



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 2 8 / 2 0 1 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 30 de junio de 2010.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por L.M.C.R., en nombre y representación de R.V.M.R., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 381/2010 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad en comunicación de fecha 6 de mayo de 2010 (RE 27-05-10), es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los arts. 12.3 y 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, este último precepto, con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar, de R.V.M.R., al pretender el resarcimiento de un daño que se le irrogó en su persona, cuyo origen se imputa a la asistencia sanitaria

* PONENTE: Sr. Reyes Reyes.

prestada por el Servicio Canario de Salud, actuando, en este caso, mediante representación debidamente acreditada.

En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

2. Se cumple igualmente el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues ésta se presenta el 19 de agosto de 2005 ante el Servicio Canario de la Salud, pero se había interpuesto reclamación previamente en el ámbito sanitario ante la Oficina de Atención al Usuario de los Servicios Sanitarios el 6 de septiembre de 2004, tras haber recibido el alta médica la reclamante el 14 de agosto de 2004 tras el proceso asistencial por el que reclama.

3. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

4. La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

III

1. La parte interesada basa su pretensión en los siguientes hechos:

“Primera.- Que con fecha 7 de agosto de 2004, la reclamante ingresa por el Servicio de Urgencias del Hospital Ntra. Sra. de La Candelaria por le Servicio de Obstetricia y Ginecología (Dra. A.R.L.) en la semana 33 de gestación gemelar.

El segundo día de ingreso por la noche después de la cena la reclamante informa a la enfermera de que no nota los movimientos de los fetos, solicitando urgentemente que llamara al médico de urgencia.

La enfermera, haciendo caso omiso de la solicitud le responde que no era necesario llamar al médico de urgencia pues lo que le sucedía a la reclamante según

la consideración de la enfermera era normal contestándole que los niños en tan avanzado estado de gestación crecían mucho y no se podían mover en la bolsa.

La reclamante insistía en que llamara al médico de urgencia pues ésta no consideraba normal lo que le ocurría a lo que la enfermera (ATS) le recomienda que se dé masajes en la barriga insistiendo que no era nada que todo era normal por lo que a pesar de la desesperación de la reclamante la ATS no llama al médico.

A la mañana siguiente, día 9 de agosto de 2004, la reclamante a la vista de que la enfermera del turno de noche del día anterior hace caso omiso de su situación le plantea la situación a la enfermera del nuevo turno quien, considerando la gravedad de los hechos cual era que los fetos, según comunicación de la reclamante no se movían, llama al médico y se realiza una ecografía abdominal, objetivándose éxitus fetal de uno de los fetos y bradicardia severa del otro. Se indica cesárea urgente, al mismo día 9 de agosto de 2004, naciendo, a las 9:50 horas RN varón de 2.300 gr. de peso, Apgar 0/1/2, y a las 9:53 horas, RN varón éxitus.

Segunda.- Por tanto cuando se produce la intervención médica ya era tarde para evitar el fallecimiento de los fetos, que fue tristemente lo que ocurrió y fue el resultado de la defectuosa asistencia sanitaria recibida por la reclamante.

Tercera.- Que la reclamante fue valorada por el Servicio de Psicología a petición de la familia debido al estado traumático en que se encontraba al conocer la pérdida de los gemelos.

Cuarta.- La reclamante es dada de alta el 13 de agosto de 2004.

Quinta.- La reclamante efectuó la reclamación pertinente exponiendo los hechos ocurridos con fecha 6 de septiembre de 2004 no obteniendo respuesta hasta el día de hoy”.

Se solicita indemnización de 240.404,84 euros.

Se acompaña, junto con el escrito de reclamación, informe de la intervención quirúrgica e informe de alta del Hospital Ntra. Sra. de La Candelaria, informes anatomopatológicos de los fetos y copia de la reclamación efectuada por la reclamante el 6 de septiembre de 2004.

IV

1. En este procedimiento, el plazo de resolución está vencido, sin que se justifique la demora, lo que, sin perjuicio de los efectos y responsabilidades que ello

comporte, no exime a la Administración de resolver expresamente [arts. 42.1 y 7 y 141.3 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC)].

Por otra parte, constan en este procedimiento las siguientes actuaciones:

1) El 20 de septiembre de 2005, lo que se notifica a la interesada el 9 de noviembre de 2005, se identifica el procedimiento, y se insta a aquélla a la mejora de su reclamación, con aportación de determinados documentos, lo que ésta cumplimenta el 21 de noviembre de 2005.

2) Por Resolución de 9 de diciembre de 2005 de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud se admite a trámite la reclamación de la interesada, acordando la suspensión del procedimiento entre la solicitud y la recepción del informe del Servicio, y remitiendo la documentación del expediente a la Dirección Gerencia del Hospital Ntra. Sra. de La Candelaria para que continúe su tramitación, conforme a la Resolución de 22 de abril de 2004 del Director del Servicio Canario de Salud.

3) El 9 de diciembre de 2005 se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones, que lo emite el 19 de abril de 2006, tras recabar la historia clínica de la paciente obrante en el Hospital Ntra. Sra. de La Candelaria y en el CAE J.A. Rumeu Hardisson, así como informe del Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del citado Hospital.

4) El 2 de junio de 2006, por haberse solicitado por la interesada como medio de prueba, se requiere la remisión de informes anatomopatológicos obrantes en el Servicio de Anatomía Patológica del Hospital de la Candelaria, que se remite el 7 de junio de 2006, así como informe psicológico al Servicio de Psiquiatría, remitiéndose el 19 de junio de 2006, e informe ginecológico a la Dra. R.L., remitido el 21 de junio de 2006.

Asimismo, por haberse interesado también como prueba por la interesada, el 5 de junio de 2006 se solicita a la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la designación de perito especialista en Medicina Legal y Forense. Ahora bien, tras solicitarse listado al Colegio de Médicos acerca de cuáles de estos especialistas constan dispuestos a actuar como peritos, se contesta que no hay ninguno a tal efecto, pero no obstante se manda la lista de estos especialistas, por lo que el 15 de marzo de 2007 la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud remite esta información a la Dirección Gerencia del hospital, desde donde se informa a la

reclamante el 4 de abril de 2007, con la advertencia de que puede ella aportar la prueba pericial a su costa (recibe notificación el 16 de abril de 2007).

5) Por acuerdo sobre trámite probatorio, de 8 de abril de 2009, se admiten a trámite las pruebas propuestas por la parte interesada, con excepción de la consistente en que se libre oficio para recabar los datos de las personas ingresadas con aquélla en la habitación del Hospital, por vulnerar la LO 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos. Dado que todo obra ya en el expediente se declara concluida esta fase. Ello se notifica a la reclamante el 7 de mayo de 2009.

6) Por acuerdo de 16 de junio de 2009, notificado a la interesada el 16 de junio de 2009, se abre trámite de audiencia, realizando ésta alegaciones el 21 de agosto de 2009.

7) Con posterioridad a estas alegaciones se solicitó informe al Jefe de Obstetricia y Ginecología del Hospital de la Candelaria, que lo emite el 15 de octubre de 2009, por lo que se concede nueva audiencia a la interesada, sin que consten alegaciones en este momento.

8) El 3 de febrero de 2010 se remite desde la Dirección Gerencia del Hospital de la Candelaria a la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud las alegaciones de la interesada junto con la reclamación inicialmente interpuesta el 6 de septiembre de 2004 ante Atención al Usuario, así como la contestación ofrecida por la enfermera a quién la interesada reclamó la atención médica, a efectos de que se emita nuevo informe por el Servicio de Inspección y Prestaciones. Tal informe se emite el 19 de febrero de 2010. En el mismo se admite estimación parcial de la reclamación cuantificando la misma en 91.101,05 euros por la pérdida de uno de los fetos al concretarse la responsabilidad en la pérdida de oportunidades de la reclamante, tras verificarse que la enfermera no llamó al médico ante las quejas de la paciente.

9) A la vista de tal informe, el 24 de febrero de 2010 se concede a la reclamante un nuevo plazo de audiencia, viniendo ésta a oponerse en sus alegaciones de 18 de marzo de 2010 a la estimación parcial del informe del Servicio, por obviar a uno de los fetos.

10) El 22 de marzo de 2010 se emite informe Propuesta de Resolución por la Dirección Gerencia del Hospital de la Candelaria, dictándose el 13 de abril de 2010 Propuesta de Resolución por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud,

que, habiendo sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico el 3 de mayo de 2010, se eleva a definitiva el 6 de mayo de 2010. En ella se estima parcialmente la pretensión de la reclamante, mas, no se pronuncia sobre las alegaciones efectuadas por ella el 18 de marzo de 2010.

V

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución viene a reconocer la responsabilidad de la Administración, mas, no con el alcance reclamado, y ello en virtud del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, de 19 de febrero de 2010. En el mismo se señala:

“Revisado el expediente y teniendo en cuenta que la enfermera del turno de noche ha reconocido que la reclamante le expuso sus dudas sobre el movimiento fetal, sin que ello derivara en actuación sanitaria y sin que, no obstante, se pueda garantizar el resultado, podemos hablar de falta de oportunidad, por lo que se propone la cuantía indemnizatoria que corresponde al fallecimiento de uno de los fetos.

Teniendo en cuenta la Resolución de 20 de enero de 2009, de la Dirección General del Seguros y Fondos de Pensiones Tabla I, Indemnizaciones básicas por muerte (incluidos daños morales), Grupo IV víctimas sin cónyuge (3), ni hijos y con ascendientes. Apartado Convivencia con la víctima, hasta 65 años, le corresponde la cantidad de 96.101,05 euros”.

2. Sobre el contenido de la Propuesta de Resolución se formulan las siguientes observaciones:

En primer lugar, no se contesta en ella, como lo exige el art. 89.1 LRJAP-PAC, a las alegaciones realizadas por la reclamante en su escrito de 18 de marzo de 2009 en el que manifiesta su desacuerdo con el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones en cuanto a la estimación parcial, por obviar la pérdida de uno de los fetos.

En segundo lugar, lo que proviene del informe en el que se funda la Propuesta de Resolución, no se justifica el criterio de indemnización, esto es, por qué sólo se indemniza por el daño generado por la muerte de uno de los fetos, siendo dos, y además, por qué se llega a esta conclusión a través del uso del criterio de pérdida de oportunidades.

Entendemos que el daño originado se ocasionó por haberse privado a la reclamante de una atención médica adecuada, producido desde el momento en que la interesada manifestó, durante la noche del 8 de agosto de 2004, no notar movimientos fetales, cuando -según consta en la historia clínica- que el día del ingreso se le hizo una ecografía con resultado normal (hoja correspondiente al 7/9/04: *“Tras comprobación ecográfica de LCF (+) de ambos fetos (...)”*).

La responsabilidad de la Administración, en este caso, se produce por falta de puesta a disposición de la paciente de los medios adecuados: personales, por no haberse requerido la presencia de médico, y materiales, lo que proviene de lo anterior, y es que, de haber acudido el médico, al que no avisó la enfermera del turno de noche, éste hubiera realizado en ese momento las pruebas pertinentes, adoptando las medidas adecuadas a sus resultados, lo que no se hizo hasta la mañana siguiente, momento en el que ya sólo pudo verificarse la muerte de uno de los fetos y la bradicardia severa del otro, que tampoco sobrevivió a pesar de nacer vivo tras la práctica de cesárea urgente.

Hasta tal punto llega la inactividad asistencial, que, a pesar de las manifestaciones de la paciente, que fueron reconocidas por la propia enfermera que la asistió, ésta ni siquiera hizo constar en la hoja de observaciones de la paciente la queja de ésta acerca de la falta de movimiento fetal, optando, además, por ofrecer ella misma su criterio de que esta ausencia de movimiento era normal, y su solución: que se diera masajes la barriga, sin llamar al médico.

Sin embargo, se ha comprobado que tal recomendación no era normal, y, desde luego, siéndolo o no, se debió llamar al facultativo especialista, quien, en cualquier caso, determinaría tal cosa o no. Se constata a la mañana siguiente el fallecimiento de uno de los fetos y la bradicardia severa del otro, tras ecografía realizada por la ginecóloga a instancia de la enfermera del nuevo turno. Así pues, consta en los informes anatomopatológicos de las autopsias de los recién nacidos: respecto del nacido muerto (extraído en segundo lugar): asfixia fetal subaguda, de lo que, por cierto, no consta alusión alguna en el primer informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, que sólo alude al contenido de la autopsia del feto nacido vivo; respecto del nacido vivo, pero muerto después: anemia severa y hemorragia cerebral.

Estos datos, unidos a la constancia en la historia clínica, de que el día del ingreso ambos fetos estaban en buen estado (ecografía del 7/08/04), junto con las quejas no

atendidas de la paciente el día 8, permiten entender que, si bien no es posible afirmar que los bebés hubieran vivido de actuarse en el mismo momento de la queja de la gestante, desde luego, sí se privó a ésta de la oportunidad de que se intentara por todos los medios disponibles.

En este caso, en efecto, no puede dudarse de que la omisión de adecuada atención producida en la madrugada del 9 de agosto de 2004 a la gestante afectó a la correcta consecución del curso causal que hubiera generado el nacimiento con vida de sus dos hijos, o no. Por esta razón debe indemnizarse a la reclamante.

Se considera, sin embargo, que no es correcto el criterio utilizado por el informe del Servicio relativo a la indemnización por muerte de uno de los hijos.

A la vista del expediente, desde luego, el feto nacido muerto no llegó a ser viable a efectos jurídicos (art. 30 del Código Civil), pero, respecto del nacido vivo (al que suponemos que refiera la indemnización propuesta en el informe del Servicio, pues no podría ser de otro modo refiriéndose a las tablas por muerte de personas), a pesar de que consta que se reanimó al nacer, y que el día 11 de agosto de dio la noticia a la reclamante del fallecimiento del mismo, no queda claro el momento exacto de su muerte, por lo que, ni siquiera es segura la aplicación del criterio del cálculo indemnizatorio por fallecimiento de persona con las previsiones contenidas en las tablas aplicables al efecto, para lo que, ante todo, debe partirse de haber alcanzado el nacido vivo la consideración de persona a efectos legales.

Este daño, por ser de consideración moral, no puede basarse en criterios materiales, sino en la ponderación de todas las circunstancias de la reclamante. Así, ha de considerarse, que la frustración de sus expectativas de ser madre se concreta en dos hijos, lo que incrementa el perjuicio.

Puesto que la indemnización solicitada por la reclamante aúna el daño de la pérdida de los dos fetos, y el daño moral generado de ello, concretándose en la cantidad total de 240.404,84 euros, entendemos que debe reconocérsele el derecho a ser resarcida por el daño moral, que no por el material o físico de la pérdida efectiva de los fetos, por las razones expuestas, de lo que resultaría una indemnización de 120.000 euros, que sería la cantidad resultante de aminorar la solicitada al restarle la cantidad aproximada que vendría a cubrir la pretensión no justificable.

C O N C L U S I Ó N

No se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen. Procede indemnizar a la reclamante, en concepto de resarcimiento por daños morales, la cantidad alzada de 120.000 euros.