



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **102/2016**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 18 de abril de 2016, 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 Excm. Sra. Consejera de Sanidad), mediante oficio registrado el día 22 de octubre de 2015, sobre responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **400/15**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 12 de noviembre de 2013, x, y presentan una solicitud de indemnización en su propio nombre y la primera de ellos, además, en nombre y representación de su hijo menor x, que se fundamenta en la responsabilidad patrimonial que corresponde a la Administración de acuerdo con lo que se establece en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Los interesados exponen en la reclamación que el seguimiento y control del embarazo del segundo hijo del matrimonio se realizó en el Hospital Universitario *Santa Lucía*, de Cartagena, hasta que se produjo el nacimiento el 30 de julio de 2012.

Manifiestan asimismo que el niño nació con graves problemas de salud, aunque no fue hasta su alta hospitalaria, el 16 de noviembre de 2012, cuando se le diagnosticó, entre otras enfermedades, de esclerosis tuberosa y de epilepsia, de las que se le trata en el Hospital *Virgen de la Arrixaca*, de Murcia. Según apuntan, el último diagnóstico genético no desvela con certeza la etiología de los padecimientos del menor. También informan de que por esa razón se le ha reconocido un grado II de dependencia.

Los reclamantes sostienen que si las graves malformaciones que sufre su hijo tienen un origen genético, se podían y debían haber diagnosticado con una correcta praxis médica antes del nacimiento, y manifiestan que como consecuencia de esa falta de diagnóstico precoz, se les privó del derecho a la legal y voluntaria interrupción del embarazo por motivos de eugenesia.

No efectúan una valoración del daño por el que solicitan reparación porque explican que se encuentra pendiente

de concretar.

Firma la solicitud de indemnización el letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia x, que dice actuar en representación de los peticionarios y que considera que esa circunstancia se deduce del hecho de que los interesados también firmen el escrito.

Se acompaña junto con la reclamación el Libro de Familia, acreditativo de la relación de parentesco del menor con los interesados, diversos informes clínicos y la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia, de 22 de octubre de 2013.

SEGUNDO.- El Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta una resolución con fecha 23 de diciembre de 2013 por la que admite a trámite la reclamación de responsabilidad formulada y designa instructora del procedimiento, lo que es debidamente notificado al reclamante junto con un escrito en el que se contiene la información a la que se hace referencia en el artículo 42.4 LPAC.

TERCERO.- Por medio de comunicaciones de esa misma fecha de 23 de diciembre se da cuenta de la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Dirección de los Servicios Jurídicos y a la correduría de seguros -- con el propósito, en este último caso, de que lo comunique a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud.

CUARTO.- El 27 de diciembre se requiere a las Direcciones Gerencias de las Áreas de Salud I y II que remitan copias compulsadas de las historias clínicas de los reclamantes e informes de los facultativos que les atendieron, acerca de los hechos descritos en la reclamación.

QUINTO.- Con fecha 27 de enero de 2014 se recibe la nota interior de la Dirección Gerencia del Área II de Salud con la que se acompaña la copia de la historia clínica del hijo de la reclamante. Más adelante, en el mes de febrero, se remite la copia de la historia clínica de la interesada y, en el de abril, el informe suscrito el 27 de marzo de ese año por el Jefe de Sección de Obstetricia y Ginecología, el Dr. x, en el que pone de manifiesto lo siguiente:

"... hay que informar que su embarazo fue asistido de forma regular en el Hospital Universitario Santa Lucía de Cartagena, siguiendo el protocolo del Servicio. Respecto al diagnóstico de la enfermedad congénita de su hijo x, la esclerosis tuberosa de Bourneville, se trata de una enfermedad genética autonómica dominante, lo que significa que la padece uno de los progenitores, en este caso el padre, y se puede transmitir al 50% de la descendencia. El servicio de Genética médica del hospital de referencia HCU Virgen de la Arrixaca nos informó que sin conocer los genes afectos del padre no se podía realizar estudio genético prenatal en células fetales. En aquel tiempo del embarazo no existía análisis genético documentado del progenitor afecto x por lo que no estaba indicado hacerlo en el feto".

SEXTO.- El 19 de febrero siguiente se recibe la comunicación del Director Gerente del Área I de Salud con la que se adjunta la copia de la historia clínica del hijo de los interesados, y los informes suscritos los días 4 y 13 de febrero, respectivamente, por la Dra. x, médico de la Sección de Neuropediatría, y la Dra. x, de la Unidad de Genética Médica del referido centro hospitalario.

En ambos informes, de contenido muy similar, se explica que el Complejo Esclerosis Tuberosa (Esclerosis Tuberosa de *Bourneville*) es una enfermedad genética que se hereda de forma autosómica dominante, es decir, que cada hombre o mujer que la padece tiene un 50% de probabilidades de transmitirla a cada uno de sus hijos. Se expone asimismo que sus síntomas y signos son muy variables, ya que pueden afectar prácticamente a cualquier órgano. También se constata un riesgo aumentado de padecer tumores. En el sistema nervioso, además del riesgo de padecer tumores, puede haber anomalías morfológicas y otras anomalías que son funcionales (discapacidad intelectual, epilepsia y trastornos del desarrollo, que no son susceptibles de diagnóstico prenatal).

De igual modo, se apunta que el diagnóstico clínico de la enfermedad se hace de acuerdo con unos criterios de consenso internacional y que da lugar a dos categorías diferentes, definitivo y probable.

Así, se pone de manifiesto que, aunque en la reclamación se dice que no fue hasta el 16 de noviembre de 2012 que se conoció el diagnóstico de esclerosis tuberosa, fue diagnosticado en realidad en su primer ingreso en el Hospital *Virgen de la Arrixaca*, entre el 21 y el 29 de octubre de 2012, conforme al informe emitido al alta. El diagnóstico está basado en criterios clínicos y tiene la consideración de definitivo según los actuales elementos de consenso internacional.

Por otro lado, se explica que el hecho de que la esclerosis sea una enfermedad genética no implica que siempre se pueda diagnosticar de manera prenatal. Ese diagnóstico es posible siempre que se den dos circunstancias:

1) Que uno de los progenitores ya haya sido diagnosticado. En este caso los embarazos son de alto riesgo, porque el hijo puede padecer también la esclerosis tuberosa, y pueden plantearse, a su vez, dos situaciones:

a) Que la mutación ya esté identificada en el padre o la madre (circunstancia que no se daba en este caso). Se puede realizar el diagnóstico prenatal mediante pruebas genéticas: el diagnóstico prenatal resulta posible con el análisis del ADN extraído de células fetales por amniocentesis, realizada habitualmente entre las semanas 14-18. Es el método más seguro de diagnóstico.

b) Que el progenitor haya sido diagnosticado de esclerosis tuberosa con criterios clínicos pero que la mutación familiar no haya sido identificada. En este caso pueden realizarse estudios de imagen (ecografías fetales y resonancias magnéticas). No obstante, el diagnóstico por imagen no es seguro y sólo puede hacerse si el feto presenta lesiones morfológicas susceptibles de detección por ese método.

Se destaca el hecho, en el caso que nos ocupa, de que el padre había tenido epilepsia y lesiones cutáneas que hacían probable el diagnóstico, pero se desconoce hasta qué punto era consciente de ello, si conocía la naturaleza hereditaria del proceso y si informó de su probable diagnóstico a los tocólogos que atendieron el embarazo.

En ese sentido, al no tener identificada la alteración molecular (genética) responsable de la enfermedad no se podía plantear realizar un estudio genético prenatal y sólo descansaría en la posibilidad de detección de

alteraciones morfológicas prenatales, no siempre presentes o detectables.

2) Si en la familia no se ha detectado esclerosis tuberosa se considera que el embarazo es de bajo riesgo y entonces no se realizan pruebas genéticas específicas ni una resonancia magnética fetal. Por otro lado, en la historia del menor afectado se advierte que las ecografías fetales fueron normales. Por ello, si se desconocía el riesgo de padecer la enfermedad no estaba indicado realizar otras pruebas.

SÉPTIMO.- Con fecha 3 de mayo de 2014 se requiere a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria para que la Inspección Médica emita un informe valorativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial y se remite asimismo copia del expediente a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud.

OCTAVO.- El órgano instructor requiere a los reclamantes el 20 de junio para que aporten copia de la Cartilla maternal de embarazo, lo que efectivamente llevan a efecto el 10 de julio siguiente. Se remite copia de dicho documento a la Inspección Médica y a la compañía aseguradora una semana más tarde.

NOVENO.- Obra en el expediente un informe médico-pericial aportado por la compañía aseguradora del Servicio consultante, elaborado por un médico especialista en Ginecología y Obstetricia el día 18 de agosto de 2014, en el que después de relatar los hechos y de efectuar un resumen de la praxis aplicable al caso, formula las siguientes conclusiones médico-periciales:

"1.- x, acudió para control de su embarazo al hospital universitario Santa Lucía y a su centro de salud correspondiente.

2.- Entre ambos centros se le realizaron todos los estudios y pruebas indicados para un buen control del embarazo.

3.- No consta en ninguna de las múltiples visitas médicas realizadas a lo largo del embarazo, en la historia clínica correspondiente realizada, la existencia de ningún trastorno familiar que pudiera haber hecho sospechar la posibilidad de padecer una enfermedad hereditaria en alguno de sus familiares, compatible con el complejo de la esclerosis tuberosa.

4.- En el primer trimestre del embarazo, semana 12, se realizó el cribado combinado (análisis, ecografía y edad materna) de las alteraciones cromosómicas más comunes: trisomías 21, 18, 13 y cromosomas sexuales siendo este dentro de lo que se considera normal.

5.- En la ecografía (20 semana) para estudio morfológico fetal y de búsqueda de "marcadores" de alteraciones cromosómicas y/o genéticas no se encontró ningún marcador o alteración genética que justificara la indicación de realizar un estudio genético invasivo.

6.- Posterior al nacimiento se diagnosticó la posible patología de forma clínica estudiándose al hijo de la paciente en las consultas de neuropediatría, genética etc. realizándose el diagnóstico de forma completa basado en criterios clínicos únicamente. También se realizan pruebas genéticas a su hermana de seis años que resultan normales".

Como conclusión final se apunta que "El control del embarazo y parto de x en el hospital universitario Santa Lucía de Cartagena, fue en todo momento acorde a la más estricta "lex artis ad hoc".

DÉCIMO.- Conferido el 20 de abril de 2015 el correspondiente trámite de audiencia a los reclamantes y la compañía aseguradora, no consta que ninguno de ellos haya hecho uso de ese derecho.

UNDÉCIMO.- El día 7 de octubre de 2015 se formula la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por considerar que la acción de resarcimiento había prescrito y que se ejercitó, por tanto, de manera extemporánea y, en su defecto, por entender que no concurren en el presente supuesto los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Una vez incorporados el preceptivo índice de documentos y el extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el 22 de octubre de 2015.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, ya que versa sobre una reclamación que en concepto de responsabilidad patrimonial se ha formulado ante la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el artículo 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación y procedimiento.

I. La interesada ostenta legitimación activa para reclamar en cuanto alega un daño moral -que, sin embargo, no cuantifica- consistente en la privación del derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo que atribuye a la falta de diligencia del Servicio Murciano de Salud por no haber realizado el diagnóstico prenatal que hubiera

permitido advertir anticipadamente la grave enfermedad que padece su hijo.

En estos casos, resulta evidente que la madre es el único sujeto legitimado para promover la reclamación, dado que era la titular exclusiva del derecho a decidir sobre la interrupción del embarazo (art. 12 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo) en los casos y circunstancias permitidos por la ley.

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

II. 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 en lo que se refiere al plazo máximo para resolver previsto en el artículo 13.3 RRP.

No obstante, cabe realizar alguna consideración acerca del defecto de representación que se advierte en el presente procedimiento, desde el momento en que el letrado compareciente no la acreditó cumplidamente sino que se debió inferir del hecho de que firmara, junto con los interesados, el escrito inicial de reclamación.

En relación con la falta de prueba de la representación, ya tuvo oportunidad de señalar el Consejo de Estado en su Memoria del año 2005 que es criterio consolidado de ese Alto Cuerpo consultivo (Dictámenes núms. 2.696/1996, 5.080/1997, 5.201/1997 y 1.834/2005) que su acreditación no es una cuestión adjetiva, sino un requisito sustantivo, por cuanto justifica la intervención en el procedimiento administrativo de un tercero en nombre de un interesado.

Por su parte, este Consejo Jurídico también recordó acerca de esta cuestión, en su reciente Dictamen núm. 298/2015, que el artículo 32 LPAC establece que para formular solicitudes en nombre de otra persona, debe acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. De ello se deduce que, en aquellos supuestos en que la comparecencia personal del legitimado no se haya producido, debe requerirse la aportación de un documento (preferentemente, de carácter notarial) que permita dejar constancia de que se ha producido un acto expreso de apoderamiento a favor de la persona que deduzca la reclamación, de acuerdo con lo que se establece en el artículo 71.1 LPAC.

En otro orden de cosas, interesa señalar que la decisión del órgano instructor de continuar con los trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial, una vez transcurrido el plazo máximo de tres meses previsto para la emisión de informe por parte de la Inspección Médica, aparece justificada en la existencia de elementos suficientes de juicio para adoptar la decisión, de acuerdo con lo señalado en nuestro Dictamen núm. 193/2012. Así, se considera que la decisión que se contiene en la propuesta de resolución elevada se sostiene en suficientes elementos de juicio técnicos que se contienen tanto en los informes que han emitido los facultativos que asistieron a los reclamantes como en el informe médico pericial que remitió la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud. Además, puede entenderse que dichos elementos de juicio resultan suficientes desde el momento en que los interesados no han presentado ningún elemento probatorio acreditativo ni, concretamente, prueba pericial alguna en la que sostenga la realidad de sus imputaciones.

TERCERA.- Sobre la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial: existencia.

La propuesta de resolución elevada, aunque entra con posterioridad a analizar el fondo de la cuestión sometida a consulta, advierte acertadamente que la reclamación se habría presentado fuera del plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC como consecuencia del hecho de que la reclamación se interpusiera el 12 de noviembre de 2013, cuando el menor había sido dado de alta en el Servicio de Urgencias del Hospital *Virgen de la Arrixaca* el 29 de octubre del año anterior, con el diagnóstico de esclerosis tuberosa de *Bourneville* y epilepsia secundaria.

De acuerdo con los informes a los que se ha hecho referencia en el Antecedente Sexto de este Dictamen, la enfermedad del menor se diagnosticó de forma definitiva en ese momento, sin perjuicio de que posteriormente se le realizara un estudio genético, el 4 de junio de 2013. Por lo tanto, resulta evidente que a partir del 29 de octubre de 2012 comenzó a correr el plazo para reclamar de conformidad con el principio de la *actio nata*, al que tantas veces se ha referido este Órgano consultivo.

Este es el motivo, por tanto, de que se deba declarar que la presentación de la reclamación se produjo de forma extemporánea, puesto que había transcurrido en exceso el plazo legalmente establecido para poder hacerlo. Sin perjuicio de ello, conviene apuntar algunas consideraciones acerca del fondo del asunto que asimismo conducen a rechazar la existencia de la pretendida responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

CUARTA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

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, según el cual *"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:

1. La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
2. 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.

3. Ausencia de fuerza mayor.

4. 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 sanitario ha de llevarse a cabo con sujeción a 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 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *lex artis*, por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados que puedan imputarse a dicha actuación infractora, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la *lex artis*; responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse en estos casos u otros análogos.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999).

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

I. Con carácter previo al análisis de los hechos que se han expuesto, resulta necesario recordar que la reclamante imputa a la Administración regional un funcionamiento anómalo, por no haber realizado el diagnóstico prenatal que hubiera permitido advertir anticipadamente la grave enfermedad que padece su hijo.

Sostiene la interesada que dichas pruebas hubieran permitido detectar esa anomalía y que, al no habérsele ofrecido la posibilidad de efectuarlas, se le privó del derecho a decidir la interrupción del embarazo en los términos reconocidos Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, ya mencionada, que permite interrumpir la gestación dentro de las primeras catorce semanas a petición de la mujer (art. 14); cuando se detecte riesgo de graves anomalías en el feto durante las primeras veintidós semanas (art. 15, b) e incluso, sin sujeción a plazo alguno, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable en el feto (art. 15, c).

Este Consejo Jurídico ha tenido ocasión de hacer referencia al contenido del daño indemnizable en supuestos similares al que aquí nos ocupa, analizados, entre otros, en sus Dictámenes núms. 183/2008, de 17 de noviembre; 17/2012, de 23 de enero, y 47/2014, de 17 de febrero, lo que nos exime de la obligación de tener que reiterar en el presente caso algunas consideraciones que allí quedaron recogidas. No obstante, sí que conviene recordar brevemente que en estos supuestos no se puede sostener, a la hora de concretar el nexo de causalidad y, por tanto, el daño, que las lesiones del menor sean debidas a la praxis médica, ya que son congénitas, ni que los facultativos de la sanidad pública las hubieran podido evitar de ningún modo.

Por el contrario, debe considerarse que el daño se contrae en realidad a la privación del derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo en sí misma considerada, acción que se conoce con la denominación anglosajona de *wrongful birth*, pero que quizá pudiera traducirse mejor como la "privación de la posibilidad de abortar". Es decir, en estos casos se alega un daño moral, concretado en la privación de la facultad que corresponde a una persona para autodeterminarse o, si se quiere, la pérdida de la posibilidad (oportunidad) de haber adoptado una decisión, de interrumpir el embarazo en este caso.

En relación con este tipo de acciones, la jurisprudencia y la doctrina han entendido que comprende todos aquellos supuestos en los que se produce el nacimiento de un niño con deformaciones que debieron haber sido detectadas durante el embarazo y que bien no lo fueron porque no se realizaron las pruebas pertinentes o bien porque, aunque se realizaron adecuadamente, se interpretaron de modo erróneo por el médico responsable. También se consideran incluidos en el ámbito de este tipo de acciones aquellos supuestos en los que, a pesar de haberse interpretado la información de forma adecuada, no se comunicó a la madre el riesgo que suponía la prolongación del embarazo. Por otra parte, conviene destacar que debe tratarse de unas malformaciones de tal entidad que hubiesen atribuido a la madre la facultad de optar por la interrupción del embarazo, de acuerdo con la legislación aplicable en ese momento.

II. Ya se ha puesto de manifiesto en este Dictamen con anterioridad que los reclamantes -en realidad sólo hay una interesada legitimada- solicitan una indemnización por considerar que debió realizarse un diagnóstico prenatal que hubiera permitido, en su caso, realizar una interrupción voluntaria del embarazo, puesto que el menor padece una esclerosis tuberosa que le fue diagnosticada después del parto.

Sin embargo, los peticionarios no han acreditado en ningún momento del procedimiento que hubieran dado a conocer los antecedentes patológicos que presentaba el padre del niño afectado y que, a pesar de ello, los

facultativos que asistieron a la madre durante el parto no hubieran indicado la realización de un estudio genético -tanto pre-implantatorio como antenatal precoz- que hubiera permitido alcanzar el diagnóstico prenatal de una enfermedad tan extremadamente grave e incurable como la de que aquí se viene hablando. Hasta tal punto ello es así que, aunque no lo haya expresado la parte interesada en su escrito inicial ni se destaque en ninguno de los informes médicos que se han incorporado al expediente de responsabilidad patrimonial, es conocido que la Comisión de Bioética de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) menciona expresamente la esclerosis tuberosa en la declaración sobre enfermedades subsidiarias de interrupción voluntaria del embarazo más allá de las veintidós semanas de edad gestacional.

En este sentido, se debe recordar que constituye una carga procesal que corresponde a la parte actora acreditar, por medio de una actividad probatoria suficiente -preferentemente, de carácter pericial-, la realidad de sus imputaciones de mala praxis, pues así lo demanda el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que resulta también de aplicación en el ámbito administrativo.

Ya se ha expuesto con anterioridad que en los diferentes informes médicos que obran en el expediente se explica que el Complejo de Esclerosis Tuberosa es una entidad o trastorno neurocutáneo hereditario que se caracteriza por hallazgos polimórficos que afectan numerosos órganos y sistemas, de modo que es muy variable en sus manifestaciones. Su diagnóstico se basa en su constatación genética o en criterios clínicos.

Con mayor precisión, en el informe pericial aportado por la compañía aseguradora del Servicio reclamante que, de conformidad con lo que se establece en el Protocolo SEGO titulado *El diagnóstico prenatal de las malformaciones congénitas y de las alteraciones cromosómicas o genéticas*, el término "diagnóstico prenatal" agrupa todas aquellas acciones diagnósticas encaminadas a descubrir durante el embarazo un defecto congénito, que comprende *"toda anomalía del desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacer (aunque puede manifestarse más tarde), externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple"*. Entre las causas que pueden producir ese tipo de defectos se encuentran, entre otros, las enfermedades hereditarias.

Según se expone en dicho protocolo médico, debido al coste económico de las técnicas de diagnóstico prenatal y al hecho de que algunas llevan implícito un riesgo de pérdida fetal (técnicas invasivas) no es posible universalizar su uso. Por esa razón, se hace necesario establecer criterios para efectuar una selección de la población de riesgo, entre la que se encuentran, sin duda, dentro del grupo de enfermedades hereditarias, todas aquellas gestantes cuyos antecedentes familiares hagan pensar en una herencia autonómica o ligada al sexo.

En el caso que nos ocupa interesa recordar que el embarazo de la reclamante fue controlado con total normalidad y que se siguieron los protocolos o recomendaciones actuales y, especialmente, los protocolos de la SEGO. De acuerdo con ello, se le realizaron seis ecografías (tres principales de conformidad con los que determinan esos protocolos) sin que en ellas se detectasen patologías o alteraciones morfológicas consideradas marcadores de aneuploidías (alteraciones cromosómicas), como se menciona en la Conclusión 2ª del informe.

Como destaca el perito médico en su estudio, no consta en la documentación relativa a las consultas de obstetricia ni al ingreso en el hospital para el parto que la peticionaria hubiera manifestado los antecedentes patológicos de su marido, a pesar del elevado número de veces que se interroga a las gestantes sobre esos extremos. De hecho, no consta ninguna anotación referente a los antecedentes familiares de la Cartilla de Salud de la embarazada (folio 217 del expediente). Por lo tanto, nada hizo sospechar la existencia de una enfermedad hereditaria en alguno de los familiares, compatible con el complejo de la esclerosis tuberosa (Conclusión 3ª).

En una situación en la que no existían indicios de enfermedad en otros familiares y en la que la alteración no se había expresado en el cribado de alteraciones cromosómicas o genéticas, no se podía indicar la realización de un estudio diagnóstico genético ni preimplantacional, ni por biopsia corial o amniocentesis (Conclusiones 4ª y 5ª).

El perito médico insiste en su informe en el hecho de que se realizaron todas las pruebas recomendadas y que al no tener traducción en el cribado combinado ni en las ecografías realizadas (especialmente en la correspondiente a la de la semana vigésima) no se pudo realizar el diagnóstico *intra utero*, ni indicar la realización de otras pruebas complementarias como sería el estudio mediante resonancia magnética fetal, la ecocardiografía fetal especializada o la realización de pruebas genéticas para estudio de los genes TSC1 y TSC2. Así se expresan también los extensos informes médicos a los que se hace mención en el Antecedente Sexto anterior.

Lamentablemente, tan sólo se dio a conocer a los facultativos la existencia de esos antecedentes familiares cuando el menor fue ingresado el 21 de octubre de 2012, a los dos meses y tres semanas después de su nacimiento, por padecer crisis nerviosas. Entonces hicieron constar que el padre era "Portador de Esclerosis Tuberosa", aunque no aportaron informes, y refirió el progenitor que padecía crisis convulsivas en la infancia que requirieron tratamiento con barbitúricos y silla de ruedas para desplazarse durante unos años. También relató que había presentado múltiples manchas hipocromas y que presentaba lesiones cutáneas en ambas mejillas que se había tratado con láser (folio 35 del expediente administrativo). Todos estos indicios junto con los estudios y análisis que se realizaron a partir de ese momento permitieron alcanzar el diagnóstico apuntado.

Las facultativas que asistieron a los reclamantes destacan el hecho de que el padre hubiera tenido epilepsia y lesiones cutáneas que hacían probable el diagnóstico, pero manifiestan que se desconoce hasta qué punto era consciente de ello, si estaba al tanto de la naturaleza hereditaria del proceso y si informó de su probable diagnóstico a los tocólogos que atendieron el embarazo.

Para el perito médico cabe suponer que la familia desconocía por completo el origen de la enfermedad así como la incidencia que pudiera presentar en un embarazo. Prueba de ello -apunta- es que ningún familiar hubiera sido estudiado ni tampoco el progenitor del menor afectado.

Como consecuencia de lo que ha quedado expuesto, procede reconocer que el control del embarazo y del parto de la reclamante se realizó de acuerdo con las exigencias de la *lex artis ad hoc* y que, por tanto, no se puede declarar que el servicio público sanitario produjera a la reclamante el daño moral que alega ni que hubiese incurrido en ningún supuesto de responsabilidad patrimonial que deba ser objeto de resarcimiento de ningún tipo.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA. - Debe considerarse prescrita la acción de indemnización interpuesta ya que en aquel momento había transcurrido en exceso el plazo de un año que se contempla en los artículos 142.5 LPAC y 4.2 RPR, lo que debe

conducir a la desestimación de la reclamación.

SEGUNDA.- En cualquier caso, y en cuanto al fondo del asunto, no ha resultado acreditada la relación de causalidad que debe existir entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños por los que se reclama.

No obstante, V.E. resolverá.

