Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 2 7 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 21 de diciembre de 2023.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera 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 (...), en nombre y representación de (...) y (...), que, a su vez, actúan en nombre propio y en nombre y representación de sus hijas menores de edad (...) y (...), como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 531/2023 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Secretaria General Técnica del Servicio Canario de la Salud, por Delegación de firma de la Excma. Sra. Consejera de Sanidad en virtud de Orden n.º 826/2023, de 8 de noviembre, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud. La solicitud de dictamen, de 9 de noviembre de 2023, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 14 de noviembre de 2023.

2. Ha de decirse que, si bien los interesados no cuantifican la indemnización que solicitan, ni en la reclamación que presentan ni a lo largo de la tramitación del procedimiento, sin embargo, la Administración ha solicitado el presente dictamen, por lo que se ha de presumir que valora que el importe de la indemnización supera los seis mil euros, tal y como hemos interpretado en anteriores ocasiones (v.g. Dictamen 6/2019). Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación de la Sra. Consejera de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley

[*] **Ponente: Sr. de León Marrero.**

5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación además de la citada LPACAP, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias y la Ley 41/2022, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

4. 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) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (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 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 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.

5. Se cumple el requisito de legitimación activa de los reclamantes, pues los daños sufridos por el presunto funcionamiento del servicio público sanitario se entienden irrogados en su esfera moral y personal (art. 4.1.a) LPACAP), si bien, en este caso, actúan mediante representación debidamente acreditada (art. 5 LPACAP). Asimismo, siendo menores dos de las interesadas, sus padres ostentan su representación legal, derivada de su patria potestad (arts. 154 y 162 del Código Civil), mediante la que otorgan la representación voluntaria a su mismo representante.

6. Por otro lado, corresponde al Servicio Canario de la Salud la legitimación pasiva, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

7. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues ésta se presentó el día 27 de abril de 2020 respecto de un daño que se entiende producido desde el 28 de abril de 2019, fecha de nacimiento de la menor, dentro del plazo de prescripción de un año señalado por el art. 67 LPACAP.

8. Se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme a los arts. 21.2 y 91.3 LPACAP. Sin embargo, aun fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (arts. 21.1 y 6 LPACAP).

II

Las interesadas, en su escrito de reclamación, exponen como hechos en los que la fundan, los siguientes:

«PRIMERO.- Que en la semana 44 de embarazo (...) acudió a urgencias al Hospital Universitario Insular-Materno Infantil por disminución de movimientos fetales el día 26 de abril de 2019 a las 23:42 horas. En el Triaje fue escuchada con socayd (SIC) durante 10 minutos, tal y como consta en el informe clínico de urgencias, siendo atendida exclusivamente por una única matrona y dada de alta ese mismo día a las 23:59 horas.

SEGUNDO.- Que dos días más tarde, el 28 de abril de 2019, ingresó a las 08:23 horas en el Hospital Universitario Insular-Materno Infantil con motivo urgente por Dinámica uterina, al encontrarse en la semana 44 del embarazo de la menor (...). En el historial médico de la madre constaba que era Hipotiroidea en tratamiento, que el embarazo de la menor fue un embarazo controlado, sin complicaciones y que en el embarazo previo la madre sufrió preeclampsia y tuvo que ser intervenida por cesárea por propaso de cordón.

TERCERO.- Que a las 13:09 horas del mismo 28 abril de 2019 se inició el parto de forma espontánea, inicialmente se intentó fórceps con feto en III plano en OIIP, se realizaron varias presas y tracciones, al no descender se inició cesárea urgente por Bradicardia mantenida, como consecuencia del devenir del parto y la demora en la práctica de la cesárea la menor (...) sufrió asfixia perinatal y encefalopatía hipóxico-isquémica moderada-grave, hemorragia suprarrenal izquierda, lo que le ha ocasionado daños cerebrales severos e irreversibles y las respectivas secuelas.

CUARTO.- Que tras el parto y debido a las lesiones sufridas en el mismo, la neonata fue ingresada en la UCI el mismo día 28 de abril de 2019 hasta el 29 de mayo de 2019, fecha de alta. A consecuencia del funcionamiento anormal del Servicio público Sanitario de la Administración, la menor (...) sufrió evidentes daños cerebrales cuyo alcance están por determinar así como la secuela de los mismos por un perito-médico, a la espera de obtener por parte de la Administración todo el historial médico de la menor y del transcurso del

embarazo que en su día fue solicitado. Aportamos documentos n.º 1 y 2 informes del Hospital Universitario Insular Materno Infantil.

QUINTO.- Que de los hechos relatados, son perjudicados directos la menor lesionada, los progenitores y su única hermana menor de edad, que ejercitan la acción de responsabilidad patrimonial y que debido a la imposibilidad actual de la evaluación económica del daño, se anuncia que una vez se encuentren incorporados los informes de parte al Expediente Administrativo tras el oportuno periodo de prueba previsto en la ley, se tomará como referencia por analogía el baremo que rige para cuantificar los daños personales derivados de la circulación de vehículos a motor, previsto en la Ley 35/2015».

III

En cuanto a la tramitación del procedimiento, constan las siguientes actuaciones:

1. El 30 de abril de 2020 se solicita a la parte reclamante la acreditación de su representación así como la conformidad para la continuación de la tramitación del procedimiento de acuerdo con la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. De ello recibe notificación el 11 de mayo de 2020, viniendo a aportar copia del poder de representación el 20 de mayo de 2020.

2. Por Resolución de 22 de mayo de 2020, del Director del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación de los interesados, de lo que son notificados el 22 de mayo de 2020.

3. El 26 de mayo de 2020 se solicita informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), quien remite la historia clínica de la madre y la menor obrante en el Complejo Hospitalario Insular Materno Infantil (CHUIMI), así como informe emitido por el Servicio de Obstetricia y Ginecología del referido centro, emitido el 10 de febrero de 2020, al ser el servicio presuntamente responsable del daño por el que se reclama.

4. El 18 de octubre de 2023 se dicta acuerdo probatorio en el que se incorporan las pruebas aportadas por la Administración, y se admiten las solicitadas por los interesados, y, siendo todas ellas documentales, que obran en el expediente, se declara concluso el trámite probatorio. De ello reciben notificación los reclamantes el 20 de octubre de 2023.

5. El 18 de octubre de 2023 se confiere a los interesados trámite de audiencia, lo que se les notifica el 20 de octubre de 2023, sin que conste que se hayan presentado alegaciones.

6. El 7 de noviembre de 2023 se dicta Propuesta de Resolución desestimatoria de la pretensión de los interesados

IV

1. Como se ha indicado, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión de los reclamantes con fundamento en el informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del CHUIMI, recabado en la tramitación del procedimiento, que da respuesta a cada uno de los puntos en los que se basa la reclamación.

2. Pues bien, debe ser desestimada la reclamación interpuesta, a cuyo efecto es preciso señalar, como hace la Propuesta de Resolución, los antecedentes clínicos de interés en relación con el presente procedimiento que constan en la historia clínica de la reclamante y de su hija, que son los siguientes:

«(…), paciente de 26 años al inicio de la gestación.

Antecedentes personales: Intolerancia al Nolotil y Augmentine. Hipotiroidismo en tratamiento con Eutirox. Grupo sanguíneo O Rh positivo.

Antecedentes gineco-obstétricos: Antecedente de cesárea anterior en 2017 por prolapso de cordón e inducción por preeclampsia. Segunda gestación actual.

Acude a primera visita de control de gestación el 07/09/2018, con FUR: 07/07/2018 y donde se data la gestación por ecografía (7 semanas) dada la discordancia entre la EG (edad gestacional) cronológica y ecográfica, amenorrea de 8,3 semanas. FPP: 21/04/2019. El curso de la gestación evoluciona de manera fisiológica, con analíticas y ecografías dentro de la normalidad, excepto amenaza de aborto en el primer trimestre que evoluciona satisfactoriamente.

En la 40,4 semanas de gestación acude a urgencias refiriendo disminución de movimientos fetales. La exploración obstétrica es normal y el test basal de la FCF (frecuencia cardíaca fetal) es reactivo (normal), siendo dada de alta con la recomendaciones de cuando acudir de nuevo a urgencias.

En la 40,5 semanas acude de nuevo a urgencias refiriendo dinámica uterina irregular. La exploración obstétrica y la auscultación de la FCF es normal. El tacto vaginal objetiva un test de Bishop de 4 por lo que es dada de alta con el diagnóstico de pródromos de parto con las recomendaciones de cuando acudir de nuevo a urgencias.

En la 41 semanas acude a urgencias por dinámica uterina regular, donde es valorada e ingresada en la sala de paritorio por trabajo de parto a las 8:10 horas del 28/04/2019, presentando cinco cm de dilatación, cérvix borrado, consistencia blanda, centrado, presentación cefálica. A las 9.20 horas alcanza la dilatación completa. Tras dos horas de expulsivo pasivo se inicia expulsivo activo. Tras una hora de pujos dirigidos se valora de nuevo encontrándose en dilatación completa, III plano de Hodge, SIDA (sincipito iliaca derecha anterior). Ante dichos hallazgos se indica fórceps por distocia de rotación. Se realiza rotación sin dificultad y tras dos tracciones controladas sin lograr descenso de la presentación se indica a las 12:48 horas cesárea por DPC (desproporción pélvico-cefálica). El registro de la frecuencia cardíaca fetal fue tranquilizador durante todo el periodo de dilatación y expulsivo, excepto durante los últimos 5 minutos que presenta una bradicardia coincidente con la realización del fórceps. A las 12:53 horas pasa a quirófano y bajo anestesia general nace el recién nacido a las 13:09 horas, presentando un test de Apgar de 2, 4, 4 (al minuto, 5 y 10 minutos), pH arterial de cordón de 6.95, venoso de 7.21 y Exceso de base de -12. Tras realizar una reanimación tipo IV es trasladado a la UCIN por depresión neonatal.

El puerperio cursa dentro de la normalidad, con anemia leve, siendo dada de alta al sexto día de la intervención».

3. Con carácter previo al análisis de la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante, procede tener en cuenta que a la Administración no le 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. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la *lex artis*, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas

reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP).

4. A la vista de los antecedentes señalados, y dados los términos de la reclamación de los interesados, se plantean las siguientes cuestiones en las que se centra la reclamación, debidamente respondidas por el informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del CHUIMI.

1)Por un lado, se alude en la reclamación a que la paciente acudió a urgencias en la semana 44 de embarazo por disminución de movimientos fetales, siendo atendida exclusivamente por una única matrona, que escuchó la FCF con un sonicaid durante 10 minutos, dándole el alta.

Sobre este punto, el informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología aclara:

«En la 40 semanas y 5 días acude de nuevo a urgencias refiriendo dinámica uterina irregular. La exploración obstétrica y la auscultación de la FCF es normal. El tacto vaginal objetiva un test de Bishop de 4 por lo que es dada de alta con el diagnóstico de pródromos de parto con la recomendaciones de cuando acudir de nuevo a urgencias. La actuación llevada a cabo es la adecuada ante unos pródromos de parto, se realizó exploración ginecológica y se ausculto la FCF durante 10 minutos. La valoración de las gestantes que acuden con una gestación a término y dinámica es realizada, según protocolo, por la matrona de triage».

2)En segundo lugar, en la reclamación se argumenta que, dos días más tarde ingresó por dinámica uterina en la 44 semanas de un embarazo controlado y sin complicaciones con el antecedente de hipotiroidismo en tratamiento, embarazo previo con preeclampsia que finalizó mediante cesárea por prolapso de cordón.

Sin embargo, informa al respecto el Servicio de Obstetricia y Ginecología:

«En la 41 semanas de gestación acude a urgencias por dinámica uterina regular, donde es valorada e ingresada en la sala de paritorio por trabajo de parto a las 8:10 horas del 28/04/2019, presentando 5 cm de dilatación, cérvix borrado, consistencia blanda, centrado, presentación cefálica. Los antecedentes de la paciente eran conocidos y las actuaciones llevadas a cabo acorde a ellos».

3)El punto principal de la reclamación se basa en que no se realizó la cesárea en el momento adecuado, argumentando que a las 13:09 del 28 de abril de 2019 se inició el parto de forma espontánea, se intentó fórceps con feto en III plano en OIIP, se realizaron varias presas y tracciones, al no descender se indica cesárea urgente por bradicardia mantenida.

Ahora bien, ello es desvirtuado por el informe del especialista, que argumenta:

«A las 9.20 horas alcanza la dilatación completa. Tras dos horas de expulsivo pasivo se inicia expulsivo activo. Tras una hora de pujos dirigidos se valora de nuevo encontrándose en dilatación completa, III plano de Hodge, SIDA (sincipito iliaca derecha anterior). Ante dichos hallazgos se indica fórceps por distocia de rotación. Se aplican ramas y se realiza rotación sin dificultad y tras dos tracciones controladas sin lograr descenso de la presentación se indica a las 12:48 horas cesárea por DPC (desproporción pélvico-cefálica), no por bradicardia mantenida».

A lo que añade, en cuanto a la afirmación de los reclamantes de que es como consecuencia del devenir del parto y la demora en la práctica de la cesárea por lo que la menor sufrió asfixia perinatal y encefalopatía hipóxica-isquémica:

«La evolución del parto fue adecuada, a los 70 minutos del ingreso alcanzó la dilatación completa, la cesárea se indicó a las 12:48 horas por desproporción pélvico-cefalica, a las 12:53 horas pasa a quirófano y se produce el nacimiento a las 13:09 horas.

En conclusión, la evolución del parto fue adecuada, no existió previamente motivo para finalizar el parto mediante cesárea y una vez indicada se procedió a su realización en tiempo acorde a su indicación».

A ello ha de añadirse que, tal y como señala en el resumen de la historia clínica el informe que venimos citando: «El registro de la frecuencia cardíaca fetal fue tranquilizador durante todo el periodo de dilatación y expulsivo, excepto durante los últimos 5 minutos que presenta una bradicardia coincidente con la realización del fórceps. A las 12:53 horas pasa a quirófano y bajo anestesia general nace el recién nacido a las 13:09 horas», por lo que queda desvirtuada la afirmación de los reclamantes de que se inició cesárea urgente tras bradicardia mantenida. La cesárea no se realizó por bradicardia, sino por desproporción pélvico-cefálica, lo que solo se

pudo constatar tras dos tracciones controladas sin lograr descenso de la presentación.

Por todo lo expuesto, debemos concluir que la asistencia sanitaria prestada ha sido conforme a la *lex artis* en todo momento, no habiendo relación causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario, tal y como ha probado la Administración.

5. Además, hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todos, Dictamen 87/2019, de 13 de marzo), que según el art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de 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).

En este caso**,** los reclamantes no han logrado demostrar el deficiente funcionamiento del servicio sanitario alegado.

6. Por las razones expuestas, no concurren los elementos requeridos para la determinación de responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que procede desestimar la reclamación formulada por los interesados.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, debiendo desestimarse la reclamación interpuesta.