



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 7 9 1 / 2 0 1 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de noviembre 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 M.L.T.F. y N.M.N., en nombre propio, y en nombre y representación de su hijo menor O.N.T., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 738/2010 IDS)\*.*

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

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. La solicitud de Dictamen, de 13 de septiembre de 2010, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 28 de septiembre de 2010. 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.

2. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de M.L.T.F. y N.P.N., y de su hijo menor O.N.T., cuya representación legal la ostentan sus padres, al pretender el resarcimiento de un daño que se les irrogó en su esfera personal como consecuencia, presuntamente, de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de Salud.

---

\* **PONENTE:** Sr. Suay Rincón.

3. 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.

4. 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 Salud.

5. 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.

6. Se cumple, por otra parte, el requisito de la no extemporaneidad de la reclamación, pues la reclamación que da lugar al procedimiento que nos ocupa se presentó en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud el 22 de septiembre de 2006, habiéndose determinado el daño por el que se reclama el 7 de marzo de 2006, fecha en la que se determina el grado de invalidez del menor.

## II

Los hechos que son objeto de la reclamación que nos ocupa y en los términos expresados por los reclamantes, son los siguientes:

Con fecha 15 de junio de 2005 a las 23:07 horas M.L.T.F., de 33 años de edad, estando a término de su gestación (30+6), ingresó en el Servicio de Urgencias de la Clínica H.T. por presentar rotura de bolsa, tras haber sido controlada la gestación durante el embarazo por un especialista en la misma Policlínica Tamaragua sin ningún problema.

Transcurridas más de dos horas desde su ingreso, siendo ya las 01:30 horas aproximadamente, fue explorada por una de las dos matronas que atendían en el Servicio de Urgencias de maternidad; nunca por médico especialista en Ginecología y Obstetricia dado que no existía ninguno de guardia de presencia física. Tras dicha exploración inicial, sin monitorización, fue derivada a planta donde pasó la noche presentando contracciones que tampoco fueron controladas por el personal del Centro a pesar de ser advertidas por la paciente. Continuaba sin practicarse

monitorización aunque en alguna hoja clínica se diga que la frecuencia cardiaca era normal: no existe hoja de registro cardiotocográfico en la historia clínica.

Las contracciones se hicieron insoportables a las 10:00 horas encontrándose en todo momento sin asistencia médica especializada: cuando “eran las 12:30 horas decidieron el traslado a Paritorio (debía llevar tiempo con dilatación completa) y ello sin asistencia del ginecólogo, comenzando las maniobras de expulsión con la única presencia de la matrona y enfermera hasta que a los 15-20 minutos aproximadamente advirtió dificultades en la expulsión, según sus palabras el niño se ha encajado no progresa”. En esos momentos la tensión era muy palpable en la matrona que se veía incapaz de conseguir la expulsión del bebé.

El Ginecólogo llegó a las 13:40 horas cuando la madre no tenía fuerzas ya para empujar.

Finalmente, con la ayuda de Vacuum obstétrico y episiotomía aplicados por el ginecólogo, se logró concluir el parto. Estas técnicas, lógicamente, no se aplicaron antes por la ausencia de médico especialista.

O.N.T. nació a las 13:45 horas aproximadamente, sin respiración espontánea, desconociendo el tiempo que estuvo en esa situación por falta de monitorización durante el parto y falta de vigilancia y control previo por el Ginecólogo. Por este motivo precisó maniobras de resucitación activa con ambú y aspiración nasofaríngea que tuvo que efectuar la matrona debido a la añadida ausencia en el paritorio de médico anestesiólogo y pediatra disponibles. Mientras, el ginecólogo se encargaba de coser a la madre.

Esta situación se prolongó más de 15 minutos sin que se consiguiera por la matrona resultado positivo alguno; y, ante esta situación, se llamó reiteradamente al pediatra, que no fue localizado. Posteriormente, se personó un médico de guardia que tampoco logró estabilizar al bebé, hasta que al rato apareció un anestesiólogo que procedió a su intubación, procediéndose, posteriormente, a trasladar al recién nacido a la Unidad de Neonatos del Hospital Universitario de Canarias, para lo que activaron, a las 14:25, horas una ambulancia medicalizada del Servicio Canario de Salud.

A las pocas horas del nacimiento, ya en el Hospital Universitario de Canarias, O.N.T. comenzó a sufrir fuertes convulsiones y crisis clónicas de las cuatro extremidades que precisaron sedación profunda y tratamiento anticomitial para su

reversión. Allí, tras la realización de diversas pruebas se diagnosticó: asfixia perinatal; encefalopatía hipóxico isquémica; convulsiones neonatales.

Consideran los reclamantes que todas estas alteraciones se corresponden con una encefalopatía de origen hipóxico-isquémica, consecuencia del sufrimiento que soportado por el bebé durante el parto al faltarle el oxígeno sin que fuera debidamente tratado debido a la falta de medios relatada más arriba. Además, los padres han sido sometidos a estudios que muestran resultados dentro de la normalidad, habiéndose descartado una etiología congénita. Asimismo, consta la inexistencia de patología intercurrente durante el embarazo, la presencia de aguas claras en el momento de la rotura de bolsa, el largo número de horas que estuvo sin controlar (no consta siquiera la evolución de la dilatación), las técnicas de ventosa y episiotomía empleadas, el bajo puntaje en el test de Apgar al nacimiento, la reanimación ayudada de intubación y aspiración con previa aportación de oxigenoterapia con ambú a presión positiva, la evolución neonatal inmediata y tardía y el diagnóstico de las pruebas practicadas.

En resumen, se trata de un parto en el que no hay constancia de que se realizara ninguna exploración a la parturienta, ni auscultación de la FCF en las horas anteriores al comienzo del periodo expulsivo ni durante el transcurso del mismo hasta la terminación del parto. La encefalopatía que presentó el recién nacido es compatible con la existencia de un sufrimiento fetal agudo intraparto agravado por la falta de respuesta adecuada en la reanimación.

Se solicita por todo lo expuesto una indemnización de 900.000 euros: este último presenta un 83% de minusvalía (reconocimiento de la condición de minusválido desde el 7 de marzo de 2006, por padecer discapacidad múltiple por encefalopatía de etiología sufrimiento fetal perinatal) como se acredita mediante la documentación aportada en la reclamación, lo que implica que precisará de la asistencia de una tercera persona y que nunca podrá valerse por sí mismo ni siquiera para las labores más sencillas y elementales.

Además, se añade que la evolución del desarrollo psicomotor del menor se ha visto condicionada por una parálisis cerebral severa, con incontinencia motora y tetraparesia espástica e imposibilidad para la expresión verbal, que ha requerido rehabilitación, con dificultades para la alimentación, y paralelamente ha tenido numerosos accesos febriles con crisis convulsivas por focos ORL, siendo el diagnóstico de encefalopatía anóxica cerebral, por sufrimiento fetal *intrapartum* severo.

### III

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 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC).

2. Por otra parte, constan practicadas, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial que nos ocupa, las siguientes actuaciones:

1) El 10 de octubre de 2006 se identifica el procedimiento y se insta a los reclamantes a mejorar su reclamación, lo que viene a hacerse el 16 de enero de 2007.

2) Por Resolución de 22 de enero de 2007, de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación de los interesados, lo que se notifica a éstos el 31 de enero de 2007 y a la Clínica H.T. el 31 de enero de 2007, solicitando este último, mediante escrito con registro de entrada de 18 de abril de 2007, que se le tenga por parte interesada y se le remita la documentación relativa al expediente. No obstante, adecuadamente, según se ha indicado en otras ocasiones por este Consejo Consultivo, no se le ha tenido por parte interesada, siendo sólo considerada como un tercero al que se le ha pedido información pertinente en cada momento.

3) Por escrito de 22 de enero de 2007 se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones, que se emite el 23 de noviembre de 2009, a cuyos efectos se recaba la documentación oportuna. Así, el 7 de marzo de 2008, se solicita copia de la historia clínica del hijo de los reclamantes obrante en el HUC y de la madre, obrante en la Clínica H.T.

En aquel informe se recoge:

*“La reclamante tras una gestación normal, ingresa en el Centro Sanitario H. T. el día 15 de junio de 2005 con embarazo de 39 semanas y 6 días por rotura de membranas; la rotura de bolsa, según las anotaciones clínicas, se produce a las 23 horas del 15 de junio de 2005.*

*Se constata la realización de toma de constantes y registro de frecuencia cardíaca dentro de límites normales a las 00:02 horas del día 16 de junio de 2005;*

*mostrando presentación cefálica, plano 0, líquido amniótico claro y no dinámica uterina.*

*Figura registro de frecuencia cardíaca fetal (FCF) efectuado en la siguiente hora al ingreso con resultado de normalidad y constantes RH 0 + a las 1:26 horas.*

*El estudio de la FCF constituye el método más utilizado actualmente para conocer el estado de oxigenación del feto.*

*Consta que el día 16 de junio de 2005, a las 7:00 horas, se realizó monitorización FCF con resultado de normalidad se baja a pantano alrededor de las 12:00 horas, inicia dinámica uterina y FCF de 160pm; por tanto hasta ese momento la situación no es sospechosa de alteración del bienestar fetal:*

*Dilatación completa a las 13:00 horas. Consta que las monitorizaciones practicadas muestran registros fetales y características exploratorias uterinas normales. Dinámica espontánea de buena intensidad y frecuencia cardíaca fetal con buena variabilidad. No se objetiva trastorno de la FCF en el registro que sea sospechoso de alteración del bienestar fetal. Por todo lo anteriormente descrito se concluye:*

- No existe sospecha prodrómica de sufrimiento fetal.*
- Presentación cefálica con parto instrumental mediante ventosa para ayuda al expulsivo.*
- La indicación de aplicar ventosa se establece por cansancio de la madre en el trabajo de parto.*
- La maniobra de vacuum obstétrica descrita por el ginecólogo está registrada en la hoja de parto sin incidencia alguna sobre el proceso.*
- La indicación de permitir el parto por la vía vaginal fue correcta.*
- La evolución del parto demuestra que no existían signos de desproporción pévico-cefálica.*
- La asistencia con ventosa con la finalidad de abreviar el expulsivo por agotamiento materno es justificado.*
- La no implicación de la talasemia minor, surcos borrados ni procedencia de cordón en el resultado final.*
- A resaltar la anotación en la radiografía de tórax «pulmón húmedo» diagnosticado a las 19:00 horas del nacimiento, tratado con antibioterapia,*

*registrada y constatable en la documentación clínica, podría ser originaria o favorecedora de la situación presentada.*

*- Figura la placenta sin nudos ni circulares.*

*- No necesidad de realizar el Ph fetal por no existir datos sugestivos de sospecha de alteración del bienestar fetal.*

*La neumonía por aspiración o aspiración meconial es una inflamación de los pulmones debido a que en ellos entran sustancias extrañas, con líquido amniótico o meconio del bebe. Esto suele ocurrir en los últimos momentos del parto. Esa inflamación produce al bebe dificultades para respirar. Este problema afecta con más frecuencia a bebés que nacen postérmino que a los prematuros*

*Como asegura el Jefe de Servicio de Ginecología de la Clínica H.T. «el tiempo de duración de la aplicación de vacuun obstetricia dentro de lo establecido Partogramas normales a su llegada al centro hospitalario, a las 7:00 horas y durante el parto, líquido amniótico en todo momento claro».*

*Se entiende correcto el seguimiento llevado a cabo durante el parto por la matrona que incluye guiar y servir de apoyo, controlando que todo vaya bien; controla la dilatación y guía los pujos. Control del período de dilatación y el expulsito y al detectar posibles alteraciones y situaciones de emergencia obstetricia/o avisa al ginecólogo (detectable mediante examen físico, situación clínica) como así se hizo.*

*En resumen, la atención al parto fue correcta. Las complicaciones del recién nacido no eran previsibles y en base a los conocimientos actuales, tampoco prevenibles.*

*Todo lo relatado es indicativo de una correcta asistencia obstétrica, no encontrando ninguna acción que de forma razonable pueda atribuirse a mala práctica y a funcionamiento deficiente del Servicio Canario de la Salud”.*

4) El 6 de marzo de 2009 los interesados solicitan certificado de actos presuntos, lo que se emite por la Administración el 10 de marzo de 2009, recibéndolo aquéllos el 23 de marzo de 2009.

5) El 26 de noviembre de 2009 se dicta acuerdo probatorio, que es notificado a los interesados el 9 de diciembre de 2009. En el mismo se estiman pertinentes las

pruebas propuestas, y se decide no abrir periodo probatorio al tratarse de documentos obrantes en el expediente.

6) El 20 de enero de 2010 se acuerda la apertura del trámite de audiencia, del que se notifica a los reclamantes el 29 de enero de 2010.

Éstos por comparecencia personal de 3 de febrero de 2010 retiran copia del expediente íntegro, formulando alegaciones el 16 de marzo de 2010, fuera de plazo. En ellas se manifiesta, básicamente que fue la matrona quien tuvo que aplicar el ambú y realizar maniobras de resucitación por tiempo indeterminado porque en el quirófano no había pediatra. Asimismo, tuvo que ser un anestesiólogo, sin la ayuda de ningún pediatra, quien intubara al bebé.

Finalmente, señalan que en la historia clínica no se indica el motivo de parada del bebé durante el parto, tampoco la duración que tuvo.

7) El 16 de marzo de 2010 se da traslado de las alegaciones de los interesados a la Clínica H.T. a fin de que emita informe sobre los extremos que se plantean en aquéllas, remitiéndose por su parte, el 31 de marzo de 2010 (RE 6 de abril de 2010, los registros cardiotocográficos, informe obstétrico e informe de alta de la paciente.

8) En relación con aquella información y a la vista de las alegaciones de los interesados, el 12 de abril de 2010 se solicita nuevamente a la Clínica H.T. informe en relación con la actuación de la matrona y la ausencia de pediatra en el momento de realizar las maniobras de reanimación. Tal informe se remite el 6 de mayo de 2010 (RE 11 de mayo de 2010).

9) El 14 de junio de 2010 se emite por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud Propuesta de Resolución en la que se desestima la pretensión de la parte interesada, lo que se eleva a definitivo el 13 de septiembre de 2010 tras haber sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico el 20 de agosto de 2010 (con ciertas observaciones formales).

## IV

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión de los reclamantes con fundamento en la documentación obrante en el expediente, argumentando lo siguiente:

*“Por todo lo expuesto (por remisión, en especial, al informe del Servicio de Inspección y Prestaciones y al resto de los informes posteriores obrantes en el expediente), el daño sufrido no era previsible ni evitable, conforme al actual*

*conocimiento de la ciencia ( la ciencia médica no sabe la causa exacta por la que algunos bebés, aspiran meconio a los pulmones en el momento del parto, sólo saben que ocurre en un pequeño porcentaje de casos) por lo tanto, no puede considerarse antijurídico, no existiendo ningún indicio de mala praxis.*

*(...) El Servicio de Inspección y Prestaciones indica, a la luz de la historia clínica de la paciente y de su hijo, que se efectuó un seguimiento correcto (consta monitorización, registros de frecuencia cardíaca, toma de constantes, etc). La inflamación en los pulmones del bebé pudo ser el origen o favorecer la situación que se presentó”.*

2. Entendemos, sin embargo, que la Propuesta de Resolución no se ajusta a Derecho, dada la información que obra en el expediente, y siguiendo los mismos argumentos expresados en ella; *a sensu contrario*, en realidad.

Por un lado, en relación con el argumento relativo a la ausencia de monitorización de la paciente, como señalan los interesados, no constan más que registros del momento de ingreso, siendo los aportados por la Clínica los correspondientes a las 00:01 horas hasta las 01:20 horas de no se sabe qué fecha, pues no consta la misma en los registros. La paciente es llevada al paritorio a las 12:30 horas del día 16 de junio de 2006. Nada se aporta al respecto.

Por otra parte, en una de las hojas de seguimiento del niño una vez que ingresa en el HUC, el mismo día 16 de junio de 2006, consta, al margen anotación en la que se lee: *“registro cardiotocográfico aparentemente normal (informe verbal)”*. Por tanto, tampoco consta que se hayan remitido al HUC a efectos de determinar con exactitud el proceso del parto del que nació el bebé sin respirar.

Es decir, siendo la Administración la que, por virtud de la teoría de la facilidad probatoria, debió haber probado el adecuado seguimiento del proceso de parto, no lo ha hecho adecuadamente.

Ya de este propio hecho se deriva el que no puedan sostenerse los demás argumentos expresados por los reclamantes.

Si se hubiera producido un adecuado seguimiento por monitorización de la paciente en todo momento, desde su ingreso en el centro hospitalario, se podría haber advertido el sufrimiento fetal, lo que habría llevado a la intervención del ginecólogo con anterioridad a cuando se hizo, adecuando su actuación a las circunstancias que se presentaban.

Se señala en varias ocasiones la ausencia de presencia física de ginecólogo en el centro, presencia requerida una vez que la paciente ya no puede más en el proceso expulsivo, no constando en ningún momento anterior la actuación de ningún médico, tan solo las matronas y enfermeras, lo que determinó, junto con la ausencia de monitorización, la no asunción de medidas adecuadas en el momento oportuno.

Además, entre las funciones que se enumeran en el informe emitido por el jefe de ginecología de la Clínica H.T. correspondientes a las matronas, no está la reanimación del recién nacido, que debió haber sido realizada inmediatamente por pediatra, especialista ausente en el centro en aquel momento.

Máxime, cuando se reconoce por el ginecólogo que el bebé, al nacer, además de la ausencia de respiración espontánea, presenta “un fuerte olor”. De ello nada se dice en el expediente, mas se menciona en el informe emitido por el ginecólogo el 23 de junio de 2005 a instancia de los reclamantes; y sólo se informa, al parecer, al médico residente de pediatría del HUC el día del ingreso del menor por la tarde, cuando se pide más información al ginecólogo que “asistió” el parto.

En cualquier caso, y puesto que se reconoce a lo largo de la información aportada que la paciente ingresó con constantes normales, así como el feto, no habiendo antecedentes por parte de la madre o el padre que determinaran un torcimiento del proceso, habiendo quedado descartada, asimismo, la influencia de la talasemia minor de la madre, debe concluirse, como viene haciendo la jurisprudencia, que se ha producido un resultado desproporcionado que determina la responsabilidad de la Administración a partir de la inversión de las reglas rectoras de la distribución de la carga de la prueba.

3. En efecto, según declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008 (RJ/2008/5789):

*“El daño médico desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional (SS. 23 de mayo y 8 de de noviembre de 2007). En el caso de daño desproporcionado, o resultado “clamoroso, el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria (S. de 10 de junio de 2008). Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida (SS. 16 de abril de 2007, 30 de abril de 2007, 14 de mayo de 2008), de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación (S. 23 de mayo de 2007), creando o haciendo*

*surgir una deducción de negligencia (S. 16 y 30 de abril de 2007). La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el onus probando de la relación de causalidad y la presunción de culpa”.*

Con mayor grado de detalle abunda sobre esta argumentación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 30 de diciembre de 2002:

*“Tradicionalmente la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido advirtiéndolo que, en materia de responsabilidad médica, no tiene cabida la inversión de la carga de la prueba (...). No obstante, esta tesis tiene tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sus rectificaciones, matizaciones y reservas (...). La idea nuclear radica en la afirmación de que la posición, conocimientos profesionales y medios de que dispone el facultativo le hacen más fácil la prueba de la ausencia de culpa o negligencia en su actuación. (...). La misma jurisprudencia - sentencias de 2 de diciembre de 1996, 18 de febrero de 1997, 19 de febrero de 1998 y de 9 de diciembre de 1999, entre otras- ha venido a establecer, cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, y también propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar el interviniente, y no el paciente, justificando su adecuada actividad en una impuesta inversión de la carga de la prueba según aquellas sentencias reseñadas, esencialmente la última de ellas, que han venido estableciendo por razón de aquella desproporción de resultados que, con más facilidad que nadie, puede justificar el autor de la actividad de la que el mal resultado surge si es que este ha sido por propia culpa o por causa inevitable e imprevisible. En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2001”.*

Y, en fin, el Tribunal Supremo confirma este planteamiento, entre otras, con la Sentencia de 31 de enero de 2003:

*“La responsabilidad médica del demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que ha sido consagrada por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias: de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1999 y 30 de enero de 2003, que dice ésta última que el profesional médico debe responder de un resultado*

*desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla res ipsa loquitur (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla Anscheinsbeweis (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la faute virtuelle (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”.*

4. Se deriva de todo el proceso asistencial que nos ocupa, en suma, una ausencia de puesta a disposición de la paciente de todos los medios disponibles y necesarios por parte de la Administración, así como un deficiente uso de los que se tenían.

Así, con proyección ya sobre un caso próximo al que nos ocupa, la STS de 27 de junio de 2008 (RJ/2008/6699), en un caso de daño al recién nacido por ausencia de monitorización dirá:

*“De todos los datos recogidos en el citado informe de la propia Administración demandada, se desprende que, aun estando el feto en situación normal cuando la madre ingresó en el Hospital, el recién nacido hubo de permanecer más de tres semanas en el Servicio de Neonatología y que los médicos que entonces lo atendieron diagnosticaron asfixia perinatal. El mismo informe refleja que el día anterior al ingreso y el posterior a la cesárea la madre, aun estando ya en cuadragésima semana de gestación, no estuvo monitorizada”.*

Y concluirá a la luz de lo expuesto:

*“La única conclusión que un observador razonable puede extraer de estos hechos es que algo debió ocurrir para que, siendo el feto normal, las cosas se torcieran; y lo que es indiscutible es que ese algo ocurrió estando la madre ingresada en el hospital y, por tanto, directamente al cuidado de la Administración. Es verdad que la carga de la prueba pesa sobre quien formula la pretensión indemnizatoria; pero es igualmente claro que en un caso como éste, con todos los indicios mencionados, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de lo sucedido”.*

5. Del mismo modo, la falta de especialistas durante todo el proceso y la ausencia de control del mismo en todo momento, así como la realización por parte de la matrona de funciones propias del pediatra, determinan la responsabilidad de la

Administración en el caso que nos ocupa. En este sentido se pronuncian también, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2002, 23 de diciembre de 2002, 24 de septiembre de 2004 y 15 de marzo de 2007, entre otras.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2002, justamente, también tiene lugar con motivo de un supuesto similar y se estima la concurrencia de responsabilidad de la Administración por la omisión de los medios técnicos y humanos adecuados (no monitorizar al paciente, ginecólogo que se ausenta de la clínica). Los daños causados desembocan a la postre en el fallecimiento del bebé a los tres meses:

*“El día del parto no había sido monitorizada la gestante y, pese a ello, el doctor demandado abandonó la Clínica. Una cosa es que su guardia sea «localizable» y otra muy distinta que abandone el centro en que en tal fecha se produzca un parto de primipara y de notoria estrechez de cuello uterino y que no se le había monitorizado dicho día y que pudiera ser previsible la posibilidad de presentarse complicaciones. Además, el sufrimiento fetal era claramente previsible y más en una primipara y de tales características fisiológicas y tratándose de un especialista no pueden ocultársele, ni desconocer tales riesgos (...). Como ha señalado la sentencia a quo el sufrimiento fetal pudo haberse detectado con mayor prontitud y la intervención tocoginecológica haberse producido en un momento anterior y más beneficioso para el recién nacido. Cuando reputó la comadrona que era preciso avisar al médico era demasiado tarde y no debe olvidarse que detectado el supuesto, cualquiera que sea su causa, se debe proceder inmediatamente a salvaguardar la vida del feto”.*

Otro tanto señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2002, en este caso, a propósito de la duración excesiva del período expulsivo que provocó una parálisis cerebral con disminución de la capacidad orgánica y funciona en el 84%. La indemnización se cifra en 100 millones de pesetas:

*“El resultado lesivo (parálisis cerebral infantil) que sufre el recién nacido tiene por causa un sufrimiento fetal agudo, lo que constituye un hecho indiscutible. Y tal sufrimiento tiene su causa en una encefalopatía hipoxio-isquémica producida por un periodo expulsivo prolongado, y esta apreciación es la que constituye un juicio de probabilidad cualificado, que adquiere plena «certeza procesal» ante la conducta de inactividad o pasividad probatoria de la referida parte demandada. (...). La justificación de lo razonado tiene un sólido fundamento en la doctrina de esta Sala la cual ha venido flexibilizando el rigor*

*de la regla del art. 1214 del Código Civil (tal y como se razona en el motivo segundo del recurso) haciendo recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a la fuente de prueba”.*

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2004, también la omisión de medidas de prevención de daños –en este caso, falta de intubación y omisión exhaustiva de vigilancia de la función respiratoria de modo continuado para comprobar el nivel de oxígeno en la sangre- provocó un sufrimiento fetal determinante de la responsabilidad de la Administración, condenada a una indemnización de 50 millones y otros 7 millones anuales en concepto de renta vitalicia.

Y en fin en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2007, la mala praxis en el control del parto y en concreto en la evolución que estaba teniendo el feto, provocó graves lesiones y secuelas y una encefalopatía hipóxica-isquémica en el momento del parto, que determinó de nuevo la condena a la indemnización al pago de 601.012,10 euros.

Resulta, así, pues, en virtud de todo lo expuesto que, lejos de lo sustentado por la Administración, los daños ocasionados sí eran evitables o, al menos, no se ha acreditado suficientemente que fueran inevitables.

Finalmente, en cuanto a la cuantía indemnizatoria, entendemos que, si bien es acorde en buena parte con la reconocida jurisprudencialmente en casos análogos, debe ser objeto de una fundamentación objetiva, adecuada y suficiente, pudiendo a tal efecto acudir a los baremos indemnizatorios legalmente establecidos para los accidentes de circulación en la fecha de producción de los hechos, y de aplicación analógica en supuestos como el que nos ocupa.

## C O N C L U S I Ó N

No es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución. Procede estimar la pretensión de los interesados de acuerdo con las observaciones efectuadas en el Fundamento IV de este Dictamen.