

Dictamen nº: **426/17**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **26.10.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 26 de octubre de 2017, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. y Don , en relación con la asistencia sanitaria que le fue dispensada a la reclamante durante el parto de su hijo en el Hospital Universitario del Tajo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 18 de marzo de 2016 una abogada presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial en la ventanilla única del Ayuntamiento de Aranjuez -con entrada en el registro del Servicio Madrileño de Salud el 29 de marzo de 2016- en nombre y representación de los reclamantes por los daños y perjuicios ocasionados a su hijo durante el parto.

El escrito, tras hacer un relato de la asistencia sanitaria prestada a la reclamante durante los días 21 y 22 de diciembre de 2010 en el Hospital Universitario del Tajo, denuncian la negligencia médica del personal del hospital puesto que, pese al historial clínico de la gestante,

no se realizó una cesárea, lo que produjo la distocia de hombro del bebé que, en el momento de su nacimiento, presentó ausencia de movimientos espontáneos, y flacidez del miembro superior izquierdo, rotación de mano, dolor a la palpación del hombro y movilización de la extremidad afectada, decaimiento y llanto ronco-afónico, hemorragias suprarrenal derecha, fractura humeral, línea radioluciente en diáfisis distal, parálisis frénica derecha y elevación solitaria del hemidiafragma derecho.

Solicitaba por ello una indemnización de 21.317,45 € (por 275 improductivos, a razón de 55,27 €/día y por 90 días de hospitalización, a razón de 67,98 €/día).

Señalaba que se había interpuesto una denuncia penal el 24 de marzo de 2011 pero que las diligencias habían sido archivadas por prescripción del procedimiento mediante Auto de 3 de abril de 2014.

Acompañaba al escrito la denuncia, la declaración del reclamante, tres informes médico-forenses emitidos en el seno de las diligencias penales, el Auto de 3 de abril de 2014 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Aranjuez (D.P. 361/2011) y sendos escritos enviados a la compañía aseguradora Zurich y al SERMAS el 26 de marzo de 2015 en los que anunciaba, a los efectos de interrumpir la prescripción, la intención de los reclamantes de iniciar acciones legales contra el SERMAS y todos los ginecólogos y personal sanitario que prestaban servicios en el Hospital Universitario del Tajo y participaron en el parto y su preparación.

El Auto de 3 de abril de 2014 declaraba la prescripción de las actuaciones por haber transcurrido seis meses en los que el procedimiento estuvo paralizado, dado que las diligencias previas se habían reconducido a juicio de faltas.

Los informes incorporados al procedimiento penal, emitidos por un médico forense el 5 de abril, 21 de mayo y 1 de octubre de 2013, concluyeron que había *“relación de causalidad (Negligencia Médica) en el*

personal sanitario del hospital, deberían haber programado con mucha antelación la Intervención Quirúrgica (Cesárea) o haberla realizado en el momento del ingreso de la paciente a urgencias". Los motivos para esa conclusión era que se trataba de un feto macrosómico y la sospecha de diabetes gestacional de la madre por índices elevados de glucemia. Señalaba que el hecho de que el anterior parto (eutócico) de la madre hubiera sido también de un bebé macrosómico que no presentó distocia de hombros no implicaba que el segundo también hubiera de ser eutócico, y que la distocia de hombros se podía predecir o sospechar.

El segundo informe resaltó que la única complicación que sufrió el recién nacido fue la distocia de hombros que es una complicación cuya frecuencia es muy baja porque en la Obstetricia actual se prodigan las cesáreas, por lo que suelen ocurrir en menos del 1 % de los partos, pero es una distocia grave, con morbilidad materna y/o fetal, en más del 30 % de los casos en que se producen.

El tercer informe indicaba que, tras tratamiento rehabilitador, la evolución había sido muy favorable y no le quedaba ninguna secuela al bebé, que no presentaba deficiencias de movilidad, ni pérdida de fuerza, ni anomalías neurológicas. Calculaba el tiempo de curación en 365 días, de los que 90 días fueron de hospitalización.

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

La reclamante acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario del Tajo el día 25 de mayo de 2010, con 35 años. Estaba embarazada y refería dolor en el epigastrio de tres días de evolución. Rechazó hacerse análisis de orina y exploración vaginal. Por ecografía se diagnosticó gestación de 8 semanas y seis días. Se pautó tratamiento y control por su médico de Atención Primaria.

En agosto fue vista en Endocrinología para excluir una posible alteración tiroidea que se descartó en ese momento. El peso de la gestante era de 94 kg.

El 7 de diciembre de 2010, a las 38+5 semanas de gestación, se registró un peso de 109,400 kg. No se pudo hacer la prueba de sobrecarga oral de glucosa por vómitos. Se anotó un parto anterior eutócico. El peso fetal estimado era de 4076 gr. (percentil 90). Se citó en tocología para monitorización y se insistió en dieta y ejercicio por aumento de ganancia ponderal de más de 20 kg.

El día 16 de diciembre de 2010 con 40+1 semanas de gestación acudió para seguimiento y control de bienestar fetal. Presentaba intolerancia a la glucosa sin confirmar diabetes *mellitus* gestacional. No se realizó la analítica del tercer trimestre ni exudado vaginal y rectal. Había realizado escasos controles glucémicos postprandiales que resultaron en su mayoría elevados. El juicio diagnóstico fue de probable diabetes *mellitus* gestacional.

El lunes 20 de diciembre de 2010 se registró que el parto anterior requirió fórceps (bebé sano de 4.800 gr.). No presentaba trabajo de parto. Los controles glucémicos eran elevados. El registro cardiotocográfico fue normal, y el peso fetal se estimó en 4.567 gr. (percentil superior a 90). Se la citó al día siguiente.

El 21 de diciembre de 2010, estado de 40+5 semanas, se decidió terminar la gestación por feto macrosómico y sospecha de mal control metabólico. Se entregó consentimiento informado. A las 16:00 h. se inició la inducción al parto con *Proppes* y pasó la noche en espera de dinámica de parto.

El 22 de diciembre de 2010 se retiró el *Proppes* y se inició la inducción con oxitocina.

A las 16:30 se procedió a la rotura de la bolsa uterina.

A las 19:58 se anotó que a las 18:00 estaba en dilatación completa y que había comenzado con pujos espontáneos.

A las 20:10 se produjo el parto eutócico en el que la cabeza salió sin incidencias, con una circular de cordón reducible, y a la extracción de hombros se produjo una distocia de hombros por lo que se procedió a realizar las maniobras Mc Roberts, Mazzanti y Woods. La extracción fetal fue dificultosa y el feto salió hipotónico y pálido. Se realizaron maniobras de reanimación por parte de neonatología con aspiración de secreciones. El test de Apgar fue de 2/6/7; el pH del cordón, de 7,15.

Tras reanimación en el paritorio persistieron signos de dificultad respiratoria que mejoró a las 20 horas de vida permitiendo retirar la ventilación aunque se hubo de mantener oxígeno indirecto por presentar desaturaciones con el llanto y las tomas.

En la radiografía de tórax de 26 de diciembre de 2010 se apreciaba asimetría entre ambos hemotórax con imagen que podría corresponder con ascenso hemidiafragmático por parálisis frénica derecha o estar en relación con una hernia diafragmática

A los 15 días aparecieron signos de infección con leucocitosis y aumento de la proteína C reactiva más anemia y acidosis respiratoria por hipercapnia, por lo que se decidió intubación.

Ante el empeoramiento clínico y la necesidad de asistencia respiratoria con ventilación mecánica se trasladó al bebé al Hospital Universitario 12 de Octubre.

El informe de alta del Hospital Universitario del Tajo reflejaba los siguientes diagnósticos: recién nacido a término con peso elevado para la edad gestacional; pérdida de bienestar fetal; síndrome de distrés

respiratorio inmediato; hijo de madre con diabetes gestacional; trauma obstétrico (¿parálisis erb?, fractura húmero izquierdo, parálisis frénica derecha); sepsis tardía nosocomial; ictericia por sumación de factores; hemorragia suprarrenal derecha; anemia multifactorial; gastroenteritis por rotavirus nosocomial; síndrome de distrés respiratorio mantenido secundario a parálisis frénica derecha

Ingresó en el Hospital Universitario 12 de Octubre el día 7 de enero de 2011 con 16 días de vida, el 27 de enero comenzó con fisioterapia y el 1 de febrero de 2011 se le practicó una plicatura de diafragma derecha por elevación hemidiafragmática derecha (por causa no filiada) con buena evolución. Siguió tratamiento de rehabilitación por lo que evolucionó favorablemente y alcanzó la movilidad y la fuerza del miembro superior izquierdo.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se requirió a la letrada que presentó la reclamación que acreditase su representación por cualquier medio válido (entre los que citaba la autorización manuscrita), lo que se llevó a cabo mediante la presentación de un escrito firmado por los reclamantes en los que se otorgaba la representación a la referida letrada (distinta de la que les representó en el procedimiento penal y a la que se había conferido la representación mediante poder *apud acta*). Asimismo se le requirió que acreditase la relación de parentesco de los reclamantes con el menor que padeció la distocia de hombro, lo que se cumplimentó mediante la aportación del libro de familia.

Tras la subsanación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC) y en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

Se incorporó al expediente la historia clínica y, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, el informe del jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología, de 8 de julio de 2016 que sostenía que la actuación del equipo obstétrico fue adecuada a los protocolos de actuación establecidos. Enumeraba los casos en los que estaba indicada la cesárea, que no se cumplían en este caso y afirmaba que, dada la dificultad de la estimación del peso fetal con precisión y la baja incidencia de la distocia de hombros aun en fetos grandes, no estaba indicada la realización de una cesárea por sospecha de macrosomía fetal, sin que tampoco fuera posible predecir con exactitud la distocia de hombros ni por factores de riesgo prenatales, ni por anomalías durante el parto, que en este caso no se produjeron.

El informe de la Inspección Sanitaria explicaba que la distocia de hombros consiste en el fallo en la salida del tronco fetal, que precisa maniobras obstétricas adicionales para la extracción de los hombros fetales durante el parto vaginal, una vez que la tracción moderada de la cabeza hacia abajo ha fallado. Se estima que ocurre en el 0,2-3% de todos los partos vaginales y representa una emergencia obstétrica, aunque también se puede producir en el parto mediante cesárea.

Entre los factores de riesgo asociados a la distocia de hombros enumeraba la macrosomía fetal; la diabetes mellitus; antecedentes de distocia de hombros; y la obesidad y ganancia de peso elevada en el embarazo. No obstante, afirmaba que la distocia de hombros no se puede predecir o prevenir porque al menos el 50% de partos con distocia de hombros no tienen factores de riesgo y, el valor predictivo de cada uno o de combinaciones de factores de riesgo para la distocia de hombros es bajo (menor del 10 %). Por otro lado, el uso profiláctico de maniobras para solucionar la distocia de hombros no reduce su incidencia y la cesárea electiva por sospecha de macrosomía fetal no se recomienda en

mujeres sin diabetes para reducir la potencial morbilidad durante el parto.

Añadía que el peso fetal estimado no es fiable y la mayoría de los fetos macrosómicos no experimentan distocia de hombros. Realizar una cesárea electiva ante toda sospecha de macrosomía incrementaría desproporcionadamente la tasa de cesáreas en relación a la reducción de la tasa de distocia de hombros. Recogía una recomendación del Colegio Americano de Obstetras y Ginecólogos (ACOG) que aconseja las cesáreas electivas para prevenir la distocia de hombros ante un peso fetal estimado de más de 5.000 g en mujeres no diabéticas y mayor de 4500g en mujeres diabéticas. Pero se trata de una recomendación de grado C, lo que quiere decir que es una recomendación favorable pero no concluyente.

El informe concluía que no existía evidencia de que la asistencia sanitaria prestada hubiera sido incorrecta o inadecuada a la *lex artis* ya que en este caso la diabetes de la madre no se había podido confirmar, el peso estimado superaba solo ligeramente el límite recomendado para mujeres diabéticas y previamente había tenido un hijo macrosómico que no sufrió distocia de hombros, y aunque una cesárea reduce el riesgo de lesión, no lo previene y además tiene otros riesgos.

Conferido trámite de audiencia, los reclamantes volvieron a aportar los informes médico-forenses incorporados al procedimiento penal.

Finalmente se dictó una propuesta de resolución el 6 de julio de 2017, desestimatoria de la reclamación por considerar que, en el momento del parto, no concurrían criterios de indicación o recomendación de realizar una cesárea.

CUARTO.- El 19 de septiembre de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid un escrito

del viceconsejero de Sanidad por el que, por delegación del consejero de Sanidad, se formuló preceptiva consulta.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente a la letrada vocal Dña. M^a Dolores Sánchez Delgado que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 26 de octubre de 2017.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación -en soporte CD-, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

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 indeterminada, y por solicitud delegada del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en 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 interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común (en adelante, LRJ-PAC) y al RPRP, al haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

En cuanto a la legitimación activa para reclamar, si bien en este caso los padres del hijo menor de edad no dicen actuar en nombre y representación de este, lo cierto es que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil, ostentan su representación legal, por lo que están legitimados para reclamar en su nombre los daños que se atribuyen a la asistencia sanitaria recibida durante el parto. Se ha aportado el libro de familia que acredita la relación de parentesco.

Resulta del expediente que en nombre y representación de los reclamantes ha actuado un letrado. A requerimiento de la Administración, para acreditar el apoderamiento se aportó, por sugerencia del SERMAS, un documento privado firmado por ambos reclamantes en el que reconocían al firmante del escrito de reclamación la capacidad para representarles. No obstante, se recuerda que no basta un simple documento privado para acreditar válidamente la representación.

Con respecto a esta cuestión, tal como ha indicado esta Comisión Jurídica Asesora (en el Dictamen 399/16 de 8 de septiembre o en el Dictamen 430/16, de 29 de septiembre, entre otros) si bien es cierto que, en el ámbito privado, el artículo 1710 del Código Civil establece que el mandato puede ser expreso o tácito y que el expreso puede otorgarse en documento público o privado y aún de palabra, en el ámbito del procedimiento administrativo, el artículo 32.3 de la LRJ-PAC es explícito al exigir la acreditación de la representación:

“Para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse

la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación”.

Se infiere así que los documentos privados no cumplen el requisito de “fehaciencia” impuesto por la normativa de procedimiento administrativo (en dicho sentido, por ejemplo, la sentencia 312/2004, de 1 abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico de uno de los centros pertenecientes a la red pública asistencial.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. De acuerdo con el artículo 10 del RPRP, se ha recabado informe del servicio médico implicado. Y consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria, que obra en el expediente.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a los reclamantes de conformidad con los artículos 9, 10 y 11 del RPRP, y 82 y 84 de la LRJ-PAC, que presentaron alegaciones, y finalmente, se dictó la propuesta de resolución.

En suma, pues, de todo lo anterior, 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.- En relación con el plazo para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial, para que la reclamación pueda surtir efecto

es necesario que haya sido formulada dentro del plazo que permite la ley, esto es, antes de haberse producido la prescripción del derecho a reclamar.

A tenor del artículo 142.5 LRJ-PAC, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año desde el momento de producción del hecho que motive la indemnización o desde la fecha en que se hayan manifestado sus efectos lesivos. Como particularidad, cuando los daños tengan carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o, en su caso, desde la determinación del alcance de las secuelas.

En el presente caso, la reclamación de responsabilidad patrimonial se presentó el 18 de marzo de 2016 y se está reclamando por unos hechos ocurridos durante el parto que tuvo la reclamante el 22 de diciembre de 2010, tras el que nació un niño con distocia de hombros y parálisis frénica derecha. Se reclama por 275 días improductivos y 90 de hospitalización, en total 365 días (que es el tiempo total de duración de las lesiones, que, afortunadamente, no han dejado secuelas en el bebé, según el informe médico-forense incorporado a las actuaciones penales). No obstante en el periodo transcurrido entre el parto y la reclamación, se siguieron diligencias penales durante las cuales debe entenderse suspendido el plazo de prescripción.

Según ha sostenido esta Comisión Jurídica Asesora en anteriores dictámenes (así, nuestro Dictamen 30/17, de 26 de enero o 402/17 de 11 de octubre, entre otros), haciéndonos eco de la doctrina del Consejo de Consultivo de la Comunidad de Madrid y de la jurisprudencia, la ley ha configurado el plazo para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial como un plazo de prescripción, lo que supone que ciertas actuaciones pueden interrumpirlo y, en especial, el ejercicio de la acción penal. En relación a la existencia de actuaciones penales y su posible eficacia interruptiva sobre los procedimientos de responsabilidad

patrimonial, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la interrupción del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial en los casos de existencia de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa, en aplicación del principio de *actio nata* -conforme al cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad-, de tal suerte que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 LRJ-PAC.

En este caso, como hemos dicho, los reclamantes presentaron una denuncia que dio lugar a la tramitación de las Diligencias Previas 361/2011 que culminaron con el Auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Aranjuez, de 3 de abril de 2014 por el que se declaró la prescripción de las actuaciones.

Tras dicha resolución, los reclamantes presentaron sendos escritos enviados a la compañía aseguradora Zurich y al SERMAS el 26 de marzo de 2015 en los que anunciaba, a los efectos de interrumpir la prescripción, la intención de los reclamantes de iniciar acciones legales contra el SERMAS y todos los ginecólogos y personal sanitario que prestaban servicios en el Hospital Universitario del Tajo y participaron en el parto y su preparación. La reclamación finalmente se presentó, como ya hemos dicho, el 18 de marzo de 2016.

Si bien durante la sustanciación del proceso penal el plazo de prescripción de la acción estuvo interrumpido, no puede dotarse de fuerza interruptiva a los escritos presentados el 26 de marzo de 2015 “*a los efectos de interrumpir la prescripción*”.

Según mantuvimos en nuestro Dictamen 298/17, de 13 de julio, este tipo de escritos no puede considerarse que interrumpen el plazo de prescripción puesto que no son verdaderas reclamaciones de responsabilidad sino el mero anuncio de una intención. Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de abril de 2013 (recurso 1684/2009):

“(...) Para que exista interrupción de la prescripción es necesario que se formule una auténtica "reclamación" del derecho (art. 1973 CC), sin que sea equiparable a ello una simple solicitud de tener, sin más, por interrumpida la prescripción y por solicitada una documentación, pues con dichas peticiones no se efectúa reclamación alguna, en los términos en los que se encuentra descrita art. 6.1 del RD 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 este caso, los escritos tan solo señalan la intención de iniciar acciones legales sin que puedan considerarse como una reclamación ya que carecen de las especificaciones exigidas por los artículos 6.1 del RPRP y 70 de la LRJ-PAC, por lo que no puede atribuírsele la fuerza interruptiva de la prescripción.

Por ello, transcurridos desde el parto los 365 días en los que el menor curó de sus lesiones sin secuelas, según se desprende del informe médico-forense incorporado a las actuaciones penales, y habiendo transcurrido más de un año desde que se declararon prescritas las actuaciones penales, ha de considerarse también prescrita la acción para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

CUARTA.- No obstante lo anterior, aun cuando -a efectos dialécticos- se considerase interrumpida la prescripción, la acción de responsabilidad ejercitada tampoco podría prosperar puesto que, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza

de ese servicio público porque el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19 de mayo de 2015, RC 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 este caso, no podemos dar por acreditada la infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron a la gestante.

Constan en los autos tres informes de un médico-forense, vertidos en las diligencias penales seguidas por este caso, en los que afirmó que la distocia de hombros pudo predecirse por la macrosomía del feto y la sospecha de la diabetes gestacional de la madre y reconoció que la distocia de hombros solo se producía en el 1% de los partos. Por el contrario, tanto el informe del Servicio implicado en el parto y el informe de la Inspección Sanitaria sostienen que la distocia de hombros no se puede predecir y, aunque citan la macrosomía del feto y la diabetes gestacional como factores de riesgo para que se produzca la distocia de hombros, consideran correcta y conforme a la *lex artis* la actuación del

equipo que atendió el parto dada la dificultad de la estimación del peso fetal con precisión, que la diabetes gestacional de la madre no estaba confirmada y solo se sospechaba, el nacimiento de un hijo anterior con macrosomía y sin distocia de hombros, la baja incidencia de la distocia de hombros aun en fetos grandes (0,2-3% de todos los partos vaginales según la Inspección Sanitaria y el 1 % según el informe médico-forense), que al menos el 50% de partos con distocia de hombros no tienen factores de riesgo, que el uso profiláctico de maniobras para solucionar la distocia de hombros no reduce su incidencia y que la cesárea electiva por sospecha de macrosomía fetal no se recomienda en mujeres sin diabetes para reducir la potencial morbilidad durante el parto.

Valorando todos los informes según la reglas de la sana crítica, en este caso damos mayor valor al criterio de la Inspección Sanitaria puesto que los informes del médico-forense no son suficientemente ilustrativos sobre las circunstancias del caso y sus conclusiones son excesivamente generales y hacen una valoración de los hechos *a posteriori*. Por el contrario, el informe de la Inspección Sanitaria ofrece una completa, razonable, coherente y rigurosa motivación de sus comentarios y conclusiones, lo que le otorga una mayor fuerza de convicción. En este sentido, hemos de recordar la relevancia que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid otorga al informe de la Inspección Sanitaria en numerosas sentencias, para muestra la de 16 de marzo de 2017 (recurso 155/2014):

“Ha de tenerse en cuenta que, si bien tanto el informe de la Inspección Sanitaria como el resto de los que obran en el expediente administrativo no constituyen prueba pericial en sentido propiamente dicho, sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen también un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de

las partes que han de informar la actuación del Médico Inspector, y de la coherencia y motivación de su informe.”

A mayor abundamiento, procede tener presente que la asistencia médica ha de atender a las circunstancias de la asistencia y a los síntomas del enfermo, mediante un juicio *ex ante* y no *ex post*, puesto que, de lo contrario, estaríamos contraviniendo la prohibición de regreso. No puede admitirse juzgar la asistencia sanitaria partiendo del dato del resultado final. Así lo ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 28 de marzo de 2016 (recurso 45/2014) según la cual:

“No es correcto realizar una interpretación de lo acontecido conociendo el resultado final. La calificación de una praxis asistencial como buena o mala no debe realizarse por un juicio "ex post", sino por un juicio "ex ante", es decir, si con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento puede considerarse que tal decisión es adecuada a la clínica que presenta el paciente”

Por tanto, hemos de coincidir con la Inspección Sanitaria que la asistencia prestada a la reclamante durante el parto fue conforme a la *lex artis*. Ha de señalarse que esta es también la conclusión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recientes sentencias (sentencia de 10 de febrero de 2017 .rec.núm. 943/2013- y de 23 de marzo de 2107 –rec. núm. 581/2015-) que desestimaron sendas reclamaciones de responsabilidad patrimonial relativas a partos con circunstancias similares a las del caso que nos ocupa en los que los bebés presentaron distocia de hombros.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación presentada al haber prescrito el derecho a reclamar y, en todo caso, por no haberse acreditado la existencia de *mala praxis* en la atención sanitaria dispensada.

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 26 de octubre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 426/17

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid