



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 144/2014

(Sección 1ª)

La Laguna, a 29 de abril de 2014.

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.A., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 110/2014 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución en el procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado por L.A., en su propio nombre y en el de su hijo menor de edad A.B.A., para que sean indemnizados con la cantidad de ciento ochenta y cinco mil euros (185.000 euros) por la paresia braquial que padece su hijo y el daño moral que por ello sufre ella misma, daños ambos cuya causación imputa al funcionamiento anormal del SCS por la deficiente asistencia médica que se le prestó durante la gestación y en el alumbramiento del niño en el Hospital Universitario Materno-Infantil de Canarias.

2. La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la Consejera de Sanidad para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

3. La reclamación no es extemporánea porque se ha presentado dentro del plazo fijado en el art. 142.5 LRJAP-PAC.

4. Conforme al art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por R.D. 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP), el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que se ha superado en este caso; sin embargo, esta circunstancia no impide que se dicte la Resolución porque la Administración está obligada a resolver expresamente, aun vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 LRJAP-PAC en relación con los arts. 43.3.b) y 142.7 de la misma.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en defectos procedimentales que obstan a un dictamen sobre el fondo del asunto.

II

1. La madre del menor fundamenta su pretensión resarcitoria en las siguientes alegaciones:

a) Que la lesión objeto de esta reclamación de responsabilidad patrimonial tuvo lugar durante el alumbramiento de su hijo A.B.A., el 26 de enero de 2012 a las 22:00 horas.

b) Que el hijo de la exponente sufre parálisis braquial a consecuencia del parto.

c) Que la relación de causalidad entre las lesiones y el funcionamiento del servicio se deriva del hecho de que no se tuvieron en cuenta una serie de condiciones previas al alumbramiento, cuyo estudio y control hubiera permitido, de forma lógica y concreta, evitar las complicaciones que luego, durante el parto, tuvieron lugar.

d) Que durante la gestación se comprobó que la exponente padece de diabetes, condición que sin un correcto control puede desembocar en bebés macrosómicos, como en el caso que nos ocupa; por lo que dicha condición debía haber sido tenido en cuenta por los especialistas del Servicio.

e) Que los estudios de peso estimado del bebé, según las últimas ecografías realizadas, daban a entender que el bebé tendría un peso exagerado y, evidentemente, superior al que la exponente podría alumbrar de forma natural.

f) Que si el Servicio hubiera tenido en cuenta estas circunstancias, añadido al hecho de que la exponente mide 1.57cm, y que el bebé pesó al nacer 4.600 kg, eran de esperar las complicaciones habidas durante el parto,

g) Que durante el mismo, las matronas tuvieron que llamar al médico encargado y al pediatra una vez nacido A., razón que indica y demuestra una complicación más allá del control de las matronas, que en este caso desembocó en las lesiones que sufre A.

2. La reclamante no propone ni aporta pruebas o informes médicos que fundamenten científicamente sus afirmaciones sobre la defectuosa asistencia sanitaria durante su gestación y en el momento del alumbramiento.

3. El informe del Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario Materno Infantil de Canarias y Catedrático de dicha especialidad médica expresa lo siguiente:

“BREVE RESUMEN DE LA HISTORIA CLÍNICA. L.A., es una segundigesta de 35 años de edad, con el antecedente de diabetes gestacional tipo 1 en su anterior gestación que terminó con el nacimiento de un recién nacido normal de 3500 gramos de peso. En su segunda gestación, fue controlada en el Hospital Universitario Materno Infantil de Canarias desde la 12 semana gestacional por presentar una diabetes gestacional tipo II. El control de su gestación fue normal y el control metabólico realizado a lo largo de toda su gestación fue calificado como aceptable. Se realizaron controles ecográficos a lo largo de la gestación que fueron completamente normales. En la última exploración ecográfica practicada el la 38 semana gestacional se estimó un peso fetal de 3465 gramos. Ingresó el 26 de enero del 2012 a las 10:27 horas, en la 40 semana gestacional por referir expulsión de líquido amniótico desde las 09:00 horas del mismo día. Con el diagnóstico de rotura prematura de membranas y cultivo vagino-rectal positivo para estreptococo agatactiae se indicó inducción del trabajo de parto. Tras ocho horas en paritario se alcanzó la dilatación completa y el periodo de expulsivo duró 30 minutos. El nacimiento se produce mediante parto eutócico, de un recién nacido de sexo masculino con 4580 gramos de peso, test de Apgar de 5/8 y pH de arteria umbilical de 7,22. Tras el nacimiento del polo cefálico se produjo una distocia de hombros que se resolvió con maniobra de Mac Roberts. Se produjo como secuela la distensión del plexo braquial, por la que el niño A.B.A. ha recibido tratamiento rehabilitador y tratamiento quirúrgico. Tras el tratamiento quirúrgico la evolución ha sido buena y ha mejorado la función de la extremidad afecta”.

El informe del precitado Servicio concluye en que *“ la paciente fue atendida de acuerdo a la lex artis, en función del protocolo asistencial del centro que es reflejo*

de las recomendaciones de las sociedades científicas. No se dispone de un método adecuado de diagnóstico de macrosomía fetal antes del nacimiento, y la realización de una cesárea electiva solo es recomendada cuando el peso fetal estimado es superior a 4.500 gramos en partos de madres diabéticas. El peso estimado del feto de L.A. nunca superó esta cifra. El niño A.B.A. está en tratamiento de su lesión mejorando sensiblemente de la misma”.

4. Se reclama porque el niño sufre una paresia braquial. La aparición de ésta, conforme al único informe médico obrante en el expediente, está asociada frecuentemente al hecho de que el neonato haya sufrido una distocia de hombros durante su expulsión del claustro materno; pero esta asociación no es unívoca porque también la paresia braquial pueden causarla los esfuerzos del parto y puede aparecer aunque éstos se hayan evitado mediante una cesárea, como también puede preceder al nacimiento mismo e incluso surgir antes del trabajo de parto. Pero, dada esa frecuencia de la asociación entre distocia y aparición de paresia braquial, si se admite en hipótesis que en este caso la paresia fue causada por la distocia, no se puede afirmar que ésta a su vez fue causada por una asistencia médica negligente, porque no existe un método adecuado de diagnóstico de macrosomía fetal antes del nacimiento, por lo que la distocia de hombros no es previsible ni prevenible. En lo que respecta a la práctica de una cesárea electiva, ésta se recomienda cuando se trata de gestantes diabéticas con un peso fetal estimado superior a 4.500 gramos, circunstancias que no concurrían en el parto de la reclamante. Por consiguiente no hay más alternativa que concluir que en este caso no existe infracción de la *lex artis*.

III

1. En nuestro Derecho existen dos títulos jurídicos diferentes por los que un sujeto está obligado a resarcir los daños causados a otro fuera del ámbito de una relación contractual. El primero, es el de la culpa: Quien por una actuación intencionada o negligente causa daño a otro debe indemnizarle los perjuicios irrogados (art. 1.902 del Código Civil).

El segundo, consiste en la llamada responsabilidad objetiva: El sujeto que es propietario de un bien o que desarrolla o se beneficia de una actividad generadora de riesgos debe responder de las consecuencias dañosas que produzca la materialización de esos riesgos. Ejemplo de este tipo de responsabilidad lo proporciona el art. 1.905 del Código Civil: El propietario de un animal o que se sirve de él es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta

responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido.

Lo característico de este tipo de responsabilidad patrimonial extracontractual es que la obligación de indemnizar surge aunque el sujeto en el desarrollo de la actividad o en la custodia o uso de la cosa haya desplegado la máxima diligencia. Ello es así porque el fundamento de la responsabilidad objetiva es el riesgo generado por esa actividad o ese bien.

Con el desarrollo tecnológico se han incrementado las actividades o bienes generadores de riesgos, lo cual ha comportado una proporcional expansión de la responsabilidad objetiva a ámbitos mayores de las actividades humanas. Así, en el Derecho del Trabajo surge la responsabilidad objetiva del empresario por los accidentes de trabajo que sufran sus empleados o la de los propietarios de vehículos a motor [art. 1 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (TRLRCSVM), aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre], o la de los transportistas de la navegación aérea (arts. 115, 116, 119 y 123 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea), etc.

En el ámbito del Derecho Administrativo, también existe esta diferencia entre títulos de imputación. La Constitución y la Ley 30/1992 distinguen entre responsabilidad por el funcionamiento anormal de los servicios públicos (responsabilidad por falta del servicio o por responsabilidad por culpa) o normal (responsabilidad objetiva por los riesgos creados por el funcionamiento normal del servicio).

El fundamento de la responsabilidad objetiva de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos se encuentra en los riesgos que éste engendra, de modo que si la comunidad se beneficia de dicho funcionamiento ha de reparar los daños que la concreción de esos riesgos irroque de una manera particularizada, que exceda de los riesgos de la vida social, a uno de sus miembros y que además éste no tenga el deber jurídico de soportar.

En el caso del funcionamiento del servicio público de la sanidad, se ha de considerar, por un lado, que se dirige a proporcionar unos medios para prevenir o curar la enfermedad, pero sin garantizar sus resultados, porque la Medicina no ha alcanzado el grado de perfección que le permita la curación de todas las

enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana.

La obligación de los servicios de salud es una obligación de actuar, sin que incluya la de responder en todo caso y en términos absolutos por las consecuencias de la actuación sanitaria; porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan sólo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo. El funcionamiento de dicho servicio consiste en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados.

Por tanto, no basta que en el funcionamiento de dicho servicio no se hayan obtenido unos resultados satisfactorios para los usuarios, sino que esos resultados sean la concreción de un riesgo específico creado por el funcionamiento de dicho servicio y que, además, sean antijurídicos en el sentido que no exista un deber jurídico para aquéllos de soportarlo.

Por ello, no son riesgos específicos creados por el establecimiento y funcionamiento de los servicios públicos sanitarios los ligados a la irreversibilidad de estados patológicos, al carácter limitado de los conocimientos de la ciencia médica y a la manifestación de efectos secundarios iatrogénicos inherentes a muchos tratamientos médicos; o a los riesgos conocidos que generan pero que se asumen, porque su probabilidad de plasmación es más o menos remota y es mayor la probabilidad de obtener resultados positivos.

Las razones que se acaban de exponer, y que se resumen en que no poseen la cualidad de daños antijurídicos aquellos causados por la propia naturaleza e inevitables por la ciencia médica y que por ende no son indemnizables conforme a los arts. 139.1 y 141.1 LRJAP-PAC, están acogidas por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad extracontractual de los servicios públicos de salud, jurisprudencia cuya síntesis se contiene en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 abril 2011 donde se dice:

«(...) la observancia o inobservancia de la lex artis ad hoc es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración.

En este sentido, y por citar sólo algunas, hemos dicho en la sentencia de 26 de junio de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 4429/2004, que "(...) es

también doctrina jurisprudencial reiterada que "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente", o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso».

2. En este caso, la intervención del servicio público sanitario se produjo dentro de los márgenes de la *lex artis ad hoc*, en aplicación de la constante jurisprudencia citada, por lo que el daño producido no cabe imputarlo al funcionamiento de aquél, sin que la reclamante haya probado lo contrario. A partir de esta argumentación, procede desestimar la reclamación de responsabilidad objeto de este procedimiento, y en consecuencia ha de considerarse ajustada a Derecho la PR.

C O N C L U S I O N E S

1. La asistencia sanitaria prestada a la reclamante fue conforme a la *lex artis ad hoc*.

2. El daño alegado no ha sido causado por la asistencia sanitaria pública y carece de la nota de antijuricidad.

3. De lo anterior se sigue que procede la desestimación de la pretensión resarcitoria, por lo que es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución que se dirige a decidir en tal sentido.