



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 298/2013

(Sección 1<sup>a</sup>)

La Laguna, a 18 de septiembre de 2013.

Dictamen solicitado por la Excma. 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 J.R.P.M., en nombre y representación de C.D.S.B., por daños ocasionados a su hijo, F.J.V.S., como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 298/2013 IDS)*\*.

## FUNDAMENTOS

### I

1. Se dictamina la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución emitida por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS), Organismo Autónoma, integrado en la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias al serle presentada una reclamación de responsabilidad patrimonial por los representantes legales del afectado en ejercicio de su derecho indemnizatorio por los daños que se alega se han producido por el deficiente funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La solicitud del Dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), estando legitimada para solicitarla la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. El reclamante señala que su representada durante el año 1999 se quedó embarazada, trascorriendo el embarazo con toda normalidad y sin problema alguno, pues tanto las ecografías como los análisis que se le realizaron por el SCS fueron correctos. Sin embargo, en el tramo final de su embarazo se le detectó a través de la

\* PONENTE: Sr. Brito González.

correspondiente prueba cardiotocográfica que el feto mostraba claros signos de sufrimiento fetal. Así, los doctores del Hospital Materno Infantil decidieron el día 28 de octubre de 1999 inducirle el parto alrededor de las 18:30 horas, sin que se le practicara electrocardiograma alguno, transcurriendo el proceso de dilatación hasta que, finalmente, se produjo el parto a las 00:35 horas del 29 de octubre de forma espontánea.

Además, durante el parto aparecieron aguas meconiales y hubo aspiración de líquido amniótico, todo lo cual, unido al sufrimiento fetal agudo por la hipoxia que padeció su hijo durante todo este proceso, le produjo un grave daño neurológico, pues se constató, desde sus primeros momentos de vida, que padecía una depresión neurológica y respiratoria importante.

4. El reclamante afirma que el hijo de su representada, a causa de tal sufrimiento fetal acontecido durante el parto, sufre una parálisis cerebral, presentando tetraparesia mixta, de claro predominio distónico y un importante retraso en el desarrollo motor, alegando, además, que no existen antecedentes familiares de tales problemas neurológicos.

Por ello, se considera que el padecimiento de su hijo se debe a la falta de diligencia de los doctores que durante el parto atendieron a su representada, quienes ante el sufrimiento fetal por hipoxia no actuaron de la manera adecuada y precisa para evitarle a su hijo un grave daño neurológico, como el que padece, reclamando por tal motivo una indemnización de 60 millones de pesetas (360.607,26 euros), *"en atención a las circunstancias fisiológicas, la calidad de vida futura y la inversión económica necesaria para mantener niveles mínimos de integración social, así como el daño moral sufrido por sus progenitores y el niño"*.

5. Son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP).

## II

1. El procedimiento comenzó a través de la presentación del escrito de reclamación, efectuada el 7 de junio de 2001 y, tras la correspondiente tramitación, se emitió Propuesta de Resolución definitiva el día 1 de febrero de 2013, la cual fue objeto del Dictamen de forma 70/2013, de 12 de marzo de 2013, de este Consejo por

el que se solicitó la elaboración de un informe complementario del Servicio donde se aclarara cuál fue la causa de la hipoxia que desencadenó los problemas neurológicos del afectado, si se podría haber evitado de acuerdo con los medios con los que contaba la ciencia médica en la época del hecho lesivo y se especificaran los efectos que tuvo la hipoxia en el estado neurológico actual del menor.

En respuesta al Dictamen por el SCS se incorporan al expediente dos informes al respecto del Complejo Hospitalario Materno Insular emitidos por el Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia y por el Jefe del Servicio de Neurología Infantil.

Asimismo, se le otorgó el trámite de vista y audiencia al afectado que se ratifica en su solicitud inicial, si bien a los efectos de una posible terminación convencional del procedimiento fija la cuantía reclamada en 500.000 €.

El día 1 de julio de 2013 se emitió la Propuesta de Resolución definitiva habiendo vencido el plazo resolutorio lo que no obsta la obligación de resolver de la Administración (art. 42.1 LRJAP-PAC).

2. Concurren los requisitos constitucional y legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio regulado en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollado en los artículos 139 y 142 LRJAP-PAC.

### III

1. La Propuesta de Resolución, al igual que la anteriormente dictada relativa la presente asunto, es de sentido desestimatorio pues el Instructor continúa considerando que no concurren los presupuestos legalmente exigibles para imputar a la Administración responsabilidad patrimonial por la asistencia prestada, ya que no se ha aportado ninguna prueba durante el procedimiento que determine que la asistencia sanitaria prestada se hubiera realizado de modo defectuoso, ni que la misma sea la causante del padecimiento del afectado.

Asimismo, se entiende que se emplearon adecuadamente la totalidad de medios materiales y personales precisos con los que cuenta el SCS, actuándose conforme a *lex artis*.

2. En este caso, y tras la emisión de los informes complementarios citados, cabe afirmar nuevamente que ha resultado demostrado que el afectado sufre graves problemas neurológicos derivados del sufrimiento fetal originado por hipoxia perinatal.

En este sentido este Organismo manifestó en el Dictamen anterior que *“ello es así, pues no sólo en el Informe del neuropediatra aportado por la reclamante se manifiesta que el afectado sufre secuelas neurológicas derivadas del sufrimiento fetal agudo (página 5 del expediente), sino que ello también se ve corroborado por los Informes emitidos por el SCS, pues se encuentra referencia a tal hecho en el Informe del Servicio Inspección, Prestaciones y Farmacia, constando en él literalmente «El 23 de diciembre de 1999, en consulta externa diagnósticos de piramidalismo secundario a hipoxia perineal (...)» (página 26 del expediente), en el Informe clínico del Hospital General de Lanzarote en el que se afirma que «se trata de un niño con sufrimiento fetal intraparto» (página 142 del expediente), o en el Informe electroencefalográfico (página 427 expediente) donde advierten «signos de sufrimiento cerebral difuso».*

*Además, es concluyente en tal sentido el Informe de la Unidad de Neurología, del Departamento de Pediatría, del Hospital Materno Infantil, en el que consta como diagnóstico del afectado «Piramidalismo Secundario a Hipoxia Perinatal». Asimismo, y en tal sentido, en el Informe del parto, en el apartado de observaciones, consta: «Reanimado por Neonatólogo» (página 107 del expediente)».*

3. Lo anterior ha sido corroborado por uno de los informes complementarios, el emitido por el Jefe de la Unidad de Neurología Infantil, quien afirma que *“(...) sin duda hubo hipoxia perinatal, pero el hecho de existir un intervalo libre de síntomas, sugiere que existe otra causa no filiada que puede haber originado la encefalopatía y la parálisis cerebral del paciente. Por tanto, no podemos conocer las lesiones originadas por la hipoxia”*.

Por tanto, tales informes determinan que durante el parto el ginecólogo que trató a la reclamante no emitió el diagnóstico adecuado, es decir, hipoxia fetal durante el parto, de manera que la falta de tal diagnóstico determinó la ausencia del uso de los medios necesarios para evitar el sufrimiento fetal del interesado, el cual fue el causante directo de sus padecimientos neurológicos, tal y como se deduce de tales informes.

Asimismo, en relación con el informe anteriormente citado, el que se afirme que puede existir otros problemas causantes de los padecimientos neurológicos del menor distintos de la hipoxia, en el modo en el que se realiza, no es más que una mera especulación, que carece de toda justificación o base objetiva que lo fundamente.

Además, es significativo que tanto los neurólogos del SCS, como aquellos ajenos al mismo, que han emitido informe en este procedimiento previo reconocimiento y

estudio del menor, coincidan en señalar que se produjo tal hipoxia durante el parto, pese a que los médicos actuantes durante el mismo, aún con el resultado de los informes elaborados por especialistas, lo niegan, evidenciando ello el desconocimiento que estos últimos facultativos tuvieron del sufrimiento fetal padecido.

Así, la falta de diagnóstico correcto, conllevó, necesariamente, el uso durante el parto de medios inadecuados e insuficientes para evitar la hipoxia y sus graves consecuencias neurológicas. La posible existencia de otras causas que inciden en los daños neurológicos padecidos por el menor, y que impiden determinar con exactitud cuáles fueron las lesiones ocasionadas por la hipoxia, no exoneran al SCS de responsabilidad por su incorrecto proceder, sin perjuicio de su toma en consideración a la hora de cuantificar la indemnización que corresponda.

4. En lo que se refiere al error de diagnóstico, este Organismo, ha seguido la reiterada y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, como por ejemplo, en la Sentencia de 10 de diciembre donde se afirma:

*“(...) En una medicina de medios y no de resultados, la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar ó descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica por tanto un doble orden de cosas:*

*En primer lugar, es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles.*

*En segundo, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (SSTS 15 de febrero 2006; 19 de octubre 2007; 3 de marzo de 2010)”.*

Por tanto, en el caso analizado, el hecho de no detectar la hipoxia fetal, bien por no emplear los medios diagnósticos adecuados, bien por no interpretar correctamente los resultados de los utilizados durante el parto, supone un error de diagnóstico grave.

Además, la no realización de una cesárea a tiempo, condicionado tal hecho por dicho error de diagnóstico, determina la existencia de plena responsabilidad patrimonial de la Administración, en aplicación de los criterios jurisprudenciales referidos.

5. En todo caso, el error de diagnóstico privó al paciente de expectativas de curación que comportan un daño antijurídico y que puede encuadrarse en la llamada "doctrina de la pérdida de oportunidad", acogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. En estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable.

Sobre esta cuestión, la STS de 12 de julio de 2007 tras declarar que *"hubo un error de diagnóstico al no valorarse adecuadamente que el paciente sufría un infarto, error que se produjo por una evidente mala praxis médica, al no tener en cuenta padecimientos de aquél, que hubieran debido ser necesariamente considerados por su gravedad, en función de los síntomas con los que aquél acude a la consulta médica"*, añade que *"Al no diagnosticarse en forma, por esa mala praxis médica, (...), se le generó la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por tanto se occasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual es imposible médicalemente saber como dice el informe de la médico forense, si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado"*. En estos casos, señala la citada sentencia, es a la Administración a la que

incumbe probar que, en su caso y con independencia del tratamiento seguido, se hubiese producido el daño finalmente ocasionado por ser de todo punto inevitable.

En esta línea, la STS de 7 de julio de 2008, señala que *“no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación (...) Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la «facilidad de la prueba», aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas”*.

Las SSTS de 16 de enero de 2012, 16 de febrero de 2011 y 23 de setiembre de 2010 nos recuerdan que *“basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias”*.

Las SSTS de 11 de junio, 9 de octubre de 2012 y 19 de octubre de 2011 nos indican que la pérdida de oportunidad, *“se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de este mismo”*.

6. Por tales motivos, existe plena relación de causalidad entre el funcionamiento del Servicio y el daño reclamado por el interesado, no concurriendo concausa.

Al interesado le corresponde una indemnización adecuada a las lesiones y secuelas realmente sufridas, que han quedado acreditadas a través de la documentación médica obrante en el expediente y que habrán de valorarse conforme a lo anteriormente indicado.

En todo caso, la cuantía de esta indemnización, referida al momento en el que se produjo el daño, ha de actualizarse en el momento de resolver el procedimiento de acuerdo con el art. 141.3 LRJAP-PAC.

## **C O N C L U S I Ó N**

Por las razones anteriormente expuestas en el Fundamento III, la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen no se considera conforme a Derecho.