

Expediente Núm. 117/2010
Dictamen Núm. 16/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 20 de enero de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 6 de abril de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la deficiente asistencia prestada a su hija por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 17 de julio de 2009 tiene entrada en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la deficiente asistencia sanitaria prestada por el sistema público sanitario.

Tras iniciar su escrito consignando que su hija nació el 23 de julio de 2008, tras 42 de semanas de gestación y parto mediante cesárea, la reclamante

refiere que “a pesar de que en el informe de neonatología” del Hospital “X” “expedido el 25 de julio de 2008 indica que el estado de la recién nacida es normal, lo cierto es que con fecha 9 de julio de 2009 el titular de Pediatría de la Sección de Genética” de dicho hospital “certifica que la menor presenta un parálisis cerebral con una marcada atrofia cortico-subcortical, siendo sin embargo su estudio genético normal (cariotipo 46 XX)”. Prosigue su escrito la reclamante señalando que “de lo expuesto se colige que el caso que nos ocupa, podemos encuadrarlo en una mala praxis en la atención, achacable a los facultativos y servicios que la asistieron, esto es, una defectuosa atención clínica, toda vez que, siendo su estudio genético normal, y sin que haya existido ninguna complicación comunicada a la madre en la gestación ni en el parto, la recién nacida sufre una parálisis cerebral que se hace patente a la simple observación al paso de los meses y que, originada en algún problema no revelado” durante la gestación o el parto “solo puede achacarse a algún tipo de negligencia”. Tras valorar los daños y perjuicios causados a su hija, debidos a las lesiones que padece, la reclamante indica que ello habrá de suponer “graves secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria”, y tras citar los fundamentos de derecho en que basa la acción de responsabilidad interpuesta finaliza su escrito solicitando se “dicte resolución por la que, estimando la reclamación interpuesta, indemnice a la reclamante en la cuantía de quinientos mil euros más los intereses legales que correspondan”.

2. Mediante escrito notificado el día 7 de septiembre de 2009, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias (en adelante Servicio instructor) comunica al reclamante la fecha de recepción de su reclamación en el referido servicio Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Mediante escrito de 12 de agosto de 2009, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita a la Gerencia del Hospital "X" informe de los servicios afectados.

4. Con fecha 28 de agosto de 2009, la Gerencia del Hospital "X" remite al Servicio Instructor informe del Servicio de Ginecología, suscrito el día 7 de agosto de 2009, en relación con la reclamación planteada. En él se señala que "la paciente ingresó el 22-07-08 de la consulta prenatal por cesárea electiva por cesárea anterior y condiciones locales desfavorables, siendo la monitorización y doppler normales. La cesárea se realizó el 23-07-08 naciendo una niña de 2,970 con un test de Apgar 8/9 (óptimo). A mayor abundamiento el pH que indica el grado de acidemia y sufrimiento fetal estaba dentro de parámetros completamente normales (...). El control del embarazo fue normal siguiendo todos los protocolos establecidos por la Sociedad Española de Ginecología". Tras lo expuesto, se afirma que "es por tanto totalmente imposible que se pueda achacar la parálisis cerebral al momento del parto o al transcurso de la gestación", y se concluye, con cita de literatura científica en materia de parálisis cerebrales, que "no se encuentra ningún dato objetivo ni en la gestación ni en el parto que atestigüe la relación de estos acontecimientos con las lesiones posteriores".

5. El Servicio de Pediatría emite el informe solicitado el día 3 de septiembre de 2009. Comienza este informe indicando que "la niña nació mediante cesárea y por este motivo se avisó al Servicio de Neonatología y el neonatólogo que la atendió refiere que la niña requirió reanimación superficial (durante 2 minutos) (Apgar 8-9), manteniendo en todo momento buen tono, fuerza y frecuencia cardiaca (...). Estuvo ingresada en la Unidad de Observación desde el 23-07-08 hasta el 24-07-08 y al no apreciarse patología se envía a Nidos (...). Posteriormente, al ser dada de alta la madre, se realiza nueva exploración, no apreciándose patología y se da de alta aconsejándole lactancia materna". Tras

constatar diversos episodios -bronquitis espástica, crisis asmática y gastroenteritis aguda-, sufridos por la hija de la reclamante, el informe continúa relatando que “desde el 23-10-2008 al 30-10-2008 estuvo ingresada en Pediatría (Unidad de Lactantes) y se diagnóstico de neumonía de lóbulo superior derecho, CIA y ductus filiforme persistente, hipotonía y plagiocefalia postural, motivo por lo que al alta se solicita consulta a la Unidad de Neurología Pediátrica y se practican los siguientes estudios: resonancia magnética cerebral, que muestra moderada a marcada atrofia córtico-subcortical. Estudio genético con fórmula cromosómica 46 XX (normal) y no se encuentran rasgos físicos que puedan orientar a posible etiología genética. Estudio EGG, que únicamente evidencia una deficiente integración de los patrones basales”, lo que se traduce en “una moderada inmadurez bioeléctrica, sin que existan signos irritativos difusos o focales. Estudios metabólicos que pudieran orientar a etiología metabólica, siendo las enzimas musculares normales, TSH normal, mucopolosacáridos 9,9 mg/mMol/creatina (normal), ácidos orgánicos en orina que no evidencian anormalidad; estudio de deficiencia de creatina cerebral negativo (guanidinoacetado 38 mMol y creatina/creatinina 0,03 mMol/mMol); se analizan los aminoácidos en sangre, no observándose anormalidad”. A la vista de los estudios efectuados, el informe concluye que “no se ha encontrado como etiología orientativa las causas perinatales, la corioamnionitis, las enfermedades malformativas o genéticas y las enfermedades metabólicas y por tanto la etiología hay que pensar que es desconocida”.

6. Con fecha 11 de septiembre de 2009, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación en el que se propone la desestimación de la reclamación interpuesta. En él, tras describir los hechos alegados por la reclamante, se procede a un examen de los hechos acreditados, se describe el daño en presencia, el grado de estabilización de las lesiones, y se realiza un pormenorizado estudio de la parálisis cerebral infantil. Sobre la base de la documentación obrante en el expediente, el

Inspector actuante concluye que “no se puede compartir la afirmación de la reclamante acerca de una defectuosa atención clínica o algún tipo de negligencia médica como causa de los daños padecidos por la perjudicada. Al contrario, ha quedado acreditado que la atención recibida por madre e hija en el embarazo y en el parto fue correcta y adecuada, que en ningún momento se hicieron patentes signos de sufrimiento o de pérdida de bienestar fetal y que el estado de la niña al nacer fue satisfactorio sin que entonces se evidenciase patología alguna, obedeciendo los trastornos que la niña padece actualmente a una causa desconocida no previsible en el estado actual de la ciencia médica y, en consecuencia, inevitable”.

7. Mediante sendos escritos de 5 de octubre de 2009, se remite copia del Informe Técnico de Evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias, y del expediente completo a la correduría de seguros.

8. Con fecha 6 de diciembre de 2009, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por tres especialistas en Pediatría. Tras consignar los motivos de la reclamación y enumerar la documentación analizada, los facultativos realizan un breve resumen de los hechos y exponen las consideraciones médicas de la parálisis cerebral centradas en su etiología y de la asfixia perinatal y encefalopatía neonatal hipoxico-isquémica, con especial atención a los diferentes criterios y evaluaciones que sirven de base en orden a una posible determinación la etiología de este daño neurológico a lo largo de la totalidad del periodo perinatal. El informe refiere que “se trata de una niña nacida tras un embarazo controlado normal. Se programó cesárea electiva por cesárea anterior, y transcurrió sin incidencias. La niña nació bien, con poco esfuerzo respiratorio (por eso tuvo un test de Apgar 8 al minuto de vida). El neonatólogo presente en la cesárea inició reanimación de la niña durante 2 minutos. La respuesta fue buena (Apgar 9 a los 5 minutos) y mantuvo frecuencia cardíaca, fuerza y tonos normales durante la reanimación. Se decidió

ingreso para observación durante 24 horas, siendo normal la evolución, por lo que la recién nacida pasó a Nido. Como se puede ver, no se dieron en este caso ninguna de las condiciones necesarias para considerar que hubo una situación de asfixia perinatal con encefalopatía hipóxico-isquémica en período perinatal". Y concluye que "la actuación de los profesionales fue correcta, ajustada a protocolos y acorde a la *lex artis ad hoc*".

9. Mediante escrito notificado el 12 de enero de 2010, se comunica a la reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el procedimiento. El 20 de enero de ese mismo mes se persona la reclamante en las dependencias administrativas y obtiene una copia del mismo compuesto de noventa y seis (96) folios, según hace constar en la diligencia extendida al efecto. Transcurrido el plazo conferido, no consta que la reclamante haya formulado alegaciones.

10. Con fecha 10 de marzo de 2010, el responsable del Servicio instructor elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 6 de abril de 2010, registrado de entrada el día 9 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la menor perjudicada activamente para reclamar, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que motivaron la reclamación. Habiendo sufrido el daño una persona menor de edad, está facultada para actuar en su representación la reclamante, madre de la misma, según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos. Ahora bien, constatando este Consejo el hecho de que entre la documentación obrante en el expediente remitido no figura acreditada documentalmente la relación filial existente entre la reclamante y la perjudicada, y en nombre de la cual actúa aquella, sin que la Administración haya cuestionado en ningún momento este aspecto, procede, en aplicación del principio de eficacia administrativa, reconocido en el artículo 103.1 de la Constitución y recogido en el artículo 3 de la LRJPAC, analizar el fondo de la cuestión sometida a consulta, no obstante lo cual, en caso de que la resolución que ponga fin al presente procedimiento supusiese de alguna forma la estimación de la reclamación interpuesta, ya lo sea íntegra o parcialmente, la misma debería ir precedida de los actos precisos en orden a acreditar documentalmente, por el procedimiento oportuno, la referida relación filial.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto presente, la reclamación se presenta el día 17 de julio de 2009, por lo que, considerando que se reclama por las consecuencias de una supuesta mala praxis médica a lo largo de todo el proceso de gestación y parto que condujo al nacimiento de la menor el 23 de julio de 2008, sin que a lo largo del mismo le fuera detectada la parálisis cerebral que le fue diagnosticada finalmente a los escasos nueve meses de vida, en concreto el día 12 de mayo de 2009, resulta evidente que la reclamación ha sido presentada dentro del plazo legalmente establecido.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Por otra parte, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho 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, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de

producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de daños y perjuicios formulada por los daños sufridos por la hija de la reclamante como consecuencia de una supuesta negligencia o mala praxis médica a lo largo de todo el proceso de gestación y parto que condujo al nacimiento de la perjudicada sin que a lo largo del mismo le fuera detectada la parálisis cerebral que le fue diagnosticada finalmente a los nueve meses de vida.

La parálisis cerebral diagnosticada supone, a los efectos del examen de la reclamación planteada, un daño real y efectivo, económicamente evaluable, sin perjuicio de una valoración más concreta del mismo, que habrá de efectuarse si apreciamos que concurren los requisitos legales para una declaración de responsabilidad administrativa.

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido en el curso de la asistencia sanitaria no implica sin más la existencia de responsabilidad

patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento del servicio público.

A este respecto, y como de manera reiterada viene manteniendo este Consejo Consultivo, hay que tener presente que el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*. Este criterio opera no sólo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a que se le garantice la consecución de un concreto resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama. En el caso presente la reclamante se ha limitado a formular una mera afirmación axiomática, desprovista de la más elemental carga probatoria, en el sentido de atribuir a una mala praxis médica la parálisis cerebral que sufre su hija, “originada en algún problema no revelado de la gestación o del parto”, sin tan siquiera

concretar ese problema no revelado y que considera que “sólo puede achacarse a algún tipo de negligencia”. Esta indeterminación y carencia absoluta del más elemental elemento probatorio en orden al establecimiento del nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario, resulta de por sí suficiente para concluir, de acuerdo con los principios plasmados en los aforismos *necessitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probandi incumbit actori*, que en el presente caso, no se ha acreditado esa relación de causalidad, cuya existencia resulta inexcusable para un eventual reconocimiento de responsabilidad de la Administración.

A mayor abundamiento, la totalidad de los informes incorporados al expediente, tanto los elaborados por los servicios afectados, como el informe técnico de evaluación, y el informe pericial de la aseguradora de la Administración, únicos sobre los cuales este Consejo Consultivo puede formar su juicio en cuanto al respeto de la *lex artis* en la asistencia sanitaria prestada, y que conocidos por la reclamante, no han sido objeto de cuestionamiento alguno por su parte, dejando transcurrir incluso el trámite de audiencia sin formular alegaciones o presentar los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes en apoyo de sus pretensiones, resultan tan coincidentes como contundentes en orden a considerar acreditado que la asistencia sanitaria prestada, tanto en el control y seguimiento del embarazo como en el desarrollo del parto, ha sido correcta, ajustada a los protocolos y acorde con la *lex artis*, pudiendo concluirse, tal y como se refleja en el fundamento de derecho tercero de la propuesta de resolución sometida a dictamen de este Consejo que “la parálisis cerebral de la perjudicada es de etiología desconocida, causa presente en aproximadamente el 50% de esta enfermedad”, y que su aparición no guarda relación alguna con el funcionamiento del servicio público sanitario.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.