



Roj: **STSJ MU 606/2022 - ECLI:ES:TSJMU:2022:606**

Id Cendoj: **30030330012022100118**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **25/03/2022**

Nº de Recurso: **162/2020**

Nº de Resolución: **117/2022**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **PILAR RUBIO BERNA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA 1 CON/AD

MURCIA

SENTENCIA: 00117/2022

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Equipo/usuario: UP3

Modelo: N11600

PALACIO DE JUSTICIA, RONDA DE GARAY, 5 -DIR3:J00008050

Correo electrónico:

N.I.G: 30030 33 3 2020 0000349

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000162 /2020

Sobre: RESPONS. PATRIMONIAL DE LA ADMON.

De D./ña. Tania , Jon

ABOGADO D. ALFONSO IGLESIAS FERNANDEZ, ALFONSO IGLESIAS FERNANDEZ

PROCURADOR D^a. MARIA ESTHER LOPEZ CAMBRONERO, MARIA ESTHER LOPEZ CAMBRONERO

Contra. CONSEJERIA DE SALUD

ABOGADO LETRADO DE LA COMUNIDAD

PROCURADOR

RECURSO Núm. 162/2020

SENTENCIA Núm. 117/2022

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

SECCIÓN PRIMERA

Compuesta por las Illtmas. Sras.:

Doña María Consuelo Uris LLoret

Presidente

Doña Gema Quintanilla Navarro

Doña Pilar Rubio Berná

Magistradas

ha pronuncia

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA N.º 117/22

En Murcia, a veinticinco de marzo de dos mil veintidós.

En el recurso contencioso administrativo núm. 162/2020, tramitado por las normas del procedimiento ordinario, en cuantía de 600.000 euros, y referido a: responsabilidad patrimonial.

Parte demandante:

Doña Tania y D. Jon , actuando en su propio nombre y en representación legal de su hijo menor de edad Carlos Antonio , representados por la Procuradora D^a Esther López Cambroner y dirigidos por el letrado D. Alfonso Iglesias Fernández

Parte demandada:

Servicio Murciano de Salud, Consejería de Salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, representada y dirigida por el Letrado/a de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Acto administrativo impugnado:

Resolución de la consejería de Salud, desestimatoria presunta por silencio de la reclamación formulada por responsabilidad patrimonial en el expediente nº NUM000 .

Pretensión deducida en la demanda:

Que se dicte sentencia por la que, estimando en su integridad la demanda se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, condenándola a indemnizar a los demandantes en la cantidad de 600.000€, en concepto de daños y perjuicios irrogados, debido a la deficiente asistencia médico-sanitaria prestada, en definitiva, por el mal funcionamiento de la Administración Sanitaria, todo ello con la imposición de los intereses legales correspondientes desde la interposición de la Reclamación Patrimonial y con expresa imposición de costas.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Doña Pilar Rubio Berná, quien expresa el parecer de la Sala.

I. - ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El escrito de interposición del recurso contencioso administrativo fue admitido a trámite, y previa reclamación y recepción del expediente, la parte demandante formalizó su demanda deduciendo la pretensión a que antes se ha hecho referencia.

SEGUNDO. - La parte demandada se ha opuesto pidiendo la desestimación de la demanda, por ser ajustada al Ordenamiento Jurídico la resolución recurrida solicitando el recibimiento del juicio a prueba.

TERCERO. - Ha habido recibimiento del proceso a prueba, con el resultado que consta en las actuaciones y cuya valoración se hará en los fundamentos de derecho de esta sentencia.

CUARTO. - Después de evacuarse el trámite de conclusiones se señaló para la votación y fallo el día 11 de marzo de 2022.

II. - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se impugna en el presente recurso la desestimación de la reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial instada en el expediente NUM000 iniciado por escrito de 9 de junio de 2017.

Funda la actora su reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, en las siguientes consideraciones:

1º) Doña Tania , a la sazón de 29 años de edad, con antecedentes obstétricos de un embarazo previo en el año 2012 -con parto pretérmino en semana 32+6 y neonata de 1.980gr. de peso-, el día 2/5/2016, se sometió a una prueba de embarazo en su Centro de Salud de DIRECCION000 de DIRECCION002 , con resultado positivo. Fue remitida para el control y seguimiento a la consulta de Medicina Fetal, en el propio centro de salud y para el seguimiento obstétrico de la gestación, se la remitió al HOSPITAL000 de DIRECCION001 . La primera

consulta con la Matrona, se efectuó el día 10/5/2016, y a partir de dicho momento siguió todos los controles que le fueron pautados.

2º) Dentro del seguimiento del embarazo, se efectuaron diversas ecografías en el Servicio de Medicina Fetal del HOSPITAL000, en DIRECCION001:

1. En el control gestacional del primer trimestre, ecografía de 24/6/2016. Se informó a la gestante de la absoluta normalidad del feto y de riesgo elevado para pre-eclampsia precoz. Se la remitió al Servicio de Obstetricia.

2. La paciente fue vista en el Servicio de Obstetricia el día 23/8/16, dentro del control del embarazo del segundo trimestre. Se realizó ecografía fetal (semana 21) que fue informada como dentro de la normalidad.

3. Con fecha 7/10/2016 se realizó ecografía, en la semana 27+3 de gestación, dentro del control del tercer trimestre gestacional. En la posterior consulta de Obstetricia- Medicina Fetal, se informó a los recurrentes que todo se encontraba dentro de la normalidad. Se recogió como diagnóstico: Riesgo de Pre eclampsia en cribado de primer trimestre. Obesidad grado II. Crecimiento fetal adecuado (p13). Doppler uterinas normales".

4. El día 28/10/2016, se repitió la ecografía fetal (semana 30+3 de gestación). Se efectuaron los siguientes diagnósticos: Riesgo de Pre eclampsia en cribado de primer trimestre. Obesidad grado II. Gestante normotensa. Feto pequeño para la edad gestacional.

5. Con fecha 11/11/2016, se realizó una nueva ecografía, a las 32+3 semanas de gestación. Fue informada: Riesgo alto de PE, Riesgo de Prematuridad, Gestante con IMS 36, Feto percentil 14.

6. El día 1/12/2016, se realizó nueva ecografía, a las 35+2 semanas de gestación. Se informó: "Riesgo alto PE. Riesgo de Prematuridad. Percentil fetal 20".

En todas y cada una de las consultas realizadas, tras los estudios ecográficos fetales, se informó a los padres de que el niño "viene pequeño" pero dentro de los límites de la normalidad, "nada preocupante". Los recurrentes nunca fueron informados de la existencia de ninguna dificultad a la hora de realizar la ecografía, el tiempo de realización de todas y cada una de las ecografías realizadas fue el usual; sin dilaciones ni reiteraciones, a fin de lograr mejorar la imagen obtenida con el ecógrafo.

4º) El día 9/12/2016, se produjo el nacimiento de Carlos Antonio en el HOSPITAL000 de DIRECCION001, a las 36+3 semanas de gestación, con un PN de 2.533gr y una puntuación de Apgar de 8/9. En el paritorio se constató un defecto neonatal a nivel lumbar sugestivo de espina bífida. El recién nacido fue derivado a la UCI neonatal, desde la que fue trasladado al HOSPITAL001, en Murcia, a fin de ser sometido a una intervención quirúrgica que fue acometida el día 10/12/2016, consistente en la práctica de una neurografía por mielomeningocele lumbosacro. Se sometió al niño a estudios cerebrales a través de Ecografía y RMN. A su alta hospitalaria se emitieron los siguientes diagnósticos:

- Mielomeningocele intervenido lumbosacro.
- Malformación Arnold Chiari II
- Ventriculomegalia supratentorial
- Lesiones isquémico-hemorrágicas bilaterales corticosubcorticales occipitales, temporales y frontales.

En el informe de Neuropediatría de fecha 10/3/2017, se recoge que el hijo de los recurrentes presenta:

Encefalopatía multifactorial (malformativo, e hipoxico-isquémico perinatal).

Ventriculomegalia supratentorial.

Chiari II.

Hidronefrosis bilateral en resolución.

A la vista de lo expuesto considera que se ha producido una múltiple vulneración de la Lex Artis de la Medicina y Cirugía, enlazada causalmente a la producción del resultado, a saber:

- a) Un indebido y nefasto seguimiento del embarazo de Doña Tania.
- b) Un indebido y negligente tratamiento de la gestante durante su embarazo.

Destaca en este punto que, en el Protocolo de Obesidad y embarazo de la SEGO, ya desde 2011, se recoge que la obesidad materna " *conlleva un riesgo aumentado de anomalías congénitas en fetos de madres obesas y con sobrepeso. En una revisión sistemática se demostró un aumento específico en el riesgo de defectos del*

tubo neural y cardiopatías. Además, la prevalencia de otras anomalías como la hidrocefalia, el labio leporino y la atresia anorectal también estaría aumentada". La recurrente no fue expresamente informada de nada de ello.

c) Un indebido y negligente estudio ecográfico fetal.

d) Las lesiones neurológicas que presenta el hijo de los reclamantes no fueron detectadas en los estudios ecográficos prenatales.

Señala como nota que el defecto del cierre vertebral que origina la espina bífida se produce en el primer trimestre del embarazo, concretamente entre las 4ª a 8ª semanas de gestación, y puede ser visible ecográficamente desde la semana 12ª, en que se diagnostica hasta el 45% de los casos. Sin embargo, es en el segundo trimestre, hacia la semana 20ª, cuando la ecografía se ha mostrado en las últimas décadas como el método diagnóstico más eficaz, alcanzándose tasas de detección entre el 92 y 95%. Tan eficaz es la ecografía para el diagnóstico de la espina bífida, y en general para todos los defectos del tubo neural, que continuamente se publican cifras de detección que se aproximan mucho al 100% de los casos. Una vez realizado el diagnóstico prenatal, es deber del facultativo informar a la gestante del pronóstico de la malformación, y de las posibilidades que se abren, incluyendo la interrupción voluntaria de la gestación, o el tratamiento quirúrgico prenatal, aunque éste está aún en fase de experimentación y es de eficacia muy limitada. En España, el 98% de las gestantes optan, tras el diagnóstico prenatal y ser informadas del pronóstico y posibilidades terapéuticas, por la interrupción voluntaria de la gestación (IVE), porcentaje que es similar al de Francia y de los más altos de Europa, solo superado por Suiza y Croacia, en los que todas las gestantes (100%) interrumpen la gestación.

e) Se trata de una malformación congénita que está presente desde el primer trimestre del embarazo y, por lo tanto, perfectamente diagnosticable en la preceptiva ecografía morfológica de la semana 20 de la gestación.

A juicio de los recurrentes la malformación no se diagnosticó porque el estudio ecográfico de la semana 20 no se ajustó a la *lex artis*, y señala, como dato a destacar por su trascendencia, que en este caso la espina bífida no era oculta, sino abierta y extensa, acompañada, además, de anomalías intracraneales, por lo que es imposible aceptar que fuera indetectable para una ecografía del segundo trimestre realizada de acuerdo a los protocolos vigentes en 2016. En este sentido, consta a los folios 27 y 28 del expediente administrativo, el Informe de 31 de agosto de 2017, de la Dra. Doña Bibiana, Jefa de Sección de Neuropediatría del HOSPITAL001 que así lo certifica.

Consideran, por todo ello, que la malformación fetal era visible y diagnosticable con una adecuada sujeción a las reglas de la *Lex Artis* de la Medicina, lo que hubiese otorgado a sus padres la opción de interrupción voluntaria del embarazo.

Por otro lado, entiende que ha habido por parte de la administración una ocultación de pruebas al manifestar que no se podía acceder a la solicitud de la recurrente para aportación de las imágenes de las pruebas ecográficas realizadas a la recurrente durante la gestación de su hijo Carlos Antonio, por no estar disponible con anterioridad a 2017 un sistema que permitiera el traspaso y almacenamiento de las imágenes desde el ecógrafo a la historia del paciente; teniendo constancia de que en otros asuntos llevados en esta misma Sala las historias clínicas de las gestantes, anteriores a 2017 constaban las imágenes de las ecografías fetales realizadas durante el seguimiento de sus embarazos.

Considera, por todo ello, que se reúnen todos los requisitos para que surja la responsabilidad patrimonial que se impetra.

Los daños sufridos, que determinan la cuantía de la indemnización solicitada se fijan en 600.000 euros con el siguiente detalle:

ü Lesiones Temporales: 986 días, fijando el final del periodo de estabilización lesional el 21 de agosto de 2019 cuando valorado de nuevo por rehabilitación existe mejoría pasando de paraplejía grave a la no denominación de esta como grave.

ü Perjuicio Personal Particular: Existe una vulneración del normal desarrollo psicomotor hasta la estabilización de las lesiones impidiendo la capacitación para actividades de autonomía personal: 961 días.

ü Intervenciones Quirúrgicas: En base al Nomenclátor de la OMC (que valora las mismas en escala de Complejidad) de la siguiente forma:

o 10/12/16: Neurografía: Grupo V

o 21/06/17: Derivación ventrículo peritoneal: Grupo IV

o 30/06/17: Drenaje ventricular: Grupo II

- o 2/7/17: Retirada de la válvula: Grupo II
- o 17/7/17: Implantación de la válvula: Grupo IV
- o 11/9/17: Sustitución reservorio: Grupo IV
- o 4/11/17: Taponamiento defecto dural: Grupo VI

ü Secuelas. Tabla 2.A.1.

o Paraplejía con afectación de esfínteres (equivalente a cola de caballo completa) 01024. 75 puntos.

o 01153. Pérdida de sustancia ósea que precise craneoplastia (6 a 15 puntos). Entendemos rango inferior 6 puntos.

o 01156. Derivación ventrículo peritoneal según afectación funcional (15 a 25 puntos). Entendemos afectación grave con alto riesgo de reintervenciones. 25 puntos.

o Perjuicio estético: perjuicio muy importante valorando rango superior del arco al presentar una situación donde podría alterar la relación interpersonal a futuro en mayor rango. 40 puntos.

ü Secuelas. Tabla 2.B: El paciente presenta el siguiente Perjuicio Personal Particular:

1. Daños morales complementarios por perjuicio psicofísico ya que aparece un daño complementario porque entra dentro de los siguientes supuestos:

- a. Una secuela se ha valorado al menos con sesenta puntos.
- b. El resultado de las concurrentes tras aplicar la fórmula del artículo 98, alcanza al menos ochenta puntos.
- c. El resultado de las concurrentes llega a los 100 puntos y han quedado secuelas relevantes sin valorar.
- d. Con respecto a los dolores extraordinarios: No se valora la existencia de dolores extraordinarios.

Alteración de Autonomía de la Paciente: La intensidad y extensión del daño psicofísico con base en el número de sistemas orgánicos o funcionales se puede valorar como: 50-95% con daño complementario grave, mucho, con 3 sistemas o estructuras perdidos.

2. Daños morales complementarios por perjuicio estético (cuando una secuela alcance al menos treinta y seis puntos): Con base en la gravedad del grado de pérdida o alteración o reconocimiento de la imagen humana de la víctima: "TABLA AIPE-2015.5" para la valoración del daño complementario por perjuicio estético: 25-49% con alteración moderada de la imagen humana.

3. Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas: GRAVE

4. Perjuicio personal particular por alteración del desempeño de actividades laborales.

5. Perjuicio personal particular por pérdida de calidad de vida de los familiares: Valoración grave 50-95%

Persona cuidadora: Madre, 7 días a la semana, 24 horas al día.

ü Perjuicio Patrimonial. Tabla 2.C.

1. Gastos previsibles de Asistencia Sanitaria Futura en base a:

- a. Secuela igual o superior a 50 puntos. Secuelas concurrentes y las intergravatorias iguales o superiores a 80 puntos.
- b. Lesiones medulares iguales o superiores a 50 puntos.
- c. Descripción de la necesidad y periodicidad de la asistencia sanitaria. F1024

2. Gastos futuros vitalicios de prestaciones sanitarias por:

- a. Las lesiones medulares iguales o superiores a cincuenta puntos.
- b. La secuela que sea igual o superior a 50 puntos.
- c. Las secuelas concurrentes y las intergravatorias que sean iguales o superen los 80 puntos.
- d. En las secuelas iguales o superiores a 30 puntos y que por su naturaleza puedan requerir un tratamiento periódico.

3. Asistencia Sanitaria Futura Según Secuelas: Hospitalarias, Ambulatorias y Domiciliarias.

4. Necesidad de rehabilitación domiciliaria y ambulatoria tras estabilización.

- Necesidad de ortesis y prótesis tras estabilización.
- Necesidad de ayudas técnicas o productos de apoyo para la autonomía personal en caso de pérdida muy grave o grave tras estabilización.
- Productos de apoyo para la autonomía personal: Silla de ruedas, grúa, vehículo adaptado

5. Perjuicio patrimonial por daño emergente por pérdida de autonomía y cuidados no sanitarios: Existiendo necesidad de ayuda de tercera persona tras la estabilización: Tiempo necesario A01024 Horas 2.

6. Perjuicio Patrimonial por lucro cesante por secuelas. La limitación para poder realizar su actividad laboral se puede considerar como: en menores de 30 años imposibilidad de llevar a cabo una gran cantidad o variedad de actividades laboral o bien las tareas fundamentales del hogar.

SEGUNDO. - El Letrado de la Comunidad Autónoma, por su parte, se opone al recurso y tras detallar de forma cronológica la atención recibida por la actora durante su embarazo y por su hijo tras el alumbramiento, desde los distintos servicios y unidades sanitarias dependientes del Servicio Murciano de Salud, alega que no existe elación de causalidad entre la actuación sanitaria y el daño sufrido, puesto que la actuación de la Administración Sanitaria tanto diagnóstica como terapéutica ha sido totalmente correcta sin evidencia de mala praxis, o actuación contraria a la Lex Artis.

Frente a la afirmación contenida en la demanda según la cual los actores nunca fueron informados de ninguna dificultad a la hora de realizar la ecografía, se argumenta que:

1º) Desde la primera ecografía, realizada el 24/06/2016, los actores fueron informados de la precisión de la técnica ecográfica en cuanto a la detección de anomalías morfológicas fetales, la cual depende de varios factores, entre otros de las condiciones de la gestante, como la obesidad que dificulta mucho la técnica. Para ello, firmaron el consentimiento informado para el control ecográfico durante su 2º embarazo.

2º) En el informe de 11/10/2017, la Dra. Dª. Concepción, Jefe de Servicio de Ginecología y Obstetricia del HOSPITAL000, manifiesta: "En la primera visita que realiza a las consultas de obstetricia, la paciente entregó firmado el Documento informativo sobre el control ecográfico durante el embarazo (adjunto copia).

En éste documento se recoge explícitamente que la tasa de detección de anomalías fetales mediante ecografía no supera el 85 %; así como que existen condiciones de la gestante que dificultan la técnica, como por ejemplo la obesidad. Por tanto, la ecografía no tiene un valor absoluto para asegurar el bienestar fetal.

La paciente fue seguida en consultas por Alto riesgo de desarrollo de preeclampsia y por obesidad grado II. En la visita realizada el día 07 de octubre de 2016 se le adjuntó al informe de la consulta una nota rescatada del protocolo de Obesidad de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. En dicha nota se recoge el incremento de complicaciones asociadas al embarazo y la dificultad de la exploración ecográfica del feto, con su consiguiente detrimento en cuanto a diagnósticos fetales, debidos a la obesidad. Y se especifica que entre las estructuras anatómicas que habitualmente no se visualizan correctamente con el incremento del IMC se incluye la columna vertebral. (Adjunto informe)".

Por tanto, consta que los actores fueron informados de las limitaciones de la técnica ecográfica en cuanto a la detección de anomalías morfológicas fetales, y de las limitaciones asociadas a la obesidad, especificándose en concreto que en gestantes obesas la columna no se visualiza adecuadamente.

En cuanto a la alegada mala praxis del estudio ecográfico fetal, puesto que las lesiones que presenta el menor no fueron detectadas en los estudios ecográficos, pone de manifiesto que del Informe médico pericial de 28/03/2021, emitido por la Dra. Estibaliz, Especialista en Ginecología y Obstetricia se desprende que no existió ningún error diagnóstico ni evidencia de mala praxis, sino una limitación inherente a la propia técnica:

" Como bien indica el protocolo de la SEGO aún en las mejores manos y con los equipos más sofisticados la tasa de detección global para todas las malformaciones no supera el 70%, por lo que no puede considerarse mala praxis un diagnóstico negativo, sino una limitación inherente a la propia técnica.

En este caso hay varios factores que pudieron influir en la falta de diagnóstico prenatal:

1. Tamaño de la lesión.

La descripción al nacimiento es de un "Defecto en zona lumbar de 4 x 2 cm sugerente de espina bífida". Si el tamaño al nacimiento es de 4x2 cm en un recién nacido el tamaño de la lesión cuando el feto apenas mide como el palmo de una mano (en semana 20) es mucho más pequeño.

2. La falta de protuberancia de la lesión.

En la exploración física al nacimiento se describe que NO HAY LESIÓN PROTUBERANTE.

De hecho, el diagnóstico al nacimiento ni siquiera es certero a pesar de estar el recién nacido presente. Se describe como sugestivo, pero se confirma con la cirugía. (...)

3. La ausencia de hidrocefalia significativa en periodo prenatal.

La hidrocefalia es un hallazgo frecuente en los casos de mielomeningocele y en la mayoría de las ocasiones es el principal hallazgo ecográfico que permite establecer la sospecha de espina bífida, dado que es un diagnóstico ecográfico sencillo. Cuando no se acompaña de hidrocefalia el diagnóstico.

A pesar de que se describe la presencia de hidrocefalia tras la cirugía, no hay signos de hidrocefalia antes del cierre del defecto:

- Al nacimiento se describen las fontanelas normotensas, cuando hay hidrocefalia está a tensión.

- En la evolución neurológica se describe un incremento del perímetro craneal tras la cirugía que obliga a realizar una ecografía cerebral urgente diagnosticándose una hidrocefalia supratentorial leve que se confirma posteriormente con resonancia magnética.

El hecho de que no necesitara en la primera intervención una derivación ventrículo-peritoneal implica que no existía al nacimiento una hidrocefalia significativa.

4. posición fetal en la ecografía morfológica del segundo trimestre.

"(...) En dicha imagen no se puede evaluar y mucho menos con calidad suficiente la normalidad de la columna en ese tramo representado.

5. La obesidad de la gestante. La obesidad supone, por un lado, una mayor limitación diagnóstica por la disminución de la calidad de la imagen. Un problema importante cuando se realiza una exploración ecográfica a una gestante obesa es la resistencia que el tejido adiposo ofrece al paso de los ultrasonidos, por lo que la tasa de detección de malformaciones o de marcadores de aneuploidía es significativamente menor respecto a la población general de gestantes. Aproximadamente un 15% de las estructuras normal visibles, serán visualizadas de manera subóptima en gestantes con obesidad moderada. En mujeres con obesidad mórbida, sólo el 63% de las estructuras serán correctamente visualizadas. (...)"

Respecto de la denuncia formulada por los recurrentes de ocultación de las pruebas ecográficas señala que como se expresa en el informe de 11/10/2017, de la Dra. Concepción, Jefe de Servicio de Ginecología y Obstetricia del HOSPITAL000 "... previo a Enero de 2017, no se encontraba disponible un sistema que permitiera el traspaso y almacenamiento de las imágenes desde el ecógrafo a la historia de la paciente".

Por último, se rechaza el valor del daño fijado en la demanda por resultar excesivo dejando a criterio de la Sala su fijación para el hipotético caso de que se estimase la demanda

TERCERO. - Con respecto a la responsabilidad patrimonial debemos destacar que la Constitución Española, en su art. 106.2 reconoce a los particulares, en los términos establecidos por la Ley, el 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. Dicha previsión constitucional vino a hacerse realidad a través de la Ley 30/1992, Art. 139 y siguientes, al sentar el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de 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 normal o anormal de los servicios públicos, y que se trate de lesiones provenientes de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. Regulación que en la actualidad se contiene en los artículos 32 y ss de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, según puntualiza la expresada Ley, en su art. 32.2.

Para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración es necesaria una actividad administrativa (por acción u omisión -material o jurídica-), un resultado dañoso no justificado, y relación de causa a efecto entre aquélla y ésta, incumbiendo su prueba al que reclama, a la vez que es imputable a la Administración la carga referente a la existencia de fuerza mayor, cuando se alegue como causa de exoneración.

Como viene fijando la doctrina del Tribunal Supremo, para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1.- Hecho imputable de la Administración.

2.-Lesión o perjuicio antijurídico, efectivo, económicamente evaluable e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3.- Relación de causalidad entre hecho y perjuicio.

4.- Que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Se trata de una responsabilidad de carácter objetivo y directo. Con ello se pretende significar -señala el Tribunal Supremo- que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño; sin embargo este concepto genérico tiene matizaciones en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del sector sanitario en el que se introduce como factor corrector el de la "Lex artis" y "lex scientiae" que la acercan a un sistema próximo al de la responsabilidad por funcionamiento anormal, toda vez que los principios del sistema objetivo son manifiestamente inadecuados para fundar la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria donde el servicio asistencial parte de una situación de riesgo -patología- no creada por la propia Administración sino derivada de la naturaleza humana y cuyo curso evolutivo también está marcado por esa misma naturaleza. Así las cosas, la actuación médica debe ajustarse a los conocimientos científicos existentes en el momento en el que la misma se desarrolla y en función de los medios de los que se dispone en el momento concreto en el que la asistencia sanitaria se presta.

CUARTO. - Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa y haciendo una valoración conjunta de la prueba practicada esta Sala considera probados los hechos siguientes:

1º.- Dª. Tania , de 29 años y obesidad de grado II, quedó embarazada de su 2º hijo siendo la fecha probable de parto el 3 de enero de 2017.

2º.- El seguimiento y control del embarazo se realizó en su propio Centro de Salud de DIRECCION000 de DIRECCION002 y en el HOSPITAL000 de Cartagena.

3º.- Dentro de este seguimiento se realizaron diversas ecografías, siendo la primera -control gestacional del primer trimestre- la de fecha 24 de junio de 2016 (semana 12 + 3), suscribiendo con carácter previo consentimiento informado en el que se incluía la siguiente información relevante: *"Si bien la ecografía permite detectar anomalías morfológicas fetales, la precisión de la técnica depende de varios factores:*

- *La época de la gestación, es más fiable alrededor de las 20 semanas.*

- *El tipo de anomalía, pues algunas tienen poca o nula expresión ecográfica.*

- *Las condiciones de la gestante, por ejemplo la obesidad dificulta mucho la técnica.*

- *La posición del feto"*

4º.- El informe de esa primera ecografía indica que se trataba de una mujer de 29 años con peso de 96,4 Kg, talla 1,62 m y con IMC 36,7; gestación de 12+3 semanas, con riesgo elevado de preeclampsia precoz, no se observaron marcadores de cromosomopatía y el estudio ecográfico se informó como satisfactorio.

5º.- En la semana 21 se realiza la segunda ecografía -23/08/2016. que se informó: " *Biometría: Cefálica, latido positivo, nº de fetos: 1, DBP: 45.3, CC: 170.43, CA: 156.85; LF: 35.35, PFE: 379 gr. Anejos fetales: Placenta ANTERIOR, Granium II, LA: normal.*" Haciendo constar en la evolución: RASTREO MORFOLÓGICO NORMAL. Otros diagnósticos: Gestación evolutiva sin complicaciones. Gestación de 21 semanas por biometría DA 20.5 Semanas. Sexo Varón. Se recomendando ser citada en la semana 28 por su riesgo de preeclampsia.

6º.- En la revisión de la Unidad de Medicina Fetal de 7 de octubre de 2016 -semana 27 + 3- se practica la tercera ecografía, informando de los datos de biometría, anejos fetales y estudio Doppler. En el Apartado EVOLUCIÓN se transcribe "Nota de la SEGO del año 2011" del siguiente tenor literal (folio 345 EA)

<<1. Un problema importante cuando se realiza una exploración ecográfica a una gestante obesa es la resistencia que el tejido adiposo ofrece al paso de los ultrasonidos, por lo que la tasa de detección de malformaciones o de marcadores de aneuploidía es significativamente menor respecto a la población general de gestantes.

2. Aproximadamente un 15% de las estructuras normal visibles serán visualizadas de manera subóptima en gestantes con obesidad moderada. En mujeres con obesidad mórbida sólo el 63% de las estructuras serán correctamente visualizadas. Las estructuras anatómicas que habitualmente no se visualizan correctamente con el incremento del IMC incluyen el corazón fetal, columna vertebral, los riñones, el diafragma y el cordón umbilical.

3 .La gestación asociada a obesidad tiene un incremento del riesgo de complicaciones médicas (diabetes gestacional, hipertensión inducida por el embarazo, DIRECCION003 , apnea obstructiva del sueño, tromboembolismo....), malformaciones fetales, parto por cesárea, complicaciones quirúrgicas y anestésicas asociadas, menor posibilidad de parto vaginal tras cesárea en una gestación posterior, recién nacidos grandes

para la edad gestacional o macrosómicos (con mayor riesgo de traumatismo obstétrico materno y fetal) y en un futuro para su hijo obesidad infantil y en la vida adulta>>

En el Diagnóstico principal se hace constar:

<<Gestación de 27.3 semanas

Riesgo de preeclampsia en cribado primer trimestre

Obesidad Grado II

Crecimiento fetal adecuado (p 13)

Doppler uterinas normal>>

7º.- Se hacen tres controles más, incluyendo ecografías en las que solo se hace constar que el feto es pequeño y que hay alto riesgo de preeclampsia y de prematuridad.

8º.- El 9 de diciembre de 2016, en la semana 36+3 se produjo el parto espontáneo Eutócico. Al nacer, el recién nacido presenta una APGAR 7/8 y es diagnosticado de malformación que se describe como "defecto a nivel lumbar con solución de continuidad sin lesión protuberante sugestivo de mielomeningocele" pasando directamente a UCI neonatal donde es diagnosticado de mielomeningocele lumbar, encefalopatía multifactorial (malformativa + hipóxico-isquémico perinatal), ventriculomeglia supratentorial Chiari II e hidronefrosis bilateral.

9º.- Durante su estancia en neonatología es valorado por neurocirugía confirmando sospecha y programando cirugía en las primeras 24 h de vida. Profilaxis antibiótica con ampicilina y gentamicina. La intervención quirúrgica se realizó sin incidencias el 10/12/2016 bajo anestesia general.

Se realizó RNM el día 13/12/16: Mínima hidrocefalia. Malformación Chiari II. Lesiones isquémico-hemorrágicas bilaterales corticosubcorticales occipitales, temporales y frontales, así como pequeñas lesiones periventriculares que restringen parcialmente en difusión sugestivas de daño hipóxicoisquémico subagudo.

Los actores solicitan una indemnización de 600.000 euros no por las lesiones físicas con las que nació su hijo, sino por lo que consideraban que era un daño resarcible diferente, cual era haber sido privados 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 y 5 y 6 de la Ley General de Sanidad). En definitiva pues, solicitan indemnización por el daño moral y pérdida patrimonial derivado de no haber podido optar por la interrupción del embarazo al no haberseles informado sobre las malformaciones del feto, estimando que las ecografías realizadas durante la gestación, y fundamentalmente la segunda -previa a la semana 22 de gestación- cuyo objetivo es el estudio morfológico del feto y la determinación de existencia de malformaciones en el mismo.

El objeto, pues, de este recurso es determinar si hubo mala praxis en la realización de estas pruebas diagnósticas prenatales o si por el contrario, las mismas fueron realizadas conforme a la lex artis, siendo otros los factores que determinaron que las mentadas ecografías no detectaran la malformación del feto.

Para acreditar los hechos en los que funda su pretensión aporta la actora informe emitido por el Dr. Luis Alberto ., Doctor en Medicina y Cirugía, Especialista en Obstetricia y Ginecología, Nivel IV de ecografía por la SEGO.

En este informe se hace constar que en los documentos analizados solo ha encontrado tres imágenes ecográficas de la gestación analizada, que corresponden a la ecografía de la semana 21 (las imágenes están reproducidas con escasísima calidad, pues no se pueden leer ni las letras de identificación de la imagen ni la fecha), y de ellas, solo una imagen muestra la columna vertebral fetal.

Se explica, como generalidad, que la malformación que sufre el hijo de los recurrentes, espina bífida es una enfermedad congénita (de nacimiento) producida por un desarrollo anormal de la columna vertebral del feto en el interior del útero materno. Pertenece a una serie de enfermedades congénitas llamadas defectos del tubo neural. Los defectos del tubo neural suponen la segunda anomalía congénita más frecuente, y la espina bífida es el defecto del tubo neural más habitual.

El defecto de la espina bífida consiste en que los huesos de la columna vertebral no se forman adecuadamente, quedando alguna vértebra sin cerrar por su parte posterior; y destaca que, junto a otros, constituye factor de riesgo importante la obesidad materna.

Se concreta que existen dos principales variaciones de espina bífida identificadas como: espina bífida oculta y espina bífida abierta o quística. Y esta última puede ser dividida en dos subtipos, según contenga solo las meninges (meningocele) o contenga además de las meninges tejido nervioso (mielomeningocele).

La Espina Bífida abierta o quística, que es la que sufre el pequeño Carlos Antonio, señala el perito que es el diagnóstico más grave, ya que la lesión suele originar una sintomatología más severa y puede apreciarse claramente como un abultamiento, en forma de quiste, en la zona de la espalda. El mielomeningocele, es una masa quística formada por la médula espinal, las meninges o las raíces medulares acompañada de una fusión incompleta de los arcos vertebrales. Se puede localizar en cualquier sitio a lo largo de la columna vertebral y es la variante más grave y más frecuente.

En cuanto a la posibilidad de su diagnóstico prenatal explica que el defecto del cierre vertebral que origina la espina bífida se produce en el primer trimestre del embarazo, concretamente entre las 4 a 8 semanas de gestación, y puede ser visible ecográficamente desde la semana 12, en que se diagnostica hasta el 45% de los casos. Sin embargo, es en el segundo trimestre, hacia la semana 20, cuando la ecografía se ha mostrado en las últimas décadas como el método diagnóstico más eficaz, alcanzándose tasas de detección entre el 92 y 95%.

Explica que ecográficamente la detección prenatal del mielomeningocele en el segundo trimestre es sencilla, pues es fácil visualizar una imagen quística que sobresale de la espalda fetal junto con la apertura de la parte posterior de una o varias vértebras, generalmente en la región lumbar del feto, concretando que para realizar el diagnóstico basta con recorrer en toda su extensión la columna vertebral fetal, desde el cuello al cóccix, procedimiento que está perfectamente protocolizado en las guías que definen el modo de realizar la ecografía morfológica fetal de la semana 20.

Además, añade, muchas veces el diagnóstico prenatal se ve facilitado por presentar el feto algunas alteraciones morfológicas en la cabeza (como el denominado "signo del limón" en el que la cabeza asemeja la forma de un limón, o el "signo de la banana", en el que el cerebelo adquiere la forma curvada de un plátano).

En general, el diagnóstico es más difícil en los casos de espina bífida oculta, en los que el defecto suele ser muy pequeño y la piel no se ve afectada. En cambio, cuando es abierta el diagnóstico es más sencillo al observarse en la columna vertebral del feto el defecto de los arcos posteriores que forma el mielomeningocele.

Y concluye que tan eficaz es la ecografía para el diagnóstico de la espina bífida, y en general para todos los defectos del tubo neural, que continuamente se publican cifras de detección que se aproximan mucho al 100% de los casos.

Señala que una vez realizado el diagnóstico prenatal, es deber del facultativo informar a la gestante del pronóstico de la malformación, y de las posibilidades que se abren, incluyendo la interrupción voluntaria de la gestación, o el tratamiento quirúrgico prenatal, aunque este está aún en fase de experimentación y es de eficacia muy limitada. Destaca que en España, el 98% de las gestantes optan, tras el diagnóstico prenatal y ser informadas del pronóstico y posibilidades terapéuticas, por la interrupción voluntaria de la gestación (IVE), teniendo en cuenta que, por un lado, el diagnóstico prenatal es concluyente y seguro, y por otro porque el pronóstico a largo plazo de los defectos del tubo neural es muy inquietante, ya que puede producir importantes minusvalías (desde graves deterioros neurológicos hasta importantes minusvalías de la esfera genito-urinaria-sexual y de la esfera digestiva), que no disponen de tratamiento curativo y que comprometen seriamente el desarrollo de una vida laboral y social normal.

Para valorar si en nuestro caso se ha seguido la lex Artis en el diagnóstico prenatal de malformaciones congénitas, explica que la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) ha editado un protocolo titulado "Control prenatal del embarazo normal", actualizado en Junio de 2010, cuyo apartado referido a la ecografía es del siguiente tenor literal:

"4. UTILIZACIÓN DE LA EXPLORACIÓN ECOGRÁFICA

Prácticamente existe unanimidad en la recomendación de que durante un embarazo de curso normal se realicen tres exploraciones ecográficas (Tabla 4). La mujer debe recibir información sobre la modalidad y objetivos de la exploración ecográfica que se realiza en cada momento del embarazo. Se recomienda utilizar el modelo de informe de la ecografía obstétrica de nivel básico y el documento de consentimiento informado para la ecografía de diagnóstico prenatal elaborados por la Sección de Ecografía de la SEGO.

El procedimiento, la sistemática de realización, los objetivos (Tabla 5) y el contenido de las exploraciones ecográficas que se recomienda realizar a lo largo de la gestación normal, se deben ajustar a las recomendaciones contenidas en el Protocolo de Diagnóstico Prenatal de la SEGO (...)"

Destaca de este documento que el objetivo primario y fundamental de la ecografía de la semana 20, o ecografía morfológica fetal, es el Diagnóstico de anomalías estructurales y marcadores de cromosomopatías.

En cuanto a la forma de realizar esta ecografía apunta que en el año 2005 la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) publicó un documento de consenso titulado "Recomendaciones para la organización de un Servicio de Obstetricia y Ginecología. Documento SEGO 2005", en el que uno de sus capítulos se dedica a la Organización de la Ecografía Obstétrico-Ginecológica, y en él se exponen expresamente las recomendaciones para la realización de la ecografía de la semana 20.

Este documento, que constituye la *lex artis ad hoc* en nuestro país, fue revisado posteriormente en el año 2011, tras la nueva legislación de Interrupción Voluntaria del Embarazo, aunque el apartado correspondiente a la ecografía de la semana 20 quedó expresado en términos casi idénticos que la versión de 2005.

Destaca de este documento la importancia que se da al estudio ecográfico de la semana 20, apuntando las siguientes razones:

"a) Es una ecografía de no retorno cronológico, esto quiere decir que estamos a las puertas de la semana 22, aunque ya no esté considerado como tiempo límite para tomar decisiones donde se incluye la interrupción de la gestación como una de las alternativas demandadas por los progenitores, si debe exigirse la mayor eficiencia diagnóstica para evitar diagnósticos malformativos excesivamente tardíos.

b) Nos obliga no sólo a detectar una malformación, sino a establecer la trascendencia de la misma; es decir, si es compatible o incompatible con la vida y, en la primera circunstancia, el grado de morbilidad.

c) A partir de los marcadores detectados, decidir y justificar una adecuada técnica invasiva de confirmación.

d) Es una ecografía de cribado en población de bajo riesgo, por lo que obliga a revisar sistemáticamente y sin excepción todos los sistemas a todos los fetos (exploración por órganos y aparatos, incluyendo exploraciones funcionales)."

Señala el perito que por su importancia y objetivo orientada especialmente al diagnóstico prenatal de alteraciones morfológicas fetales, obliga a revisar sistemáticamente y sin excepción todos los sistemas orgánicos a todos los fetos. La importancia de esta ecografía del segundo trimestre es tan relevante para el diagnóstico prenatal que en Octubre de 2015 la SEGO publicó una guía específica titulada "Guía de la sistemática de la exploración ecográfica del segundo trimestre", en la que se describe pormenorizadamente como debe realizarse tal exploración.

Concluye este informe que la omisión del diagnóstico prenatal de la malformación que afectaba al feto se produjo por una transgresión de la *lex artis ad hoc*, y ello, por cuanto:

1.- En la actualidad la sensibilidad diagnóstica para la malformación que portaba el feto es de prácticamente el 100% de los casos.

2.- La malformación no se diagnosticó porque el estudio ecográfico del segundo trimestre no se ajustó a la *lex artis*, recogida en la guía de la SEGO titulada "Guía de la sistemática de la exploración ecográfica del segundo trimestre"

Reconoce que en este caso la gestante padecía una gran obesidad, con un índice de masa corporal de 36,7 como se señala en los informes de las ecografías de los días 24/08/2016 y 11/11/2016, por lo que su riesgo de que el feto presentara una espina bífida estaba aumentado más allá de 3 veces, por lo que debía considerarse gestante de alto riesgo para espina bífida, y por tanto debía haberse realizado una búsqueda específica en el feto, que al parecer no se realizó.

Señala que en nuestro caso, la espina bífida no era oculta, sino abierta y extensa, y acompañada de anomalías intracraneales (ventriculomegalia y malformación de Arnold Chiari), por lo que es imposible aceptar que fuera indetectable para una ecografía del segundo trimestre realizada de acuerdo a los protocolos vigentes en 2016. En el informe de la ecografía del segundo trimestre, realizada el día 23/08/2016 a las 21 semanas de gestación aparte de los datos biométricos y de la valoración de placenta y líquido amniótico, solo consta la frase "RASTREO MORFOLOGICO NORMAL", sin que conste ningún pormenor sobre en qué consistió dicho rastreo ni tampoco conste que hubiera habido ninguna dificultad técnica para su realización (ni por el hábito corporal materno, posición fetal, ni ningún otro) que hubiera impedido visualizar alguna estructura fetal.

Este informe se acompaña de 3 imágenes: una en la que se muestran los genitales masculinos del feto, otra en la que se muestra el perfil de la cara fetal, y una tercera que muestra la columna vertebral fetal. A la vista del informe de la ecografía que se le realizó en la semana 21, es posible determinar que el motivo de la omisión diagnóstica, en este caso, no se debe a las limitaciones de la técnica ecográfica, sino a que el estudio ecográfico no se realizó de acuerdo a la *Lex Artis ad hoc* y justifica esta consideración en los siguientes motivos:

- La imagen que se recoge en la historia clínica y que se reproduce en este informe, pone de manifiesto que a pesar de la obesidad materna, la columna vertebral del feto pudo ser evaluada con la calidad suficiente (se ven perfectamente los arcos vertebrales posteriores representados), por lo que no puede achacarse que hubiera dificultad o imposibilidad técnica por culpa de la obesidad materna o de la posición fetal. Además, en caso de que hubiera habido alguna dificultad para evaluar la columna por la obesidad o la posición fetal, la facultativa tendría que haberlo hecho constar en el informe (que no consta), y en caso de que se hubieran dado circunstancias de este tipo hubiera sido necesario indicar la repetición del estudio para completar la visualización de las estructuras que no hubieran podido evaluarse en primera instancia, lo cual no consta que se hiciera.

- En la imagen se ve una interrupción brusca de la columna vertebral a nivel lumbar sugiriendo que no se estudió la columna vertebral en toda su extensión, faltando en el estudio precisamente la parte donde habitualmente y también en este caso concreto se encontraba la lesión. En el protocolo de la SEGO se establece que hay que seguir la columna vertebral en toda su extensión, verificando la normalidad del cierre de los arcos posteriores vertebrales. En este caso si realmente se hubiera seguido la columna vertebral en toda su longitud, en el que había un mielomeningocele de tamaño considerable que abarcaba varias vértebras, necesariamente tendría que haberse observado el defecto. La SEGO pormenoriza ampliamente como debe ser la sistemática del estudio y enumera todas las estructuras que deben ser estudiadas en esta ecografía, y como debe realizarse esta evaluación, resultando a su juicio, evidente que en este caso de no se hizo así. En este documento de 2015 se recomienda que se archiven en la historia clínica una serie de imágenes de las exploraciones que demuestren la correcta realización del estudio, haciendo incluso una lista de 25 imágenes específicamente recomendadas que deben guardarse de cada caso en que la exploración se considere normal. En esa lista de imágenes que deben archivar en la historia clínica se incluyen tres imágenes de la columna vertebral fetal en sus cortes más importantes (planos sagital, coronal y axial). Insiste en que si se hubiera seguido la *lex artis* (representada por el protocolo SEGO-2015), se deberían haber conservado las 3 imágenes de la columna como las reproducidas arriba, que efectivamente demostrarían la integridad de la columna vertebral fetal. Pero no cabe duda de que en este caso ni se siguió dicha guía, ni se evaluó adecuadamente la columna en toda su longitud, pues de haberse hecho tal cosa se hubiera descubierto el mielomeningocele, ya que la diferencia entre una columna fetal normal y un mielomeningocele a las 21 semanas son muy evidentes.

- De lo expuesto, concluye que no hay constancia alguna de que hubiera dificultades técnicas especiales en el presente caso y la ecografista no evaluó la columna vertebral del feto en toda su longitud (pues si la hubiera evaluado tendría que haberse observado necesariamente el defecto), lo cual implica que la ecografía del segundo trimestre, específicamente dedicada al rastreo de alteraciones morfológicas fetales, se realizó sin ajustarse a la *lex artis ad hoc*, que exige la evaluación de la columna vertebral en toda su extensión y documentación de la normalidad de la misma por medio de tres imágenes que demuestren dicha normalidad.

Frente a este informe, la Administración aporta dictamen médico pericial elaborado por la Dra. D^a. Elisabeth Médica especialista en Ginecología y Obstetricia. Nivel de experto en ecografía obstétrica - ginecológica de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO).

En el mismo se pone de manifiesto que la necesidad de efectuar una exploración ecográfica alrededor de la semana 20 ya no es motivo de controversia y su transcendencia es reconocida por todas las sociedades científicas. Esta edad gestacional concilia un adecuado desarrollo de los órganos y sistemas fetales (y la posibilidad de detectar anomalías mayores) con los plazos legales de interrupción de la gestación. La mayoría de las anomalías congénitas se presentan en fetos sin factores de riesgo, por lo que hay consenso en que esta ecografía debe ser ofrecida a todas las gestantes. Y aunque reconoce que la capacidad de detección de las anomalías es elevada, recuerda que esta tasa de detección depende de diferentes factores entre los que destacan: tipo de malformación y su expresión a esta edad gestacional, características de la gestante, calidad del ecógrafo, etc. (algunas serán de manifestación tardía). Y advierte que, no todas las anomalías se detectan siempre debiendo diferenciar entre capacidad diagnóstica y detectabilidad.

Explica que el cierre del tubo neural ocurre en edades muy precoces de la gestación, de forma que sus defectos también; ahora bien, eso no quiere decir en absoluto que siempre se puedan detectar durante la gestación, puesto que una lesión puede producirse a las pocas semanas de vida intrauterina, pero ecográficamente será oculta hasta que alcance un determinado tamaño o aparezcan signos que orienten su diagnóstico; lo que puede ocurrir en épocas avanzadas de la gestación o incluso en vida postnatal. Y por lo que atañe al caso que nos ocupa indica que la sensibilidad total para la detección de espina bífida con hidrocefalia fue del 94,6%, siendo del 66,3% cuando la espina bífida NO se asocia a hidrocefalia.

Destaca, de otro lado, que la obesidad de la embarazada supone una imitación diagnóstica por la disminución de la calidad de la imagen habiéndose demostrado que el número de estructuras anatómicas que se pueden visualizar es menor cuanto mayor es el índice de masa corporal de la gestante. Por otro lado, la obesidad de la

madre aumenta el riesgo de anomalías congénitas del feto, habiéndose demostrado un aumento específico en el riesgo de defectos del tubo neural y cardiopatías, y la prevalencia de otras anomalías como la hidrocefalia, el labio leporino y la atresia anorectal.

En nuestro caso, señala que se hicieron todos los controles ecográficos necesarios y que si no se detectó la malformación es por que la ecografía no es infalible sin que por ello pueda considerarse que ha habido mala praxis, pues como indica el protocolo de la SEGO aún en las mejores manos y con los equipos más sofisticados la tasa de detección global para todas las malformaciones no supera el 70%. Para explicar la falta de detección de la espina bífida, señala los siguientes factores:

1.- Tamaño de la lesión. La descripción al nacimiento es de un "Defecto en zona lumbar de 4x2 cm sugerente de espina bífida". Si el tamaño al nacimiento es de 4x2 cm en un recién nacido el tamaño de la lesión cuando el feto apenas mide como el palmo de una mano (en semana 20) es mucho más pequeño.

2. La falta de protuberancia de la lesión.

3. La ausencia de hidrocefalia significativa en periodo prenatal. A pesar de que se describe la presencia de hidrocefalia tras la cirugía, no hay signos de hidrocefalia antes del cierre del defecto:

- Al nacimiento se describen las fontanelas normotensas, cuando hay hidrocefalia está a tensión.

- En la evolución neurológica se describe un incremento del perímetro craneal tras la cirugía que obliga a realizar una ecografía cerebral urgente diagnosticándose una hidrocefalia supratentorial leve que se confirma posteriormente con resonancia magnética.

4. La posición fetal en la ecografía morfológica del segundo trimestre.

Si bien la ecografía es una prueba en tiempo real y las copias de las imágenes estáticas no suelen ser útiles para evaluar el trabajo realizado en ese momento, en este caso sí que nos permiten mostrar que la posición fetal era con el dorso posterior por lo que la visualización de la columna es mucho peor que cuando está en dorso anterior

5.- La obesidad de la gestante.

Añade a lo anterior que la paciente fue debidamente informada de las limitaciones de la técnica ecográfica y la influencia de la obesidad en la misma.

A la vista de estos informes con las precisiones y aclaraciones realizadas por sus autores a presencia judicial y el resto de documentación aportada en autos esta Sala ha llegado a la convicción de que efectivamente hubo mala praxis en los estudios ecográficos realizados durante la gestación y esa fue la causa de no detectar la malformación que sufría el feto.

Aun reconociendo que la ecografía no es infalible, si en algo coinciden todos los profesionales intervinientes es en su eficacia para detectar malformaciones congénitas en el periodo prenatal y en concreto las que afectan al tubo neural como es la espina bífida. Así lo explica la Dra. Bibiana, Jefa de sección de Neuropediatría del HOSPITAL001, en el informe emitido para esta causa y obrante en autos: "Está publicado que el porcentaje de diagnóstico por ecografía prenatal del mielomeningocele es del 97-97% en población de riesgo con búsqueda específica del defecto."

Sin duda hay muchos factores que influyen para la detección y entre ellos, se reconoce que la obesidad de la madre reduce o dificulta la visualización correcta de todas las estructuras, sin embargo, de ser así, llama poderosamente la atención que en ninguno de los informes de revisión de la paciente en la Unidad de Medicina Fetal se ponga de manifiesto esta dificultad. Se hace alusión genérica a la obesidad de la gestante e incluso en la revisión de octubre de 2016 (tercera ecografía) en la historia de la paciente se incluye en el apartado EVOLUCIÓN una "Nota de la SEGO del año 2011" en la que se explican los problemas que presenta la exploración ecográfica de una paciente obesa, que puede ser sugestivo de que quien realiza el estudio ecográfico podía haber tenido alguna dificultad para hacerlo por la obesidad de la paciente, sin embargo no hay ningún dato que lo avale. Parece lógico suponer que si alguna de las exploraciones realizadas no hubiera sido posible por causa de la obesidad, así se habría hecho constar o hecha la salvedad. Sobre todo en la de la semana 21 que tiene por objeto el estudio morfológico del feto y que exige una revisión sistemática de todos los sistemas orgánicos del mismo. Hemos de suponer que si en el informe de la ecografía se concluye que el rastreo morfológico es normal es por que se ha podido realizar adecuadamente y no se ha apreciado ninguna anomalía, pues de lo contrario, se haría constar las dificultades en su ejecución. Por último, obra en autos una imagen de la ecografía del 2º trimestre y en ella puede observarse la columna vertebral del feto, lo que viene a acreditar que pese a la obesidad de la gestante, si podía visualizarse la columna.

Por otro lado, no podemos obviar que la obesidad de la gestante además de suponer una dificultad para la realización del estudio ecográfico, resulta un factor de riesgo para malformaciones graves, de tal manera que, si la ecografía del segundo semestre está orientada específicamente al diagnóstico de malformaciones que el feto pueda sufrir, la obesidad es un factor de riesgo para estas malformaciones y la exploración ecográfica puede verse dificultada por dicha obesidad, debió extremarse la diligencia en la práctica de dicha ecografía y buscar específicamente la existencia de alguna malformación e incluso acordar su repetición si la posición del feto o cualquier otra circunstancia dificultaba o impedía un correcto estudio ecográfico.

Resulta lógico pensar, que, como señala la Dra. Estibaliz hay factores que van a determinar, según los casos, que la detección ecográficamente de una malformación en el periodo prenatal sea más o menos difícil, como es el tamaño de la lesión y los signos externos que la misma pueda llevar aparejados, sin embargo, en nuestro caso, nos encontramos que la espina bífida diagnosticada al hijo de los actores no era oculta sino abierta y aunque no presentaba protuberancia y la hidrocefalia era leve en el periodo prenatal -aumenta de tamaño tras la operación- si queda constancia de que era extensa (4 x 2 cm al nacimiento), por lo que no cabe duda de que, realizado el estudio ecográfico al detalle, incluyendo, como dice la Guía de la sistemática de la exploración ecográfica del segundo trimestre SEGO 2015, los tres cortes más importantes de la columna vertebral (planos sagital, coronal y axial) la malformación del feto podría haberse detectado.

QUINTO. - En cuanto al importe de la indemnización, es preciso recordar que la enfermedad del hijo de los recurrentes no resulta imputable al servicio sanitario, es una enfermedad congénita, independiente de la asistencia sanitaria recibida. Hay que entender que lo que hay que indemnizar es el daño sufrido por haber privado a los recurrentes de una información trascendente durante la gestación para optar por la interrupción voluntaria del embarazo de haber conocido a tiempo las lesiones físicas que sufría el feto.

El Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 30 Jun. 2006, Rec. 217/2005, argumenta lo siguiente:

<<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 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 (artículo 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 [...]».

Así recogida la posibilidad de indemnización de daño moral resulta necesario precisar si concurren los demás requisitos configuradores de la responsabilidad patrimonial entre los cuales la relación de causalidad aparece como esencial. En este sentido debe hacerse constar que la teoría de los cursos causales no verificables usada por la jurisprudencia norteamericana en casos de errores en el diagnóstico prenatal, permite al facultativo aducir que no es seguro que de haber sido correcto el diagnóstico la decisión del interesado hubiese sido distinta, si bien en estos supuestos se hace recaer sobre el médico la carga de probar que tal decisión habría sido la misma con un diagnóstico acertado. Esta teoría ha tenido distinta acogida en la jurisprudencia, de manera que mientras fue seguida por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de Junio de 1.997, fue abandonada en las dictadas con fechas de 4 de Febrero de 1.999 y 7 de Junio de 2.002, en las que no se consideró probado que la madre de conocer las malformaciones del feto, habría abortado.

En la primera se estimó la acción de responsabilidad derivada de una falta de información sobre una prueba practicada por lo que se le impidió a la madre haber interrumpido legalmente su embarazo, mientras que en la segunda, por el contrario, se denegó la indemnización reclamada por el padre de una niña que nació con graves malformaciones congénitas que no fueron detectadas con los estudios ecográficos, declarándose que la genética está fuera de las posibilidades de evitar el resultado y además es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante habría tomado la decisión de interrumpir el embarazo. Finalmente, la Sentencia de 7 de Junio de 2.002 considera que no había prueba de que la embarazada de haber conocido la existencia de malformaciones en el feto hubiese abortado, lo que le lleva a la absolución del médico demandado.

Esta Sala y Sección, en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 14 de Julio de 2.001 (Rec.Casac.2280/97) y 18 de Mayo de 2.002 (Rec.Casac. 280/98), ha tenido en cuenta a efectos de fijar el nexo causal entre la actuación del servicio público y el perjuicio sufrido, la conducta del personal médico. Partiendo de la base establecida en estas sentencias resulta evidente que en los supuestos de daño moral al que antes nos hemos referido, sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer

la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial.

QUINTO.- *Apreciándose pues esa infracción de doctrina en la Sentencia recurrida, procede entrar en el fondo de la cuestión debatida en los términos en que queda planteado el debate que no son otros que determinar que el daño moral reclamado en autos sea imputable causalmente al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos sanitarios y es lo cierto, y así lo tiene por probado la sentencia de instancia, que no se informó a los recurrentes sobre los concretos resultados de las pruebas médicas que podían evidenciar una cierta malformación del feto como los referentes a los niveles de Alfafetoproteína superiores a los normales, y los quistes hallados en plexos coroideos, y esa falta de información, vulnerando los preceptos de la Ley General de Sanidad antes citados determinó la imposibilidad de decidir si optaban o no por la facultad de interrumpir libremente el embarazo, no habiendo probado la Administración Sanitaria, como le hubiera incumbido en función de cuanto antes se ha argumentado, que la recurrente no hubiera optado por el aborto eugenésico en el supuesto de que la información sobre las malformaciones del feto le hubiera sido comunicada, por lo que cabe apreciar el nexo causal necesario para apreciar en el caso de autos, la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria.>>*

Sabiendo que lo que se indemniza es el daño moral de los padres, privados de una información muy relevante para decidir sobre seguir adelante con la gestación o interrumpirla voluntariamente, el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 27 Oct. 2010, Rec. 4978/2007 ha concretado:

"En tercer lugar, porque la cuestión de si en supuestos como el de autos es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, o si lo son también los mayores costes o gastos anudados al síndrome con que nace el hijo, ha sido resuelta en este segundo sentido, entre otras, en nuestras sentencias de 4 de noviembre de 2008 y 16 de junio de 2010, dictadas en los recursos de casación números 4936/2004 y 4403/2008. En ellas, referidas a supuestos de nacimientos con DIRECCION004, concluimos afirmando que además del daño moral "procede también la indemnización por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con DIRECCION004. Ocuparse de una hija con tal patología comporta, como es obvio, gastos extraordinarios, que encajan perfectamente en la idea expuesta por la arriba citada sentencia de 28 de septiembre de 2000 cuando hablaba de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades. En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización". Y que "los gastos que la recurrida ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con el DIRECCION004 no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del DIRECCION004 y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la recurrida".

Y, en fin, porque lo reprochable es más abstracto y genérico que aquello en lo que el motivo se fija. Lo es la falta de información sobre las anomalías del feto y sobre las probabilidades de que sufriera por causa de ellas malformaciones genéticas."

Esta misma Sala y Sección resolvió un supuesto similar al que ahora nos ocupa en el recurso contencioso administrativo nº 350/2017 en el que recayó Sentencia nº 118/2019, de 8 de marzo cuyo Fundamento Cuarto, con las debidas adaptaciones es de plena aplicación a nuestro caso, por lo que lo reproducimos a continuación:

<<CUARTO. - Los antecedentes anteriores se han expuesto con la finalidad de constatar que el padre de la menor no reclamó en vía administrativa ni jurisdiccional. Por tanto, no cabe reconocerle indemnización alguna por daño moral, que tiene un carácter personalísimo como señala la parte demandada, ni por el trastorno de tipo psicológico que se alega. Por tanto, solo procede reconocer reparación indemnizatoria al sufrido por la recurrente, y cuya cuantía de 40.00 € por daño moral, reconocida por la Administración, nos parece proporcionada y adecuada, teniendo en cuenta que en distintas sentencias que invoca la interesada reclamaban ambos progenitores, por lo que el importe correspondiente debería reducirse a la mitad. Ahora bien, y como igualmente hemos expuesto, la demandante no puede reclamar daños materiales de la familia, en cuanto individualizados en sus concretos miembros, pero sí los que ella misma va sufrir como parte de esa familia por el mayor coste que se produce por la atención y cuidado de su hija. En su último escrito en vía administrativa ya apuntaba en esa dirección.

No procede, sin embargo, indemnizar además la discapacidad que sufre la propia menor, pues no es imputable al funcionamiento del servicio público sino a una alteración cromosómica, y en todo caso esas limitaciones que

padece son precisamente las que generan ese mayor coste que se indemniza. Por tanto, y como ha declarado el Tribunal Supremo en las sentencias que se citan por la actora y en otras coincidentes, la reparación integral del daño exige reconocer una cantidad por daño moral y otra por el daño patrimonial que supone ese sobrecoste en la crianza y educación de la hija, y a lo largo de su vida, al precisar de mayores atenciones que una persona sin esa discapacidad.

Señalar una concreta cantidad, cuando la propia interesada no lo ha hecho (a tanto alzado solicita 400.000 €), es difícil, y si bien las cantidades reconocidas en distintas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, confirmadas por el Tribunal Supremo, son oscilantes, puede servirnos de pauta la que el Alto Tribunal fijó en sentencia de 20 de marzo de 2012, al casar la sentencia de instancia precisamente por no reconocer otro daño que el moral. Así, declara el Alto Tribunal:

<<CUARTO. - (...)

La Jurisprudencia de la Sala referida a la indemnización del daño en casos como el presente se encuentra ya perfectamente consolidada a partir de la sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil, que después se ha seguido en otras citadas ampliamente por la recurrente en su recurso de casación, como es la de cuatro de noviembre de dos mil ocho y la de dieciséis de junio de dos mil diez, a la que debemos añadir la de veintisiete de octubre de dos mil diez, recurso 4798/2007. Hemos claramente establecido que no es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado con DIRECCION004. Inexcusablemente ambos -daño moral y daño patrimonial- deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño - artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En aquellas dos primeras sentencias, referidas a supuestos de nacimientos con DIRECCION004, concluimos afirmando que además del daño moral "procede también la indemnización por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con DIRECCION004.

Ocuparse de una hija con tal patología comporta, como es obvio, gastos extraordinarios, que encajan perfectamente en la idea expuesta por la arriba citada sentencia de 28 de septiembre de 2000 cuando hablaba de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades. En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización ". Y que " los gastos que la recurrida ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con el DIRECCION004 no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del DIRECCION004 y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la recurrida "

En el presente caso, atendiendo a la prueba practicada y analizando los conceptos reclamados procede mantener la partida reconocida en la sentencia correspondiente al daño moral al entorno familiar de OCHENTA MIL EUROS (80.000 EUROS) y para el menor Jacinto, entendiendo que se indemniza el sobrecoste que genera su crianza y educación conforme a sus posibilidades, se reconoce la partida de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 euros) por todos los conceptos, que percibirá atendiendo a las prevenciones establecidas en la legislación civil para la administración y gestión de los bienes propios de los menores de edad. Estas cantidades se consideran actualizadas a fecha de esta sentencia, sin que por tanto proceda reconocer intereses más que los previstos legalmente 106.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción>>.

En ese caso reclamaban ambos progenitores, por lo que reiteramos que la indemnización por daño moral reconocida en el presente supuesto a la actora nos parece adecuada. En cuanto al daño material, y pese a que los demandantes en dichos autos valoraban por distintos conceptos, el Tribunal Supremo fija una cantidad a tanto alzado, y eso es lo que consideramos también procedente, máxime en el caso enjuiciado en que no existe tal desglose. No ignoramos, por otra parte, que esa cantidad ha de ser actualizada a la fecha que nos ocupa, como hace el Tribunal Supremo. Puesto que la variación del IPC ha sido desde el año 2012 hasta diciembre de 2018 del 6,4%, procede fijar una indemnización por el daño material de 215.000 €, y mantener, como se ha dicho, la de 40.000 € reconocida por la Administración. Al estar actualizada dicha cantidad no procede reconocer otros intereses que, en su caso, los de carácter procesal.>>

Aplicando los criterios expuestos procede reconocer en concepto de indemnización la cantidad de 40.000 euros a cada uno de los progenitores por el daño moral causado. Pero junto a ella debe valorarse el daño material que va a venir representado por los mayores gastos que traerán consigo la crianza de Carlos Antonio por las dolencias que sufre que afectan tanto a sus facultades motoras (paraplejia o paraparesia) y cerebrales, es portador de una válvula de derivación ventriculoperitoneal y precisa sondaje vesical y que

quedan suficientemente expresadas en los informes periciales aportados por actora y demandada; resultando previsible que durante toda su vida va a presentar mayores gastos que otro hijo sin aquellas dolencias.

Con estos datos y actualizando a fecha de hoy la indemnización por daño material que reconocimos en aquella sentencia teniendo en cuenta el incremento del IPC fijamos en 230.000 la indemnización por daño material que unida a los 80.000 euros por daño moral hacen un total de 310.000 euros.

Estando actualizada esta cantidad no proceden más intereses que los procesales

SEXTO. - En razón de todo ello procede estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo formulado; sin imposición de costas por aplicación del art. 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

En atención a todo lo expuesto, y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo núm. 181/19 interpuesto por Doña Tania y D. Jon , contra resolución de la consejería de Salud, desestimatoria presunta por silencio de la reclamación formulada por responsabilidad patrimonial en el expediente nº NUM000 por no ser dicho acto conforme a derecho, reconociendo el derecho de los actores a ser indemnizados por la Administración demandada en la cantidad de 310.000 euros; sin costas

La presente sentencia solo será susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo previsto en el art. 86.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, siempre y cuando el asunto presente interés casacional según lo dispuesto en el art. 88 de la citada ley. El mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el art. 89.2 de la LJCA.

En el caso previsto en el art. 86.3 podrá interponerse, en su caso, recurso de casación ante la Sección correspondiente de esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.