



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 4 8 / 2 0 1 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 1 de octubre de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la ***Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por C.G.N.S., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 322/2015 IDS)*.***

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un Organismo autónomo de la Administración autonómica.

La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Consejero para solicitarlo derivan de los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), 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).

II

1. La reclamante, C.G.N.S. solicita indemnización por los daños supuestamente causados por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud en la asistencia sanitaria que le fue prestada con ocasión de su embarazo. Alega, entre otros extremos, lo siguiente:

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

“PRIMERO.- De conformidad con el informe de anatomía patológica del 22 de abril de 2010, a la dicente, con 40+1 semanas de gestación, se le induce el parto a las 0:30 horas del día 10 de noviembre de 2009. Nace un feto de sexo masculino con retraso de crecimiento intrauterino (peso y medidas concordantes con una edad gestacional de 35 semanas) macerado grado III, que no muestra malformaciones externas ni internas.

La placenta es pequeña, con peso y medidas concordantes con una edad gestacional de 26 semanas, con un cordón de inserción velamentosa y sin alteraciones histiológicas relevantes.

SEGUNDO.- Los hechos previos fueron los que a continuación se relatan:

- En el momento de la gestación, la dicente contaba 38 años de edad.
- Existía un antecedente de gestación interrumpida debido a una malformación congénita (anencefalia)
- En fecha 21/03/09, cursando gestación de 7+5 semanas, se le diagnostica amenaza de aborto, pautándose tratamiento de reposo relativo domiciliario.
- En fecha 31/08/09 acudo a consulta por disminución de movimientos fetales, sospecha que concluye como diagnóstico, y se pauta tratamiento de controles habituales por tocólogo. Otros datos son TNE: reactivo y ausencia de dinámica de parto.
- En fecha 21/10/09 consta en la historia clínica de la cartilla maternal, diagnóstico de CIR (crecimiento intrauterino retardado) en la semana 38+3. Peso 2500 gr, crecimiento teórico de 34+5 semanas.
- En fecha 26 /10/09 con 39+2 semanas de gestación, consta en la historia: FCF (latido fetal cardíaco) se entiende positivo, por cuanto consta comprobado. El feto estaba vivo.
- En fecha 9/11/09 la gestante acude a consulta para visita final de gestación objetivándose muerte fetal intrauterina.

En esa fecha ingresa en la semana 41.1 por muerte fetal intrauterina. Se procede a la inducción del parto, naciendo el feto a las 0.30 horas del día 10/11/09 con ausencia de frecuencia cardíaca.

TERCERO.- Tras la circunstanciada relación de hechos contenida en el anterior expositivo, hemos necesariamente de motivar la relación que existe entre los hechos

descritos y la reclamación económica de la Administración que se plantea a medio del presente y no es otra que la negligencia acontecida:

- ¿Por qué la paciente, con 38 años de edad, secundigesta, con antecedente de gestación interrumpida debido a una malformación congénita (anencefalia) con diagnóstico de amenaza de aborto cuando cursaba la semana 7+5 de gestación no tenía seguimiento en ARO (Alto Riesgo Obstetra)?

- ¿Por qué no se sometió a la gestante a seguimiento y monitorización periódica si estaba diagnosticada de crecimiento intrauterino retardado en la semana 38?

- ¿Por qué no se programó una cesárea al cumplir la semana 40-39 ó 38, si el feto era viable por peso y porque había alcanzado un grado de maduración de 35 semanas? Teóricamente no había malformaciones que indujeran mal desarrollo ni por ecografías ni por estudio cromosómico como así lo demostró la autopsia realizada al feto.

- ¿Por qué no se programó una cesárea si ya había dado muestras de disminución de movimiento fetal?”.

En trámite de subsanación de su solicitud cuantifica la indemnización que solicita en la cantidad de 160.000 euros.

2. En el presente procedimiento la reclamante ostenta la condición de interesada en cuanto titular de un interés legítimo, al alegar daños producidos por el funcionamiento de los servicios sanitarios, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento.

Se cumple por otra parte la legitimación pasiva de la Administración autonómica, como titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. La reclamación fue presentada el 9 de noviembre de 2010, en relación con la asistencia sanitaria prestada a la paciente con ocasión de su embarazo y que culminó con la inducción al parto por muerte fetal el 10 de noviembre de 2009. No puede, por consiguiente, considerarse extemporánea a tenor de lo previsto en el art. 142.5 LRJAP-LPAC.

4. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin a este procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de

Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la 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.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que impidan la emisión de un Dictamen de fondo, si bien se ha incumplido el plazo de seis meses que para su resolución establece el art. 13.3 RPAPRP. La demora producida no impide sin embargo la resolución del procedimiento, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, con los efectos administrativos y aun económicos que el retraso puede comportar, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 7; 43.1 y 4.b); y 141.3 LRJAP-PAC.

En particular, consta en el expediente que la reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, tras su subsanación, el 7 de enero de 2011 (art. 6.2 RPAPRP). Se han realizado asimismo los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (art. 7 RPAPRP), con emisión de informe preceptivo por parte del Servicio supuestamente causante del daño.

Durante la tramitación del procedimiento se propuso además por la Administración la terminación convencional del procedimiento, reconociendo una indemnización por importe de 12.781,69 euros. Esta propuesta fue sin embargo rechazada por la interesada, por lo que se continuó el procedimiento, otorgando trámite de audiencia a la reclamante, quien presenta alegaciones en las que se ratifica en su reclamación inicial.

El procedimiento está concluso con la preceptiva Propuesta de Resolución, que estima parcialmente la reclamación formulada y que ha sido informada por el Servicio Jurídico, según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de este Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero.

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, consta en el expediente que la reclamante, con motivo de su embarazo, acudía tanto a un facultativo privado como a los servicios sanitarios públicos a efectos de los correspondientes controles.

Resulta así, de su cartilla de salud de embarazada, que los registros efectuados en las fechas 2 de junio, 4 de agosto, 2 de octubre y 21 de octubre de 2009 no se efectuaron dentro del sistema sanitario público y que las anotaciones de 8 de mayo, 8 de julio, 15 de septiembre y 26 de octubre de 2009 se corresponden con la asistencia prestada en el Centro de Atención Especializada por facultativo especialista en Ginecología (CAE).

Consta asimismo que en la séptima semana de gestación presentó una amenaza de aborto que se resolvió espontáneamente con reposo.

La paciente también fue derivada desde el CAE al Hospital Materno Infantil de Canarias (HUMIC) para la realización de cribados de aneuploidías, malformaciones cardíacas y malformaciones somáticas. Según informa el Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del citado Centro hospitalario y consta en la historia clínica de la paciente, el cribado de aneuploidías del primer trimestre se realizó en la 14 semana y un día (4 de mayo de 2009) y al tener un resultado patológico se llevó a cabo una biopsia corial que demostró una fórmula cromosómica normal. Con 16 semanas y cuatro días (21 de mayo de 2009) se realizó cribado de malformaciones cardíacas, motivado por el resultado patológico del cribado del primer trimestre, que fue normal. En la 20 semana y tres días (17 de junio de 2009) se realizó el cribado de malformaciones fetales que fue igualmente normal. En la 36 semana gestacional se realizó cultivo de estreptococo beta-agalactae que fue positivo.

La paciente fue atendida, con fecha 31 de agosto de 2009, en la 31 semana gestacional, en el Servicio de Urgencias del HUMIC, al referir disminución de movimientos fetales. Se le realizó una exploración obstétrica completa y un test basal de la frecuencia cardíaca fetal que fue reactivo, lo cual demostró el buen estado fetal, según informa el facultativo al que ya se ha hecho referencia.

De acuerdo con las anotaciones de la cartilla de salud de embarazada, el 21 de octubre de 2009, en la 38 semana y tres días de gestación, el facultativo privado hace constar: ecografía que corresponde con la semana 34+5, peso fetal estimado de

2.500 gr. con placenta normal, doppler normal y diagnóstico de crecimiento intrauterino restringido (CIR).

El posterior control se llevó a cabo por el facultativo del CAE cinco días después, el 26 de octubre, con 39 semanas y dos días de gestación, anotándose como comprobada la frecuencia cardiaca fetal (FCF) y se formula derivación para control final del embarazo al HUMIC, con carácter programado.

La gestante es citada el 9 de noviembre de 2011 en el citado centro para control final de su gestación. En el momento de la consulta refiere ausencia de movimientos fetales en los últimos 3-4 días, diagnosticándose, ante la ausencia de FCF y tras la práctica de una ecografía, la muerte fetal.

Se produce la extracción fetal el día 10 de noviembre de 2009. En el estudio necrópico se determinó un feto con retraso de crecimiento uterino y macerado Grado III. Este grado de maceración permite evaluar, de acuerdo con lo informado por el Servicio de Inspección, que el feto debió ser *exitus* al menos doce días antes del ingreso.

2. Las cuestiones que plantea la reclamante en su escrito inicial en relación con la asistencia que le fue prestada por el Servicio Canario de la Salud constan expresamente contestadas en el informe del Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del HUMIC.

Así, por lo que se refiere a la necesidad que alega de un seguimiento de alto riesgo debido a la presencia de factores de riesgo (antecedentes de gestación interrumpida debido a malformación congénita y amenaza de aborto en la semana 7+5 de gestación) se indica que fueron atendidos de forma específica. La interrupción previa por malformación fetal incrementa el riesgo de posterior malformación fetal que es obligado descartar, tal como se realizó mediante los procedimientos específicos indicados para tal antecedente [cribado de aneuploidías, biopsia corial, estudio cromosómico (...)] y en cuanto a la amenaza de aborto, se adoptó asimismo la pauta asistencial adecuada, con resultado favorable. Por ello no era necesario ningún otro cuidado al no persistir ninguna patología, necesitando sólo los cuidados específicos de una gestante sin factores patológicos.

En relación con la necesidad que alega del sometimiento a la gestante a seguimiento y monitorización periódica si estaba diagnosticada de crecimiento intrauterino retardado, del citado informe se desprende que lo pertinente (por parte del facultativo privado que lo detectó) hubiera sido realizar pruebas de la función

placentaria, como podría haber sido un registro basal de la frecuencia cardíaca fetal, o en el caso de que no dispusiera de los medios adecuados, remitiera a la gestante a Urgencias del HUMIC para que se le realizaran dichos controles.

Respecto a por qué no se programó una cesárea, se indica en el citado informe que la pauta correcta cuando se diagnostica un crecimiento intrauterino restringido no es la realización de una cesárea. La pauta correcta es la realización de controles periódicos de la función placentaria y mientras éstos sean normales no hay por qué interrumpir la gestación. En caso contrario, cuando los controles de la función placentaria no son normales, la pauta a seguir es la terminación de la gestación, que no es necesariamente por cesárea, se debe valorar la indicación de la inducción del trabajo del parto. Concluye por ello que la pauta asistencial correcta no era la realización de una cesárea sino la realización de controles periódicos de la función placentaria.

Finalmente, en cuanto a las razones por las que no se programó una cesárea si ya había dado muestras de disminución de movimiento fetal, se indica que la paciente acudió en dos ocasiones al Servicio de Obstetricia y Ginecología del HUMIC refiriendo disminución de movimientos fetales. La primera en la 31 semana gestacional (31 de agosto de 2009), en la que se realizó la asistencia correcta con la realización de un test basal de la frecuencia cardíaca fetal que al ser calificado de reactivo informó de una función placentaria adecuada. En dicha visita se observó que la altura uterina era adecuada a la edad gestacional por lo que, al no existir patología alguna, se le indicó que debería seguir con los controles habituales de la gestación. La segunda visita en la que la paciente refiere ausencia de movimientos fetales es la que se realizó en la consulta de final de gestación en la 41 semana y un día, según cita programada previamente. En dicha visita, al no lograrse auscultar la frecuencia cardíaca fetal y en función de un interrogatorio dirigido la gestante en el que refirió ausencia de movimientos fetales desde 3-4 días antes, no estaba indicada la realización de una cesárea ante el diagnóstico de muerte fetal. Concluye por ello que en las dos ocasiones en que, en consultas del Servicio Canario de la Salud, la gestante refirió disminución de movimientos fetales se actuó de acuerdo con dicho factor de riesgo.

3. El Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología emitió posterior informe complementario en el que pone de manifiesto que a la reclamante se le debió pautar o realizar de forma inmediata test basal de la frecuencia cardíaca fetal, valoración

de la cantidad de líquido amniótico y estudio Doppler de los vasos fetales, lo cual era responsabilidad, en primer lugar, del médico que realizó el diagnóstico. El tocólogo del Servicio Canario de la Salud tendría que haberlo pautado cinco días después, cuando la gestante acudió a su consulta y no dar por supuesto que el diagnóstico realizado por el médico privado de la señora con Doppler fetal normal no era relevante.

4. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación presentada por considerar que en el presente caso el modo de actuar entraña una deficiente asistencia sanitaria, dando lugar a la pérdida de oportunidad de afrontar adecuadamente la situación de la paciente. No obstante, se sostiene la relación de causalidad entre el daño producido y la actuación tanto del servicio sanitario público como del facultativo privado, así como de la propia reclamante al no acudir al Servicio de Urgencias desde el momento en que advirtió la ausencia de movimientos fetales. Se estima así que corresponde al servicio sanitario público el abono de un tercio de la indemnización, que fija conforme al Baremo previsto para el resarcimiento de los daños causados a las personas en accidentes de circulación.

A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, procede tener en cuenta que el funcionamiento del servicio público de la sanidad 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 permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana. Por ello, 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 solo que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo. El funcionamiento de dicho servicio consiste así en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados. Como señala, entre otras, la STS de 30 de octubre de 2007, cuando de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria se trata, no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la salud del paciente. De este modo, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados.

El Tribunal Supremo asimismo ha reconocido como daño indemnizable la pérdida de oportunidad, que es recogida en la Propuesta de Resolución, con base en la jurisprudencia en los siguientes términos:

“La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida por la jurisprudencia de la Sala V del Tribunal Supremo así en las Sentencias 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, 4 y 12 de julio de 2007 entre otras, 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. Sin embargo en estos casos el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, en este caso el fallecimiento intrauterino, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieren 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 alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable (...)”.

En el presente caso sin embargo no se estima procedente la aplicación de la citada doctrina, ya que no puede considerarse que la asistencia sanitaria prestada haya sido conforme a la *lex artis*, pues no se pusieron a disposición de la paciente todos los medios necesarios para diagnosticar la patología sufrida y ofrecer los medios terapéuticos oportunos ante un diagnóstico previo que debió ser comprobado.

El diagnóstico de crecimiento intrauterino restringido fue inicialmente establecido por el facultativo privado, quien, según se ha informado en el expediente, no realizó en ese momento las pruebas pertinentes, al parecer debido a que el estudio Doppler fue normal. La gestante acudió cinco días después a control por el facultativo del CAE, momento en que el feto continuaba con vida, pues expresamente se hace constar en la cartilla de embarazada que se comprueba la frecuencia cardíaca fetal. Sin embargo, a pesar de constar en el citado documento la anotación previa del diagnóstico de CIR, no se adoptó en ese momento actuación terapéutica alguna, como hubiera sido lo procedente, en lugar de dar por supuesto que el diagnóstico realizado por el médico privado de la señora con Doppler fetal normal no era relevante, tal como informa el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Centro hospitalario.

La actuación del facultativo privado no enerva en el presente caso la responsabilidad de la Administración, pues, ante el diagnóstico previo, se produjo en el ámbito sanitario público una ausencia de pruebas médicas que hubieran permitido detectar la citada patología en un feto aún con vida y aplicar en consecuencia los medios terapéuticos oportunos, consistentes en este caso en la realización de controles periódicos de la función placentaria. No se pusieron por consiguiente a disposición de la paciente los medios adecuados, por lo que la asistencia sanitaria no puede considerarse ajustada a la *lex artis*.

Del mismo modo, no puede apreciarse que la conducta de la gestante haya contribuido a la producción del daño, como pretende la Propuesta de Resolución, al haber acudido a los servicios sanitarios públicos en la fecha de citación el 9 de noviembre de 2009 y no cuando advirtió la ausencia de movimientos fetales 3 ó 4 días antes. De acuerdo con lo informado por el Servicio de Inspección, la maceración del feto era de tercer grado, por lo que debió ser *exitus* al menos doce días antes. Siendo ello así, ninguna consecuencia en orden al resultado final hubiera tenido que la gestante acudiera en los días previos referidos.

Procede en consecuencia entender que en este caso concurren los requisitos necesarios para que proceda declarar la responsabilidad de la Administración.

5. Por lo que se refiere a la indemnización, procede su cuantificación de acuerdo con los criterios del Baremo para la valoración de Daños Personales del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, TRLRCS (aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), que estará vigente hasta la próxima entrada en vigor, el 1 de enero de 2016, de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, si bien a partir de la citada fecha seguirá siendo aplicable para los daños producidos con anterioridad. La aplicación de este sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación ha sido admitida por el Tribunal Supremo como criterio orientador para fijar la indemnización por daños personales en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración (SSTS de 16 de diciembre de 1997 y 17 de noviembre de 2003, entre otras), al permitir un criterio objetivo de valoración.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada de conformidad con lo que al efecto prevé el citado art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se considera conforme a Derecho. Procede la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración por el daño causado.