



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 173/2014

(Sección 1ª)

La Laguna, a 14 de mayo 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 R.B.B. y J.A.M.V., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 136/2014 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de exigencia de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado por los cónyuges R.B.B. y J.A.M.V. a fin de que se les indemnice por los daños cuya causación imputan al funcionamiento anormal del SCS.

2. Atendiendo a la fecha de presentación de la reclamación, la preceptividad del dictamen, la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación de la Consejera de Sanidad para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.e) -en su redacción anterior a su modificación por la Ley 5/2011, de 17 de marzo- y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 12, de carácter básico, del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

3. La reclamación no es extemporánea porque se presentó dentro del plazo fijado en el art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico

* **PONENTE:** Sr. Brito González.

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC.

4. Conforme al art. 13.3 RPAPRP, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que se ha superado en este procedimiento; 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 impidan un dictamen de fondo.

II

1. Los fundamentos fácticos y la pretensión resarcitoria de los interesados, según resultan de su reclamación y escritos de alegaciones, se sintetizan en los siguientes apartados.

2. Derivada desde el centro sanitario privado H.S., R.B.B. ingresó el día 5 de diciembre de 2006, en el Hospital Universitario de Nuestra Señora de la Candelaria (HUNSC), con un pronóstico de embarazo de alto riesgo por adolecer de tensión arterial elevada y diabetes gestacional.

3. En el HUNSC se le realizó una ecografía el 5 de diciembre, un registro cardiotocográfico (RCTG) el mismo día 5, dos el día 6. Desde el 6 de diciembre, a las doce horas, hasta el 8 de diciembre (cuando ya el feto había fallecido y se realiza un registro y una ecografía) no se realizó ningún otro RCTG.

4. El Protocolo de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (PROSEGO) para el Tratamiento de los trastornos hipertensivos del embarazo establece en su apartado 3.2 la monitorización fetal, disponiendo que hay acuerdo (protocolariamente hablando) en que se deben de controlar de forma exhaustiva los fetos de las gestantes con hipertensión gestacional y preeclampsia. Sin embargo, no se le realizó ninguna prueba durante más de 48 horas para observar el estado del feto.

5. En el procedimiento penal iniciado por denuncia de los interesados por los mismos hechos en que sustenta la presente reclamación indemnizatoria se emitió informe por la médica forense M.L.D.R., (folios 362 y 379-382 del expediente) cuyas conclusiones establecen que no constaban los registros cardiotocográficos diarios que estaban pautados en la órdenes médicas y que son necesarios para valorar el estado

de bienestar fetal. Entiende la forense que sin realizar las medidas básicas fundamentales para valorar el estado del feto, como es el Registro Cardiotocográfico, RCTG, no se puede valorar los signos de pérdidas del bienestar fetal que hubieran sido determinantes para una extracción fetal inmediata.

Esta omisión constituye una evidente mala praxis profesional porque la gestante presentaba una pluripatología de alto riesgo, lo cual era de sobra conocido por los médicos que la atendieron. Esta infracción de la *lex artis* determinó la muerte de la *nascitura*, porque no se pudo comprobar a tiempo la pérdida de su bienestar fetal para proceder a su extracción inmediata.

6. Además, el HUNSC no entregó el feto para su cremación a la funeraria indicada por los reclamantes, porque el auxiliar del correspondiente servicio hospitalario confundió su identificación con la de otro feto y entregó sus restos a otra funeraria que procedió a su incineración.

7. Por la muerte de la *nascitura*, por la pérdida de sus restos y por los daños psicológicos causados a la reclamante y los morales causados a ambos cónyuges solicitan una indemnización de 34.803,24 euros.

III

De lo actuado en el expediente y de los Autos a él incorporados -procedimiento penal abreviado nº 148/2010, seguidos por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Santa Cruz de Tenerife- resultan los hechos que se recogen en los siguientes apartados:

1. Por Resolución de 23 de abril de 2007, de la Secretaria General del SCS, se admitió a trámite la reclamación formulada y, al amparo del art. 146.2 LRJAP-PAC, se suspendió la tramitación del procedimiento por hallarse causa penal pendiente por los mismos hechos en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Santa Cruz de Tenerife hasta que recayera resolución firme.

2. El 4 de marzo de 2013, por la representación letrada de los interesados se informó de la finalización del procedimiento penal y al efecto se presentó Providencia del Juzgado de Instrucción nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de diciembre de 2012, por la que se acordaba el archivo definitivo del procedimiento abreviado nº 148/2010, incorporándose al expediente copia testimoniada de todo lo actuado en el procedimiento penal.

3. En tales Autos obra informe de la médica forense (folio 427 del expediente), M.L.D.R., que concluye así:

“Así pues se constata que no se realizaron las medidas básicas fundamentales, como es el registro cardiotocográfico (RCTG) diario, indicado en las órdenes médicas, en concreto los días 6 de diciembre por la tarde, días 7 y 8 de diciembre de 2006, para valorar el estado de bienestar fetal, en esta mujer con pluripatología de alto riesgo, no pudiendo objetivizar dicho estado o ausencia de bienestar fetal e indicar la extracción fetal inmediata”.

4. En un principio, la acusación penal se dirigió en contra la Doctora P.G., que fue la médico interna residente (es decir, una obstetra en período de formación) que atendió en el Servicio de Urgencias a la reclamante y ordenó que se le realizaran diariamente los registros cardiotocográficos diarios, y contra el Doctor T.M., especialista en Obstetricia y Ginecología, que fue el facultativo que atendió a la reclamante mientras estuvo ingresada en el HUNSC.

5. Por Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 27 de diciembre de 2010, se acordó el sobreseimiento de las actuaciones respecto a la Doctora P.G. y se confirmó el Auto de procedimiento abreviado *“en cuanto a la imputación de un delito de aborto por imprudencia profesional respecto a J.L.T.M. en cuanto obvió la realización de los registros pautados en las órdenes médicas, considerando el informe médico forense que se omitieron las medidas básicas fundamentales (...)”.*

6. El citado Doctor T.M. recurrió este Auto en apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, la cual resolvió el recurso de apelación mediante el Auto 287/2012, de 25 de mayo, que ha ganado firmeza. La Sala, teniendo a su vista el informe de la médica forense, el Protocolo de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia “para el control del bienestar fetal anteparto”, sobre el cual basa sus conclusiones dicha forense, además de las actas de las declaraciones de los facultativos imputados en las Diligencias Previas que explican médicamente su actuación y refutan las conclusiones de la forense, señala:

«Entendemos que de lo instruido en las presentes diligencias no queda mínimamente averada una falta de diligencia en la conducta del médico que atendió a la querellante y mucho menos que la práctica de los registros cardiotocográficos (RCTG) en la tarde del día 6 y en los días 7 y 8 de diciembre hubieran sido la causa del fallecimiento del feto o que hubieran podido evitarlo, en consecuencia la referida omisión no es merecedora del reproche penal que solicita.

Existen varias circunstancias que avalan esta afirmación, en primer lugar debemos tener presente un hecho, el todavía acusado Doctor T.M. tiene una cualificación provisional superior a la Dra. P.G. que fue quien, desde el Servicio de Urgencias, aconsejó (nunca ordenó) la práctica de los referidos registros, y por ello en base a su cualificación profesional (indiscutible) creyó conveniente no practicar más registros, pues el último efectuado no arrojaba ningún resultado preocupante sobre el bienestar fetal. En segundo lugar, no existen protocolos, ni se ha aportado ninguna bibliografía médica que prescriba o aconseje la realización de “continuos” RCTG en estos supuestos. Por último, existe un dato importante, no se conoce la causa del fallecimiento del feto pues no se le realizó autopsia, ni su estado de desarrollo pulmonar, por lo que no sólo desconocemos si tan lamentable suceso hubiera podido ser evitado sino incluso si el referido desarrollo pulmonar hubiera hecho viable la vida extrauterina del feto, en caso de haberse procedido urgentemente a la provocación del parto, pues la querellante se encontraba en la semana 30 de gestación».

En consecuencia, el Auto en su parte dispositiva estima el recurso de apelación del Doctor T.M. y revoca el Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 27 de diciembre de 2010, que confirmaba su anterior Auto de procedimiento abreviado que le imputaba un delito de aborto por imprudencia profesional.

7. A la vista de dicho Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, por Providencia de 5 de diciembre de 2012 acordó el archivo definitivo del Procedimiento abreviado nº 148/2010.

8. En los Autos obra el Protocolo de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (PROSEGO) “para el control del bienestar fetal anteparto”, que dice:

“(…) en la actualidad son escasas las evidencias de que la vigilancia fetal anteparto disminuya el riesgo de muerte fetal.

(…) persisten dificultades originadas en la difícil interpretación de las pruebas y pérdidas fetales inexplicables con controles cercanos normales, la mayoría de las veces derivadas de procesos que se manifiestan de forma aguda y sin antecedentes detectables.

Dado que la vigilancia fetal anteparto no ha demostrado de forma significativa mejorar el resultado neonatal, todas sus indicaciones deberán ser consideradas relativas (...).

(...) en base a la evidencia disponible la realización de una cardio- tocografía previa al parto de forma rutinaria no tiene efecto significativo sobre la mortalidad o morbilidad perinatales. Tampoco lo tiene sobre la incidencia de intervenciones o inducciones del trabajo de parto”.

9. También obra el Protocolo de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (PROSEGO) “sobre trastornos hipertensivos del embarazo”. En su apartado 3.2.3 “Monitorización fetal”, se dice:

“Aunque hay acuerdo general en que se deben controlar de forma exhaustiva los fetos de las gestaciones con hipertensión gestacional y preeclampsia, no hay acuerdo ni en cuáles son las pruebas más adecuadas ni con qué frecuencia hay que realizarlas.

A continuación, se enumeran las pruebas que se pueden emplear para el estudio de bienestar fetal. Su utilización va a depender del diagnóstico, del momento de la gestación y de la urgencia del cuadro.

Cardiografía (test basal): desde el diagnóstico. Su frecuencia estará condicionada por la gravedad del cuadro.

También hay que realizarlo siempre que haya un empeoramiento brusco del estado materno. La información aportada sobre el bienestar fetal es puntual y no tiene valor predictivo”.

En el apartado 3.4, “Control y tratamiento de la preeclampsia grave”, se prescribe que al ingreso se ha de practicar a la gestante una cardiotocografía, pero en los controles posteriores el documento médico no incluye la realización de cardiotocografías. Es decir, como protocolo se ha de realizar un RCTG obligatoriamente al ingreso, pero no se establece como protocolo médico que ésta prueba se repita ni por ende se fija la frecuencia con la que se ha de practicar.

10. El 24 de julio de 2013, el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del HUNSC, emitió informe sobre los aspectos médicos de la reclamación y la asistencia prestada a la interesada. A la vista de las alegaciones de los reclamantes, en las que insistían en la existencia de negligencia profesional por no habersele practicado diariamente registros cardiotocográficos, se le solicitó al Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología una ampliación de su informe. Dicho facultativo emitió

nuevo informe el 12 de diciembre de 2013 donde se recogen los datos y valoraciones del primer informe y añade precisiones sobre el carácter y la información que proporciona el RCTG. De este segundo informe se le dio traslado a los interesados para que a su vista formularan nuevas alegaciones, lo que así hicieron. El tenor de este segundo informe es el siguiente:

“En relación con el cuadro clínico de R.B.B. volvemos a puntualizar cuál era la situación de ingreso y los actos clínicos que se le realizaron.

Se realiza una valoración en la semana 30 de gestación de un cuadro de HTA, diabetes con mal control extraclínico en el contexto de una obesidad importante.

Se realiza una ecografía al ingreso en la que no aparece ningún signo de riesgo por su cuadro de HTA (no hay restricción de crecimiento, no hay oligoamnios por déficit de perfusión placentaria secundario al mal control de TA ni se ve una placenta con amplias zonas infartadas y calcificadas típicos de la enfermedad hipertensiva severa): Al contrario, se objetiva un feto en percentiles superiores y con un líquido amniótico normal y una placenta grado I (sin signos de patología).

Al ingresar también se realiza un registro cardiotocográfico que además demuestra contracciones que precisan medicación para evitar un parto prematuro, que sí es un grave riesgo para estos fetos y la mayor causa de morbimortalidad en nuestro medio.

Un registro con contracciones pone a prueba la reserva fetal en el momento del ingreso y no se observa ningún signo de patología en el registro que haga pensar en una deficiente perfusión placentaria, es un registro reactivo acorde a 30 semanas de gestación.

El día 6 de diciembre también se realiza otro registro que resulta normal.

Se pauta medicación para frenar las contracciones y evitar la prematuridad. Se administra corticoterapia a la madre para favorecer la madurez pulmonar fetal, si el cuadro de dinámica no se frena y naciera un recién nacido prematuro, se pauta tratamiento con alfametildopa para controlar el cuadro de HTA.

Se consulta con el Servicio de Endocrinología para pautar tratamiento y controles de glucemias de un cuadro con el que acudió a nuestro Servicio sin pautas eficaces de dieta ni tratamiento y, por tanto, tienen que ser instauradas de nuevo.

Tanto el cuadro clínico de HTA y el de alteración glucémico van mejorando tras el ingreso.

El día 7 de diciembre la paciente refiere movimientos fetales por la tarde y por la noche, ese es el día que no se realizó el registro, pero en el que el feto se movía de forma habitual como consta en la historia de enfermería (pregunta que se hace obligatoriamente en cada turno).

Desgraciadamente esa noche del 7 al 8 de diciembre se produce la muerte fetal.

Como ya hemos comentado, las pacientes con 1-ITA + diabetes mal controlada + obesidad tienen un mayor de riesgo de muerte fetal pero también está documentado que no existe ningún parámetro predictivo que nos avise si ésta se va a producir y dadas las semanas de embarazo (30) la actuación principal es controlar el cuadro clínico con la que esas posibilidades de muerte fetal disminuyen y evitar extraer al feto en esas semanas ante el riesgo de prematuridad.

El registro es una prueba que aporta una información puntual y no es predictiva de mala evolución fetal, sobre todo, en la semana 30 de embarazo. De hecho, se realizaron el 5 y 6 de diciembre sin ningún aviso de patología fetal y no se realizó en la mañana del día 7, pero esa tarde y esa noche el feto se movía de forma habitual, el registro no hubiera informado de la muerte fetal de la madrugada siguiente porque no lo hace nunca a menos que se realice en ese mismo instante.

El ingreso fue el día 5 de diciembre, la muerte fetal en la madrugada del 7 al 8 de diciembre. En este tiempo se realizó:

Ecografía.

Registro cardiotocográfico con dinámica uterina.

Registro cardiotocográfico sin contracciones cuando la paciente refiere no notar movimientos fetales.

Varias analíticas para valorar control y evolución del cuadro clínico.

Consulta con el Servicio de Endocrinología para pautar controles y tratamiento de la diabetes que presenta la paciente al ingreso.

Tratamiento tocolítico y maduración pulmonar fetal para evitar la prematuridad, que era el mayor riesgo de la paciente al ingreso.

Tratamiento de cuadro de HTA del ingreso evidenciándose mejoría en los edemas y cifras tensionales durante los dos días de ingreso.

No se puede decir que no se realizó ninguna prueba ni actuación por consultar el medio clínico.

Estas muertes fetales ocurren sin pruebas que los puedan prevenir y, de hecho, no se conoce exactamente por qué se producen de forma repentina con controles recientes normales como en este caso.

Las actuaciones fueron dirigidas a controlar la patología de base de la paciente, con lo que se mejora habitualmente el pronóstico fetal, y evitar la prematuridad que es la causa más importante de mortalidad del recién nacido a las 30 semanas de embarazo”.

11. El informe de la Inspectora Médico del Servicio de Inspección y Prestaciones, que incorpora la Propuesta de Resolución, expresa que “la queja de los reclamantes se refiere a tres cuestiones fundamentales que detallan como: Una atención deficiente desde el momento del ingreso en la fecha 5 de diciembre de 2006 hasta el fallecimiento del feto el día 8, demora en realizar la cesárea una vez conocido el exitus fetal, y en tercer lugar en el error en la entrega del cuerpo de su hija a una funeraria que no correspondía”.

De estas tres cuestiones, tras analizarlas detenidamente, se concluye en el citado informe que:

“sería indemnizable el hecho tercero de la reclamación por el error ocurrido en la entrega a la funeraria, con el consiguiente daño moral ocasionado. De conformidad con las reglas de baremación contenidas en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, plasmadas actualmente en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, orientativas para los casos de responsabilidad patrimonial, la cantidad con la que se indemnizaría a los reclamantes para la situación de embarazada con pérdida de feto mayor de tres meses equivaldría e 34.803,24 € (según las tablas actualizadas correspondientes a 2013, ya que con efectos de 1 de enero de cada año se actualizan las cuantías indemnizatorias automáticamente actualizadas en el porcentaje del índice general de precios de consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior, Resolución de 20 de enero de 2013, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones).

En este caso proponemos una indemnización del 10% de la mencionada cantidad por los daños morales ocasionados, esto es: 3.480.32 €”.

IV

1. Como se ha dicho más atrás, por denuncia de la interesada se iniciaron unas diligencias penales previas que se transformaron en un procedimiento penal abreviado que se dirigió contra el ginecólogo que atendió a la reclamante por un delito de aborto por imprudencia profesional tipificado en el segundo párrafo del art. 146 del Código Penal y que habría cometido por haber omitido la práctica diaria de registros cardiotocográficos.

El Auto por el que se inició el procedimiento abreviado fue revocado por el Auto de la Sala de lo Penal de 25 de mayo de 2012. La *ratio decidendi* de esta revocación estribó en que el facultativo no había incurrido en falta de diligencia en la atención a la paciente y mucho menos en que la omisión de la práctica de RCTG hubiera sido la causa del fallecimiento del feto; y que, a pesar de lo afirmado por el informe de la médica forense, no hay protocolos ni indicación médica que prescriba la realización de continuos RCTG en estos supuestos.

Este Auto acordó el sobreseimiento provisional de la causa. Sobre los efectos de este tipo de sobreseimiento el Tribunal Supremo ha reiterado doctrina (por todas, Sentencia de fecha 30 junio de 1997) que viene a concluir para el caso que nos ocupa que sólo la aportación de nuevos elementos probatorios permite que las afirmaciones de hecho de un Auto de sobreseimiento provisional firme puedan ser cuestionadas. Mientras esto no suceda, esas afirmaciones de hecho vinculan a todos, porque el art. 118 de la Constitución obliga a todos a respetar y cumplir las resoluciones judiciales firmes, obligación que es desarrollada y precisada por el art. 17.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y es una consecuencia de lo previsto en el art. 9.3 CE (principio de seguridad jurídica).

2. En el presente caso, se trata de derivar la responsabilidad patrimonial del SCS de la infracción de la *lex artis ad hoc* por el facultativo que atendió a la reclamante y que consistió en la omisión de los RCTG. Esta afirmación de hecho no se basa en un nuevo elemento probatorio, sino en un uno, el informe, de 30 de noviembre de 2009, de la médica forense, que ya fue valorado por la Sala en su Auto de 25 de mayo de 2012 para llegar a una conclusión radicalmente contraria: Que no hubo infracción de la *lex artis*. Por ello, sin la aportación de nuevos elementos probatorios y sobre la base de ese informe médico forense no se puede cuestionar en vía administrativa esa afirmación de hecho, la inexistencia de negligencia profesional, contenida en una resolución judicial firme.

3. Por otro lado, tanto de los citados Protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia -“para el control del bienestar fetal anteparto” y “sobre trastornos hipertensivos del embarazo”-, como de los informes médicos emitidos en el seno del presente procedimiento resulta confirmada sobradamente la afirmación del Auto de 25 de mayo de 2012 sobre la inexistencia de la infracción de la *lex artis ad hoc*. Así, según el segundo protocolo médico citado, únicamente se prescribe obligatoriamente la práctica de un RCTG al ingreso, y respecto a otros posteriores sólo los impone en caso de que haya un empeoramiento brusco del estado materno, el cual no se dio en el caso de la reclamante.

El primer protocolo mencionado señala que no hay evidencia de que la vigilancia fetal anteparto disminuya el riesgo de muerte fetal; que ésta se puede producir aunque se hayan realizado esos controles inmediatamente antes; y que esas muertes fetales acaecen repentina e inexplicablemente sin antecedentes detectables.

4. Los informes de los dos facultativos especialistas en Obstetricia y Ginecología, fundándose en los datos de la historia clínica, coinciden en señalar que al ingresar la paciente se le realizó una ecografía que no acusó ningún signo de riesgo por su cuadro de hipertensión, ya que no había restricción de crecimiento, ni oligoamnios por déficit de perfusión placentaria secundario al mal control de la tensión arterial, ni la placenta presentaba zonas infartadas y calcificadas, típicas de la enfermedad hipertensiva severa. Al contrario, la ecografía mostró un feto en percentiles superiores y con un líquido amniótico normal y una placenta grado I, es decir, sin signos de patología.

Al ingresar también se practicó un RCTG que evidenció la existencia de contracciones, lo que obligó a la administración de medicación para evitar un parto prematuro, el cual constituía un riesgo mortal por la inmadurez pulmonar del feto ya que sólo se encontraba en la trigésima semana de gestación. Simultáneamente se administró corticoterapia a la madre para favorecer la madurez pulmonar fetal con alfametildopa para controlar la hipertensión. También se le aplicaron tratamientos y controles de glucemias en orden a reconducir la diabetes descontrolada de la que adolecía por no seguir pautas eficaces de dieta ni tratamiento durante el embarazo. Todas estas fueron actuaciones terapéuticas adecuadas al estado de la paciente, como lo demostró la mejoría de su cuadro clínico de HTA y de alteración glucémica.

No había pues ningún signo de patología en el RCTG que indicara una deficiente perfusión placentaria. Era un registro reactivo acorde a 30 semanas de gestación. El

RGCT que se realizó al día siguiente también era normal. Ante esta situación de normalidad del feto, de la constatación de que realizaba movimientos fetales normales y de la mejoría del cuadro clínico de la paciente resultaba que ya no era necesario practicar un nuevo RCTG al día siguiente, porque esta prueba aporta una información puntual y no es predictiva de mala evolución fetal, sobre todo, en la semana trigésima de embarazo. La muerte fetal acaeció repentinamente sin signo alguno que la anunciara en la noche del 7 al 8 de diciembre. Ambos ginecólogos coinciden entre sí y con los protocolos mencionados en que las pacientes en las que concurren las patologías de hipertensión arterial, diabetes mal controlada y obesidad presentan un mayor de riesgo de muerte fetal; que no existe ningún parámetro predictivo que avise si ésta se va a producir, es decir, que estas muertes fetales ocurren sin pruebas que las puedan prevenir; que no se conoce exactamente por qué se producen de forma repentina, aunque se hayan realizado poco antes controles médicos que hayan arrojado resultados de normalidad fetal, como en este caso; y que ante la prematuridad del feto, como presentan los que han alcanzado, como en este caso, la trigésima semana, la actuación terapéutica correcta estriba en controlar el cuadro clínico con la que esas posibilidades de muerte fetal disminuyen y evitar extraer al feto en esas semanas ante el riesgo de muerte por prematuridad.

5. El informe de la Inspectora Médico recoge más detalladamente los datos clínicos de la paciente en que basan sus informes ambos obstetras; coincide con éstos y por las mismas razones en la inexistencia de infracción de la *lex artis ad hoc*; y en cuanto a la actitud terapéutica adoptada tras el *exitus* de la *nascitura*, explica que en los casos de muerte fetal intrauterina puede adoptarse una de estas dos actitudes terapéuticas:

1ª) Mantenerse a la espera del comienzo espontáneo del parto y realizar controles de coagulación, puesto que en más del 90% de los casos las pacientes comienzan a tener contracciones y el parto se desencadena aproximadamente tres semanas después de la muerte fetal; pero si el parto no comienza, hay riesgo de desarrollar coagulación intravascular diseminada.

2ª) Inducción del parto. En pacientes con muerte fetal, el parto vaginal ocurre dentro de las 24 horas de inducción en un 90% de los casos. Según los protocolos, la vía recomendada para la extracción de fetos muertos intraútero es la vaginal.

Por ello, a las 10:15 horas del día 8 de diciembre se le administraron geles de prostaglandinas intracervicales para la maduración cervical. Al día siguiente, se le trasladó a paritorio para inducción del parto que inició a las 10:30 horas con

oxitocina. Como con el transcurso de las horas no se observó evolución, puesto que no se habían alcanzado las condiciones para el parto y que consisten en que el cérvix se haya borrado en un 50% y dilatado 2-3 cm, al mismo tiempo que se producen contracciones uterinas, se constató que había fracasado la inducción con oxitocina. Por esta razón a las 23:40 horas del día 9 de diciembre se le trasladó al área quirúrgica para la práctica de cesárea a fin de conjurar el riesgo de que desarrollara una coagulación intravascular diseminada. Por todo ello, concluye en que la atención prestada una vez conocido el *exitus* se ajustó a la *lex artis*.

6. En resumen, obra un informe, de 30 de noviembre de 2009, de la médica forense -que no es especialista en obstetricia y ginecología- que con base en el PROSEGO sobre control del bienestar fetal concluyó que se debieron practicar RCTG diarios, y que la omisión de la práctica de uno causó el *exitus* de la *nascitura*. Ya se ha visto que el PROSEGO mencionado no afirma tal cosa. Esta conclusión de la forense fue contrastada con otras informaciones médicas obrantes en el procedimiento penal y valorada por la Sala de lo Penal para finalmente rechazarla. Obran, asimismo, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial dos informes redactados por sendos especialistas en Obstetricia y Ginecología que demuestran que ante un estado como el que presentaba la paciente no era necesario realizar RCTG diariamente; que esta prueba carece de valor predictivo; que su realización el día 7 no hubiera evitado la muerte del feto; que la inmadurez de su desarrollo pulmonar imponía prolongar la gestación; que la muerte intrauterina del feto se presenta fulminante, impredecible, inevitable e inexplicablemente en pacientes con el cuadro patológico de la reclamante; que la Medicina carece de medios para evitarla; que la asistencia médica que se le prestó fue conforme a la *lex artis ad hoc* -tal como ya había declarado la Sala de lo Penal-; y que no hay relación de causa a efecto entre dicha asistencia sanitaria y el resultado luctuoso.

Estas conclusiones son corroboradas por la lectura de los protocolos ya señalados y por el informe de la Inspectoría Médico que hace una valoración conjunta de la historia clínica de la reclamante, de los protocolos y de todos los informes médicos y que explica fundadamente que la asistencia prestada tras el *exitus* fue la adecuada.

7. Como se recoge en reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y como obligadamente se repite en los dictámenes de este Consejo Consultivo sobre reclamaciones de la responsabilidad extracontractual por el funcionamiento del servicio público de la sanidad se ha de

considerar, por un lado, que este servicio 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 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 insatisfactorios para los usuarios, sino que esos resultados sean la concreción de un riesgo específico creado por el funcionamiento del 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.

De ahí que el criterio fundamental para establecer si los daños que se alegan han sido causados por la asistencia sanitaria pública y, por ende, son indemnizables estriba en si ésta se ha prestado conforme a la *lex artis ad hoc*, la cual se define como la actuación a la que deben ajustarse los profesionales de la salud, mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance. Si el daño se producido por una mala praxis profesional, entonces es antijurídico y se considera causado por el funcionamiento del servicio público de salud y en consecuencia surge para éste la obligación de repararlo.

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, por todas citaremos las Sentencias de 20 de marzo de 2007, 7 de marzo de 2007 y de 16 de marzo de 2005 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.

En la de 7 de julio del mismo año (...) dijimos que "la responsabilidad de las Administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa (...), se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso (...). Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas (artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, BOE

de 29 de abril) con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992); nada más y nada menos.

O en la de 23 de septiembre de 2009 (...) que "Aunque la cuestión principal que analiza la Sala de instancia en su sentencia, sustentando o dando lugar a su pronunciamiento, nada o poco tiene que ver con la necesidad de precisar la naturaleza jurídica, objetiva o no, de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, aquel epígrafe y aquel inicio nos obligan a recordar que nuestra jurisprudencia matiza, modula, sobre todo en el ámbito de la denominada medicina curativa o asistencial, afirmaciones como las que ahí se contienen, introduciendo para ello como primer elemento corrector el de la "lex artis". Así, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra Sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que "este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria".

O recordar, en la misma línea, que el inciso segundo del artículo 141.1 de la Ley 30/1992, según la redacción dada por la Ley 4/1999, dispone que "No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos"».

Otra reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la de 9 octubre 2012, insiste en lo mismo con las siguientes palabras:

"Con relación esta alegación del motivo debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la Medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen

legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009 (...) con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año).

*Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la *lex artis*".*

8. En definitiva, acreditado que no se incurrió en negligencia profesional en la asistencia sanitaria prestada a la paciente; que no existe relación de causa a efecto entre esa asistencia y el resultado luctuoso; y que éste es imprevisible e inevitable actualmente para la ciencia de la Medicina cuando se ha de atender a embarazadas en las que concurren las patologías de hipertensión arterial, diabetes mal controlada y obesidad, forzosamente hay que concluir, en línea con la Propuesta de Resolución, que se debe desestimar la pretensión resarcitoria por el *exitus* del feto.

9. En lo que respecta al daño consistente en la no entrega de los restos mortales de la *nascitura* a sus padres, están acreditadas su realidad y su causación por la equivocación de un agente del SCS en la identificación de los mismos, por lo que procede el resarcimiento de dicho daño.

Para la cuantificación de la indemnización no hay reglas objetivas. La única posible es la que se pueda deducir por analogía con reglas para la cuantificación de la indemnización por un daño que guarde alguna similitud con este. El sistema para la valoración de daños personales del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), en su tabla II, contempla una indemnización de 38.238,38 euros -según la actualización para el año 2013- por la pérdida de la vida del primer concebido de más de tres meses de edad gestacional, circunstancias ambas que concurren en el caso de la reclamante. Como aquí no se

trata de indemnizar la muerte del feto, sino el extravío de sus restos mortales, esa cuantía debe ser menor. Su importe únicamente se puede fijar mediante el prudente arbitrio tomando como base dicha cifra. Su establecimiento en la Propuesta de Resolución en una suma igual al diez por ciento de la cantidad reclamada constituye un criterio prudente pues no se trata de indemnizar, como se dijo, la pérdida de la vida de un concebido, sino la pérdida de su cadáver; no obstante, dadas las circunstancias acaecidas dicho criterio indemnizatorio pudiera parecer restrictivo en exceso por lo que debiera incrementarse el porcentaje indemnizatorio hasta el 50% de lo reclamado; tesis que viene avalada por el hecho de que tal error impidió la realización de la correspondiente autopsia que, sin duda, aclararía las causas del fallecimiento de la *nascitura* así como la incidencia del tratamiento médico recibido y su repercusión en las patologías de la reclamante. A ello, además, se debe añadir, el aumento incuantificable del daño moral que supone privar a los padres del derecho a decidir si incineraban o no el cadáver de su hija.

La suma acordada deberá 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, la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen se considera conforme a Derecho, si bien la cuantía indemnizatoria fijada deberá corregirse conforme a lo señalados en el Fundamento IV de este Dictamen.