



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 11 de enero de 2022.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...) y (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 583/2021 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por oficio del Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias el 28 de noviembre de 2021 (Registro de entrada en el Consejo Consultivo de 29 de noviembre) es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica.

2. Si bien no se fija una cantidad concreta como indemnización que se solicita, de los datos obrantes en el procedimiento puede presumirse que será superior a los seis mil euros. Además, idéntica presunción cabe establecer por cuanto la Administración ha solicitado el presente dictamen, de lo que puede deducirse que a su entender el importe de la indemnización que pudiera corresponderles, en su caso, superaría los seis mil euros, tal y como hemos interpretado en anteriores ocasiones (v.gr., Dictámenes 361/2015, de 3 de octubre, 43/2019, de 13 de febrero, 155/2019, de 29 de abril o 493/2021, de 14 de octubre). Por todo ello 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). Está legitimado para solicitarlo el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Igualmente, son de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC); la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

4. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de los interesados, al haber sufrido en su esfera personal el daño por el que reclama [art. 4.1.a) LPACAP].

La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicio Canario de la Salud, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño. En concreto, el órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) LOSC.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (BOC n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con los arts. 10.3 y 16.1 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.

6. Se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, al haberse presentado dentro del plazo de un año para reclamar establecido en el art. 67.1 LPACAP. La reclamación se interpuso con fecha 18 de julio de 2019, habiéndose producido el hecho por el que se reclama el 17 de julio de 2018.

II

En cuanto al fundamento fáctico de la pretensión indemnizatoria, los interesados exponen en su escrito de reclamación lo siguiente:

« (...) La paciente desde el primer momento indica a los diferentes ginecólogos que le van atendiendo, tanto del Hospital del Sur como de Nuestra Señora de La Candelaria, que tuvo un embarazo en 2008, seguido por el mismo Servicio Canario de Salud, en el que tuvo un parto prematuro en la semana 21 de gestación por incompetencia cervical.

(...)

A pesar de esta advertencia no se tiene en cuenta tal antecedente, ni es reflejado en su historial a efectos de un posible seguimiento de esta patología previa.

(...)

Aun así, en una de las revisiones el día 15/05/2018 consigue llamar la atención de las ginecólogas que la atienden comentándole dicho antecedente, la cual le comunica que "es muy importante que cada vez que vaya a revisión le midan el cuello del útero para prevenir y por si procediese cerclaje".

(...)

En ese momento también le indica la ginecóloga que "el control tendría que haber sido cada dos semanas y se hacía cada cuatro semanas", y ello por el riesgo de que se pudiese volver a repetir tal episodio.

(...)

Tras consultar varios ginecólogos, tanto los que le corresponden a la paciente en el Servicio Canario de Salud, como los de carácter particular, le han informado que, en ese momento, a partir de la semana 12, se tendría que haber hecho el cerclaje.

(...)

En la semana 21 de gestación, el 05/07/2018, tras acudir a consulta de ginecóloga privada, ésta la explora y le dice que se tiene que ir de urgencias al Hospital a fin de que le hagan un Cerclaje Cervical debido a un claro acortamiento del cuello del útero y por tanto riesgo inminente de aborto.

En el Hospital de Nuestra Señora de La Candelaria, es admitida por urgencias e ingresada por "sospecha de incompetencia cervical", observando en la exploración física "Cérvix entreabierto. Bolsa que asoma por OCE. Posible incompetencia cervical".

El día 06/07/2018 se realiza Cerclaje Cervical (en el Hospital Nuestra Señora de la Candelaria).

Es de destacar que, tras estar varios días con antibiótico ingresada en el Hospital, le dan el alta y le prescriben reposo. Puesto que la paciente comunica que reside en el sur de la Isla, los médicos le ofrecen una ambulancia que, tras una larga espera, nunca llega. Finalmente y tras comunicarle el personal sanitario que "la ambulancia no es un taxi", le facilitan un bono de guagua. El hecho de tener que realizar tan largo trayecto, con varios transbordos, cargada con peso, y sin una persona que le pudiese ayudar, muy probablemente agravó su situación médica.

El día 11/07/2018 la paciente tiene cita en el Hospital del Sur el Mojón para la ecografía selectiva, siendo los resultados normales y comunicándole que el bebé pesa más de 500 gramos.

(...)

El día 16/07/2018 la paciente comienza a sentir contracciones, por lo que acude al Hospital del Sur, donde la trasladan de urgencia al Hospital Nuestra Señora de La Candelaria.

Estando en la semana 22+6 se produce aborto tardío, naciendo la bebé con vida. La paciente solicita incubadora y se le comunica que no se la van a facilitar dado que "el bebé es muy pequeño y no va a sobrevivir". Tras insistir mucho tanto ella como sus familiares, hablan con un médico de pediatría y le preguntan el motivo de no ponerle en incubadora, a lo que responden que "tiene que pesar al menos 500 gramos" asegurando que en ese momento sólo pesaba 300, y a pesar de que aún no la habían pesado. Además, tenía 24 semanas de embarazo y le dicen que solo la ponen en incubadora a partir de la semana 26. La bebé nace con ritmo cardiaco débil, pero respiraba por sí sola. Vivió durante casi 4 horas».

III

1. En cuanto al desarrollo procedimental, la reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Canario de la Salud (SCS) se interpone el 18 de julio de 2019.

En resumen, los interesados solicitan una indemnización por responsabilidad patrimonial del SCS, ya que entienden que ha existido negligente actuación del SCS, reclamando por el daño por la muerte de la bebé, así como por daño por ingreso innecesario de la gestante, daño por negación de cuidados y asistencia a la bebé y daños morales.

2. En fecha 1 de octubre de 2019, se requirió de los interesados que acreditaran la representación otorgada al abogado (...) mediante *apud acta*, lo que se cumplimenta de inmediato.

3. El 5 de diciembre de 2019 se dicta Resolución de admisión a trámite y se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) a la vista de la historia

clínica de la gestante y de los informes preceptivos correspondientes. El 13 de diciembre de 2019 los interesados son notificados del anterior acuerdo.

4. El 4 de junio de 2020, el SIP remite su informe sobre esta reclamación, y después de describir los hechos que constituyeron los antecedentes del daño por el que se reclama, alcanza las siguientes conclusiones:

«1.- Previo a la gestación del año 2018, que nos ocupa, entre los antecedentes de la reclamante consta aborto tardío en el año 2008 a las 21 semanas de gestación. Otros IMC 46 y se menciona diagnóstico en el ámbito privado de ovarios poliquísticos (2007) e infertilidad de dos años de evolución (2011).

2.- Se reclama que no se tuvo en cuenta el antecedente de parto prematuro por incompetencia cervical en el embarazo de 2018 ni se refleja en la Historia Clínica.

La reclamante expone en su escrito que la gestación del año 2018 fue seguida tanto en ámbito privado como público.

A la vista de la Historia Clínica observamos que contactó con el ámbito privado previo al seguimiento en el Servicio Canario de la Salud (SCS) y que estos controles fueron repetidos (menciona incluso control de rutina). De esta forma constan consultas a ginecología privada:

**El primer estudio relativo a su embarazo se realizó en consulta ajena al SCS. El 20 de marzo de 2018 a las 4 semanas de gestación comunica a su Médico de Familia que en consulta privada le diagnostican embarazo.*

**El 11 de abril de 2018 comenta a su Médico de Familia medicación suspendida en el seguimiento en ámbito privado por Ginecóloga.*

**El 5 de julio, 22+5 semanas, refiere a su Médico de Familia control rutinario en ginecología privada y cérvix de 30 mm permeable.*

Frente a lo anterior, el primer contacto con el SCS, que figura en la documentación obrante en el expediente, en relación al seguimiento de su embarazo corresponde a la fecha 17 de abril de 2018, a las 10+3 semanas de gestación y lo hace a su Matrona. No hay constancia de haber regresado a esta consulta.

El siguiente contacto con el SCS, que consta, corresponde a la fecha 5 de mayo de 2018, 12+1 semanas, para la realización de screening del primer trimestre. La prueba es evaluada el 14 de mayo, 12+5 semanas, y es en ese momento cuando se deriva a la COP del HUNSC para valorar el riesgo de preeclampsia (15 de mayo de 2018).

En esta consulta sí consta el antecedente de parto inmaduro del año 2008.

Por tanto, inicia y continúa seguimiento de su embarazo en ámbito privado y lo combina con asistencia en el ámbito público. Además, a las 12+1 semanas consta el antecedente de parto inmaduro en el año 2008.

3.- La discusión fundamental en la reclamación es la procedencia o no de cerclaje cervical, previo a la fecha en que se realizó. ante el antecedente de aborto por probable incompetencia cervical en 2008 y las garantías del mismo.

La medida normal promedio del cérvix es de 3 a 4 cm de longitud. Antes del embarazo, el cuello del útero está cerrado, largo y firme. Durante el embarazo, el cuello del útero se ablanda, disminuye en longitud (borramiento) y se abre (dilata) al prepararse para el parto. Sin embargo, en algunos casos existe un acortamiento cervical antes del término, hablamos de acortamiento cervical prematuro.

El riesgo de parto pretérmino es inversamente proporcional a la longitud cervical, siendo mayor el riesgo con un cérvix menor de 15mm¹. Entre las causas o vías de este acortamiento cervical se incluyen alteraciones congénitas, iatrogénicas (cerclajes previos, conización, otros procedimientos) y causas patológicas, como por ejemplo el inicio prematuro de trabajo de parto.

La incompetencia cervical no presenta unos criterios diagnósticos claros. Se sospecha clínicamente por el hallazgo de una dilatación cervical en ausencia de dinámica uterina.

La finalidad del cerclaje cervical es reducir el orificio cervical uterino por riesgo de aborto/parto prematuro. Como opciones terapéuticas conservadoras el reposo absoluto, la administración de fármacos útero-inhibidores.

Ante el sentido que los reclamantes dan en su escrito al cerclaje de emergencia se hace necesario exponer que podemos diferenciar tres tipos de cerclajes cervicales:

**Cerclaje profiláctico o primario o cerclaje indicado por historia obstétrica. Es el que se realiza de forma electiva antes de evidenciar modificaciones cervicales en gestantes con antecedentes de incompetencia cervical. Se realiza entre las 13 y 16 semanas de gestación tras el cribado de aneuploidías y a partir de las 12 semanas, una vez pasado el periodo de máximo riesgo de aborto espontáneo.*

**Cerclaje terapéutico o secundario o indicado por ecografía es el que se realiza en gestantes con antecedente de parto pretérmino ante la evidencia de acortamiento cervical ecográfico (longitud cervical < 25 mm) antes de la semana 26.*

**Cerclaje terciario o de emergencia o cerclaje indicado por exploración física, es el que se indica ante la evidencia, durante la exploración física, de una dilatación cervical asintomática > o igual a 2cm con membranas visibles a través de orificio cervical externo o en vagina antes de las 26 semanas de gestación.*

A la reclamante le fue practicado en la semana 21+2 un cerclaje terciario ante la sospecha de incompetencia cervical tras la exploración física "cérvix entreabierto con bolsa que asoma OCE" y además comprobado por ecografía en HUNSC.

La reclamante afirma que se le debió practicar un cerclaje primario (profiláctico). La cuestión a resolver es si su único antecedente obstétrico (aborto tardío en el año 2008 a las 21 semanas de gestación) haría indicar un cerclaje profiláctico.

Entre las indicaciones del cerclaje primario encontramos "gestantes con historia de dos o más pérdidas fetales en el segundo o inicio del tercer trimestre sugestivas de incompetencia cervical". Observamos que no es el caso de la reclamante y que además va en la línea de la indicación realizada después del parto de 2018 "se aconseja que en próxima gestación remitir a CEPO para seguimiento + valorar cerclaje profiláctico tras resultado de screening prenatal en la semana 12-13."

No hay evidencia científica que demuestre que el cerclaje profiláctico sea útil entre otros, en gestantes con historia de una pérdida fetal aunque sea sugestiva de incompetencia cervical, incluso si se realizó un cerclaje indicado por exploración física (terciario o de emergencia). La única excepción es si la pérdida se produjo en una paciente con antecedente de conización cervical².

En cambio, sí estaba indicado el cerclaje terciario o de emergencia o cerclaje indicado por exploración física conforme a la definición antes expuesta.

Concluimos que el momento de indicación de cerclaje se ajustó a los protocolos no sólo el mencionado sino también al del Servicio de OG del HUNSC.

Es necesario añadir que no estamos ante una técnica inocua realizable sin ajuste a protocolo, tal como consta en el DCI firmado por la reclamante, a pesar de una técnica correcta se pueden presentar efectos indeseables del orden, entre otros, de rotura prematura de membranas, amnionitis, sangrado cervicales, desencadenamiento del parto/aborto, excepcionalmente un porcentaje mínimo de mortalidad.

4.- En el momento de ingresar con contracciones y dolor la actuación fue adecuada, tratamiento farmacológico y reposo absoluto. Sin embargo, a pesar de tratamiento progresan las contracciones y la dilatación llegando a completa.

5.- Realizado el cerclaje cervical el 6 de julio de 2018 entre las indicaciones al alta se incluye reposo en domicilio.

Cuando inició parto prematuro, contracciones en fecha 13 de julio de 2018, se describe en (...) cerclaje competente, además recibió tratamiento farmacológico adecuado.

A pesar de realizarse el cerclaje cervical no se pudo evitar el posterior parto pretérmino. En el mencionado DCI se expresa que es importante destacar que la intervención

no garantiza absolutamente la corrección de la insuficiencia cervical y existe un pequeño porcentaje de fracasos sin poder garantizar, por tanto, que se evite la posibilidad de parto prematuro.

6.- La segunda cuestión planteada es la viabilidad de la RN. Los reclamantes relacionan el fallecimiento de su RN con el momento de realización del cerclaje (ya discutido) y el no uso de incubadora tras el nacimiento.

En el momento del parto la gestante se encontraba en la 22+6 semanas.

El peso (EFW) al que hace referencia la reclamante es el peso estimado a partir de la biometría fetal y que figura en copia de ecografía aportada por los reclamantes (500 g). El peso real es el medido después de nacer. El peso registrado en el documento de Historia Clínica obrante en el expediente es de 300 g. Para la edad gestacional aludida el peso podría estar alrededor de 450 g.

En informe aportado al expediente por el Servicio de Pediatría del HUNSC se informa que "las pediatras aseguran que en ningún momento alguna de ellas dijera "tiene que pesar al menos 500 g" para ponerla en la incubadora". Tampoco que "sólo ponen en la incubadora a partir de la semana 26".

Los neonatos con peso de nacimiento menor a 1500 g se les clasifica como de muy bajo peso de nacimiento, los menores de 1000 g, extremo bajo peso de nacimiento y a aquellos cuyo peso se encuentran entre los 500 y 750 g se los llama microprematuros.

En cuanto a la edad son RN de extremadamente baja edad gestacional los nacidos antes de cumplir 28 semanas de gestación y con peso inferior a 1000 g.

Por otra parte, informa el Servicio, la incubadora por sí solo, en contra de la reivindicación de la reclamante, no es suficiente para la supervivencias de los casos que fueran viables que además se precisarían multitud de tratamientos.

La mortalidad es mayor cuando son necesarias medidas de reanimación intensas y cómo es más frecuente la presencia de secuelas neurológicas graves en aquellos que sobreviven tras la reanimación.

La RN fue colocada sobre su madre, y se mantuvo con ella en todo momento a petición materna estando, según informan, las pediatras continuamente pendientes de la madre y de la RN siendo asistida periódicamente cada 15 o 20 minutos y comunicándose el resultado de la exploración. Añaden que la medicación no fue administrada por vía IV o IM sino vía rectal para evitar las molestias a la RN.

Para afirmar la posible viabilidad de la RN, además del peso referido, los reclamante se apoyan en que "respiraba por sí misma".

En relación a esta afirmación el Servicio de Pediatría ha informado que el latido cardíaco y movimientos respiratorios presentados, existentes en caso de parto espontáneo y

normal a esa edad gestacional sin coincidir otras anomalías, son ineficaces para mantener su condición vital. "Las pediatras refieren frecuencia cardíaca siempre inferior a 60 latidos por minuto, lo que para un recién nacido significa una frecuencia totalmente ineficaz y prácticamente parada cardíaca. Los aludidos movimientos respiratorios era tipo "gasping" que se trata de una respiración totalmente anómala sin eficacia ventilatoria. Concluyen que "a efectos prácticos esta RN nació en parada cardiorrespiratoria."

Se cita en relación a la viabilidad fetal, a la Sociedad Española de Neonatología que ha referido "En base a los resultados actuales de supervivencia y morbilidad, en niños menores de 23 semanas de gestación se recomienda no iniciar una reanimación activa y ofrecer sólo cuidados de confort (...)".

La actitud conservadora se recomienda incluso en menores de 25 semanas entre otros motivos por "las secuelas neurológicas graves en aquellos que sobreviven tras la reanimación"».

5. Con fecha 9 de junio de 2020 se dicta el Acuerdo Probatorio, mediante el que se admitieron a trámite las pruebas documentales propuestas por los interesados en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 77 y 78 LPACAP, así como la historia clínica e informes de la Administración sanitaria.

6. Con fecha 9 de junio de 2020 se emite Resolución evacuando el Trámite de Audiencia de conformidad con el art. 82 LPACAP, para que los interesados puedan formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen procedentes.

En consecuencia, el 1 de julio de 2020 los interesados formularon escrito de alegaciones mostrando su disconformidad con las conclusiones alcanzadas por el SIP en su informe.

7. El 25 de septiembre de 2020 se solicita del SIP informe complementario, que dé respuesta a las alegaciones del representante de los interesados. El 2 de noviembre de 2021 el SIP emite el informe complementario requerido por la instrucción del procedimiento.

En tal informe el SIP, en respuesta a las alegaciones de los interesados, puntualiza lo siguiente:

«En concreto, las alegaciones se centran en que no quedó definido en el informe de este Servicio el hecho reclamado, consistente en que existiendo factores de riesgo (antecedente de parto pretérmino por probable incompetencia cervical en el año 2008 y la presencia de

mioma) no se llevó a cabo un seguimiento adecuado en el embarazo que permitiera aplicar "técnicas previsivas y preventivas".

En primer lugar, sí se consideró el antecedente aunque no quedaba claro que se tratara de incompetencia cervical o de aborto tardío por contracciones uterinas ya que en los supuesto de incompetencia no suele haber contracciones regulares y es ese supuesto si las hubo.

El control se realizó en CAE como embarazo de medio riesgo por asociar, además, otras patologías.

Seguido el embarazo tanto en el sector público como privado, la ecografía del primer trimestre y el screening del 1ºT fue normal, no describe signos de incompetencia cervical.

No se describe las modificaciones cervicales hasta el 5 de julio de 2018 (semana 21+2) fecha en la que tras ecografía TV se objetiva cérvix entreabierto 22 mm y longitud cervical de 55 mm. Ante la sospecha de incompetencia cervical se realizó cerclaje.

En cualquier caso, con independencia de la realización de la medida preventiva cerclaje, la complicación de parto prematuro ocurrió después de realizarse el mismo, es decir, aún habiéndose realizado y a pesar de que el cerclaje se describió como competente incluso 48 horas después de la realización del mismo comprobado por ecografía.

Por otro lado, se añade en la alegación séptima en relación a la atención a la RN "no era preceptiva conforme a protocolos e indicaciones una prestación de una incubadora o actos de reanimación activos, si que lo era en la corta vida de la recién nacida se dieran los cuidados de confort, que no recibió y de los que se quiso prescindir, intentando practicar la eutanasia".

En relación a esta afirmación ya consta en informe anterior de este Servicio que "La RN permanece con la madre (piel con piel). La propia madre expresa en la consulta de Psiquiatría que pudo tener contacto con la RN durante unas horas, hasta que expiró, sin evidencias de sufrimiento".

Por otro lado, "Informa el Servicio de Pediatría que valoraron a la RN en todo momento". "La RN fue colocada sobre su madre, y se mantuvo con ella en todo momento a petición materna estando, según informan, las pediatras continuamente pendientes de la madre y de la RN siendo asistida periódicamente cada 15 o 20 minutos y comunicándose el resultado de la exploración. Añaden que la medicación no fue administrada por vía IV o IM sino vía rectal para evitar las molestias a la RN." Luego sí se realizaron medidas de confort».

8. El 2 de noviembre de 2021 se acuerda otorgar a los interesados el trámite de audiencia, en relación con el informe complementario del SIP, sin que éstos formulen alegaciones.

9. En fecha 24 de noviembre de 2021 se emite la Propuesta de Resolución que desestima la reclamación presentada por los interesados.

10. Desde el punto de vista formal, el presente procedimiento ha sido tramitado adecuadamente, por lo que nada obsta para la emisión de un dictamen de fondo.

11. Se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aún fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21 LPACAP).

IV

1. Tal y como ha tenido ocasión de recordar este Consejo Consultivo (entre otros, en su Dictamen 328/2020, de 10 de septiembre), *«la jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que “para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:*

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración”».

2. Por otro lado, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario presenta una serie de particularidades que se derivan de la denominada *«lex artis ad hoc»*.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 dice que *«la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los*

supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de septiembre de 2009 (recurso de casación n.º 89/2008) *«que el hecho de que la responsabilidad sea 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, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración».*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, declara lo siguiente: *«Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria.*

Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria».

Ha de tenerse en cuenta que no existe otra exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento.

En este mismo sentido se ha decantado este Consejo Consultivo de Canarias. Así, se ha de traer a colación, por ejemplo, y, entre otros muchos, el Dictamen 6/2019, de 9 de enero, de este Organismo, en el que se expresa lo siguiente:

«El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la lex artis y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física.

En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la lex artis, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios, como la preparación y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etcétera). En general, pues, la infracción de estas reglas de la lex artis se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación. Por lo tanto, el criterio de la lex artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha lex artis. Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Administración y en qué otros casos se va a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración sino de la evolución natural de la enfermedad.

Este límite nos lo proporciona el criterio de la lex artis, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando,

pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la lex artis (no siendo el daño antijurídico) mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la lex artis, la obligación de reparar recae sobre la Administración. El criterio de la lex artis se define como ad hoc, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada caso».

3. Trasladadas las precedentes consideraciones al supuesto de hecho objeto de este Dictamen, se hace preciso señalar lo siguiente

3.1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada por los interesados, al entender el órgano instructor que no concurren los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública; puesto que no se ha demostrado *mala praxis* en la atención sanitaria dispensada a la reclamante y a su hija durante el seguimiento del embarazo y el posterior alumbramiento de su vástago. En este sentido, desplazada la cuestión a la comprobación de los hechos determinantes, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones.

3.2. La reiterada doctrina de este Consejo Consultivo en cuanto a los principios generales de distribución de la carga de la prueba se ve perfectamente reflejada, entre otros, en el Dictamen 272/2019, de 11 de julio:

«Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación del artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio (...), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del Código Civil (...), que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho («semper necesitas probandi incumbit illi qui agit») así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega («ei incumbit probatio qui dicit non qui negat») y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios («notoria non egent probatione») y los hechos negativos («negativa non sunt probanda»). En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de

hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras)».

2. A la vista de la jurisprudencia expuesta, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, la antijuridicidad, el alcance y la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista daño efectivo y que éste sea consecuencia del dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Sobre la Administración recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y, del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)».

Finalmente, y como ha señalado de forma reiterada este Consejo Consultivo « (...) es necesario acreditar la realidad del hecho lesivo y la relación causal entre el actuar administrativo y los daños que se reclamen, como se hace en los recientes Dictámenes 40/2017, de 8 de febrero y 80/2017, de 15 de marzo, en los que se afirma que: «Además, como este Consejo ha manifestado recurrentemente (ver, por todos, los Dictámenes 238/2016, de 25 de julio y 343/2016, de 19 de octubre), sin la prueba de los hechos es imposible que la pretensión resarcitoria pueda prosperar. El art. 6.1 RPAPRP, en coherencia con la regla general del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), impone al reclamante la carga de probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión resarcitoria. Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts.3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art. 139.1 LRJAP-PAC, arts.6.1, 12.2 y art. 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art. 6.1 RPAPRP). Esta prueba puede ser directa o por

presunciones, pero para recurrir a estas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir. No basta para ello la mera afirmación del reclamante, porque ésta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC)».

3.3. Una vez examinado el contenido del expediente administrativo tramitado, y previa valoración conjunta de todo el material probatorio que obra en las presentes actuaciones, se entiende que no resulta acreditado que la prestación sanitaria haya sido inadecuada o contraria a las exigencias derivadas de la «*lex artis ad hoc*» ni en el momento inicial de la asistencia sanitaria [seguimiento del embarazo de (...)] ni en la posterior atención médica dispensada a la recién nacida fallecida. De esta manera, no procede declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, y, en consecuencia, se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución remitida a este Consejo Consultivo. Al respecto, procede formular las siguientes consideraciones:

3.3.1. Respecto a la cuestión central sobre la que pivota la reclamación de los reclamantes (retraso injustificado en la aplicación de tratamiento médico destinado a prevenir un aborto tardío por incompetencia cervical, especialmente a la vista de los antecedentes clínicos de la paciente, que, según refieren los interesados, no fueron tenidos en cuenta en ningún momento; lo que produjo, finalmente, el exitus de la neonata), se ha de indicar que todas las pruebas que obran en las actuaciones vienen a refutar los argumentos esgrimidos por los padres de la recién nacida.

En este sentido, la Propuesta de Resolución, sobre la base de los informes emitidos por el SIP y por el Servicio de Ginecología y Obstetricia del HUNSC, cuyos textos literales han sido reproducidos más arriba, considera que en este caso no ha habido vulneración de la «*lex artis ad hoc*» en la atención sanitaria dispensada a (...) durante su embarazo.

3.3.2. Los reclamantes plantean, asimismo, la existencia de una negativa injustificada a prestar atención sanitaria a la recién nacida; lo que, inevitablemente, condujo al luctuoso resultado final.

Pues bien, respecto a esta cuestión, y una vez examinado el material probatorio que obra en las actuaciones, se entiende que el proceder médico resultó correcto desde el punto de vista del parámetro de adecuación a considerar, esto es, la *lex artis ad hoc*.

En este sentido, y como se señala en el informe del SIP de 4 de junio de 2020, «*los reclamantes relacionan el fallecimiento de su RN con el momento de realización*

del cerclaje (ya discutido) y el no uso de incubadora tras el nacimiento» -folios 52 y ss.-; debiéndose indicar lo siguiente:

«En el momento del parto la gestante se encontraba en la 22+6 semanas.

El peso (EFW) al que hace referencia la reclamante es el peso estimado a partir de la biometría fetal y que figura en copia de ecografía aportada por los reclamantes (500 g). El peso real es el medido después de nacer. El peso registrado en el documento de Historia Clínica obrante en el expediente es de 300 g. Para la edad gestacional aludida el peso podría estar alrededor de 450 g.

En informe aportado al expediente por el Servicio de Pediatría del HUNSC se informa que “las pediatras aseguran que en ningún momento alguna de ellas dijera “tiene que pesar al menos 500 g” para ponerla en la incubadora”. Tampoco que “sólo ponen en la incubadora a partir de la semana 26”.

Los neonatos con peso de nacimiento menor a 1500 g se les clasifica como de muy bajo peso de nacimiento, los menores de 1000 g, extremo bajo peso de nacimiento y a aquellos cuyo peso se encuentran entre los 500 y 750 g se los llama microprematuros.

En cuanto a la edad son RN de extremadamente baja edad gestacional los nacidos antes de cumplir 28 semanas de gestación y con peso inferior a 1000 g.

Por otra parte, informa el Servicio, la incubadora por sí solo, en contra de la reivindicación de la reclamante, no es suficiente para la supervivencias de los casos que fueran viables que además se precisarían multitud de tratamientos.

La mortalidad es mayor cuando son necesarias medidas de reanimación intensas y cómo es más frecuente la presencia de secuelas neurológicas graves en aquellos que sobreviven tras la reanimación.

La RN fue colocada sobre su madre, y se mantuvo con ella en todo momento a petición materna estando, según informan, las pediatras continuamente pendientes de la madre y de la RN siendo asistida periódicamente cada 15 o 20 minutos y comunicándose el resultado de la exploración. Añaden que la medicación no fue administrada por vía IV o IM sino vía rectal para evitar las molestias a la RN.

Para afirmar la posible viabilidad de la RN, además del peso referido, los reclamante se apoyan en que “respiraba por sí misma”.

En relación a esta afirmación el Servicio de Pediatría ha informado que el latido cardíaco y movimientos respiratorios presentados, existentes en caso de parto espontáneo y normal a esa edad gestacional sin coincidir otras anomalías, son ineficaces para mantener su condición vital. “Las pediatras refieren frecuencia cardíaca siempre inferior a 60 latidos por minuto, lo que para un recién nacido significa una frecuencia totalmente ineficaz y

prácticamente parada cardíaca. Los aludidos movimientos respiratorios era tipo “gasping” que se trata de una respiración totalmente anómala sin eficacia ventilatoria. Concluyen que “a efectos prácticos esta RN nació en parada cardiorrespiratoria.”

Se cita en relación a la viabilidad fetal, a la Sociedad Española de Neonatología que ha referido “En base a los resultados actuales de supervivencia y morbilidad, en niños menores de 23 semanas de gestación se recomienda no iniciar una reanimación activa y ofrecer sólo cuidados de confort (...)”.

La actitud conservadora se recomienda incluso en menores de 25 semanas entre otros motivos por “las secuelas neurológicas graves en aquellos que sobreviven tras la reanimación”».

Las anteriores consideraciones concuerdan con las del Servicio de Pediatría del HUNSC, en cuyo informe de 20 de enero de 2020 se puede leer lo siguiente:

«2.- La recién nacida fue colocada sobre su madre y se mantuvo con ella en todo momento a petición materna, quien, según las pediatras, se mostró agradecida por el apoyo en esas condiciones y plenamente consciente de la situación.

3.- (...) las pediatras estuvieron continuamente pendientes de la madre y RN en la habitación, asistiéndola periódicamente cada 15 o 2º minutos y refiriéndole el resultado de su exploración en cada momento.

4.- La familia relata la no inclusión en la incubadora como si este fuera un “tratamiento” recuperador en dicha situación, desconociendo que por el solo uso de la incubadora en estos casos NINGUN RN SOBREVIVE si no es por la multitud de tratamiento que le son aplicados en caso de ser viables. En este caso su inclusión en incubadora sin más hubiera finalizado de la misma forma. Insistimos en que se mantuvo todo el tiempo con su madre por expreso deseo de ésta.

6.- En caso de parto espontáneo y normal a esa edad gestacional, siempre que no coincidan otras anomalías en embarazo y/o parto, el corazón late y se realizan movimientos respiratorios. Lo que ocurre es que ambos son ineficaces para mantener su condición vital. Las pediatras refieren frecuencia cardíaca siempre inferior a 60 latidos por minuto, lo que para un recién nacido significa una frecuencia totalmente ineficaz y prácticamente parada cardíaca. Refieren movimientos respiratorios tipo “gasping”, que trata de una respiración totalmente anómala sin eficacia ventilatoria. A efectos prácticos esta RN nació en parada cardiorrespiratoria.

7.- Los límites de “viabilidad de un RN prematuro entre la semana 22 y 24 de edad gestacional siguen siendo motivo de estudio y son relatados en multitud de trabajos internacionales. Así en documentos al caso refrendados por la (...) Sociedad Española de Neonatología (...) refieren textualmente: “En base a los resultados actuales de supervivencia

y morbilidad, en niños menores de 23 semanas de gestación se recomienda no iniciar una reanimación activa y ofrecer sólo cuidados de confort (...)”.

Además, recomienda incluso tomar una actitud conservadora en los menores de 25 semanas debido, entre otros motivos, a (...) la presencia de secuelas neurológicas graves en aquellos que sobreviven tras la reanimación».

En definitiva, a la vista de la grave situación descrita anteriormente (recién nacida que «a efectos prácticos» se encontraba en «situación de parada cardiorrespiratoria» -folio 266-, sin que hubiese « (...) ninguna posibilidad de vida, ni con el peso, ni con las semanas» -folio 268-), se constata en el expediente administrativo que los profesionales sanitarios no sólo dispensaron asistencia médica a la recién nacida, sino que, además, ésta era la indicada y/o adecuada en función de las circunstancias clínicas de la neonata (cuidados de confort).

4. En conclusión, una vez examinado el contenido del expediente administrativo, y habida cuenta de que los reclamantes no han aportado ningún elemento probatorio que permita considerar demostrado que la prestación sanitaria haya sido inadecuada o contraria a las exigencias derivadas de la *lex artis ad hoc* (arts.77.1 de la LPACAP en relación con el art. 217 de la LEC), es por lo que se entiende que no procede declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria; y, en consecuencia, se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución remitida a este Consejo Consultivo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...) y (...) se entiende que es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV de este Dictamen.