesta y sin antecedentes médico-quirúrgicos de interés, es controlada durante su embarazo en su Centro de Salud, contando un total de 10 consultas prenatales. La primera consulta ginecológica tiene lugar el 11 de noviembre de 2002.

En la cartilla del embarazo no consta nada anormal; la serología es toda ella negativa, excluida la rubeola, que presentaba inmunidad permanente; las cifras de tensión arterial son normales.

Se le realizan estudios ecográficos el 18 de diciembre de 2002, el 10 de febrero, 6 de mayo y 20 de mayo de 2003, coincidiendo con la 13^a, 21^a, 33^a y 35^a semana de gestación respectivamente, sin recoger ningún dato de anormalidad.

El día 24 de junio de 2003, con una edad gestacional de 40,2 semanas, acude a Urgencias del Hospital hhhhh, por rotura de bolsa a las 15 horas de ese mismo día. Al ingreso presenta un cuello permeable a punta de dedo, borrado 50%, blando y posterior, y se confirma la existencia de bolsa rota con salida de líquido claro. Se indica la realización de un registro cardiotocográfico fetal y queda ingresada.

Se produce el inicio espontáneo de parto a las 5,30 horas del día 25 de junio de 2003 (2-3 cm de dilatación, con presentación sobre el estrecho superior de la pelvis), si bien, finalmente, se indica cesárea por desproporción pélvico-cefálica.

El postoperatorio inmediato transcurre con normalidad y es dada de alta en buen estado el día 30 de junio de 2003.

El recién nacido presenta un peso de 3.020 gr. vivo, con test de Apgar de 9.710, presentando a la exploración las siguientes anomalías:

- Agenesia del 5º dedo de la mano izquierda.
- Hipoplasia del 5º dedo de la mano derecha.



- Luxación de rodilla derecha y alteración de la articulación del tobillo de ese lado por agenesia del peroné de dicho lado.

- Soplo sistólico 3/6.

Se le realiza ecocardiografía con los siguientes diagnósticos:

- Comunicación interauricular de gran tamaño.

- Comunicación interventricular subaórtica no restrictiva.

- Estenosis pulmonar leve-moderada.

Se deriva al Hospital "hhhh1", de xxxx, para estudio; allí se realiza ecocardiografía el día 7 de julio de 2003, con el siguiente informe:

- Comunicación interventricular perimembranosa pequeña-moderada.

- Estenosis pulmonar leve.

- Foramen oval permeable.

- Contractilidad ventrículo izquierdo normal.

A los dos meses de vida es revisado en el Hospital "hhhh1" (Servicio de Cardiología Infantil) que emite un informe (26 de agosto de 2003), con estos diagnósticos:

- Comunicación interventricular perimembranosa moderada con mecanismo de cierre.

- Foramen oval permeable.

- Estenosis pulmonar leve.

- Se pauta tratamiento con Lanacordin pediátrico.



No se dispone de más documentación referente a la evolución de ccccc, pero según el escrito de reclamación, la referida agenesia de peroné resultó ser de tibia, precisando varias intervenciones de las que se desconoce su resultado.

Su reclamación, pues, se fundamenta en el defectuoso diagnóstico ecográfico durante el embarazo. Consideran que de haber sabido la malformación severa que padecía su hijo durante el embarazo, hubieran optado por la interrupción de éste para evitar el sufrimiento que el niño está padeciendo. En su escrito manifiestan que "el desarrollo del esqueleto fetal se verifica entre la 4ª y la 8ª semana de gestación, siendo posible a partir de ese momento el diagnóstico por ecografía de agenesias completas de miembros. La osificación tiene lugar entre la 8ª y la 12ª semana".

Acompaña a su reclamación:

- 1.- Historia clínica de Dña. xxxxx relativa a su embarazo, del Hospital hhhhh de xxxxx.
- 2.- Historia clínica de ccccc, del Hospital hhhhh de xxxxx.
- 3.- Historia clínica de ccccc, del Hospital hhhh1 de xxxx.
- 4.- Certificado de Grado de Minusvalía de la Junta de Castilla y León de fecha 6 de octubre de 2006, por el que se decreta a ccccc hijo de los interesados, un grado total de minusvalía del 34%.

Segundo.- Al expediente se incorporan los siguientes documentos de interés:

- Historia clínica de Dña xxxxx y del niño ccccc. En la historia clínica de la madre figura un documento oficial, elaborado por la Sección de Ecografía de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (Sesego), en el que se informa sobre el alcance de la exploración ecográfica y sus limitaciones. Dicho documento es sólo informativo y no está firmado por la paciente.

- Informe del Servicio de Ginecología de 1 de agosto de 2004.



- Informe del Jefe del Servicio de Ginecología, de 27 de septiembre de 2004.

- Informe emitido a solicitud de la Compañía sssss, de fecha 12 de marzo de 2005.

- Informe de la Inspección Médica, de 12 de noviembre de 2004.

Tercero.- Con fecha 16 de mayo de 2005, notificado el 31 de mayo, se concede trámite de audiencia a la parte reclamante, a efectos de que pueda formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime procedentes.

El día 23 de junio de 2005 la parte interesada presenta alegaciones, ratificándose en el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial inicial. Dichas alegaciones son presentadas por D. yyyy, que actúa en nombre y representación de los interesados. Se acompaña poder general para pleitos.

Cuarto.- Con fecha de 17 de septiembre de 2007, la Dirección General de Desarrollo Sanitario de la Gerencia Regional de Salud propone la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta.

El 4 de octubre de 2007 la Dirección General de Administración e Infraestructuras elabora Propuesta de Orden en el mismo sentido.

Quinto.- El 9 de octubre de 2007 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de orden desestimatoria por considerarla ajustada a derecho, de conformidad con los preceptos aplicables al caso, la jurisprudencia sobre la materia y los informes técnicos incorporados al expediente.

Sexto.- Consta en el expediente la remisión del mismo, con fecha de salida 15 de abril de 2005, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en xxxxx, como consecuencia de la interposición por los interesados de un recurso contencioso-administrativo.

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 la parte interesada presenta la reclamación (el 23 de junio de 2004) hasta la formulación de la propuesta de resolución por el órgano competente (el 9 de octubre de 2007) o hasta que tiene entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo (el 30 de octubre de 2007). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración de principios y criterios relativos a 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 los interesados 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 Autónoma de Castilla y León, en relación con el artículo 142.2 de la referida Ley 30/1992 y la disposición transitoria tercera del Decreto 87/2001, de 13 de diciembre, por el



que se aprueba el Reglamento General de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.

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 ya citada 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, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

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 la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexos 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.

En las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites razonables), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, con independencia del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

Los interesados han ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que dispone que: "En todo caso el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas". En efecto, consta que lo hizo con fecha 23 de junio de 2004 y el nacimiento del niño se produjo el 25 de junio de 2003.

5ª.- A la vista de éste y otros casos similares, resulta necesario fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño. Este criterio básico o *lex artis ad hoc* se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es la de prestar la debida asistencia médica y no la de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios, que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 26 de mayo de 1986, que marcó el comienzo de considerar generalizada la obligación de medios al establecer: "La naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una



“obligación de medios” es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiere según el estado actual de la ciencia médica”.

En igual sentido se ha pronunciado el mismo Tribunal en otras Sentencias, tales como la de 9 de marzo de 1998, 9 de diciembre de 1998, 9 de mayo de 1999 y 4 de abril de 2000. Esta última Sentencia (4 de abril de 2000) señala: “El criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva del servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del buen o mal éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado”.

En sentido similar al hasta aquí expuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, en su fundamento de derecho séptimo señala que “aunque en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria tiene una importancia secundaria si la actuación del servicio médico ha sido correcta o incorrecta, lo cierto es que tal apreciación permite, en primer lugar, determinar con alto grado de certeza la relación de causalidad y, en segundo lugar, concluir si el perjuicio sufrido por el paciente es o no antijurídico, es decir, si éste tiene o no el deber jurídico de soportarlo, ya que, según la jurisprudencia tradicional, ahora recogida por el precepto contenido en el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, redactado por Ley 4/1999, no son 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 la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquéllos.

»En nuestra Sentencia de 22 de diciembre de 2001 (...) declaramos que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también



correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto.

»La jurisprudencia (Sentencias de 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo, 24 de mayo y 30 de octubre de 1999) ha precisado que lo relevante en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no es el proceder antijurídico de la Administración, dado que tanto responde en supuestos de funcionamiento normal como anormal, sino la antijuridicidad del resultado o lesión.

»La antijuridicidad de la lesión no concurre cuando el daño no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquél, incluyendo así nuestro ordenamiento jurídico como causa de justificación los denominados riesgos del progreso”.

Por ello, de acuerdo con la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, que supondría llevar la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis ad hoc* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, solo en el caso de que se produzca una infracción de dicha *lex artis ad hoc*, respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el perjudicado.

En el caso que nos ocupa se afirma por los reclamantes la existencia de una responsabilidad patrimonial por parte de los servicios sanitarios al no detectar las malformaciones del feto considerando que existía un error de diagnóstico, lo que les impidió conocer las anomalías que este padecía, y



consecuentemente privándoles de la facultad de decidir sobre la continuación o no del embarazo.

Para determinar si existe responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de manifestar en primer lugar que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe al reclamante, es preciso verificar si en el caso que nos ocupa se produjo una pérdida de oportunidad, esto es, que la imposibilidad de ejercitar su derecho de autodeterminación se debiera a un error de diagnóstico.

En cuanto a la carga de la prueba, cabe señalar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 20 de diciembre de 1999: "(...) del resultado de la prueba practicada no se logra acreditar que el daño causado sea consecuencia del actuar normal o anormal del servicio público de salud, sino de la propia gravedad de las lesiones sufridas, en las que el tratamiento dentro o fuera del centro hospitalario resultaba intrascendente y su resultado dependía más de la propia naturaleza del organismo que del tratamiento a aplicar ante las casi nulas posibilidades de curación, pues como ha declarado este mismo Tribunal en algún otro supuesto análogo en el que el daño causado no obedece al funcionamiento del servicio público, ni al actuar del personal que lo integra, sino a la gravedad de las propias lesiones, o a las dificultades presentadas espontáneamente durante una intervención quirúrgica durante la curación de las lesiones sufridas, no cabe exigir que se resuelvan siempre favorablemente ni daños ni menoscabo alguno cuando se han empleado los medios ordinarios para ello, pues la obligación del Servicio de salud y del personal a su servicio no es la de obtener siempre un resultado positivo sin daño, sino poner los medios y cuidados necesarios para curar con independencia de su resultado".

A mayor abundamiento, se pueden citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1986, 13 de julio de 1987, 20 de febrero de 1992 y 24 de septiembre de 1994, en el sentido de declarar que en la responsabilidad por acto médico o sanitario no opera la inversión de la carga de la prueba, imponiéndose en el paciente o a quien alegue la responsabilidad la exigencia de prueba de la culpa; y que el defectuoso diagnóstico o error médico no es por sí mismo causa de responsabilidad si se prueba que se emplearon los medios ordinarios de diagnóstico y tratamiento y se actuó con la debida diligencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo 1991 y 20 de febrero de 1992).



Respecto al error de diagnóstico alegado por la paciente, hay que tener en cuenta que, en numerosos supuestos en los que se invoca la pérdida de oportunidad por error de diagnóstico o diagnóstico tardío (o simplemente por funcionamiento anormal de los servicios sanitarios ajenos a la asistencia médica propiamente dicha, derivados de la inevitable tramitación burocrática que todo sistema sanitario complejo conlleva o de tratamientos que no obtienen el resultado previsto), en realidad lo que hay detrás de la reclamación es o bien una imposibilidad de probar la infracción de la *lex artis*, o supuestos claros de falta de infracción de la misma y, ciertamente, el concepto y la funcionalidad de este instituto de la pérdida de oportunidad no puede ni debe convertirse en un instrumento alternativo para evitar el enjuiciamiento de si ha habido o no dicha infracción.

Para valorar si ha habido pérdida de oportunidad, tal y como manifiesta numerosa jurisprudencia, "(...) debemos acudir a las estadísticas científicas que la cuantifiquen, según la situación planteada, o la estadística, evidentemente abstracta, indica cuál es la oportunidad".

Como hemos manifestado anteriormente, la reclamación se centra en un error de diagnóstico por no haber sido detectadas las anomalías en el feto con las ecografías practicadas. Por la reclamante se manifiesta que no se dispuso ni de los medios ni del tiempo adecuado para realizar las citadas ecografías, así como que éstas se realizaron por personal inexperto.

Para determinar si las pruebas practicadas a la paciente fueron las correctas hay que partir en primer lugar de las condiciones de su embarazo. Se trata de una mujer de 26 años, primigesta que no presenta anomalías en su embarazo. Por lo tanto se está ante un embarazo normal y sin riesgo, realizándose un control y seguimiento adecuado a la gestación. Se le realizan estudios ecográficos el 18 de diciembre de 2002, el 10 de febrero, 6 de mayo y 20 de mayo de 2003, coincidiendo con la 13^a, 21^a, 33^a y 35^a semana de gestación respectivamente y sin que se recogiese ningún dato de anomalía.

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 debe practicarse en el primer trimestre de la gestación, preferentemente entre la 11 y 12



semana. La segunda se recomienda realizarla entre la 18ª y 22ª semanas de gestación. La tercera exploración ecográfica se recomienda realizarla preferentemente entre la 32ª y 36ª semanas de gestación.

Así pues, en el caso que nos ocupa, tanto el número de ecografías realizadas como la cronología de las mismas se adecuaron a los actuales protocolos asistenciales. Además, en la Hoja de Seguimiento del embarazo del Hospital del hhhh se reflejan los elementos más significativos de cada control y se toman mediciones y parámetros específicos para cada trimestre, siendo todos compatibles con la normalidad.

Respecto a la realización de ecografías el informe emitido por la Inspección Médica manifiesta que "La ecografía, aunque orienta sobre la condición fetal, no es una prueba concluyente ni absoluta para asegurar el bienestar social (sic)".

En el informe del Servicio de Ginecología de 1 de agosto de 2004, en relación con la práctica de ecografías, se manifiesta que: "el diagnóstico viene limitado por variados condicionantes, como son la peor o mejor transmisión de los ecos por parte de la pared abdominal de cada gestante, la mayor o menor cantidad de líquido amniótico: a menor cantidad de líquido, pero resolución; la propia naturaleza de la malformación, más o menos expresable en la imagen ecográfica (...)". En dicho informe se pone de manifiesto la dificultad de que sean detectadas las anomalías que el feto presenta y todo ello contrastado con el estudio europeo Euroscan. Respecto de la ausencia del % metacarpiano y del meñique de la mano izquierda así como la hipoplasia de la tercera falange del meñique derecho, son alteraciones casi imposibles de detectar debido al tamaño del meñique fetal, así como la postura habitual de la mano con el puño cerrado.

Sobre el error de diagnóstico prenatal de la agenesia del peroné derecho se señala que es una malformación extremadamente rara y comparando con otros casos que se han presentado, teniendo en cuenta los estudios de Euroscan, la edad gestacional media en la que se confirmó el diagnóstico fue la semana 23. Por otra parte en un primer momento se señala que se trata de agenesia e peroné derecho y posteriormente, una vez que ha nacido el niño en la interconsulta a traumatología realizada por cardiología infantil del Hospital de hhhh1 de xxxx, se dice que no está claro si es agenesia de tibia o de peroné.



Por lo tanto, si es difícil diagnosticar después del nacimiento la agenesia de tibia, más complicado es hacerlo prenatalmente.

El informe emitido a solicitud de la Compañía sssss, de fecha 12 de marzo de 2005, llega a las mismas conclusiones, una vez repasada la actuación sanitaria y teniendo en cuenta la complejidad diagnóstica de las anomalías.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de junio de 2006, dice sobre la técnica ecográfica: "(...) 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 explorados como de las características técnicas del ecógrafo y c) la aparición tardía de expresiones fenotípicas malformativas (...)".

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 28 de mayo de 2007, en un supuesto similar al que nos ocupa señala: " (...) la Sala entiende que no sólo ' de lo actuado no se deduce la inexistencia de infracción alguna de la *lex artis ad hoc* ', inobservancia de los protocolos o cualquier negligencia por falta de pericia necesaria en la realización de las diversas pruebas diagnósticas que hayan asociado una lesión resarcible o resultado dañoso no justificado en relación de causa a efecto, sino que además la actuación sanitaria en el concreto de autos no supone ni lleva implícito un funcionamiento incorrecto de la Administración sanitaria, por el hecho de que se hayan efectuado las ecografías con un nivel básico y no el de nivel IV y , es que el Sr. Perito judicial señala, (...), que las de este último (nivel IV) son como mejor práctica médica, pero lo efectúa como una recomendación de una Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (Sego) y además también especifica que las malformaciones fetales (...) son difíciles de detectar (...)".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1999, en un caso muy similar, manifiesta que: "El embarazo era normal y de bajo riesgo, por lo que no existía razón para aplicar a la embarazada las técnicas extremas de ecografía conocidas como de niveles II y III, salvo que se sostenga que todo embarazo justifica tales niveles. (...) la ecografía de nivel II no está sistematizada en España, si bien añade que ello no es óbice para que la



paciente fuese informada de la posibilidad de llevarla a cabo para que adoptase la decisión que estimase conveniente. Ahora bien tal planteamiento parece correcto cuando afloran, de forma elocuente y antes de la semana 22, datos claros sobre la existencia de posibles malformaciones graves en el feto, pero no, como en el caso que nos ocupa, cuando los posibles datos son todavía equívocos o poco significativos o identificativos, o bien cuando tal posible diagnóstico y futurible malformación solo puede concretarse, evidenciarse y disagnosticarse con mínima certeza y extensión concreta transcurrido aquel plazo (...)"

De todo lo expuesto se concluye que las actuaciones practicadas se efectuaron conforme a la *lex artis ad hoc*. Por otro lado, tal y como se señala 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 (ya citada) 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 manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2004: "(...) pues 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".

Esto también supone que los medios utilizados deben ser los acordes al estado y circunstancias del paciente que en definitiva es lo que se ha hecho, y en ningún momento ha sido rebatido por los reclamantes, por lo tanto no existe ninguna relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño producido.



6ª.- En cuanto a los daños morales, la jurisprudencia viene exigiendo que este tipo de daños, cuando concurren y se soliciten, deben valorarse de forma suficientemente motivada y justificada, sobre la base de las pruebas en las que se funde su existencia misma; y aunque la existencia del daño moral pueda no admitir o exigir prueba, sí lo admiten y debe exigirse la prueba de los hechos y circunstancias en que se basa la existencia del citado daño. En este sentido cabe citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2003 (recurso núm. 7508/1998) y de 10 de diciembre de 2002 (recurso núm. 3865/2001).

7ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, y constando que la interesada ha interpuesto recurso contencioso administrativo contra la resolución presunta por silencio administrativo, denegatoria de su reclamación de responsabilidad patrimonial, resulta obligado advertir que, en el caso de que en dicho proceso 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, igualmente debe ponerse de manifiesto que la tardanza en resolver el presente expediente de responsabilidad patrimonial -no justificada, puesto que hemos de recordar que desde que fue interpuesta la reclamación ha transcurrido con creces el plazo de seis meses que tiene la Administración para resolver-, trae consigo no sólo molestias y posibles perjuicios al interesado, al obligarle a acudir a la vía judicial con los gastos que ello conlleva de forma inexcusable de Procurador y Abogado, entre otros, sino también a la propia Administración de Justicia con procedimientos que podrían no haberse ni siquiera iniciado, así como al personal encargado de la defensa de la Administración demandada.

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



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

presentada por Dña. xxxxx y D. xxxx1, en nombre y representación de su hijo cccc, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

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