



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 1 8 / 1 9 9 9

La Laguna, a 2 de marzo de 1999.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por R.F.R.S. y A.P.A.P., en representación de su hijo menor F.R.A., como consecuencia de las presuntas lesiones derivadas de los servicios de asistencia sanitaria dependientes del Servicio Canario de la Salud (EXP. 70/1998 IDS)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

El Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.6 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y según lo previsto en el artículo 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), interesa de este Consejo la emisión de Dictamen preceptivo sobre la Propuesta de Resolución (PR) que acompaña, formulada respecto del expediente relativo a la reclamación de indemnización presentada por R.F.R.S. y A.P.A.P., en representación de su hijo menor F.R.A., como consecuencia de las lesiones presuntamente derivadas de los servicios de asistencia sanitaria dependientes del Servicio Canario de Salud, que también ha remitido.

### II

1. Del reseñado expediente resulta que se cumplen los requisitos de legitimación activa y pasiva, pues es claro que aquella le corresponde al afectado-interesado,

---

\* PONENTE: Sr. Cabrera Ramírez.

aunque actuando por representación sus padres al ser menor, extremos todos ellos acreditados (cfr. artículos 142.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC, o 4.1 RPAPRP, en relación con los artículos 31, 52 y 139 de la indicada Ley), mientras que la pasiva, debiéndose tramitar y presentar la reclamación ante ella, corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, actuando mediante su Administración Pública y, más concretamente, mediante el Servicio Canario de Salud (cfr. artículos 149.1.16, CE; 32.6 y 10, EAC y LOSC o RSCS). También se cumple el requisito de temporalidad de la reclamación.

Por lo demás, se han cumplido básicamente los trámites procedimentales preceptivos. Así, el escrito de reclamación es admisible sin duda alguna, no sólo por acomodarse suficientemente a las exigencias legales y reglamentarias al respecto, sino en cuanto que se cumplen otros requisitos de admisibilidad y tramitación prevenidos en los artículos 139.2 y 142.5, LPAC. Por un lado, está acreditado de modo bastante que se reclama respecto de un daño cierto o efectivo, económicamente evaluable y personalmente individualizado; por otro, y como acepta la Propuesta de Resolución, la reclamación se presenta debidamente antes de transcurrir el año desde que se produjo el hecho que se alega y generó el daño a indemnizar y, evidentemente, desde que se determinaron definitiva y fehacientemente las lesiones o secuelas sufridas (cfr. artículo 142.5, in fine, LPAC).

2. No obstante, estimamos que en el período probatorio, en el que se han practicado a instancia de los reclamantes más pruebas de las que comúnmente se practican en estos expedientes, incluso varias pruebas periciales, como las de la especialista en Pediatría Dra. M.P.Á.L. (folios 437 y 438) y la de especialista en Anestesiología y Reanimación, Dra. V.B.M. (folios 439 y ss.) y el informe presentado del Médico Forense en excedencia Dr. M.M.-P.M. (folios 529 a 545), es donde se presentan incidencias, pues no se practican todas la pericias propuestas por los reclamantes, como en la especialidad de Neurología Dr. J.M.F.G. (folio 423) y en la especialidad de Obstetricia y Ginecología Dr. J.C.A.B. (folio 151), para lo que fueron designados por el Colegio Oficial de Médicos de Santa Cruz de Tenerife, cuyas pericias desistían los reclamantes por escrito (folio 424) "por resultar infructuosos los intentos de contactos con ambos peritos y por razones económicas a la vista de los elevados costes del resto de los dictámenes, cuestiones que su economía no puede afrontar". Es de lamentar que no se produjeran estas pericias, por cuanto tenía

especial importancia, dada la naturaleza de las lesiones producidas y la intervención quirúrgica practicada.

Igualmente, se plantea una cuestión procedimental con la prueba testifical propuesta por los reclamantes, puesto que si bien se practicaron las de los testigos, Dra. Á.P., especialista del Área de Ginecología y Obstetricia (folios 186 y 187), Dra. M.R.P., especialista de Pediatría (folio 180), Dra. C.C.P., Residente de Ginecología y Obstetricia (folios 189 y 190), Dr. J.C.O., especialista de Ginecología y Obstetricia (folios 191 y 192), todos ellos asistentes en la intervención quirúrgica de la cesárea, el 6 de septiembre de 1995, no así las declaraciones de los también testigos propuestos Dra. M.J.G.J. y Dra. E.C., que habían asistido también a aquella intervención, y otros testigos Dr. M., Dr. S. y Dr. R., fueron no admitidas por estimarlas improcedentes e innecesarias en virtud de Acuerdo con fecha 22 de abril de 1998 por el Sr. Secretario General del Servicio Canario de Salud (folios 501 a 506). Contra este acuerdo hicieron sus alegaciones los reclamantes y alternativamente interpusieron el recurso ordinario, al amparo del artículo 107, LPAC (folios 519 a 528). Este recurso alternativo no se tramitó separadamente, sino que, al parecer, se estimó por el Sr. Instructor que su consideración debía hacerse en la resolución que ponga fin al procedimiento, conforme al apartado segundo del mismo citado artículo 107, puesto que él mismo en la Propuesta de Resolución dedica un extensísimo fundamento de derecho SEGUNDO (nueve folios), para motivar la denegación de los testigos propuestos.

### III

Sin perjuicio de las otras anomalías procedimentales señaladas en el fundamento precedente, entendemos que este Consejo debe entrar en la más importante incidencia, esto es, si el acuerdo denegatorio del Sr. Instructor respecto de determinados testigos fue o no correcto y si la impugnación o recurso ordinario contra dicho acuerdo formulado por los reclamantes, debió haberse resuelto separadamente de la Resolución definitiva o, por el contrario, corresponde resolver al decidir sobre ésta, pues se trata, en definitiva, de una cuestión previa formal que puede repercutir en la validez del procedimiento y en la corrección de la Propuesta de Resolución y en su día en la de la Resolución definitiva a adoptar.

Sobre esta cuestión entiende este Consejo que no debió tramitar y resolverse separada y previamente la impugnación o recurso ordinario entablado, sino que debe ser objeto de consideración en la Propuesta de Resolución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 107.1, apartado segundo, LPAC, puesto que en la resolución que ha de poner fin al procedimiento debe contenerse una consideración sobre las alegaciones que hubieran hecho los interesados contra un acto de trámite de tal trascendencia como pueda ser la denegación de un medio probatorio, pues no puede olvidarse que en el orden jurisdiccional civil o contencioso-administrativo, en que éste remite a aquél, la denegación de una diligencia de prueba a lo sumo da lugar a un recurso de reposición ante el mismo órgano judicial que la deniega sin que la resolución confirmatoria de ésta sea susceptible de ulterior recurso (cfr. artículo 567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Ello no está en contradicción con el artículo 139, LPAC, ni con el artículo 9 RPAPRP, que no hace otra cosa que reiterar el artículo 80.3 de aquella Ley. Tal cuestión, aunque incida directamente en el procedimiento, no debe ser objeto de decisión aparte, sino que debe de recogerse en la Propuesta de Resolución y, en definitiva en la Resolución final del expediente, pues ésta debe de decidir también, conforme al citado artículo 107 tal incidencia en relación con el artículo 89.1 de la misma LPAC, pues, como bien sienta este último precepto, la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados.

Otras cosa será si fue correcta o no la denegación de la práctica de determinados testigos propuestos, porque tal prueba fuera manifiestamente improcedente o innecesaria. En este sentido se estima que la prueba de tales testigos no fue improcedente, porque su objetivo era comprobar datos que los reclamantes consideran discutibles, y no es lo mismo improcedente que innecesaria, por ello el artículo 80.3, LPAC, distingue y dice "improcedentes o innecesarias". Sin embargo, sí puede considerarse manifiestamente innecesarias, puesto que el Sr. Instructor del procedimiento pudo razonable y lógicamente entender, aunque nada hubiera obstaculizado y quizá hubiera sido más conveniente que se celebraran para tranquilidad y satisfacción de los reclamantes, que, puesto que ya habían declarado otros cuatro testigos asistentes a la intervención quirúrgica, éstos denegados podían aclarar más datos de los ya declarados y confirmados por las pruebas periciales entonces evacuadas. O sea que el Sr. Instructor actuó en virtud de resolución motivada y no parece que su motivación no fuera razonable y fundada. Por tanto, la actuación del Sr. Instructor, sin perjuicio de que lo pudo hacer con mayor amplitud de

miras de cara a la situación de los reclamantes, fue conforme al ordenamiento jurídico.

Por ello, debe contenerse en la Propuesta de Resolución algún punto del resuelva que, decidiendo sobre esta consideración de la cuestión, contenga la desestimación de la impugnación o recurso ordinario formulado por los reclamantes y confirmación del acuerdo del Sr. Instructor, ya que sobre tal cuestión debe decidir la Resolución final del procedimiento.

## IV

1. Entrando en la cuestión de fondo, es claro que se centra, de entre los requisitos que se exigen acreditar para que pueda darse la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en si existe una relación de causa a efecto entre la actuación administrativa, en este caso de la prestación de la asistencia sanitaria, y el resultado dañoso, pues es evidente que la realidad de un daño evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona está totalmente acreditado y reconocido.

Ahora bien, antes de entrar en el examen de los datos y pruebas obrantes en el expediente, parece bueno establecer el criterio que debe exigir el examen de los mismos, pues no comparte este Consejo el criterio excesivamente subjetivo que tiene el Servicio Canario de Salud o, en su caso, la Propuesta de Resolución, que se concreta en su Fundamento Jurídico OCTAVO, y que se atribuye a una determinada jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, pues la que se reseña no responde ni a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo en su Sala Tercera ni tampoco a la jurisprudencia últimamente seguida en el orden jurisdiccional civil por la misma Sala Primera del Tribunal Supremo. En efecto, como ya se ha recogido en anterior Dictamen de este Consejo (cfr. Dictamen nº 13/99, de 10 de febrero) la Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, de 16 de febrero de 1996, se sienta que la responsabilidad de la Administración Pública "es una responsabilidad directa y como tal supera el simple sistema de cobertura de los daños causados por actos ilícitos o culpables de funcionarios o agentes de los entes públicos, ya que prescinde de la ilicitud o culpa, para articularse como una responsabilidad puramente objetiva: de tal forma que la Administración responde por toda lesión que los particulares sufran siempre que sea consecuencia del

funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos entendida esa expresión como comprensiva de todo hacer y actuar de la Administración Pública y al margen de cual sea el grado de voluntariedad e incluso previsión del agente"; por ello la referencia explícita que en la Ley se hace al funcionamiento normal "supone la inclusión, dentro del ámbito de la cobertura patrimonial, de los daños causados involuntariamente o al menos con una voluntad meramente incidental, no directamente dirigida a producirlos y en definitiva los resultantes del riesgo por la existencia misma de ciertos servicios".

En una dirección coincidente, la Sentencia de la Sala Primera del mismo Alto Tribunal, de 1 de julio de 1997 (STS 604/97) señala determinadamente que: por un lado, los pacientes son usuarios de un servicio, en este caso público y sanitario, viniendo amparados en sus derechos tanto por la Ley específica, LGS, como por la genérica, Ley 26/1984; por el otro, que la responsabilidad del prestatario del servicio, siquiera fuese por la aplicación de esta última normativa, aunque de modo congruente con la reguladora de la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento del servicio público que presta, no sólo es culposa, sino que, en cuanto extracontractual por la naturaleza de dicho servicio y por mandato, legal expreso, es objetiva.

Por consiguiente, con base a este criterio objetivo de la responsabilidad patrimonial deben examinarse los datos y pruebas recogidos en la PR y que resultan del expediente en que se formula.

2. De la PR, en su Fundamento jurídico QUINTO, se desprenden, entre otros, los siguientes datos en relación con la intervención quirúrgica -la cesárea- practicada:

4º) Que en el momento de la cesárea se hallaban presentes en el quirófano todo el personal facultativo y sanitario necesarios para este tipo de intervención [a saber: cirujano ginecológico, residente de Ginecología, anestésista, neonatólogo, matrona, ATS instrumentalista, ATS circulante y dos auxiliares). Asimismo se disponía de material sanitario necesario para prevenir accidentes obstétricos fortuitos (incubadoras, material para reanimación neonatal, (...)].

5º) Que la cesárea se realizó según técnica habitual, sin incidencias hasta la extracción del primer feto, en cefálica; momento en el cual se produce desprendimiento masivo de placenta, que la paciente expulsa, literalmente, a través de la incisión uterina.

6ª) Que el desprendimiento masivo de la placenta se produjo de forma absolutamente fortuita y no debido a manipulación anómala o aplicación errónea de la técnica habitual en la extracción de fetos gemelares por parte del facultativo responsable del caso.

7º) Que el desprendimiento masivo de la placenta fue la causa de que el segundo gemelo sufriera crisis anóxica aguda, responsable de las consecuencias perinatales que sufre el mismo.

8º) Que el desprendimiento de placenta es una complicación inherente a todo embarazo gemelar, provocado por las variaciones de volumen que se producen en un útero gemelar tras la extracción del primer feto y salida de líquido amniótico, y que la indicación de la cesárea iba dirigida a prevenir, entre otros, esta complicación.

9º) Que, en el caso de haber realizado parto por vía vaginal del segundo feto, al no haberse podido extraer con la celeridad que permite la cesárea, probablemente, no hubiera sobrevivido.

10º) Que, como ya quedó expuesto, en el momento de la extracción del segundo feto se hallaba presente el neonatólogo, quien procedió, de inmediato, a la reanimación fetal.

Estos datos se estima han quedado acreditados, no sólo con la Historia Clínica, sino además con la declaración de los testigos que efectivamente declararon y que fueron el cirujano especialista en Obstetricia y Ginecología, su colaboradora Residente de la misma especialidad, la especialista en Pediatría y la anestesista que asistieron a la cesárea. Quizás hubiera sido más completa la acreditación si hubieran declarado los testigos que fueron rechazados y que estuvieron presentes, pero, se insiste, que razonable y lógicamente su declaración puede estimarse innecesaria. También resultan acreditados en los informes periciales, así el emitido por la Dra. M.P.Á.L., especialista en Pediatría (folios 432 a 435 del expediente), quien considera que "sí debe estar incluido un pediatra en el equipo facultativo en el supuesto de un parto gemelar y más si es por cesárea urgente o electiva" y que "en el historial clínico consta que había un pediatra y además que el neonato fue atendido inmediatamente", así como que "el neonato fue atendido, e inmediatamente se aspiró, se le intubó y ventiló con oxígeno y se le administró adrenalina intratraqueal". Y el también emitido por la Dra. M.V.B.M. (folios 429 a 481 del

expediente), especialista en Anestesia, que considera que “la actuación de los facultativos fue correcta, ya que no se produjeron más complicaciones (es frecuente que tras un desprendimiento de placenta se acompañe una hipovolemia por sangrado). La duración de la cesárea de una hora, se puede considerar dentro de los límites normales, y el postoperatorio cursó en todo momento sin problemas”.

De estos datos y pruebas claramente se desprenden estas conclusiones: a) que el parto gemelar tiene siempre severas complicaciones y más en las circunstancias en las que se presentaba el caso que nos ocupa; b) que la cesárea para la extracción de los fetos era la solución más adecuada para prevenir las mayores dificultades para mantener con vida al segundo de los fetos; c) que, no obstante, la cesárea suponía importantes riesgos, especialmente el que se produjo, desprendimiento de la placenta; d) que para prevenir estos posibles riesgos estaban presentes en la intervención todo el personal facultativo y auxiliar que requería esta intervención y se contaba con el material sanitario necesario; e) que efectivamente se produjo el desprendimiento masivo de la placenta que la paciente expulsó a través de la incisión uterina; f) que ésta fue la causa de que el segundo gemelo sufriera crisis anóxica aguda, responsable de las consecuencias perinatales que sufre el mismo; y g) que este gemelo fue inmediatamente atendido por la especialista en pediatría presente en la intervención y adecuadamente tratado.

Queda, pues, patente que evidentemente la causa determinante de las anomalías que padece el segundo gemelo en ser extraído fue el desprendimiento de la placenta que ocasionó la crisis anóxica sufrida por dicho gemelo. Y parece también claro que la actuación del personal facultativo fue correcta según su “*lex artis*”. Ahora bien, teniendo en cuenta el criterio objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas antes fundamentado, lo ocurrido excluye en este supuesto la responsabilidad del SCS. Estimamos, siguiendo los informes y dictámenes médicos, que el origen del desprendimiento de la placenta y subsiguiente anoxia es “endógeno” o propio de la biología y no consecuencia de la manipulación de los profesionales intervinientes en la cesárea. Y, aunque fuera un riesgo previsible, dado que son circunstancias que se producen en tales supuestos, sin embargo se pusieron los medios razonables para evitar sus consecuencias perjudiciales. Es más, el recién nacido fue inmediatamente debidamente asistido y tratado.

Frente a estas conclusiones obtenidas por este Consejo del conjunto de informes, dictámenes periciales, declaraciones de testigos y de la misma Historia Clínica, sólo



existe una duda que plantea el informe médico del Forense Dr. M.-P. (folios 529 a 545), puesto que en la conclusión 3ª del mismo, afirma "que no ha sido posible determinar con exactitud el tiempo durante el cual permaneció sin recibir oxígeno ni reanimación", y todo ello basado en unas presunciones que establece en la página 16 (folio 574 del expediente) de su informe, en cuanto al lapso de tiempo entre uno y tres minutos, en el que el segundo feto se encuentra en situación de falta de aporte de oxígeno, por lo que a él le cuesta trabajo pensar que en ese lapso de tiempo se haya podido producir la anoxia cerebral capaz de producir la encefalopatía hipóxica hisquémica con lesión de tejido cerebral. Lo que le lleva a pensar "o bien que el neonatólogo no se encontraba en el quirófano en el momento en que se extrajeron los gemelos acudiendo al mismo inmediatamente después, o bien que el tiempo transcurrido entre la extracción entre el primero y segundo gemelo fue mayor (...)". Sin embargo, esta duda basada en presunciones, que exigen la prueba concluyente del hecho indiciario, está en absoluta contradicción con los restantes medios de prueba, especialmente los otros dictámenes periciales emitidos por profesionales especialistas en Pediatría y Anestesiología, designados por el Colegio Oficial de Médicos de Santa Cruz de Tenerife, y también por la declaración como testigo de la Dra. M.R.P., Facultativa especialista en Pediatría, que estuvo presente durante la cesárea y que asistió al recién nacido como responsable directa.

3. Finalmente, la asistencia sanitaria incluye tanto la atención médica propiamente dicha como cualquier otra preparatoria, de apoyo o complementaria y suplementaria a la misma, formando parte de ella, como señala la normativa aplicable, la obligación de informar al paciente no sólo el tratamiento u operación a producir y las alternativas al propuesto, con cierta capacidad electora del usuario, sino también de los riesgos que comporten aquél y los medios para evitarlo, del todo o al máximo posible.

Sobre este particular no resulta muy explícito el expediente. Frente a la afirmación de los reclamantes de no haber sido suficientemente informados, está la declaración de los profesionales que asistieron a la cesárea y atendieron en todo momento a la madre en el embarazo y en la intervención quirúrgica que mantienen que estaban suficientemente enterados. De todo lo actuado sí parece que hubo información suficiente a la paciente y su esposo, pero sería, en base a los derechos proclamados en el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad,

exigible que hubiera una mayor documentación en los expedientes del Servicio Canario de Salud sobre esta información.

## **C O N C L U S I Ó N**

Salvo la deficiencia formal señalada en el Fundamento III, la Propuesta de Resolución es ajustada a Derecho.