

Dictamen n^o: **52/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **20.02.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 20 de febrero de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por N.F.F. (en adelante “*la reclamante*”) en su propio nombre y en el de su hijo, D.A.F. (en adelante “*el paciente*”) sobre los daños y perjuicios ocasionados tanto a ella como a su hijo en la asistencia sanitaria prestada por parte del Hospital Universitario Fundación Alcorcón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito con registro de entrada de 15 de junio de 2009, la reclamante presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial en relación con los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada por parte del Hospital Universitario Fundación Alcorcón.

La reclamación considera que los daños neurológicos que padece el paciente derivan de una inadecuada asistencia ginecológica en el parto al no practicarse una cesárea que hubiera evitado el contagio del virus del herpes.

En su escrito, la reclamante manifiesta que, tras acudir en dos ocasiones al Servicio de Urgencias del Hospital Fundación Alcorcón, en abril de 2007 es diagnosticada el 27 de abril de herpes genital.

El 27 de mayo de 2007 acude de nuevo al Servicio de Urgencias por sangrado vaginal escaso acompañado de molestias de tipo dismenorrea y mareos sin pérdida de conocimiento. Se aprecia la existencia de vulvo-vaginitis y leucorrea abundante sospechándose una sobre infección micótica y se aprecian lesiones residuales de herpes. Se realiza un exudado vaginal.

El 20 de junio acude por sangrado vaginal escaso, molestias de tipo dismenorrea y mareos. Se realiza eco vaginal y prueba de embarazo con resultado positivo.

El 14 de agosto acude de nuevo al Servicio de Urgencias por un nuevo brote de herpes.

El 4 de diciembre acude al Servicio de Urgencias por dolor en abdomen inferior, y refiere episodios de herpes genital de repetición, previo a la gestación, y se sospecha de infección en el tracto urinario.

El 17 de enero de 2008 se le induce el parto, vía vaginal, pretérmino, con amniorrexis prematura, 5 horas antes, en un ambiente potencialmente infectivo debido al herpes vaginal. Da a luz a su hijo, con bajo peso, neurológicamente asintomático y polidactilia en la mano izquierda no detectada en las ecografías realizadas.

A los 3 días se sospecha de sepsis no confirmada, iniciándose tratamiento. Evoluciona favorablemente sin descompensación hemodinámica, mejoría clínica en pocas horas, y neurológicamente asintomático.

A los 38 días de vida, acude a la Unidad de Pediatría de Urgencias del Hospital Fundación Alcorcón, por regurgitaciones después de las tomas,

emitiéndose el juicio clínico de cólico de lactante, motivo por el que acude de nuevo a Urgencias 4 días después, siendo ingresado. El paciente tiene crisis convulsivas, cuadro de indiferencia frente al medio, letargia, y no reclama alimentación.

La exploración neurológica muestra hipotonía de tronco con hipertonia de miembros. Se le practica una punción lumbar, arrojando resultados compatibles con encefalitis herpética, decidiéndose su traslado a la U.C.I. Pediátrica del Hospital 12 de Octubre de Madrid.

Entre el 3 y 24 de marzo de 2008, se le realizan distintos estudios en el Hospital 12 de Octubre, apreciándose extensas anomalías en relación con afectación por herpes genital.

Al alta en el Hospital 12 de Octubre, se diagnostica meningoencefalitis por virus de herpes simple. Evoluciona negativamente, presentando un grado de minusvalía, física y psíquica del 71%, no alcanzando el mínimo requerido del baremo de movilidad.

Considera la reclamante que, conociendo el historial clínico y los brotes reactivos que padeció antes, durante y en el momento del parto, se debería haber llevado a cabo el parto mediante cesárea, o informar de los riesgos de un parto inducido vía vaginal.

Indica que en la actualidad padece crisis de ansiedad por las que ha solicitado valoración psiquiátrica.

Solicita por los graves daños que sufre su hijo y los que padece ella misma, una indemnización económica que valora provisionalmente en un millón de euros (1.000.000 €).

Acompaña diversa documentación consistente en informes médicos, certificados del registro civil y de empadronamiento, resoluciones de concesión de grado de minusvalía y de afiliación a la O.N.C.E.

Solicita por otrosí la suspensión del procedimiento hasta que concluyan las actuaciones penales ante los juzgados de instrucción de Alcorcón.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

La reclamante, de 19 años de edad en el momento de los hechos, con antecedentes de diabetes e hipotiroidismo y vaginitis desde los 16 años, acude el 25 de abril de 2007 a las Urgencias del Hospital Alcorcón donde, tras una revisión ginecológica se diagnostica una infección genital sin filiar, estimándose posible una candidiasis sin descartar herpes genital. Se toma cultivo viral y se cita a los diez días en consultas de ginecología (folio 13).

Acude de nuevo el 27 de abril por aumento de dolor. Las lesiones son más típicas de herpes por lo que se le pauta un antiherpético oral y se le indica la abstención de relaciones sexuales hasta que finalice el proceso (folio 14).

El 27 de mayo acude de nuevo a Urgencias por picor en genitales y escozor. Se recoge que el 15 de mayo se le indicó un antiherpético durante 10 días así como que tiene antecedentes de candidiasis genital recidivante. En la exploración se aprecian signos de vulvo-vaginitis y presenta leucorrea abundante sugestiva de infección micótica. Presenta lesiones residuales cicatrizadas ya evolucionadas de herpes muy escasas en labios menores. Se realiza exudado vaginal y se cita en consulta (folio 16).

El 20 de junio acude a Urgencias por sangrado vaginal presentando amenorrea de 5+2 semanas con mareos y molestias de tipo dismenorrea. La exploración resulta normal y se realiza una eco vaginal que muestra un útero regular en AVF y un saco gestacional de 10 mm con vesícula vitelina sin visualizar embrión. El test de embarazo es positivo (folios 19 y 822).

Vuelve a acudir a Urgencias el 27 de junio para control de gestación. Está asintomática con gestación de 6+1 semanas (folio 20).

El día 14 de agosto en la semana 13 de gestación presenta un episodio de herpes genital “*labio mayor con abundantes vesículas compatibles con herpes vaginal*” que fue tratado con aciclovir tópico (folios 22, 813).

En la semana 15 de gestación es valorada en Urgencias el día 29 de agosto por dolor en fosa renal y en la exploración se especifica: genitales externos y vagina normal sin lesiones vesiculosas (folio 813).

El 6 de septiembre es explorada en consulta (semana 16+4) obteniéndose resultados de serologías negativos con ausencia de marcadores de aneuploidia. Se dan recomendaciones para evitar toxoplasmosis.

En la semana 20 (3 de octubre) es de nuevo explorada en la consulta y se describen genitales externos y vagina normales con flujo fisiológico. Se indica que no presenta ninguna otra sintomatología con genitales externos normales (folio 817).

En la semana 29 de gestación (4 de diciembre) acude a Urgencias por dolor abdominal sin otros síntomas acompañantes. Refiere episodios de herpes genital autotratados con aciclovir. En la exploración realizada se cita textualmente “*genitales externos sin lesiones de herpes aparentes y vagina normal, no leucorrea*”. Es dada de alta con sospecha de infección urinaria y tratamiento antibiótico (folios 28 y 815-816).

La ecografía realizada el 13 de diciembre (semana 30) muestra un crecimiento fetal menor de lo esperado con estudio Doppler normal (folios 816-817). Acude a Urgencias al día siguiente preocupada por ese desarrollo y se le explica que debe mantener reposo y seguir las indicaciones que se le realizan. Se anota que está asintomática desde el punto de vista ginecológico (folio 817).

El 20 de diciembre se realiza nueva ecografía que muestra crecimiento menor de lo esperado, recomendando doppler y ecocardio en una semana (folio 818).

Se realiza una ecocardio el 28 de diciembre y aunque se considera normal se recomienda repetir en la semana 34.

Ingresa el 11 de enero del 2008 (semana 34 de gestación), en el Hospital Fundación Alcorcón para regular insulinización al existir un mal control metabólico de diabetes pregestacional y para control de preeclampsia (folio 799).

En el control de enfermería se hace constar que la reclamante comenta que tiene hongos vaginales en los labios menores y se aplica aciclovir tópico (antiherpético) por recomendación del ginecólogo y matrona. Se comenta con el ginecólogo de guardia (folio 800).

El 12 de enero, la reclamante es explorada al referir picor en labio menor derecho. No hay lesiones compatibles con herpes pero se aprecia variz en labio menor derecho que corresponde con la zona que la reclamante califica como dolorosa (folio 821).

El 16 de enero del 2008 (semana 35+2 días de gestación) se observa en la ecografía realizada un crecimiento fetal menor de lo esperado con dilatación en aurícula derecha fetal y redistribución de flujo. Se indica inducción de parto por diabetes pregestacional + preeclampsia + CIR (crecimiento intrauterino retardado) y redistribución de flujo (insuficiencia placentaria) (folio 806).

Ese mismo día a las 14,30 horas se coloca tratamiento intravaginal con prostaglandinas para inducción del parto.

El trabajo de parto transcurre sin incidencias el 17 de enero del 2008, se produce la rotura espontánea de membranas a las 10 horas de la mañana, el

líquido amniótico se describe como limpio. Se inicia protocolo de diabetes con perfusión de insulina a 5 ml/h. También se inicia tratamiento con antibiótico para prevención de infección por estreptococo agalactie. A las 15,40 horas se produce un parto normal, naciendo un varón de 1860 gramos de peso, con Apgar 8/9 y pH arterial 7, 14. El puerperio transcurre con normalidad.

El recién nacido ingresa en Pediatría con diagnóstico de recién nacido pretérmino de bajo peso para la edad gestacional. Se diagnostica de soplo sistólico secundario a comunicación interauricular e interventricular pequeña en corazón y polidactilia preaxial en mano izquierda.

Ante la sospecha de sepsis se realiza punción lumbar al tercer día de vida con cultivo de líquido cefalorraquídeo negativo. En la ecografía cerebral realizada se observa hiperecogenicidad periventricular, aunque el niño está neurológicamente asintomático. Las otoemisiones resultan patológicas. Es dado de alta a los 19 días de vida.

En el informe de alta (folios 38 y 39) se recoge su nacimiento pretérmino (35+2) bajo peso (1.860 g), soplo sistólico y polidactilia en mano izquierda, dificultad respiratoria de adaptación, trombopenia, policitemia, ictericia no isoimmune e hipoglucemia precoz controlada con goteo.

El 24 de febrero acude a Urgencias del Hospital Fundación de Alcorcón por regurgitaciones. Tras ser examinado se diagnostica cólico del lactante (folio 45).

A los 42 días de vida es de nuevo objeto de consulta en los servicios de urgencia, por vómitos tras las tomas; estando ingresado muestra pausas de apnea, convulsiones y letargia por lo que se realiza ecografía cerebral que resulta normal y punción lumbar que muestra 25 células, glucosa de 46 y proteínas de 0,83. Se inicia tratamiento con aciclovir y se traslada al

Hospital 12 de Octubre donde se diagnostica meningoencefalitis herpética (folios 47-48, 52-53) e infección por klebsiella.

Finalmente, queda con retraso psicomotor grave por encefalopatía secundaria al proceso viral (síndrome de West diagnosticado en agosto de 2008). Presenta asimismo importantes defectos visuales y auditivos.

TERCERO.- A causa de la referida reclamación se ha instruido un procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante, RPRP).

Conforme lo solicitado por la reclamante, mediante resolución de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria de 29 de junio de 2009 dada la existencia de actuaciones penales en los Juzgados de Instrucción de Alcorcón, se declara la suspensión del procedimiento administrativo en tanto recaiga resolución firme en el orden penal, notificándose a la reclamante el 23 de julio de 2009.

Con fecha 29 de septiembre de 2011 se notifica requerimiento a la reclamante a fin de informar sobre si ha recaído sentencia firme en la causa penal y, en todo caso, indicar si desea continuar con la tramitación del procedimiento.

La reclamante, mediante escrito de 3 de octubre de 2011, manifiesta que la denuncia presentada se encuentra en tramitación, interesando la continuidad del procedimiento administrativo.

Con fecha 6 de junio de 2012, la reclamante informa de que la denuncia presentada ha agotado la vía penal, solicitando la continuidad del procedimiento.

Con fecha 18 de junio de 2012, se notifica requerimiento a la reclamante a fin de remitir el Auto judicial mediante el cual se agota la vía penal, así como el informe forense que obre en Autos.

Dicho requerimiento es atendido mediante escrito de 20 de junio de 2012.

Aporta Auto de 20 de marzo de 2012 de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid que estima el recurso de apelación interpuesto por la médico que atendió a la reclamante contra la desestimación por Auto de 13 de septiembre de 2011 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Alcorcón que desestimaba el recurso de reforma interpuesto a su vez contra el Auto de 13 de julio de ese Juzgado que transformaba las diligencias previas en un procedimiento abreviado. En el mencionado Auto, la Audiencia acuerda el sobreseimiento provisional de las actuaciones, al entender que no se ha acreditado ni que el contagio del herpes se produjera en el momento del parto ni que la actuación de la imputada vulnerase la *lex artis*.

Aporta igualmente un informe emitido por la médico forense M.R.L.G. y su ratificación ante el Juez instructor, una resolución de concesión de un grado de minusvalía del 71% con efectos 30 de junio de 2008 y validez hasta el 8 de enero de 2014 y dos informes periciales emitidos por los Dres. J.A.L.V. y J.M.G.F.

En el informe emitido por la citada médico forense considera que hubo una mala práctica médica por: 1º no advertir a la reclamante de la necesidad de evitar un embarazo, 2º no informar a la paciente, previa discusión en sesión clínica, sobre la necesidad de emplear valaclovir o aciclovir oral, 3º proceder a la inducción del parto y 4º optar por la vía

vaginal en lugar de practicar una cesárea. En su ratificación se centra en la realización de un parto vaginal en lugar de cesárea, actuación que considera *“inobservancia del deber de cuidado”* (folios 161-163).

En el informe emitido por el Dr. J.A.L.V. (folios 170-177) a petición de la reclamante, se afirma que la actuación *“prudente”* hubiera sido la cesárea y no el parto vaginal, considerando que la transmisión del virus del herpes se produjo en ese momento al ser lo más frecuente (95%).

El informe del Dr. J.M.G.F. (folios 178-184) emitido a petición del Juez instructor considera que, en la bibliografía médica, *“(…) es controvertida la efectividad de los tratamientos específicos y la elección de la vía vaginal o abdominal para la terminación de la gestación”*, concluyendo que: *“(…) si bien no está claro la toma de decisiones, bibliográficamente y personalmente, no hubiera inducido el parto, no hubiera elegido la vía vaginal y por supuesto no hubiera realizado amniorrexis (rotura de bolsa 5 horas antes del parto vaginal)”*.

Mediante resolución de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria, de 28 de junio de 2012, se levanta la suspensión del procedimiento.

A tenor de lo previsto en el artículo 10.1 RPRP, se ha requerido informe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Fundación Alcorcón (págs. 783 a 784), en el cual, de fecha 23 de julio de 2012, tras relatar la asistencia prestada a la reclamante durante el embarazo, añade que:

“(…) El 12 de enero de 2008, N.F.F., refirió prurito vulvar, ante el antecedente de herpes genital, se realizó inspección y exploración genital minuciosa sin observarse lesiones compatibles con herpes y evidenciándose la existencia de una variz vulvar que perfectamente explicaba el prurito referido.

Diferentes ginecólogos y endocrinólogos, matronas y enfermeras hacen anotaciones en la historia clínica de N.F.F. durante su ingreso y en ninguna se hace referencia a que la paciente aqueje sospecha de recidiva de herpes genital ni otra sintomatología ginecológica.

El 16 de enero de 2008, en la semana 35+2 se decide inducción del parto por crecimiento intrauterino retardado y alteraciones en los índices velocimétricos que indicaban insuficiencia placentaria y riesgo de pérdida de bienestar fetal.

La inducción se inicia con administración intravaginal de prostaglandinas (Proress), la doctora que realiza dicha procedimiento no observa la existencia de lesión alguna compatible con herpes en los genitales. Durante el proceso de inducción, el tiempo de dilatación y el parto que finalmente se produce el 17/1/2008, tampoco se evidencia en ninguna de las exploraciones lesión alguna en los genitales.

Los días posteriores al parto hasta el alta el día 20/1/2008, es explorada diariamente por diferentes profesionales, y ninguno observa lesiones genitales compatibles con herpes.

Conclusiones:

- Es evidente que N.F.F., no presentaba recidiva de herpes activo durante el proceso de parto. Este motivo: “la existencia de lesiones activas en el momento del parto”, es el único por el que está indicado realizar cesárea para disminuir la probabilidad de contagio del neonato a su paso por el canal del parto.*

- La probabilidad de contagio durante el parto oscila entre el 1 y el 3% de hijos de madres con herpes genital recurrente.*

- *Ninguna sociedad científica recomienda la realización de cesárea a las mujeres con historia de herpes genital recidivante no activo en el momento del parto.*

- *N.F.F. presentó en la semana 35 crecimiento intrauterino retardado, alteraciones en el estudio velocimétrico de la circulación fetal y preeclampsia que indicaban la necesidad de finalizar la gestación. En estos casos, la vía de elección para el parto es la vaginal, ya que la cesárea se asocia a un incremento de la morbi-mortalidad materno-fetal. Así se hizo en el caso de N.F.F., al no existir en ese momento, contraindicación para la inducción de parto por vía vaginal.*

- *Las actuaciones profesionales realizadas para el control y asistencia del embarazo y parto de N.F.F. fueron en todo momento correctas y ajustadas a protocolo*

Consideraciones:

- *Está descrita la transmisión vía placentaria del herpes durante el embarazo, hecho que puede producirse hasta en el 5% de los casos de herpes neonatal.*

- *En la literatura científica se concluye que entre el 20 y el 30% de los casos de herpes neonatal ocurren en mujeres que han tenido un parto mediante cesárea.*

- *La cesárea, por tanto, no evita el herpes neonatal*

- *Está descrito el contagio postnatal por contacto con el recién nacido, hecho que puede producirse en el 10% de los casos.*

- *El periodo de incubación del virus herpes 11, es habitualmente de 2 a 10 días con un máximo de 3 semanas.*

- *La cronología de la infección neonatal cuando esta se produce en el parto es la siguiente:*
 - *aparición de vesículas en piel, ojos o boca: 10^o -12^o día de vida*
 - *formas diseminadas con afectación visceral: 9^o- 11^o día de vida*
 - *encefalitis: 15^o y 19^o día de vida.*
- *El hecho de que el diagnóstico de herpes neonatal del hijo de N.F.F., se hiciera a los 38 días de vida, mucho tiempo después de lo que recoge la literatura , debe hacer reconsiderar el momento del contagio y pone en duda que este se produjera en el momento del parto”.*

Consta en el expediente, sin que se conozca quien lo aporta en el presente procedimiento de reclamación patrimonial, el informe médico pericial, elaborado por la Dra. G. B., licenciada en Medicina y Cirugía, especialista en ginecología y obstetricia que considera que la asistencia prestada a la reclamante fue adecuada y acorde a los actuales protocolos diagnósticos y terapéuticos vigentes. Como se desprende del Auto de la Audiencia Provincial, dicho informe fue aportado en las actuaciones penales por la ginecóloga que atendió en el parto a la reclamante y que se encontraba imputada en las diligencias previas.

En ese informe (folios 189-213) considera que la asistencia médica fue correcta al entender que la reclamante no presentaba sintomatología aguda por herpes genital en el momento del parto que hiciese recomendable la realización de una cesárea que, por otra parte, tampoco hubiera eliminado por completo la posibilidad de infección. Igualmente destaca que la aparición tardía de la infección hace que no se pueda descartar la transmisión postnatal.

Se ha incorporado al expediente (folios 215-231) el nº 59 (enero 2011) de la Gaceta Electrónica de la S.E.G.O (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia). No consta quien aporta ese documento, apareciendo en el índice del expediente como *“Procedimiento penal Gaceta SEGO con expulsión”* aludiendo a la noticia aparecida en dicho medio en la que se relata la expulsión de la S.E.G.O del Dr. J.M.G.F. (autor de uno de los informes periciales evacuados en el procedimiento penal a los que se ha hecho referencia con anterioridad) por haber realizado un informe pericial *“(…) en contra de la lex artis, en contra de la evidencia científica y en contra de la realidad de los protocolos S.E.G.O.”*.

Por su parte, la Inspección médica emite informe (págs. 965 a 979), de 5 de octubre de 2012, en el que, tras exponer los hechos del caso, considera que:

“Las actuaciones sanitarias, por lo reseñado, no se catalogan de incorrectas, a pesar de los acontecimientos que se presentaron posteriormente, la encefalomiелitis por herpes virus del hijo nacido presentada a los -aproximadamente- 40 días de vida del lactante; proceso que no es de fácil evitación en un alto porcentaje de casos, sin poder afirmarse cuál es la conducta inequívoca a seguir, salvo los criterios que se han expuesto”.

Por todo ello concluye: *“La asistencia sanitaria obstétrica otorgada a la gestante N.F.F. a cargo del Servicio de Obstetricia y Ginecología de la Fundación Hospital Alcorcón (a cargo de SERMAS) no se valora como incorrecta; las actuaciones sanitarias acometidas se consideran dentro de los criterios de aplicación”*.

Consta notificada por los servicios postales, en fecha 19 de octubre de 2012, la apertura del trámite de audiencia a la reclamante, no constando la presentación de alegaciones dentro del plazo concedido para ello.

Se dio trámite de audiencia a la Fundación Hospital Alcorcón por medio de una aplicación informática interna del SERMAS, constando en el expediente un escrito sin firma de la responsable del Gabinete Jurídico en el que acusa recibo de la notificación del trámite de audiencia pero sin que conste ninguna alegación en dicho plazo por parte de la mencionada Fundación.

Formalizado el trámite de audiencia, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 18 de diciembre de 2012, en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial. La propuesta considera que la actuación médica fue correcta al no ser el contagio “(...) *de fácil evitación en un alto porcentaje de casos sin que pueda afirmarse cuál es la conducta inequívoca a seguir, salvo los criterios que se contienen en la literatura médica consultada*”. Por ello entiende que no hay un daño antijurídico.

CUARTO.- El consejero de Sanidad, mediante Orden de 16 de enero de 2013 que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 21 de enero siguiente solicita la emisión del preceptivo dictamen, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excm. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 20 de febrero de 2013.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente, si bien ha de destacarse la carencia de un orden lógico en la historia clínica remitida.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f) 1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 de la LCC.

El dictamen se emite dentro del plazo legal establecido por el artículo 16 de la LCC.

SEGUNDA.- La reclamante está legitimada activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial en nombre de su hijo menor de edad conforme la representación legal que ostenta conforme el artículo 162 del Código Civil, al amparo del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), al ser dicho menor la persona afectada por los daños.

La reclamante manifiesta, igualmente, que actúa en nombre propio al sufrir una crisis de ansiedad si bien no acredita la realidad e intensidad de dicho daño, del que no hace más alusiones en su escrito, como veremos posteriormente.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid al formar parte la Fundación de los servicios públicos sanitarios en cuanto administración institucional de la Consejería de Sanidad conforme a lo dispuesto en la disposición adicional 1ª.1 b) del Decreto 22/2008, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad, redactada conforme el Decreto 112/2012, de 11 de octubre.

Por lo que respecta al plazo para reclamar, el artículo 142.5 de la LRJ-PAC establece que prescribe al año de producirse el hecho lesivo y en el caso de daños físicos o psíquicos desde la curación o la determinación de las secuelas.

En este caso, las secuelas del hijo de la reclamante se manifestaron en agosto-septiembre de 2008. Por ello, la reclamación presentada el 15 de junio de 2009 ha de considerarse en plazo.

Los procedimientos de responsabilidad patrimonial han de tramitarse de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP), siendo de aplicación al presente caso conforme la disposición adicional 12^a de la LRJ-PAC.

A estos efectos ha emitido informe el jefe de unidad de Ginecología y Obstetricia en cuanto servicio al que se imputa la causación del daño conforme establece el artículo 10 del RPRP y se ha concedido trámite de audiencia a la reclamante conforme los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 RPRP y a la Fundación Hospital Alcorcón.

Igualmente, se ha solicitado informe a la Inspección Médica y se han admitido los informes periciales aportados por la reclamante.

TERCERA.- Entrando ya a analizar el fondo de la pretensión que formula la reclamante, debemos partir de la consideración de que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, supone la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (recurso 3261/2009):

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

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

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente, recoge dicha Sentencia que:

“La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que “no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”.

CUARTA.- En el ámbito sanitario, la jurisprudencia ha utilizado como criterio para determinar el carácter antijurídico del daño la llamada *lex artis*, definida en la Sentencia de 19 de junio de 2008 (recurso 2364/2004), indicando (FJ 4º), que *“según jurisprudencia constante de esta Sala, un acto médico respeta la lex artis cuando se ajusta al estado de conocimientos de la comunidad médica en ese momento y, así, realiza lo que generalmente se considera correcto en el tipo de situación de que se trate”.*

Por ello, ha de acreditarse en estos casos, tanto la relación de causalidad con la actuación de la Administración como, en su caso, que esta incumplió la *lex artis*.

La carga de la prueba correspondería al reclamante de la responsabilidad patrimonial conforme el artículo 217 LEC. Si bien, en ocasiones, en la materia sanitaria la jurisprudencia ha invertido la carga de la prueba, considerando la mayor facilidad probatoria de la Administración sanitaria, no es menos cierto que quien reclama debe probar, siquiera de forma indiciaria, la relación de causalidad y la vulneración de la *lex artis*, momento en el que se produciría la inversión de la carga de la prueba. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2010 (recurso 3339/2006).

QUINTA.- En cuanto al daño alegado, con carácter previo debemos destacar que ha de considerarse falta de toda prueba la alusión genérica de la reclamante en cuanto a que experimenta un cuadro de ansiedad derivado de las actuaciones médicas realizadas en el Hospital Fundación Alcorcón por cuanto no acredita, ni tan siquiera desarrolla, en su escrito la realidad de ese cuadro ni su relación causal con la actuación de los servicios públicos sanitarios. Tan solo aporta un informe médico fechado el 13 de marzo de 2009 en el que se hace constar (folio 116) que la reclamante “(...) *refiere ansiedad, sensación de ahogo permanente, lo relaciona con la situación de su hijo de 15 meses que quedó con graves secuelas después del parto*”.

No puede considerarse ni que ese episodio de ansiedad aislado le haya originado un daño efectivo y valorable económicamente ni que esa ansiedad sea causada por la actuación de los servicios sanitarios. El facultativo considera que es un síndrome reactivo, pero únicamente por lo que le manifiesta la reclamante, de ahí que, a falta de una información clínica más concreta, haya de considerarse que no se acredita dicho daño.

En cuanto a los daños, manifiestos y extraordinariamente graves, que sufre el paciente, hijo de la reclamante, trae causa de la infección por herpes virus que se diagnosticó a los treinta y ocho días de vida. Dicha infección herpética, si bien en un primer momento no pareció haber causado secuelas graves tal y como aparece en el informe de alta del Hospital 12 de Octubre (folios 52-53) que a fecha 24 de marzo de 2008 manifiesta que la exploración neurológica es normal y que la evolución fue buena, posteriormente determinó secuelas tales como ceguera, sordera y el síndrome de West. Para concluir sobre la existencia o no de la responsabilidad patrimonial instada, habrá de analizarse si los referidos daños se han causado como consecuencia de la actuación de los servicios sanitarios y si, en caso afirmativo, han de considerarse como antijurídicos, es decir habrá de determinarse si concurren el resto de los elementos integrantes de la figura de la responsabilidad patrimonial, esto es, el nexo de causalidad y la antijuricidad del daño.

SEXTA.- A estos efectos, la reclamante considera acreditada la vulneración de la mencionada *lex artis* apoyándose en diversos dictámenes periciales en tanto que la propuesta de resolución considera que no ha existido tal vulneración sobre la base de lo argumentado en los informes del servicio causante del daño y de la Inspección así como en otro informe pericial que, por su ubicación sistemática en el expediente, parece que ha sido aportado por los servicios sanitarios públicos. Nos hallamos ante informes periciales con conclusiones divergentes en orden a la acomodación de la actuación sanitaria a la *lex artis*, debiendo resolver la cuestión planteada, analizando los referidos medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica, como en este sentido dispone el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En primer lugar para determinar si concurre el nexo de causalidad, será preciso analizar, a la luz de los informes periciales, si el contagio de la

infección herpética se produjo a consecuencia del parto vaginal que se practicó a la reclamante. En este aspecto, si bien todos los informes médicos coinciden en que la forma más frecuente de transmisión es en el momento del parto (folios 175, 180-181, 211, 977), no existe un consenso entre ellos sobre si, en este caso, se produjo la infección en ese momento. El informe de la perito ginecóloga Dra. G. B., aportado a las actuaciones penales por la facultativo que atendió a la reclamante, llama la atención sobre la aparición tardía de la infección en el niño a los 42 días de vida cuando el periodo normal de incubación es de unos 15 días manifestándose la meningoencefalitis herpética en la segunda o tercera semana de vida (folio 211). Por el contrario, el dictamen del Dr. J.A.L.V., manifiesta en la conclusión que la transmisión se produjo en el parto, en contra de su propia afirmación de que es posible el contagio en otros momentos, sin analizar la posible relevancia de la aparición tardía de la infección. A dicha falta de coherencia ha de unirse la inadecuada titulación (no es ginecólogo) para peritar un problema tan complejo como el presente.

Este Consejo, estima que no existe prueba sólida de la relación de causalidad entre el parto y el contagio del herpes, siendo de relevancia a estos efectos, la aparición tardía de la infección puesta de relieve en el primer informe pericial citado y en el del servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Fundación de Alcorcón. A la misma conclusión llega el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (folio 157), (“...no se puede afirmar ni siquiera que el herpes fuera contagiado en el parto cuando además estando en el hospital se hizo una punción por los síntomas que el niño presentaba y su resultado fue negativo a esa grave enfermedad...”).

SÉPTIMA.- Aun cuando a juicio de este Consejo no resulta acreditado el nexo de causalidad que deriva en la inexistencia de responsabilidad, la controversia suscitada en torno a la concurrencia del mismo y el hecho de

que la transmisión ascendente en el parto es la vía más común de contagio, obliga a analizar la antijuricidad del daño recurriendo de nuevo a los distintos informes periciales.

Ha de destacarse en este sentido que no se ha aportado al expediente el primer informe forense emitido en las diligencias previas por la médico forense C.F.R., al que se alude en el Auto de la Audiencia Provincial (folio 152), informe que hubiera sido conveniente que fuera solicitado por el instructor del procedimiento. En dicho informe, según relata la Audiencia, se consideraba que la actuación médica había sido correcta ya que, de la literatura médica no se desprende con claridad que la realización de una cesárea hubiera sido la vía adecuada de actuación, que, por otra parte, no permite eliminar totalmente los riesgos de infección herpética. Igualmente afirma que el tratamiento con aciclovir puede conllevar riesgos en el embarazo sin que se garantizase con total seguridad la ausencia de contagio.

Con respecto al informe emitido por la forense M.R.L.G, que como se ha señalado en los antecedentes de hecho estima mala praxis la opción por la vía vaginal, la Audiencia Provincial se manifestó con el siguiente tenor “*El informe emitido por la Dra M.R.L.G. ninguna credibilidad ofrece por las afirmaciones genéricas y generales que contienen sin ningún rigor técnico, llegando a realizar calificaciones jurídicas fuera de lugar, y además se emite sin que se haya solicitado el mismo*”. Este Consejo coincide con la citada valoración, debiendo resaltar la escasa argumentación y, por tanto, fiabilidad de la conclusión de mala *praxis* a la que se llega sin expresar debidamente el proceso seguido, máxime cuando, como muestra el análisis conjunto de todos los informes, estamos ante una cuestión muy debatida en la literatura científica.

En cuanto al informe del Dr. J.M.G.F., el hecho de que su autor haya sido expulsado de la S.E.G.O. no afecta al valor probatorio del mencionado informe, debiendo ser valorado conjuntamente con las demás pruebas

aportadas al procedimiento. Dicho informe ciertamente concluye que hubo infracción de la *lex artis*, si bien ha de destacarse que el propio perito remarca que se trata de una opinión personal, con lo cual no puede entenderse que estemos ante una suerte de “*communis opinio*” médica que, en suma, es lo que ha de entenderse por *lex artis*.

Por el contrario, el informe de la Inspección, mantiene la adecuación a la *lex artis*, en aplicación de los protocolos médicos que consideran que la cesárea electiva procede cuando la gestante presenta un brote herpético en el momento del parto en tanto que la existencia de brotes en otros momentos de la gestación no son indicativos de realizar una cesárea (folio 978). Como se ha expuesto en el relato de hechos, no existe ningún dato que permita acreditar que en ese momento, la reclamante padecía un brote herpético. El ginecólogo que la examina hace constar expresamente que no observan lesiones de herpes en tanto que aprecia una variz que podría ser la causa del picor alegado por la reclamante.

Por tanto, no existían criterios clínicos para considerar en ese momento la existencia de un brote sin que pueda juzgarse esa actuación médica a la luz de los acontecimientos posteriores, lo que obliga a concluir la adecuación a la *lex artis* de la actuación médica al optar por el parto vaginal.

Recuerda la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^a) de 29 de enero de 2010 (recurso 2318/2005), que:

“La lex artis supone que la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una forma de actuación. Implica por tanto la obligación del médico de realizar aquellas pruebas necesarias atendiendo el estado de la ciencia médica en ese momento, incluidos los protocolos indicativos para seguimiento

de un embarazo y de un parto normalizado, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (SSTS 15 de febrero y 18 de diciembre de 2006; 19 de octubre 2007); todo lo cual conduce a criterios de limitación de la imputabilidad objetiva para recordar que no puede cuestionarse esta toma de decisiones si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los topoi (leyes) del razonamiento práctico (SSTS de 14 de febrero de 2006, 15 de febrero de 2006, 7 de mayo de 2007)”.

Coincide en este aspecto el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid al señalar: *“La cesárea no estaba indicada en el caso examinado pues la señora F. no presentaba lesión genital alguna en el momento del parto, lo que afirma no solo la denunciada sino también la testigo (...) no hay indicios fundados suficientes para sostener que la decisión tomada por la hoy recurrente (la ginecóloga que atendió a la reclamante en el parto) no fuera la adecuada, no habiendo indicio alguno de la existencia de un herpes activo en ese momento”* (folios 239 y 240).

Si en las actuaciones penales esa falta de prueba de la existencia de una actuación médica incorrecta conllevaba la ausencia de base para sostener una acusación penal y por tanto el sobreseimiento de la causa, en el presente procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial supone que, aun aceptándose hipotéticamente que el contagio se produjo en el momento del parto, el daño no sería de naturaleza antijurídica toda vez que los servicios sanitarios actuaron conforme los criterios de la *lex artis*.

Si la *lex artis* supone un estándar de actuación de los profesionales médicos, no parece razonable considerar, en un caso tan complejo desde el punto de vista médico como es el que nos ocupa, que ese estándar sea diferente según se trate de un proceso penal o un procedimiento administrativo. Afirmar lo contrario sería tanto como decir que las reglas de la profesión médica son distintas en función de la rama del derecho que las analiza.

Para la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 2012 (recurso 1656/2009):

“(...) ha de reconocerse que la responsabilidad penal, conectada con la imprudencia de los profesionales, no es equiparable a la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene diferentes fundamentos y requisitos, pero, habida cuenta de la identidad del soporte fáctico de la denuncia y de la demanda, tampoco cabe ignorar los razonamientos expresados por los órganos judiciales de la jurisdicción penal para acordar el sobreseimiento provisional de las diligencias previas, al igual que deben tenerse presentes los informes, ratificaciones, declaraciones y demás elementos contenidos en dicha causa”.

Naturalmente, la responsabilidad penal constituye un régimen culpabilista, en contraste con el de la responsabilidad patrimonial que se proclama objetivo, y para cuyo nacimiento no se precisa dolo o culpa en el sentido penal de los mismos, sino que basta que se trate de un daño que el particular no tiene el deber de soportar, deber que concurre en el ámbito sanitario cuando la prestación médica no se ha apartado de la *lex artis*. En el presente caso, tal y como se concluye en el proceso penal, no se omitieron medios y se actuó en coherencia con los datos clínicos que no evidenciaban la existencia de herpes activo en el momento del alumbramiento, motivo por el cual la actuación de los profesionales

médicos que atendieron a la paciente no se apartó de la *lex artis*, y por tanto existe el deber jurídico de soportar el daño acaecido, que por dicha razón no es de naturaleza antijurídica.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La presente reclamación de responsabilidad ha de desestimarse al no acreditarse la relación de causalidad del daño con la actuación de los servicios públicos sanitarios ni el carácter antijurídico del daño.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 20 de febrero de 2013