

Dictamen nº: **280/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **10.05.22**

DICTAMEN de la Sección de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 10 de mayo de 2022, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial sanitaria promovido por D. y Dña. en su propio nombre y en el de su hija menor de edad Dña., (en adelante “*los reclamantes*”), por el daño sufrido por fallecimiento de como consecuencia, según aducen, de la defectuosa asistencia sanitaria dispensada en su alumbramiento que tuvo lugar en el Hospital Universitario 12 de Octubre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el día 3 de octubre de 2019, las personas referidas en el encabezamiento formularon, asistidos por medio de letrado, reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de su hijo y hermano, respectivamente, a consecuencia de las lesiones producidas, según adujeron, como consecuencia de la inadecuada atención al parto dispensada en el Hospital Universitario 12 de Octubre.

Previa la tramitación del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública formuló una primera propuesta de resolución, de fecha 13 de julio de 2021, con sentido estimatorio, estableciendo la cuantía de la responsabilidad que proponía indemnizar en la cifra de 166.200 €, por ser la establecida en el correspondiente informe de valoración del daño personal incorporado al procedimiento.

Se remitió la propuesta a esta Comisión Jurídica Asesora, juntamente con el expediente administrativo, el día 15 de julio de 2021 y el 12 de agosto, se efectuó una segunda remisión de documentación, que específicamente incluía ciertos audios de las declaraciones efectuadas por los testigos y peritos en el procedimiento penal tramitado por los mismos hechos.

Con fecha 31 de agosto se emitió el Dictamen 403/21, en sentido coincidente con la propuesta de resolución. En el mismo se efectuaron una serie de amplias consideraciones analizando las circunstancias fácticas y jurídicas pertinentes, entre ellas la previa tramitación de un procedimiento penal, tramitado como diligencias previas 1279/2016, que resultó sobreesido por el Juzgado de Instrucción nº 52 de Madrid, mediante Auto de 5 de octubre de 2018.

El Dictamen concluyó que procedía estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial, al apreciarse la necesaria relación de causalidad entre el daño y la actuación de los servicios públicos sanitarios, así como la antijuridicidad del daño. Además, se cifraba la indemnización en 166.200 €, indicando que esa cantidad habría de ser actualizada según lo dispuesto en el artículo 34.3 de la LRJSP.

La propuesta de resolución fue aprobada, dictándose la correspondiente Orden 1314/21, de 13 de octubre, del Consejero de Sanidad- folio 516 del expediente-, notificada a la aseguradora Zurich

Insurance PLC, Sucursal en España, el día 26 de octubre de 2021, en su condición de aseguradora del SERMAS a la que correspondería el abono de la indemnización, de conformidad con el ámbito de cobertura temporal recogido en la correspondiente póliza.

El 15 de noviembre de 2021, la aseguradora Zurich formuló recurso de reposición frente a la indicada resolución. El recurso se fundaba en razones de orden formal, que cuestionaban el desarrollo del procedimiento, pues no constaban incorporadas al mismo ciertas alegaciones que la aseguradora habría efectuado el 14 de junio de 2021, con carácter previo a la concesión del trámite de audiencia, en virtud del artículo 76.1 de la LPAC, en las que defendía la actuación de los servicios médicos del SERMAS y argumentaba que, en su opinión, de la actuación de los profesionales del Servicio de Ginecología del Hospital 12 de Octubre de Madrid, no se podían objetivar elementos asistenciales que determinasen la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria madrileña, apoyándose especialmente en la documentación obrante en las actuaciones practicadas en el proceso penal previo, cuya copia adicionaba, al igual que ya hiciera anteriormente, el día 18 de mayo de 2021.

Además, se indicaba que se había prescindido absolutamente de su intervención en la fase final del procedimiento, con vulneración del artículo 80.1, de la LPAC, considerando que la resolución recurrida no daba respuesta a sus alegaciones, como parte interesada y, muy en particular, no efectuaba valoración alguna sobre la trascendencia del resultado de las precitadas actuaciones penales.

También se cuestionaba la adecuada integración en el expediente de esas alegaciones y de la documentación complementaria adjunta, así como de su completa remisión a esta Comisión Jurídica Asesora.

Admitido el recurso a trámite, en su desarrollo se han recogido

las alegaciones de oposición formuladas por la parte reclamante –folios 556 al 561-.

La Orden del consejero de Sanidad 1624/21, de fecha 2 de diciembre de 2021, estimó el recurso, previa la comprobación de que Zurich efectivamente aportó la documentación de referencia y formuló alegaciones con anterioridad al momento en que se dictó la propuesta de resolución del expediente de responsabilidad patrimonial y de que, ni los documentos aportados ni las alegaciones se incorporaron al expediente administrativo y, en consecuencia, no se remitieron a la Comisión Jurídica Asesora, cuando se solicitó la emisión del Dictamen preceptivo. Así pues, la Orden acordó estimar el recurso de reposición interpuesto contra la precedente Orden núm. 1314/21, de 13 de octubre, por la que se resolvió el expediente núm. RP 412/21- SIPARP 201910011173, anulándola y dejándola sin efecto, así como retrotraer las actuaciones al momento procedimental oportuno para que las alegaciones y documentos aportados por Zurich durante la instrucción del citado procedimiento fueran incorporados al expediente y valorados en el sentido que procediera. Se ordenó igualmente que se conservasen todos los actos del procedimiento que hubieran permanecido inalterados, en el caso de no haber existido el vicio detectado, ex artículo 52 de la LPAC.

La orden se notificó a los reclamantes y a la aseguradora Zurich, el día el 13 de diciembre de 2021 y en su cumplimiento se han adicionado al expediente las alegaciones de la aseguradora de 18 de mayo y 14 de junio de 2021, así como la copia testimoniada de todas las actuaciones penales y de un informe pericial elaborado a su instancia, de fecha 12 de febrero de 2021, en sentido favorable a sus planteamientos.

Consta igualmente emitida nota de la inspectora médica que efectuó el primer informe, atendiendo a la solicitud de ampliación del

informe emitido en fecha 6 de abril de 2020, sobre la reclamación patrimonial que nos ocupa. En dicha nota, la Inspectora ha manifestado expresamente que se le aportaron en su momento, junto con la reclamación, múltiples notificaciones/diligencias del procedimiento penal, correspondientes a actuaciones producidas entre el 2016 y el 2018, informes forenses, así como el Auto de sobreseimiento del Juzgado de Instrucción nº 52 de Madrid, dictado el 5 de octubre de 2018 y que todos estos documentos ya fueron leídos y valorados para elaborar el primer informe, en cuyas conclusiones se ratificaba.

De todo ello se dio traslado a la aseguradora y a los reclamantes, a través de su abogado, en fechas 1 y 3 de marzo de 2022.

Los reclamantes han presentado nuevas alegaciones en las que se ratifican en las contenidas en su primer escrito de alegaciones finales, de fecha 1 de julio de 2021, solicitando que se dictara una nueva orden en el mismo sentido que la revocada, que reconoció una responsabilidad en su favor por importe de 166.200€; toda vez que la documentación incorporada, consistente en las actuaciones penales completas, así como el informe pericial ampliatorio aportado por Zurich, no desvirtuaban la evidencia de la producción de un terrible daño: el fallecimiento de un bebé en el ámbito hospitalario, de forma violenta y accidental, por causa de un traumatismo y que ello, en sí mismo, no es compatible con una conducta diligente.

Mediante escrito de 7 de marzo de 2022, la aseguradora también efectuó escrito de alegaciones finales en las que se reiteraba en sus planteamientos y, cuestionando que se hubiera efectuado un traslado completo del expediente, requería que el USB aportado -que contenía las declaraciones de todos los profesionales que comparecieron en sede judicial, durante el procedimiento penal-, fuera incorporado al expediente en igual forma que el resto de documentación ya obrante

en el mismo, de forma que pudiera ser valorado y evaluado oportunamente por el/los órgano/s competente/s con objeto de la retroacción de actuaciones acordada, al objeto de no volver a sufrir indefensión.

Respecto a la incorporación en el expediente del soporte USB referido, se ha procedido a incluir en el procedimiento diligencia de fecha 21 de marzo de 2022, al respecto de su adecuada incorporación y del traslado del mismo, junto con el resto de documentación, a todos los departamentos a los que se les había pedido informe a lo largo de la instrucción - folio 1148-.

Finalmente, con fecha 24 de marzo de 2022, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública formuló propuesta de resolución, estimatoria parcialmente de la reclamación presentada, en la cuantía de 166.200 euros.

Se afirma en dicha propuesta que, *“existe evidencia de que la asistencia ha sido incorrecta o inadecuada a la lex artis, y cabe concluir que el daño que se reclama resulta antijurídico, no recayendo sobre la parte interesada la obligación jurídica de soportarlo, debiendo por tanto, estimar parcialmente la reclamación formulada dado que, aunque no se pueda determinar la causa de la hemorragia intracraneal sufrida por él bebe, sí podemos determinar que la actuación mucho más anticipada de lo que se hizo, por parte de un obstetra, hubiera sido de vital importancia para la resolución del parto de una manera distinta”*.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

La gestante de 32 años de edad en el momento de los hechos, acudió a Urgencias del Hospital Universitario 12 de Octubre, el 3 de julio de 2016 por parto en curso con bolsa rota a las 00:45. En el informe de evolución se hace constar que la gestante tenía el

antecedente de una gestación previa, sin incidencias y que el seguimiento de su actual embarazo también cursó sin incidencias. En los datos de la exploración que le fue realizada al ingreso se recoge: *“dilatación 4 cm, borramiento 100%, consistencia blanda, posición: anterior, plano Hodge 1, Bishop 10: normal. Exploración física normal”*.

En la hoja de parto se anota que a las 18:00 se reexplora a la paciente por el staff de guardia (sic) identificando a los facultativos que lo conforman, y que se indica cesárea por mantenerse distocia de deflexión *“a pesar del manejo activo del parto”* y que la paciente firma el consentimiento informado, que se incorpora al expediente administrativo. La cesárea se practicó a las 18:15 horas por no progresión del parto anotándose que la extracción del feto en cefálica se produjo sin dificultad y sin anotar ninguna incidencia.

En el resumen de elementos de la historia clínica se indica que el partograma se abre a las 2:30, con 4 cm, de dilatación, que la primera exploración que se realiza a la paciente tiene lugar a las 5:45 con 7 cm y la segunda a las 18:30 con una dilación de 7,5 cm. A las 11:30 la dilatación es de 8,5 cm (exploración por parte del servicio Enfermería/matrona paritorio). *“El RCTG se mantiene con variabilidad moderada durante las primeras horas de dilatación, presentando alrededor de las 15 h. deceleraciones variables con decalaje, por lo que se indica microtoma de PH de cuero cabelludo fetal (14:49 h, ph de 7,34, resto de parámetros normales). El RCTG posterior se mantiene reactivo con dinámica regular a pesar de lo cual se objetivan dos exploraciones similares entre las 15 y las 18 horas (9 cm presentación sobre estrecho pélvico, OP, cabeza fetal deflexionada). Se explica en todo momento los hallazgos a paciente y acompañante (exploración con dilatación progresiva), aunque lenta, con causa probable de la deflexión de la presentación fetal con signos objetivos de bienestar fetal indicándose*

cesárea por no progresión del parto- distocia de flexión (posición) a las 18:00 h.”.

Asimismo, se indica que “tras la extracción fetal se entrega RNV a Neonatología, quienes, tras emplear técnicas de reanimación y estabilización, comprueban la muerte del recién nacido a las 8:58 horas del mismo día”.

Como consecuencia del fallecimiento, un familiar de los reclamantes presentó una denuncia penal solicitando que se acordara la práctica de las actuaciones necesarias para esclarecer los hechos y en especial si ha habido sufrimiento vital, a resultado de la cual, se trasladó el cadáver al Instituto Anatómico Forense para realizar una autopsia cuyo informe, de fecha 26 de julio de 2016, se ha incorporado al expediente.

En el informe de autopsia consta, en el apartado del examen general del cadáver, que el mismo presentaba discreta deformidad hemicraneal derecha a expensas de región frontal y temporoparietal con fluctuación a la palpación. En los hallazgos internos figura que la cabeza presentaba hematoma hemicraneal derecho que abarcaba la cara interna del colgajo anterior y posterior. En la apertura de la fontanela anterior se observó sangrado abundante, sin coágulos.

En las conclusiones provisionales del médico forense se reflejó que se trataba de una muerte violenta de etiología accidental, constando como causa de la muerte: hemorragia intracraneal y hemorragia subdural.

Los días 1 y 5 de octubre de 2016 se emitieron los informes definitivos de los médicos forenses. El del día 1 de octubre de 2016 se ratifica en las conclusiones del documento de la autopsia, que recogía la existencia de un intenso edema cerebral junto con una congestión visceral generalizada.

En el informe del día 5 de octubre de 2016, valorando el conjunto de la documentación y la propia autopsia, se destaca la ausencia de malformaciones fetales y de cuadros infecciosos relevantes en el fallecido, así como la existencia de una deformidad hemicraneal derecha, de un hematoma subgaleal y de un hematoma laminar subdural, junto con un edema cerebral microscópico. Se indicaba también que, en ausencia de otra patología, resultaban compatibles con un fallecimiento de origen traumático. Igualmente se hizo constar que no se habían observado otros hallazgos, ni macro ni microscópicos, que sugieran otras extravasaciones sanguíneas dispersas espontáneas, compatibles con la existencia de una coagulopatía en el fallecido.

El Auto del Juzgado de Instrucción nº 52 de Madrid dictado el 5 de octubre de 2018, concluyó el sobreseimiento provisional de las actuaciones, reservando a los perjudicados las acciones civiles que por estos hechos les pudieran corresponder.

TERCERO.- Recibida la reclamación por el Servicio Madrileño de Salud, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En cuanto al desarrollo del procedimiento hasta la aprobación de la Orden 1314/21, de 13 de octubre, del Consejero de Sanidad revocada a resultas del recurso de reposición formulado por la aseguradora Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, nos remitimos a la exposición que se realizó en el precedente Dictamen 403/21, de 31 de agosto, de la que merecen destacarse ahora los siguientes trámites, que han resultado conservados, ex. artículo 52 de la LPAC:

- Consta la comunicación del procedimiento efectuada el 25 de noviembre de 2019 a la compañía aseguradora Zurich, al haber estado emplazada en el procedimiento penal D.P. 2179/2016, seguido en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 52 de Madrid.

- Se incorporó al expediente la historia clínica de la paciente en el Hospital Universitario 12 de Octubre y la documentación médica correspondiente al seguimiento del embarazo de la misma por el SESCAM, aportada por los reclamantes.

- Se adicionó también informe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario 12 de Octubre, en la página 181 del expediente administrativo, que concluye que *“en ningún momento consta en la historia clínica que se hicieran maniobras obstétricas que pudieran haber sido responsables de los hallazgos relatados en la necropsia judicial realizada. En ese sentido, la deformidad de la cabeza del recién nacido puede ser perfectamente el caput succedaneum, tan común en los nacidos tras partos prolongados. Más aún, los neonatólogos no describen ningún hallazgo que les resultara llamativo en la exploración externa del recién nacido. Por otra parte, y en relación a la hemorragia intracraneal hallada en la autopsia, un reciente artículo de revisión de las hemorragias intracraneales en el neonato, publicado en la revista de la Sociedad Europea de Neurología Pediátrica, resalta el concepto de que la mayoría de las hemorragias en el neonato nacido a término son idiopáticas, es decir, de causa desconocida, no pudiéndose establecer una relación causal con ninguna etiología congénita ni relacionada con la atención al parto (...)”* Acompañaban a dicho informe dos publicaciones en inglés, para apoyar sus conclusiones.

- También se emitió el informe del Servicio de Neonatología de 4 de noviembre de 2019, en el que después de exponer el estado del recién nacido y las actuaciones llevadas a cabo para su reanimación por los facultativos del servicio, se explicó respecto de las posibles

causas del fallecimiento que *“desde el principio, la impresión de los médicos adjuntos de Neonatología es que se trata de un cuadro neurológico muy grave como así consta claramente en el informe de neonatología, aunque en ese momento no se puede filiar la causa. El niño presentó todo el tiempo midriasis bilateral y ausencia total de movimientos salvo gasping intermitente a partir de los dos minutos de vida. (...) los hallazgos de la autopsia explican perfectamente el cuadro que presentó el niño al nacimiento y confirman la impresión de los neonatólogos de que se trata de un cuadro neurológico. Ni la residente de guardia ni ninguno de los adjuntos presenciaron ningún tipo de traumatismo del niño desde la extracción del niño en la cesárea hasta su fallecimiento.*

Los hematomas epidurales son raros en el periodo neonatal inmediato y hay varias comunicaciones de hematomas epidurales neonatales en los que no se pudo documentar ningún problema en el parto”.

- Se incorporó el informe de la Inspección Sanitaria de 6 de abril de 2020, que objetó la asistencia dispensada, indicando: *“por lo expuesto se considera que lo más idóneo hubiera sido que ya, desde esa hora del medio día se solicitara la valoración del obstetra, su exploración, su criterio, y encauzamiento; cosas que no figuran (...) que había datos (del enlentecimiento a pesar de medidas y los referidos a cabeza fetal en deflexión, poco detallados), como para valorar y presumiblemente actuar con la finalización del parto más precozmente”.*

- Se incorporó un informe de valoración de los daños corporales por muerte, que arrojó la cantidad de 166.200 euros.

- Se confirió trámite de audiencia a los reclamantes, que presentaron unas primeras alegaciones finales el 5 de julio de 2021.

Además, con posterioridad a la Orden del consejero de Sanidad 1624/21, de 2 de diciembre de 2021, que estimó el recurso de reposición formulado por la aseguradora Zúrich, se han realizado los siguientes trámites adicionales:

- La orden se notificó a los reclamantes y a la aseguradora y se han incorporado al expediente las alegaciones de la aseguradora de 18 de mayo y 14 de junio de 2021, así como la copia testimoniada de todas las actuaciones penales y de un informe pericial elaborado a instancias de la aseguradora, de fecha 12 de febrero de 2021, que efectúa una conclusión general, según la cual el embarazo, parto por cesárea y reanimación neonatal de realizaron en este caso de forma acorde al estándar de control y tratamiento -folios 1060 al 1115-.

- Consta emitida nota de la inspectora médica que efectuó el primer informe, sobre la solicitud de ampliación del informe emitido en fecha 6 de abril de 2020, acerca de la reclamación patrimonial que nos ocupa.

En el mismo se indica: *“esta reclamación tiene especiales características y han sido valorados sus hechos en vía de jurisdicción penal.*

A la Inspección se le aportaron en su momento, junto con la reclamación, múltiples notificaciones/diligencias de ese procedimiento desde 2016 a 2018 e informes forenses. Se incluía también la copia del Auto del Juez del Juzgado de Instrucción nº 52 de Madrid dictado el 5 de octubre de 2018, que concluía con este acuerdo: ‘el sobreseimiento provisional de las actuaciones, reservando a los perjudicados las acciones civiles que por estos hechos les pudieran corresponder’.

Todos estos documentos fueron, lógicamente, leídos y valorados.

Aunque el asunto ha seguido primero esa vía, es un hecho que se aceptó la reclamación patrimonial de la que estamos tratando y se solicitó el informe de inspección aludido y motivo de esta ampliación.

Documentación aportada actualmente:

Se han aportado ahora a la Inspección Médica, se entiende que como base de esta solicitud de ampliación, un escrito de alegaciones de la aseguradora Zurich, un informe de una consultora y los múltiples documentos del procedimiento judicial aludido y conocido.

No se aporta como fundamento de esta solicitud de ampliación algún dato clínico registrado en su momento, no valorado, que deba ser conocido ahora para la reevaluación del caso.

Los datos del Proceso en la vía jurisdiccional señalada tampoco son nuevos a esta Inspección. Lo que se aporta ahora son valoraciones del asunto y valoraciones al propio Informe de Inspección.

Enjuiciamiento: por ello, no se encuentra base correcta para que el informe de inspección médica deba ser ampliado o modificado”.

*En cuanto a la capital cuestión de fondo: la adecuación a la *lex artis* de la actuación sanitaria valorada, se reitera en sus conclusiones del informe de 6 de abril de 2020 y determina de forma concluyente: “También se reseña que el Informe de Inspección se pronunciaba, como es su misión, sobre lo que consideraba la mayor idoneidad de la asistencia sanitaria, y sobre un aspecto de la misma; en base a los registros clínicos realizados en su momento.*

Obviamente, caben discrepancias en estos temas y por ello el órgano competente valorará todos los Informes que considere oportuno solicitar para llegar a la más justa conclusión final posible”.

- Se concedió trámite de audiencia a la aseguradora y a los reclamantes, a través de su abogado, en fechas 1 y 3 de marzo de 2022.

- Los reclamantes han presentado alegaciones de cuyo contenido ya se ha dado cuenta.

- Mediante escrito de 7 de marzo de 2022, también la aseguradora efectuó escrito de alegaciones finales en las que se reiteraba en sus planteamientos e insistía en la incorporación del USB con los audios del procedimiento penal.

- Se ha procedido a incluir diligencia al respecto de la adecuada incorporación al expediente del USB señalado y del adecuado traslado del mismo y del resto de documentación a todos los departamentos interesados.

- Finalmente, con fecha 24 de marzo de 2022, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública formuló propuesta de resolución, estimatoria parcialmente de la reclamación presentada, en la cuantía de 166.200 euros.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad, con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 29 de marzo de 2022, se formuló la preceptiva consulta.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente 193/22, a la letrada vocal Dña. Carmen Cabañas Poveda, que formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por la Sección de esta Comisión Jurídica Asesora en sesión de 10 de mayo de 2022.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y por solicitud de órgano con competencia para ello, de conformidad con el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte, se ha realizado conforme a lo dispuesto en la LPAC.

Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 4 de la LPAC en relación con el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en relación con el fallecimiento de su familiar, al tratarse de su hijo y hermano respectivamente suponiendo su fallecimiento un daño moral en sí mismo, que no necesita ser probado, circunstancia debidamente acreditada mediante la aportación del libro de familia.

La reclamación se firmó por los reclamantes y su abogado por lo que debe entenderse que se presentó en su propio nombre mediante asistencia letrada, siendo así que los trámites ulteriores se realizaron con el indicado representante, para los cuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.3 de la LPAC, se presume la representación.

Por otro lado, los derechos de la hermana menor de edad en relación con esta reclamación se ejercen por sus padres en su condición de titulares de su patria potestad de conformidad con lo establecido en el artículo 162 del Código Civil.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid por ser la titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño, estando integrado el Hospital Universitario 12 de Octubre en la red pública sanitaria de la Comunidad de Madrid.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (*ex* artículo 67 LPAC). En el presente caso el fallecimiento generador del daño se produjo el día 3 de julio de 2016, habiéndose presentado la reclamación el 3 de octubre de 2019, sin embargo, según ya se argumentó, en este caso, se tramitaron las diligencias previas 1279/2016, de las que conoció el Juzgado de Instrucción nº 52 de Madrid, que fueron sobreseídas mediante Auto de 5 de octubre de 2018, por lo que considerando la eficacia interruptiva del referido procedimiento penal, debe entenderse que la reclamación fue formulada en plazo.

En cuanto al desarrollo del procedimiento, no se observa ningún defecto en el procedimiento tramitado, pues se ha recibido la historia clínica de la paciente e incorporado al expediente, se han recabado los informes de los servicios a los que se imputa el daño, de acuerdo con los artículos 79 y 81 de la LPAC, respectivamente y consta también emitido el informe de la Inspección Sanitaria.

Además, se ha subsanado mediante la correspondiente retroacción del procedimiento la inicial lesión del derecho de defensa de la aseguradora del SERMAS, incorporando todas sus alegaciones y la documentación adicionalmente aportada en soporte escrito y

audiovisual, además de un informe pericial en sentido favorable a sus pretensiones.

Finalmente se ha concedido un nuevo trámite de audiencia y alegaciones finales, tanto a los reclamantes, como a la aseguradora y se ha formulado una nueva propuesta de resolución, según lo exigido en el artículo 91 de la LPAC.

En suma, pues cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada actualmente por la LRJSP, en sus artículos 32 y siguientes.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (recurso de casación 5006/2016), de 11 de julio de 2016 (recurso 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014), requiere el cumplimiento de los requisitos siguientes:

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) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras sentencias allí recogidas, *“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”*.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público, en cuanto que el criterio de la actuación conforme a la *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios. Así, el Tribunal Supremo en jurisprudencia reiterada (por todas, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 19 de mayo de 2015, recurso de casación 4397/2010) ha señalado que *“no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del*

paciente, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”. En análogo sentido, la Sentencia de 15 de marzo de 2018 (recurso de casación 1016/2016).

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido, debe acreditarse por quien reclama la indemnización, conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse, en los términos de la doctrina de la facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes. “*El principio de facilidad probatoria hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que se halla en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente*”. (STS de 17 de septiembre de 2019, recurso de casación 3575/2016).

Finalmente, para evaluar la corrección de una concreta práctica médica hay que estar a la situación y síntomas del momento en que se realiza ésta. Ello se traduce en que se deben aplicar a los pacientes los medios disponibles para su diagnóstico y tratamiento. Esta obligación de medios (y no de resultados concretos) debe entenderse ceñida al contexto del momento y las circunstancias en que se efectúa la asistencia, es decir, a los síntomas que presenta cada paciente y a las probabilidades, en función de los mismos, de que padezca una determinada patología.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (recurso 2228/2014) destaca: “*La asistencia sanitaria es una*

obligación de medios y no de resultados, de modo que no puede apreciarse responsabilidad cuando se han empleado las técnicas y los instrumentos de que se dispone. Y es precisamente lo acaecido en este caso, en el que se han ido poniendo los medios adecuados, realizando pruebas diagnósticas, acordes con lo que sugerían, desde el punto de vista médico, las diferentes dolencias del recurrente”.

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente se deduce que, sin la existencia de un daño real y efectivo por quien solicita ser indemnizado, no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración. En este sentido recuerda la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que *“la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas”* constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado *“que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

Resulta claro que el fallecimiento de un familiar constituye un daño de naturaleza moral, susceptible de reclamación.

En cuanto a la relación de causalidad, como es sabido, constituye jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria.

Según ese último criterio, en determinadas ocasiones la jurisprudencia admite la inversión de la carga de la prueba, como es el

caso de que, como consecuencia de la asistencia sanitaria, se haya producido un daño desproporcionado, en el que existe una presunción de prestación sanitaria contraria a la *lex artis*, que corresponde a los servicios médicos destruir mediante la aportación de la pertinente prueba.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2016 (recurso 2822/2014) resume los requisitos de esta figura de daño desproporcionado, tal y como la ha configurado la jurisprudencia contencioso-administrativa: «*La doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" significa lo siguiente:*

1º Que el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución.

2º El daño desproporcionado implica un efecto dañoso inasumible - por su desproporción- ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada.

*3º Ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la *lex artis* por parte de la Administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor.*

4º Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las

circunstancias en que se produjo el daño.

5° De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado».

Trasladando todo ello al supuesto que nos ocupa y entrando así en la valoración del material probatorio incorporado al procedimiento, en términos generales debemos compartir la opinión de la Inspección Médica en su nota de 6 de abril de 2020, según la cual, la tramitación adicionalmente desarrollada desde la retroacción del procedimiento no ha determinado la incorporación de ningún elemento sustancial novedoso, que determine un cambio de criterio sobre la responsabilidad patrimonial, ni tampoco de la argumentación principal mantenida en el precedente Dictamen, 403/21, de 31 de agosto, a la que necesariamente debemos remitirnos.

Así pues, según resulta de la información proporcionada en el informe de autopsia y en los informes de los médicos forenses, en relación a la situación del recién nacido -informes traídos del procedimiento penal, según reclama la aseguradora-; observamos que los hallazgos internos y externos en la cabeza del bebe eran incuestionables y de extrema gravedad, presentando diversas hemorragias cerebrales en varias localizaciones, algunas de gran entidad, que se atribuyen a un traumatismo craneoencefálico, siendo esa la causa de la muerte del nacido. Los mismos informes descartaban malformaciones previas, infecciones relevantes y/o alteraciones de la coagulación, que pudieran haberlos causado y establecieron que no se podía determinar cuál era la causa de dicho traumatismo y que no guarda relación con el desarrollo de un proceso de parto, sea o no por cesárea.

En concreto, el informe médico forense de 5 de octubre de 2017,

suscrito por dos médicos forenses del juzgado de instrucción, recoge *“la autopsia practicada y los resultados complementarios de laboratorio demuestran la inexistencia de malformaciones fetales ni de cuadros infecciosos relevantes. De igual forma la existencia de una deformidad hemicraneal dcha. Hematoma subgaleal ipsilateral, y de una hemorragia y hematoma laminar subdural, junto con un edema cerebral microscópico, en ausencia de otra patología, resulta compatibles con el origen traumático del fallecimiento. (...) no se han objetivado otros hallazgos que macro, ni microscópicos, que sugieran extravasaciones sanguíneas dispersas espontáneas compatibles con la existencia de una coagulopatía del fallecido”*.

Sentado lo anterior, relativo a la caracterización de la causa de la muerte que, como se ha indicado, se estableció claramente como de etiología traumática; surge la necesidad de analizar su relación de causalidad con la asistencia sanitaria dispensada, puesto que no se incorpora a la historia clínica ninguna descripción de las actuaciones realizadas durante las horas en que la gestante estuvo ingresada, en relación con el manejo de la distocia por deflexión que presentaba el bebé y únicamente en el informe de Ginecología y Obstetricia se afirma que: *“en ningún momento consta en la historia clínica que se hicieran maniobras obstétricas que pudieran haber sido responsables de los hallazgos relatados en la necropsia judicial realizada”*.

Pese a esa indicación, como se recogió en el precedente Dictamen 403/21, aunque en las declaraciones efectuadas en las diligencias previas no se reconoce haber practicado la maniobra de Kristeller, sí que se refieren varios intentos de rotación del bebé a pesar de que no constan documentados en la historia clínica, por lo que, a juicio de esta Comisión, aunque no ha resultado probada en la historia clínica, no cabe descartar la realización de esta técnica -al igual que la de rotación del bebé- tal y como describe su madre.

Además, como también se indicó en el precedente dictamen, debemos compartir el criterio de la Inspección Médica sobre la excesiva tardanza en la realización de una evaluación obstétrica a la parturienta, que posiblemente hubiera determinado la práctica de la cesárea con anterioridad, cuestión que también aborda el informe pericial aportado por los reclamantes, de fecha 25 de julio de 2017, que señala con claridad: *“que sorprende que ante una presentación que se sabe anómala, cabeza deflexionada y una progresión muy lenta de la dilatación, 2 cm entre las 5:45 y las 18 horas, no se adoptara una actitud más intervencionista. Se debería haber planteado una revaloración sobre la terminación del parto antes de lo que se hizo (...)*.

Que la indicación de cesárea por no progresión del parto y deflexión de la cabeza fetal fue correcta, aunque debería haberse indicado antes”.

Esta conclusión ha sido ratificada en el informe de la Inspección Sanitaria y tomada en consideración positivamente en la propuesta de resolución, como causa que justifica la estimación parcial de la reclamación.

Las consideraciones del informe pericial de parte últimamente señalado, entran en conflicto con el aportado tras la retroacción del procedimiento, por la aseguradora Zurich.

Ante la concurrencia de informes periciales de sentido diverso e incluso contradictorio en sus conclusiones, la valoración conjunta de la prueba pericial ha de hacerse, según las reglas de la sana crítica, con análisis de la coherencia interna, argumentación y lógica de las conclusiones a que cada uno de ellos llega. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de febrero de 2016 (rec. 1002/2013) manifiesta que *“las pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a*

los antecedentes que se le han facilitado (...)” y “no existen reglas generales preestablecidas para valorarlas, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso (...).”

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de abril de 2017 (rec. núm. 395/2014) añade que, para el caso de que existan informes periciales con conclusiones contradictorias, *“es procedente un análisis crítico de los mismos, dándose preponderancia a aquellos informes valorativos de la praxis médica que, describiendo correctamente los hechos, los datos y fuentes de la información, están revestidos de mayor imparcialidad, objetividad e independencia y cuyas afirmaciones o conclusiones vengan dotadas de una mayor explicación racional y coherencia interna, asumiendo parámetros de calidad asentados por la comunidad científica, con referencia a protocolos que sean de aplicación al caso y estadísticas médicas relacionadas con el mismo. También se acostumbra a dar preferencia a aquellos dictámenes emitidos por facultativos especialistas en la materia, o bien con mayor experiencia práctica en la misma. Y en determinados asuntos, a aquéllos elaborados por funcionarios públicos u organismos oficiales en el ejercicio de su cargo y a los emitidos por sociedades científicas que gozan de prestigio en la materia sobre la que versa el dictamen”*.

Según lo indicado, deberemos analizar la solvencia y fundamentación de las valoraciones técnico-médicas de uno y otro, ya que son parcialmente contradictorias.

El planteamiento del segundo informe pericial, incorporado a instancias de Zurich tras la retroacción del procedimiento, se limita a establecer que, en este caso, la evolución y el control del periodo de dilatación se encuentra dentro de los plazos máximos que determinan los protocolos de la SEGO para embarazos de bajo riesgo, sin

considerar las peculiares circunstancias concurrentes –la compleja posición del feto y el acusado “*enlentecimiento*” de la dilatación- y además, recoge una serie de forzadas conclusiones que contradicen los informes de los forenses e incluso la propia autopsia, apuntando la posibilidad de que la colocación del electrodo en la calota fetal pudiera ser la causante de las lesiones craneales del bebé y afirmando que la maniobra de Kristeller está contraindicada por la SEGO, en cuanto resulta ineficaz a sus fines, pero que no encierra riesgo para la madre, ni para el feto, e incluso, que el perito que suscribe “*no encuentra ningún signo de acción traumática violenta, exceptuando la toma de Ph y la colocación del electrodo fetal...*”.

A la vista de todas esas inconsistencias, en cuanto a la valoración crítica de ambos informes, debemos considerar más acertado el informe pericial inicialmente aportado al procedimiento por los reclamantes, que se encuentra en sintonía con el de la inspección Sanitaria al que esta Comisión, en numerosos dictámenes, ha reconocido especial valor, apoyando sus resoluciones en el mismo (así los dictámenes 60/16, de 5 de mayo, 532/16, de 24 de noviembre o 551/16, de 7 de diciembre), por sus rasgos de objetividad e imparcialidad, que se hacen –incluso- más patentes en casos como este, en que cuestionan el proceder de la administración.

Además de todo lo expuesto, debemos insistir en que la administración no ha proporcionado una explicación coherente sobre lo sucedido, situación que, según lo anteriormente indicado sobre la inversión de la carga de la prueba en referencia al principio de la “*facilidad probatoria*” y en supuestos de “*resultados clamorosos*” determina la consecuencia de que la administración deberá pechar con las consecuencias de la ausencia de justificación de las consecuencias de su proceder. Sobre esta falta de justificaciones y sus consecuencias, el informe pericial de 25 de julio de 2017, destaca con acierto: “*si el recién nacido había presentado un ph correcto que*

indicaba que no existía asfixia, la gestación fue normal y el de parto y la cesárea final sin incidencias, habiendo sido extraído durante la cesárea de un plano I (sin haber soportado el esfuerzo de descender hasta un plano IV), podemos decir que las graves lesiones que describe la autopsia no están justificadas, son desproporcionadas, no guardan relación con una asistencia correcta y únicamente obedecen a un traumatismo que obligatoriamente debió producirse intraparto o en el postparto muy inmediato”.

Además, de todos estos argumentos, que ya se expusieron con mayor amplitud en el precedente dictamen de esta Comisión sobre el mismo asunto, la retroacción efectuada obliga a abordar la cuestión de la relación entre el enjuiciamiento penal y el administrativo, en materia de responsabilidades sanitarias, puesto que la aseguradora insiste en que la consecuencia del sobreseimiento penal debe ser la de exculpar a la administración en el procedimiento que ahora nos ocupa.

Sobre las relaciones entre estos dos ámbitos indicábamos en nuestro Dictamen 557/21, de 2 de noviembre que: *“Esta Comisión es plenamente consciente de las diferencias entre la responsabilidad penal, la civil derivada del delito y la responsabilidad administrativa [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de marzo de 2019 (rec. 408/2018) pero no considera conforme a la seguridad jurídica que una jurisdicción (en este caso, la penal que tiene carácter prevalente-artículo 44 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) considere que unas personas no han actuado de forma imprudente y en un procedimiento administrativo se valore la lex artis (que no deja de ser un criterio culpabilístico) de forma diferente”.*

En el caso que ahora interesa, el Auto de sobreseimiento parte de las conclusiones de los informes forenses sobre la etiología traumática del fallecimiento del bebe, pero indica que *“los peritos no pueden*

determinar el origen del traumatismo cráneo encefálico que es la causa del fallecimiento, sin que de las declaraciones efectuadas durante la instrucción de la causa haya podido tampoco determinarse que haya existido una acción negligente o imprudente por parte de los facultativos que atendieron al paciente o al bebe, durante su ingreso en el hospital. No puede imputarse a persona alguna concreta dicha acción imprudente o negligente que hubiera podido causar el fallecimiento del bebe...”

Así las cosas, se hace patente que en este caso el sobreseimiento provisional de la causa se ha producido por el motivo de no haber encontrado evidencias probatorias que permitan la atribución subjetiva de la responsabilidad penal a ninguno de los profesionales que atendieron a la parturienta o a su bebé; pero no porque las circunstancias objetivas causantes del fallecimiento del niño carezcan de relevancia penal o porque de la instrucción del procedimiento se dedujera que la completa corrección de la *praxis* médica y asistencial durante el desarrollo del parto y primeros momentos de vida del recién nacido; porque de la instrucción del procedimiento se desprende justamente lo contrario, aunque no hay evidencias que permitan concretar la imputación frente a alguien en concreto, conforme dispone el artículo 641.2 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *“Procederá el sobreseimiento provisional: ... 2.º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores”*.

De todo lo expuesto se desprende, a juicio de esta Comisión y apreciando todos los datos e informes que obran en el expediente de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que la asistencia dispensada a la gestante no fue acorde con la *lex artis*, habiendo dado como resultado el fallecimiento del hijo y hermano de los reclamantes por lo que procede reconocer una indemnización del daño padecido.

QUINTA.- En cuanto a la concreta valoración del daño los reclamantes solicitaron inicialmente la indemnización 206.200 euros más intereses, aunque en su segundo escrito de alegaciones finales, subsiguiente a la retroacción del procedimiento, han modificado esa cuantía, puesto que solicitan el reconocimiento de la misma responsabilidad que se estableció en la precedente Orden 13 de julio de 2021, que fue revocada por las deficiencias procedimentales que se expusieron con anterioridad, que estableció la cuantía de la responsabilidad que procedía indemnizar en la cifra de 166.200 €.

Como se indicó, esa cantidad coincide con la establecida en el informe sobre valoración de daños por muerte incorporada al expediente, que efectúa una aplicación de los parámetros de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, eludiendo los perjuicios excepcionales del artículo 33 de la norma, pues no se han determinado las hipotéticas circunstancias singulares en que se sustentaran.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al apreciarse la necesaria relación de causalidad entre el daño y la actuación de los servicios públicos sanitarios, y la antijuridicidad del

daño, en la cantidad de 166.200 euros, que habrá de ser actualizada según lo dispuesto en el artículo 34.3 de la LRJSP.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 10 de mayo de 2022

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 280/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid