



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **47/2014**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 17 de febrero de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excmra. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 27 de agosto de 2013, sobre responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **295/13**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 24 de abril de 2012, x, y, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud (SMS), por los daños que dicen haber sufrido como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida de los facultativos pertenecientes a dicho ente público, durante el embarazo de su hija x.

Según los reclamantes, x presentó un embarazo gemelar en el que uno de los fetos fue diagnosticado como "feto acárdico" en la consulta del Dr. x, en el Hospital "Los Arcos" de San Javier, quien les indicó que se trataba de un embarazo gemelar monocorial monoamniótico y que era de alto riesgo. Les informó también del tratamiento a seguir.

La reclamante acudió al "Hospital Virgen de la Arrixaca" de Murcia, donde confirmaron el diagnóstico y le recomendaron seguir las revisiones en el Hospital "Los Arcos".

El Dr. x indicó a los reclamantes la técnica que se realizaba en estos casos, una fetoscopia, y derivó a la paciente al Hospital "Clínic" de Barcelona, al ser especialistas en dicha técnica.

En Barcelona, la Dra. x les explicó de nuevo la intervención y les tranquilizó, citando a la paciente para el 11 de enero. En consulta de 22 de diciembre de 2010 en "Los Arcos", el Dr. x, a demanda de los padres acerca de la opinión sobre el estado del embarazo, les comentó que era pesimista. La fetoscopia se realizó el 11 de enero de 2011 y se recomendó reposo relativo. Con dicha operación se ocluye el cordón umbilical del feto inviable (carecía de corazón y encéfalo) para que el otro gemelo pueda desarrollarse adecuadamente.

Con una gestación de 16 + 6 semanas se diagnostica una pérdida de líquido amniótico, pero la niña seguía creciendo.

El 13 de febrero de 2011 acudió al Hospital "Los Arcos" por presentar sangrado, le dijeron que la niña seguía bien y que dejara de ponerse los óvulos que le habían prescrito por vaginitis. Pero al día siguiente, al persistir el sangrado se dirigió al Hospital "Virgen de la Arrixaca", donde fue ingresada.

Según la reclamante, en ningún momento le informaron de que hubiera peligro, y que ella les decía que si existía riesgo interrumpieran su embarazo. Aunque también les decía que si su hija luchaba ella también lo haría.

Durante las siguientes semanas persistió la pérdida de líquido amniótico y esporádicos sangrados.

Se programó la cesárea para el 3 de mayo, pero el 24 de abril de 2011 comenzó con contracciones. Se intentó parar el parto, pero, cuando el Dr. x vio los monitores, indicó la realización de la cesárea.

La niña nació con una serie de malformaciones, diagnosticadas como Síndrome de Goldenhar o síndrome polimalformativo de microsomía hemifacial, por las que falleció el 26 de abril de 2011.

Los reclamantes alegan que las malformaciones que sufrió su hija debieron de haberse diagnosticado con anterioridad al parto, y que el retraso en este diagnóstico les privó de la opción de abortar, habiéndose evitado así el sufrimiento de pasar por una cesárea y ver a su hija con esas malformaciones. Solicitan en concepto de indemnización por daño moral la cuantía de 100.000 euros.

Se adjunta a la reclamación copia del informe de anatomía patológica efectuado a la recién nacida fallecida y fotografía de ésta. En el referido informe se detallan las siguientes malformaciones, apreciadas en el examen externo:

"Implantación baja de las orejas, pabellón auricular derecho pequeño y rudimentario (microtia), hendidura labial derecha amplia (macrostomía), que se aproxima a 1,1 cm. del pabellón auricular derecho, en comparación con la comisura labial izquierda que dista del pabellón auricular izquierdo unos 4,5 cms. Deformidad de la mandíbula derecha por probable hipoplasia. Dedo supernumerario en mano derecha (seis dedos). Así mismo se observa una leve depresión en la piel de la zona sacrocoxígea..."

SEGUNDO.- Con fecha 7 de mayo de 2012 el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud admite a trámite la reclamación y ordena su instrucción al Servicio Jurídico del indicado Ente Público sanitario, que procede a comunicar a los interesados la información prescrita por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Asimismo, se remite la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Dirección de los Servicios Jurídicos y a la aseguradora del SMS, así como a las Gerencias de las Áreas de Salud I y VIII, donde se asistió a la reclamante, solicitando la pertinente historia clínica y el informe de los facultativos actuantes, así como al Hospital "Clínic" de Barcelona, una vez recibida la autorización de la paciente.

TERCERO.- Desde la Gerencia de Área VIII (Mar Menor) se remite copia de la historia clínica de la reclamante en atención primaria y especializada, así como los informes realizados por los distintos doctores que la asistieron:

1. Informe del Dr. x, ginecólogo (folio 33):

"Vi por primera vez a la paciente el 17 de Diciembre de 2010, a 12 semanas de gestación y 3 días, acababan de diagnosticarle en nuestro servicio, concretamente el día anterior, una secuencia TRAP en una gestación gemelar monocorial biamniótica: (Feto A normal y Feto B acardiaco), le recomendé el seguimiento por el Dr. x en el Hospital Clínic de Barcelona, por estar familiarizado en el manejo de este tipo de gestación de muy alto riesgo. Allí le recomendaron una oclusión de cordón por Láser de gemelo acardiaco (Feto B) la cual fue practicada a 16 semanas de gestación, el 11 de enero de 2011.

Volví a ver a la paciente en consulta de alto riesgo el 17 de enero, a 16 semanas de gestación y 6 días confirmé la oclusión del cordón del Feto acardiaco (Feto B), y desgraciadamente diagnostiqué la rotura prematura de membranas de la bolsa del gemelo normal (Feto A), instauré un tratamiento ambulatorio que consistía en reposo a domicilio, antibioterapia profiláctica para prevenir una corioamnionitis y un seguimiento semanal en consulta de alto riesgo.

Posteriormente la valoré en consulta a 17 semanas de gestación y 6 días (24/01/2011) y a 18 semanas de gestación y 6 días (31/01/11), durante estas dos consultas realicé 2 ecografías para valorar el bienestar fetal, la cantidad de líquido amniótico y la biometría fetal, confirmé el diagnóstico de rotura prematura de membranas de la bolsa del gemelo normal (Feto A), no realicé ningún estudio morfológico por no estar todavía a 20 semanas de gestación y no haber suficiente líquido amniótico para poder realizar correctamente un estudio morfológico fetal.

Finalmente no volví a ver a la paciente, pues fue de iniciativa propia a Urgencias de Obstetricia del Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca", el cual ingresó a la paciente y prosiguió el control del embarazo".

2. Informe del Dr. x (Urgencias de "Los Arcos"), que relata lo siguiente (folio 34):

"Paciente de 33 años en el momento de los hechos, que acudió a puerta de urgencias el 13/02/2011 por metrorragia de sangre fresca desde esa noche.

Consta en su historial el ser gestante de 20 semanas y 5 días, y haber sido intervenida en el Hospital "Clínic" de Barcelona, debido a presentar gestación gemelar complicada con S. TRAPP, ya tratada con oclusión de cordón de feto acárdico el 11/01/2011. También consta que posterior a dicha intervención se produjo una rotura de bolsa el

14/01/2011, según se relata en el escrito de la reclamante.

Exploré a la paciente para comprobar la situación de vitalidad del feto y el riesgo de parto inmaduro (semana 20) apreciando a la exploración física que no existía fiebre, taquicardia, ni sangrado uterino en ese momento, y mediante ecografía vaginal, comprobé que el cuello uterino no tenía dilatación alguna y que su longitud era de 5 cms, lo que eliminaba la posibilidad de parto inminente.

También por ecografía valoré el estado de falta de líquido amniótico secundario a la rotura de bolsa y los movimientos cardíacos fetales.

La reclamante fue dada de alta de la puerta de urgencias por no apreciar motivos que justificaran el ingreso urgente dado el buen estado general de la paciente y la evolución estable de su gestación".

3. Informe del Dr x, ginecólogo (folio 35):

"Atiendo a esta paciente el día 22 de diciembre del 2010, que acude a la consulta de obstetricia para recoger los resultados del triple test.

Al no estar el Ginecólogo con el que había hablado anteriormente, les informo de los resultados del triple test, para que habían sido citados.

Posteriormente y en una larga entrevista, me pregunta sobre mi impresión sobre la gestación, comunicándoles por mi parte que la gestación era de alto riesgo y que yo era pesimista (uso su misma palabra), cara al futuro de ambos gemelos.

Con respecto a los riesgos de la intervención de Barcelona les expliqué que sería allí donde les debían explicar el procedimiento, los riesgos y deberían firmar los correspondientes consentimientos informados.

Así mismo les comento que no estoy familiarizado con esta intervención y que si cualquier actividad conlleva un riesgo, salir a la calle, coger un vehículo, cuanto más una anestesia y una intervención quirúrgica.

Preguntado sobre lo que me parecía a mí su decisión, tengo decidido no hablar de mis creencias sobre la interrupción voluntaria del embarazo o, como en este caso, la supresión de uno de los fetos.

Vuelvo a atender a esta paciente el día 3 de enero del 2011, estando citada entonces para un control ecográfico, hallándose en este momento gestante de 14 + 6 semanas.

Realizo dicha ecografía con toda la meticulosidad que mis conocimientos, la capacidad del aparato y sobre todo la temprana edad gestacional de la paciente permite.

Visualizo ambos fetos, siendo el inferior de mitad tamaño, con actividad vascular presente, y carente de encéfalo y corazón.

El feto superior mide 86 mm, presenta actividad cardiaca y su morfología interna y externa, en ese momento, era completamente acorde a una gestación de 14 semanas.

Informo a la paciente en estos términos y es este el último momento que veo a la misma".

4. Informe del Dr. x, ginecólogo (folios 36 y 37):

"El pasado viernes 14 de enero de 2011, estando de guardia presencial, se me solicita por parte del Servicio de Urgencias, para que valore a esta paciente, que consulta por "pérdida de líquido y sangrado vaginal".

La paciente, que tenía como antecedente un parto gemelar y que está gestante en ese momento de 16 semanas (FUR: 21/09/2010) me indica que es portadora de gestación gemelar monocorial con secuencia TRAP en uno de los fetos (este acrónimo inglés: twin reversed arterial perfusion, es una complicación exclusiva de las gestaciones múltiples monocoriales, y una de las malformaciones más severas en el ser humano, que se caracteriza por la ausencia de estructura cardíaca -"acardia"- en un gemelo, que es mantenido con vida por su co-gemelo de forma retrógrada comportándose hemodinámicamente como un parásito, acompañándose frecuentemente de "acefalia") y que se había tratado en Barcelona el 11 de enero mediante oclusión de cordón de dicho feto con controles de ecografía a las 24 y 48 h siguientes sin evidenciar latido fetal del mismo.

Procedo a explorar a la paciente mediante especuloscopia apreciando vagina limpia con escaso moco blanco, sin visualizar líquido en la misma, ni salida del mismo a través del OCE (orificio cervical externo) con la maniobra de Valsalva. Posteriormente realizo ecografía abdominal (sólo para valorar vitalidad fetal) apreciando latido cardíaco y movimientos fetales activos en el primer feto, sin visualizar actividad cardíaca alguna en el segundo feto. Visualizo seguidamente la placenta comprobando que se encuentra ubicada en la cara anterior sin signos de desprendimiento.

Informo a la paciente del resultado de la exploración y de la ecografía y le recomiendo observación para evaluar pérdida de líquido y le indico que acuda de nuevo si se moja o si apareciera dolor abdominal, fiebre o sangrado.

No vuelvo a ver a la paciente posteriormente en ningún momento de su gestación".

5. El Dr. x, ginecólogo, informa lo siguiente (folio 94):

"x, fue atendida por mí en la consulta de Ecografía, primer trimestre el día 16/12/2010, apreciándole, pese a condiciones de exploración mediocres, que se trataba de una gestación gemelar, con una única placenta y con uno de los embriones, al que se describe como Feto A, como un feto ACARDIO (sin actividad cardiaca), y con un Higroma Quístico (Edema) generalizado y ausencia de miembros superiores.

El Feto B con un diámetro céfalo-nalga de 55.6 mm, acorde con su Amenorrea (Tiempo de ausencia de regla), con una translucencia nucal de 0.89 mm y actividad cardiaca presente, así como movimientos espontáneos del embrión y una morfología macroscópica normal.

Esta gestación, se tipifica como de Alto Riesgo, por lo que se revisara próximamente.

Este es el resumen de mi atención a esta paciente".

CUARTO.- Desde la Gerencia de Área I (Hospital "Virgen de la Arrixaca") se remite la historia clínica de madre e hija y el informe del Dr. x (folio 97), Coordinador de la Unidad de Medicina Fetal:

"El 29/05/10 (sic) nos fue remitido expediente de la paciente, en el que se hace constar que tuvo una gestación gemelar monocorial con feto acardio y síndrome TRAP, controlada en Hospital de Los Arcos, donde se realizaron las ecografías morfológicas pertinentes. Desde allí se remitió al Hospital Clínic de Barcelona (considerada actualmente, la mejor Unidad de Medicina Fetal de España), sin paso previo por nuestra Unidad, donde se realizó ecografía morfológica detallada y ligadura del cordón del feto acardio, para preservar la vida del otro gemelo.

Como consecuencia de la cirugía fetal, rompió la bolsa amniótica, consultando en su Hospital de Área, Los Arcos, desde donde nos la remiten por el alto riesgo de prematuridad en la semana 20+6 de amenorrea. Desde ese momento ha seguido el protocolo de bolsa rota de nuestra Unidad, con analíticas seriadas, ecografías semanales y protocolo de maduración pulmonar fetal para el más adecuado manejo en Neonatología. El 25/04/2012 (la fecha correcta es 25/04/2011) nace un feto con cuadro polimorfomórfico denominado Síndrome de Goldenhar, con fallecimiento posterior.

He de realizar las siguientes consideraciones:

La paciente ha llevado su embarazo controlado en Hospital Los Arcos, con estudio morfológico en dicho Hospital y posteriormente en el mejor centro de Medicina Fetal de España, el H. Clínic de Barcelona, donde se realizó una fetoscopia con ligadura de cordón del feto acardio. Allí debieron informar a la paciente, y probablemente consintió ésta por escrito, del riesgo de rotura de bolsa y mortalidad perinatal que conllevaba la intervención en ese momento.

Que nuestro conocimiento del caso se da cuando la paciente es remitida por una rotura prematura de bolsa pretérmino, para control del bienestar fetal y nacimiento posterior en un centro con UCI Neonatal.

La ecografía en estos casos sólo valora cantidad de líquido y crecimiento fetal, puesto que la importante disminución de líquido hace que las exploraciones sean muy difíciles. Si en el mejor centro de Medicina Fetal de España, con unas condiciones adecuadas y un líquido normal no detectaron anomalía alguna, mucho menos podría hacerse en el nuestro, cuando la paciente nos es remitida sin líquido.

Que la mayoría de la reclamación de la paciente está basada en hechos acontecidos en el Hospital Los Arcos, y no en el nuestro. Los comentarios de la paciente en nuestro Hospital se basan en una experiencia prolongada de asistencia con una gran incertidumbre en el que la paciente es muy demandante de información, como es comprensible, y donde distintos matices de información son interpretados de distinta manera por la paciente. Nuestro protocolo es claro, y no suele haber discrepancias de criterio.

En general, estancias prolongadas de las pacientes llevan esta serie de comentarios, ya que muchas veces, en fin de semana, el pase de visita de planta se realiza por compañeros ajenos a la Unidad, a los que también se les demanda información.

Que la sensibilidad de la ecografía para el diagnóstico de malformaciones es del 60% en Europa (Estudio Eurofetus), modificándose esta cifra en casos de mala transmisión sónica, obesidad, disminución de líquido, etc... más aún, el diagnóstico de síndromes genéticos con malformaciones dismórficas como el síndrome de Goldenhar es extremadamente difícil en época prenatal lo que ratifica el hecho de que en 2 Hospitales con buenos profesionales, como Los Arcos y el Clínic de Barcelona, con un líquido adecuado, y con las condiciones de la paciente habituales, no fueran capaces de diagnosticar dicho síndrome".

QUINTO.- El Hospital Clínic de Barcelona también aporta al expediente la historia clínica de la paciente y un informe realizado por los doctores x, y, según el cual (folio 116):

"El 11 de enero del 2011 visitamos a x en este centro, a las 16 semanas de embarazo. En la visita se confirmó el diagnóstico establecido en su centro original, de gestación gemelar monocorial con gemelo acardias y secuencia TRAP. Explicamos el mal pronóstico y los riesgos para el feto normal (también definido como perfusor), y tal como está indicado ofrecimos tratamiento quirúrgico mediante cirugía fetal (fetoscopia con oclusión de cordón del feto acraneo-acardio). Los progenitores aceptaron el tratamiento tras firma de consentimiento informado. La intervención quirúrgica se realizó el mismo día 11 de enero, sin incidencias operatorias a destacar. La evolución clínica, analítica y ecográfica, a las 24 y 48 horas, fue satisfactoria sin ninguna complicación significativa.

Ante la buena evolución postoperatoria se indicó el alta hospitalaria el 13 de enero del 2011, aconsejando mantener reposo relativo domiciliario con baja laboral, y controles en su centro de origen hasta el final de la gestación, salvo la observación de algún signo de alarma que motivase nueva valoración en nuestro centro.

La paciente no fue visitada en más ocasiones en este centro, si bien se mantuvo el contacto telefónico con la paciente, como suele ser habitual en este tipo de intervenciones de alta complejidad".

SEXTO.- En julio de 2012 se solicita de la Subdirección de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria (Inspección Médica) la emisión de informe sobre la asistencia prestada a la interesada y se remite copia del expediente a la compañía de seguros --.

SÉPTIMO.- A requerimiento de la instrucción, las Gerencias de Área I y VIII aportan al expediente copias, en formato CD, de las ecografías realizadas a la paciente, que son remitidas a la Inspección Médica y a la aseguradora.

OCTAVO.- El 29 de enero de 2013 tiene entrada en el registro del Servicio Murciano de Salud el informe emitido por la Inspección Médica (folios 140 a 154), que finaliza con las siguientes conclusiones:

"1. Se hizo un seguimiento exhaustivo del embarazo, calificado de alto riesgo desde el primer trimestre por gestación gemelar con feto acárdico y síndrome TRAP que se trató poniendo todos los medios disponibles en nuestra región y fuera de ella.

2. El síndrome de Goldenhar o displasia óculo- aurícula-vertebral es un síndrome muy raro, con malformaciones dismórficas, de difícil diagnóstico prenatal. La sensibilidad de la ecografía prenatal para la detección de estas patologías es de aproximadamente el 28,2 %.

En la ecografía realizada en la semana 20+6, a pesar de estar realizada de forma correcta y en un hospital de I nivel, no se detectaron anomalías en la cara fetal que permitieran la sospecha del síndrome de Goldenhar".

NOVENO.- Por la aseguradora se aporta un informe pericial (folios 151 a 154) realizado por dos especialistas en Anatomía Patológica y en Ginecología y Obstetricia, este último con Nivel IV de Ecografía (SEGO), que concluye lo siguiente:

"Ni en las imágenes aportadas de la ecografía de la 20^a semana se aprecian signos (labio leporino ni asimetría orbitaria) de sospecha del síndrome malformativo, ni tales signos se refieren en la autopsia, por lo que era imposible que estuvieran presentes en dicha ecografía", de modo que el diagnóstico del síndrome en la ecografía de la semana 20^a de gestación "no era posible".

DÉCIMO.- Conferido trámite de audiencia, presentan los reclamantes escrito de alegaciones, en el que señalan que, de conformidad con los protocolos de la SEGO para el diagnóstico prenatal de los defectos congénitos, ha de considerarse como población de alto riesgo de malformaciones congénitas a las parejas que hayan tenido un hijo previo afecto de una malformación, por lo que deberán ser vigiladas de forma exhaustiva en el siguiente embarazo (por ejemplo, a través de un examen morfológico fetal precoz). Estiman que, dado que en el embarazo había un gemelo afecto de severas malformaciones, debió considerarse un embarazo de alto riesgo, agotándose los medios de diagnóstico prenatal genético y realizando una ecografía 3D del gemelo viable, que habría permitido el diagnóstico prenatal del "síndrome de Goldenhar".

UNDÉCIMO.- Dado traslado de tales alegaciones a la compañía de seguros, ésta remite un Anexo al informe pericial presentado con anterioridad, en el que se realizan las siguientes consideraciones (folio 168):

"1. *Un feto acardio no es la consecuencia de una enfermedad cromosómica y, por tanto no corresponde a una malformación hereditaria, sino a una complicación del embarazo (Síndrome TRAP). Así pues la existencia de un feto acardio en un embarazo gemelar no supone un factor de riesgo de malformación en el otro feto.*

Siendo esto así, la presencia de un feto acardio no puede considerarse antecedente de malformación que haga recomendable la realización de ecografía 3-D ni de estudios genéticos orientados a descartar malformaciones. En relación con estos últimos no puede olvidarse que requieren de una técnica invasiva (amniocentesis) con riesgo de pérdida fetal, por lo que su realización debe estar plenamente justificada, y que las malformaciones de origen genético son tan numerosas que, sin datos de cuál de ellas debe estudiarse, sólo pueden orientarse al diagnóstico de las más frecuentes (entre las que por cierto no se encuentra el Síndrome de Goldenhar).

2. *El hecho de que, tras la eliminación del feto acardio, el embarazo se considere de alto riesgo no se debe a que el feto superviviente pudiera tener una malformación sino a la mayor morbilidad de este tipo de fetos por cuestiones hemodinámicas relacionadas con el Síndrome TRAP. En consecuencia, la calificación de alto riesgo en este caso no implica la realización de estudios adicionales para descartar una malformación, que era en cualquier caso imprevisible, sino la vigilancia estrecha del curso del embarazo y de su finalización".*

DUODÉCIMO.- Solicitado informe complementario a la Inspección Médica, concluye ésta que "*la actuación de los obstetras no incumplió ningún protocolo en el diagnóstico prenatal. La realización de la ecografía 3D no es sinónimo de diagnóstico del síndrome de Goldenhar, con sensibilidad para su detección muy baja y aumentada en este caso por la dificultad que añadía la disminución de líquido amniótico*".

DECIMOTERCERO.- Conferido nuevo trámite de audiencia a los interesados, no consta que se haya hecho uso del mismo.

DECIMOCUARTO.- El 31 de julio de 2013, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria al considerar que no ha quedado acreditada la concurrencia de los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado, cuya antijuridicidad tampoco se habría probado, toda vez que no se ha acreditado por los reclamantes que la ausencia de diagnóstico prenatal de las malformaciones padecidas por su hija fuera consecuencia de una mala praxis o de una omisión de medios.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 27 de agosto de 2013.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 142.3 LPAC en relación con el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), y con el 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

I. A tenor de lo previsto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP, los reclamantes ostentan legitimación activa para reclamar en cuanto alegan un daño consistente en la pérdida de oportunidad de la interrupción voluntaria del embarazo por las graves malformaciones que presentaba su hija, que atribuyen a una defectuosa asistencia sanitaria, al omitirse la ecografía 3D, no agotándose por la Administración sanitaria los medios diagnósticos al alcance en un caso de alto riesgo de padecer dichas malformaciones.

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular del centro hospitalario y del servicio público de asistencia sanitaria a cuyo funcionamiento se imputan los daños.

2. Interpuesta la reclamación el 24 de abril de 2012 y habiendo nacido la menor el 25 de abril de 2011, la acción ha sido ejercitada dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC señala para la prescripción del derecho a reclamar. Ha de precisarse aquí que el *dies a quo* de dicho plazo coincide con la fecha del nacimiento de la niña, no con la de su fallecimiento, y ello porque la pretensión indemnizatoria de los reclamantes se basa no en que la asistencia sanitaria prestada a madre e hija fueran las causantes de dicha muerte, sino en la ausencia de diagnóstico prenatal de las malformaciones presentes en el *nasciturus*, las cuales se evidenciaron en el momento mismo del nacimiento.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: "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". Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce "el derecho a la protección de la salud", desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada "*lex artis ad hoc*" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente 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 (STS, Sala 3^a, de 14 de octubre de 2002).

CUARTA.- Sobre el daño alegado: la privación del derecho a decidir.

Con carácter previo ha de señalarse que los reclamantes imputan a la Administración regional un funcionamiento anómalo, al considerar que las malformaciones que padecía la menor no fueron detectadas antes del nacimiento,

al omitirse las pruebas diagnósticas correspondientes, privándoles de la opción de interrumpir el embarazo y haber evitado el sufrimiento anulado tanto a la penosa gestación que relatan los interesados en su reclamación como a tener que someterse a una cesárea y ver a su hija con las graves deformidades que presentaba.

Situada la pretensión en el ámbito de la detección de las malformaciones del *nasciturus*, conviene tomar como punto de partida la doctrina del Tribunal Supremo, reflejada en la sentencia de 30 de junio de 2006 (recurso de casación para unificación de doctrina 217/2005):

"Importa precisar, y resulta especialmente relevante, que los actores solicitaron una indemnización de 72.000 euros no por las lesiones físicas con las que nació su hija, sino por lo que consideraban que era un daño resarcible diferente, cual era haber privado a los recurrentes y en especial a la madre, de una información trascendente para optar por la posibilidad de aborto eugenésico, lesionando su facultad de autodeterminación ligado al principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución) y el derecho a la información para ejercer sus libres determinaciones (art. 10.1, 5 y 6 de la Ley General de Sanidad). En definitiva pues solicitan indemnización por el daño moral, derivado de no haber podido optar por la interrupción del embarazo al no haberseles informado sobre las malformaciones del feto."

Esta Sala en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 29 de marzo de 2006 y 3 de octubre de 2000, ha dicho que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave (...)

Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 de abr., FJ 8, "nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) ...". En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (...)".

Precisamente, la acción planteada por los padres de la menor (que cabe identificar como "wrongful birth") se caracteriza por ejercitarse en aquellos casos de nacimientos de hijos con malformaciones que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de la premisa de no informar a tiempo oportuno a los padres de la existencia de tales patologías, sin que se haya podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo. Así se expresa, por todas, la STS, Sala 1^a, de 11 de mayo de 2001: *"Distintos de los supuestos anteriores son los casos de nacimientos de hijos con malformaciones que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de una premisa común: al no informar en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo. En tales casos, si quien ejerce la acción es la madre se habla de wrongful birth, y de wrongful life si quien lo hace es el propio hijo".*

La doctrina de la Sala 3^a del Tribunal Supremo reconoce que en estos supuestos de deficiente detección de malformaciones del *nasciturus*, en los que el nacimiento se produce como consecuencia de un embarazo que la madre hubiera querido evitar y que no pudo hacerlo como consecuencia de un funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, cabe indemnizar por la pérdida de oportunidad de acogerse a la posibilidad de interrumpir legalmente la gestación (por todas, Sentencia de 30 de junio de 2006, ya citada, incorporada por la

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 10 de septiembre de 2010). En este tipo de acción, para liberarse de la responsabilidad demandada, incumbe a la Administración la carga de probar que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto, no hubiera optado por un aborto terapéutico conforme a la doctrina expresada (Dictamen del Consejo Jurídico 17/2012).

Expuesto el alcance de la acción ejercitada, no puede sostenerse, a la hora de concretar el nexo de causalidad y por tanto el daño, que las lesiones de la menor sean debidas a la *praxis médica* (son congénitas), ni que los facultativos de la sanidad pública las hubieran podido evitar, sino que se contrae el daño a la privación del derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo. Es decir, se alega un daño moral, concretado en el poder de la persona de autodeterminarse. O, si se quiere, una pérdida de oportunidad de haber adoptado una decisión.

QUINTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

Según los actores, no se hizo uso de todos los medios diagnósticos posibles para detectar las malformaciones que presentaba la niña antes del nacimiento y permitirles así poner fin a la gestación de forma anticipada. En particular, apuntan a la procedencia de haber realizado una ecografía 3D, lo que habría permitido, en su opinión, advertir las deformidades que tenía la menor. Al no hacerlo, afirman, se incumplieron los protocolos establecidos por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) para el "Diagnóstico prenatal de los defectos congénitos. Cribado de alteraciones cromosómicas".

Ha de ponerse de manifiesto, en primer lugar, que los reclamantes no acompañan sus alegaciones de un informe pericial que las avale desde la perspectiva de la ciencia médica, por lo que su valor queda limitado al de meras apreciaciones de parte, claramente insuficientes para desvirtuar las aseveraciones de los técnicos que han informado en el procedimiento (médicos intervenientes, Inspección Médica y peritos de la aseguradora del SMS), quienes de forma unánime manifiestan que en el seguimiento del embarazo no se infringió protocolo alguno, señalando la Inspección Médica, de forma expresa, que la ecografía 3D, máxime en una situación de disminución de líquido amniótico debida a la rotura prematura de la bolsa, ofrecía una sensibilidad muy baja para la detección del síndrome de Goldenhar.

Explica el informe inspector que el "Estudio Eurofetus mostró una sensibilidad del 61,4% en la detección de fetos malformados, modificándose esta cifra en casos como éste de disminución de líquido. Otro factor que influye en la sensibilidad ecográfica para el diagnóstico de las malformaciones tiene que ver con su tamaño, localización y desarrollo. En relación con las malformaciones faciales, las más frecuentes son el labio leporino y la fisura palatina. La sensibilidad de la ecografía prenatal para la detección de estas patologías es de aproximadamente el 28,2%, aunque es mayor (33,5%) si se acompaña de otras anomalías".

También el coordinador de la Unidad de Medicina Fetal del Hospital "Virgen de la Arrixaca" afirma que "el diagnóstico de síndromes genéticos con malformaciones dismorfológicas como el síndrome de Goldenhar es extremadamente difícil".

De hecho, en la ecografía que se realizó al ingreso en este último Hospital, en la semana 20+6, la Inspección pone de relieve que "se recogió de forma sistemática todos los parámetros de la biometría fetal, vitalidad fetal, valoración de la placenta, líquido amniótico y la anatomía fetal de forma minuciosa y por orden, especificando que se consigue ver la cara fetal sin que se apreciaran anomalías". Tanto la Inspección como los peritos de la

aseguradora precisan que las malformaciones faciales que se pueden descubrir más frecuentemente con la ecografía (labio leporino y asimetría orbitaria unilateral) no las presentó la niña al nacer, por lo que tampoco podían reflejarse en la ecografía realizada, y que, por el contrario, el diagnóstico prenatal de las que se manifestaron tras el nacimiento, "requiere otras técnicas como la ecografía en 3D, cuyo uso no está recomendado en el estudio de las 20 semanas en fetos sin antecedentes como en este caso".

Ello permite a los peritos de la aseguradora afirmar que "*puesto que como revela la autopsia no existía ninguna de las claves que permiten sospechar ecográficamente la malformación (no había labio leporino ni asimetría orbitaria) habremos de convenir en que el diagnóstico en la ecografía de la semana 20^a no era posible*".

La relevancia de la ecografía correspondiente a la semana 20^a obedece a dos circunstancias. De un lado que es en las semanas 21 y 22 cuando el feto alcanza la edad gestacional óptima para realizar el estudio anatómico más completo; de otra parte, es determinante a la hora de adoptar la decisión de interrupción voluntaria del embarazo por motivos terapéuticos.

En efecto, conforme al artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, excepcionalmente podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra 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.
- b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto.
- c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico.

En el supuesto sometido a consulta, cabe descartar la posibilidad de acogerse al supuesto de la letra c), toda vez que los informes que obran en el expediente coinciden en señalar que el síndrome de Goldenhar no supone un compromiso vital para el niño, pues "*por lo general y dejando aparte los problemas derivados de las malformaciones, no suele acortar la vida ni afectar al desarrollo intelectual*" (informes de la Inspección Médica y de los peritos de la aseguradora) y admite una corrección quirúrgica de las anomalías asociadas al síndrome.

Así pues, una decisión de aborto terapéutico o eugenésico sólo podría acogerse al supuesto contemplado en la letra b), por lo que únicamente podría adoptarse antes de la semana 22 de gestación, siendo la ecografía de la semana 20 aquélla en la que deberían haberse detectado las malformaciones de la hija de los reclamantes. Y, como ya se ha dicho, los informes tanto de la Inspección Médica como de la aseguradora coinciden en señalar que, atendidas las circunstancias concurrentes en el supuesto (disminución de líquido amniótico, características y localización de las malformaciones, así como ausencia de aquellas que constituyen signos de sospecha ecográfica), no era posible ni exigible, diagnosticar el síndrome de Goldenhar en la ecografía realizada en la semana 20+6.

Los reclamantes, por su parte, consideran que sí habría sido posible dicho diagnóstico de haber utilizado técnicas ecográficas más avanzadas, singularmente la ecografía 3D, la cual, además, habría estado indicada ante la consideración del embarazo como de alto riesgo por la presencia en el otro gemelo de graves malformaciones (acefalia y acardia). Nuevamente, esta afirmación de parte queda huérfana en el expediente del necesario sustento técnico-médico en un informe pericial que así lo corrobore.

Por el contrario, tanto la Inspección Médica como la aseguradora del SMS muestran su discrepancia con tales consideraciones. Así, la primera afirma que *"el antecedente de un gemelo acárdico no supone una indicación específica para la realización de una ecografía 3D. De forma general, los obstetras pueden completar la ecografía 2D con una 3D en los casos que haya antecedentes o sospecha de malformaciones "externas" (faciales y no faciales). Pero nunca supone obligatoriedad, sólo se indica y se hace pensando que puede complementar el diagnóstico de la ecografía normal (2D). Como ya expusimos en nuestro anterior informe, la disminución de la cantidad de líquido amniótico dificulta siempre (ecografía 2D y 3D), la visualización de la anatomía fetal y por lo tanto de las malformaciones. Concretamente las relacionadas con el síndrome de Goldenhar, al estar centradas en la cara, oído, maxilar y ojo son, aun con líquido normal, difíciles de poner en evidencia. Se trata de malformaciones anatómicamente llamadas "menores" o de poca expresividad para las que la ecografía tiene un porcentaje de detección (sensibilidad), realmente muy bajo"*. Considera, en definitiva, que no se cumplió ningún protocolo en el diagnóstico prenatal.

A idéntica conclusión llega el perito de la aseguradora, para quien la existencia de un feto acárdico en un embarazo gemelar no supone un factor de riesgo de malformación en el otro feto, por lo que la presencia de aquél no puede considerarse antecedente de malformación que haga recomendable la realización de ecografía 3D ni de estudios genéticos orientados a descartar malformaciones. Concluye, en suma, que la consideración del embarazo como de alto riesgo no se debió *"a que el feto superviviente pudiera tener una malformación, sino a la mayor morbilidad de este tipo de fetos por cuestiones hemodinámicas relacionadas con el síndrome TRAP, motivo por el que la calificación de alto riesgo en este caso no implica la realización de estudios adicionales para descartar una malformación, que era en cualquier caso imprevisible, sino la vigilancia estrecha del curso del embarazo y su finalización"*, como así se hizo.

En consecuencia, la detección de las malformaciones que presentaba el feto en tiempo hábil (antes de la semana 22 de gestación) para que los padres tomaran la siempre difícil decisión de interrumpir voluntariamente el embarazo resultaba extremadamente difícil, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, por lo que no puede estimarse ni un error en la interpretación de las ecografías realizadas ni la existencia de una omisión de medios por parte del SMS en la asistencia prestada a madre e hija, pues no estaba indicada la realización de una ecografía 3D en el supuesto, la cual, de haberse realizado, tampoco habría garantizado el diagnóstico precoz de las malformaciones, dada la escasa sensibilidad de esta prueba, máxime en condiciones de escasez de líquido amniótico.

En el mismo sentido se expresa la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Valladolid), en sentencia núm. 1352/2010, de 11 junio, que desestima una pretensión indemnizatoria sustancialmente similar a la que se ventila en el supuesto ahora sometido a consulta, con base en los siguientes argumentos:

"...porque en ningún momento ha quedado acreditado que el defectuoso desarrollo del feto durante su gestación haya podido ser detectado por una incorrecta actuación de los profesionales médicos que atendieron a D.ª En ningún momento se ha practicado prueba alguna que permita afirmar la existencia de una inadecuada lex artis en

el tratamiento y atención prestada a la madre y al hijo que llevaba consigo. Por el contrario, los informes que constan en autos afirman que la atención prestada fue correcta (...) el síndrome de Goldenhar, es una extraña enfermedad consistente en un politraumatismo congénito, que afecta a uno de cada veinticinco mil nacidos vivos, que se caracteriza por presentar una amplia gama de síntomas y signos, que pueden variar mucho de un individuo a otro, en función de la severidad del caso, y cuya determinación no siempre es factible por los mecanismos de visión ecográfica existentes y que se aplican a las personas gestantes que no están en grupos de riesgo, si es que no hay algún dato que permita sospechar su existencia. Las apreciaciones por medios de diagnóstico, según los informes ofrecidos, no permiten afirmar su existencia, pues, en muchos casos, dependen de la colocación del feto cuando se hace la observación y muchos de sus síntomas, como la ausencia de audición, no son apreciables con dichos criterios de exploración. Por ello, no cabe considerar que en el caso considerado pueda entenderse que se actuó indebidamente, con negligencia, en las exploraciones ginecológicas verificadas a D.^a..., que fueron muchas más de las protocolizadamente previstas y realizadas por distintos médicos, lo que excluye la posibilidad de errores personales, siempre posibles en ofuscaciones individuales (...) Los demandantes sitúan la responsabilidad patrimonial de la administración en el hecho de no haber podido optar por la interrupción voluntaria del embarazo por razones eugenésicas, tal y como les permitía el derecho positivo vigente cuando sucedieron los hechos. Ahora bien, el aborto eugenésico tal y como aparecía configurado a raíz de la modificación del viejo Código Penal, mantenida en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, restringía dicha posibilidad legal a llevar a cabo el aborto en el plazo de las veintidós primeras semanas del embarazo y la detección de los signos que podrían permitir considerar que se estaba ante un supuesto de malformación eran extremadamente difíciles de visualizar o imposibles de detectar, incluso a través de medios ecográficos de alta resolución, como dice en su informe la inspección médica (...) Por lo tanto, para poder llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo que hubieran podido considerar los padres de x, hubiera sido preciso detectar las malformaciones antes de la vigésimosegunda semana de gestación y ello, siguiendo los protocolos de actuación, hubiera exigido que se detectasen las malformaciones en la segunda ecografía ordinaria, es decir, la que se realizó en la semana 20^a, la cual no hubiera podido detectar prácticamente ninguna anomalía de las que aquejaban al feto, salvo la agresión renal unilateral, la cual, además de muy difícilmente apreciable en tal evolución, no hubiera sido posible constatar como real por las complejas circunstancias que rodean dicha posible ausencia.

Por ello, realmente, no hubiera sido posible llevar a cabo la consideración de una hipotética interrupción voluntaria del embarazo partiendo del bajo riesgo del embarazo y de que, realmente, sólo a partir de la ecografía de la 30^a semana hubiera podido afirmarse la existencia de la malformación, si se hubiese detectado, la cual estaría fuera del plazo legalmente permitido, por lo que el aborto hubiera sido legalmente imposible. Razones que hubieran llevado a la necesaria desestimación de la acción ejercitada si hubiera podido resolverse sobre ella".

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación que no aprecia la concurrencia de los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño alegado.

No obstante, V.E. resolverá.