

Dictamen nº: **443/16**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **06.10.16**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 6 de octubre de 2016, 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. S.N.B. en relación con la asistencia sanitaria que le fue dispensada durante su embarazo y parto en el Hospital Universitario Puerta de Hierro (en adelante, HUPH).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 30 de diciembre de 2014 la interesada presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial en el registro del Área-Territorial Madrid-Oeste de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, con entrada en el Servicio Madrileño de Salud el 8 de enero de 2015, por los daños y perjuicios sufridos por la asistencia sanitaria que le dispensaron en el HUPH durante el seguimiento de su embarazo de riesgo y el parto, tras el que nació su hijo muerto.

La reclamante refiere que en julio de 2012 fue sometida a una traquelectomía radical en el centro oncológico MD Anderson, por un adenocarcinoma de endocérvix y que le practicaron un cerclaje con el fin de poder quedarse embarazada. Tras quedarse embarazada, relata el

seguimiento que se hizo de su embarazo de alto riesgo en el HUPH y en el Hospital de Torrelodones y reprocha al HUPH, además de no hacer un correcto seguimiento del embarazo puesto que en Urgencias no tenían acceso a su historial clínico y una mala atención y gestión de los consentimientos informados (dice haber firmado el consentimiento informado de la necropsia fetal engañada y que mandó un mail revocando el consentimiento), el retraso de 15 horas en la realización de la cesárea a pesar de las claras muestras de corioamnionitis por la dejadez y el desconocimiento del facultativo sobre su historial, lo que motivó la muerte de su hijo intraútero y la rotura del cerclaje, lo que la aboca a la necesidad de realización de una nueva cirugía complicada, la cual no garantizará la posibilidad de un nuevo embarazo viable.

Por ello, solicita una indemnización de 250.000 €, de los que 153.255,87 € corresponden a la muerte de su hijo, 8.942,13 € compensan los 155 días de baja laboral -13 de ellos con hospitalización-, y el resto, hasta completar la cifra total que solicita, retribuye las secuelas y la necesidad de someterse a una nueva cirugía para colocar el cerclaje, sin garantías de éxito de volver a quedarse embarazada.

Acompañaba con la reclamación diversa documentación e informes médicos de la clínica MD Anderson Cancer Center, así como el documento de consentimiento informado para la realización de la necropsia del feto y donación de muestras al biobanco del HUPH, firmado solo por un médico y no por ella.

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

La paciente, diagnosticada de adenocarcinoma de endocérvix en una clínica privada, fue intervenida en esa clínica en julio de 2012, en donde, tras una conización, se realizó una traquelectomía radical con preservación de las arterias uterinas, útero y anejos, y se le colocó un cerclaje.

El 25 de agosto de 2013 se diagnosticó en Urgencias del HUPH su gestación incipiente (5 semanas+5) tras consultar por dolor abdominal y sangrado menor que una regla y fue controlada también en Urgencias una semana después. A partir del 25 de septiembre el control del embarazo y las revisiones se realizaron en las consultas del Servicio de Obstetricia y Ginecología del HUPH que simultaneó con consultas en el Hospital de Torrelodones.

En la historia clínica del HUPH, el primer día de consulta se anotó, además de su edad (34 años) y la edad gestacional, la fecha de la última regla (el 15 de julio de 2013) y los siguientes datos:

- Como “antecedentes personales”: conización en 2012. Traquelectomía en julio 2012 con miomectomía de mioma pediculado en la misma intervención por laparoscopia.
- En el “motivo de consulta” quedó reflejado que se trataba de una gestación de una paciente con traquelectomía por cáncer de cervix en 2012 y con cerclaje en la zona ístmica.
- En la “patología materna gestación” también se reflejó la conización, la traquelectomía radical modificada con ganglio centinela negativo, la linfadenectomía pélvica bilateral con conservación de arterias uterinas, útero y anejos, anastomosis útero-vaginal con cerclaje en segmento con sutura de Ethibond no absorbible del nº 0. En las consultas para control del embarazo esta información se repetía a lo largo de la historia clínica.

El curso del embarazo transcurrió con normalidad aunque acudió en octubre a Urgencias por una infección del tracto urinario para lo que se pautó el tratamiento adecuado y el 4 de diciembre se recomendó reposo relativo y baja laboral por alteración anatómica de cérvix post-tratamiento y dinámica uterina esporádica.

El 3 de enero de 2014 (con 24 semanas + 6 días de gestación) volvió a Urgencias del HUPH por pérdida de líquido (claro) por los genitales, con molestias pero no sabía si dinámica uterina. En los antecedentes aparecían consignados el adenocarcinoma cervical en 2012 (no aportaba informes), la traquelectomía, la linfadenectomía pélvica por laparoscopia, la conización, la cirugía de adenocarcinoma cervical, miomectomía. En la exploración física se visualizó el punto de cerclaje que no se palpaba a tensión, la amnioreea franca y el líquido claro. El útero era acorde y el tono, normal. Se comprobó que los movimientos fetales y el latido cardíaco fetal eran positivos; el líquido amniótico, en cantidad normal; y la placenta, normoinserta en la cara posterior. La biometría fetal correspondía a 25 semanas y el peso fetal estimado era de  $750\pm52$  gr; el registro cardiotocográfico fue normal. Se pidió analítica de orina, se hizo un exudado vaginal y se inició antibioterapia para profilaxis de infección según el protocolo de rotura de bolsa y se inició la maduración pulmonar fetal con corticoides. Se dejó ingresada a la paciente con recomendación de reposo absoluto.

El 4 de enero pasó el día normotensa y afebril, sin contracciones. El registro cardiotocográfico mostraba una frecuencia cardíaca normal y no se registró dinámica uterina. Se pautó la segunda dosis la maduración pulmonar fetal, sin signos de infección por lo que se adoptó una actitud expectante con antibioterapia de prevención.

Durante el 5 de enero la paciente avisó en varias ocasiones durante la madrugada:

- A la 1:04 por dolor continuo en el abdomen y en los riñones. Estaba sin fiebre y normotensa.
- A la 1:53 volvió a avisar por molestias abdominales. El registro cardiotocográfico no evidenció dinámica uterina.

- A las 2:04 presentó fiebre superior a 38° por lo que se administró un antitérmico y se solicitó analítica.

- A las 3:56 horas se avisó nuevamente por fiebre. Los resultados de la analítica evidenciaron los valores de los leucocitos (15.93x 10E3/microl) y los neutrófilos (15.15 x 10E3/microl). Se pidió hemocultivo y urocultivo de control. La paciente no presentaba dolor a la movilización uterina ni tenía sensación de dinámica uterina.

- A las 8:57 le había bajado la fiebre, que le volvió a subir a las 10:39 horas. Presentaba dolor abdominal y sangrado genital. Su frecuencia cardiaca era de 120-130 latidos por minuto. El registro cardiotocográfico presentaba una frecuencia cardiaca fetal de 120 latidos por minuto, reactividad normal, sin que se observase dinámica uterina, que sin embargo sí se palpó cuando refería dolor abdominal. Se explicó el diagnóstico de corioamnionitis. El facultativo anotó en la historia: *“Revisada H<sup>a</sup> clínica, no tengo clara la vía de realización de cerclaje. Traerá los informes de la cirugía realizada para ver vía de cerclaje”*. Se pautó tratamiento antibiótico intravenoso.

- A las 12:52 se añadió otro antibiótico.

- A las 13:00 horas, tras aportar los informes de la clínica MD Andersen, se decidió realizar una cesárea por corioamnionitis e imposibilidad de asegurar la integridad del cerclaje, previa firma del consentimiento informado para la cirugía.

Se practicó una cesárea segmentaria transversa, urgente, y se extrajo un feto masculino de 738,5 gramos que no presentaba patología de cordón, sin latido cardíaco, con líquido amniótico maloliente y Apgar: 0/0.

En las anotaciones médicas en reanimación consta que la paciente deseaba necropsia fetal (folio 102), *“entrego CI de necropsia fetal,*

*declaración y parte de criaturas abortivas y boletín estadístico del INE*”. El documento de consentimiento informado consta en la historia clínica aportada (Servicio de Anatomía Patológica), firmado el 5 de enero de 2013 por el facultativo y la reclamante sin que conste su revocación (folios nº 36 y 37 del expediente). Después afirmó que firmó la necropsia porque quería “*entender lo sucedido*” (folios 80 y 104).

El diagnóstico principal: corioamnionitis en la semana 25 en paciente con patología quirúrgica asociada (traquelectomía) y rotura de bolsa en la semana 24 que terminó en cesárea con muy probable infección fetal e infección materna aguda.

La necropsia confirmó el diagnóstico de corioanmionitis aguda. El cultivo de muestras del tejido pulmonar remitido a Microbiología reveló la presencia de crecimiento de un *Escherichia Coli*. El feto estaba infectado por aspiración de líquido amniótico con colonias bacterianas gram negativas.

Durante el puerperio la paciente sufrió un cuadro de endometritis puerperal, por lo que se cambió el tratamiento antibiótico y estuvo ingresada hasta el 17 de enero de 2014.

En la historia clínica de Atención Primaria consta un proceso clínico de trastorno adaptativo mixto/estado de ansiedad desde el 20 de enero de 2014 hasta el 17 de marzo de 2015, en el que aparece como antecedentes un seguimiento psicológico en 2012 tras la intervención de cáncer de cuello de útero y ruptura sentimental, por ánimo bajo y disrregulación en la alimentación (pérdida de peso).

**TERCERO.** Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Pùblicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se incorporaron al expediente la historia clínica y el informe del Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología en funciones, de 30 de enero de 2015 (folios nº 208 a 214) en el que manifestaba que cuando hay traquelectomía radical (amputación de cérvix y de parte de la vagina y unión posterior entre ambas estructuras) se aumentan de forma drástica (hasta un 50%) las posibilidades de infección -puesto que el cérvix actúa como barrera contra las infecciones- y de parto inmaduro, por lo que antes de la cesárea se intentó tratamiento para prolongar la gestación para evitar las secuelas de la prematuridad y la infección, pese a lo cual, no se consiguió.

El 27 de abril de 2015 la Inspección Sanitaria informó que la asistencia prestada no había sido “*completamente idónea*” porque el tratamiento antibiótico combinado para tratar la corioamnionitis debió instaurarse en la madrugada del 5 de enero unas 8 horas antes del momento en que se aplicó (sobre las 11:30). Y manifestó: “*no se considera posible establecer un pronunciamiento claro sobre las consecuencias que hubiera podido tener un cierto diagnóstico precoz del cuadro y su correspondiente tratamiento médico y quirúrgico, pero cabe que pudiera haber acontecido otra evolución, puesto que el proceso, por su naturaleza, tiende a la progresión*” (folios nº 277 a 297), aunque consignó también que las posibilidades de viabilidad del feto, con 25 semanas, eran del 26% al 71%.

A instancias del Servicio Madrileño de Salud, también se incorporó al procedimiento un informe de valoración del daño corporal emitido el 23 de noviembre de 2015 por una especialista en valoración del daño corporal y que estimaba el daño en 10.577,49 € como pérdida de oportunidad, sin lesiones permanentes a la reclamante.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes, se evacuó el oportuno trámite de audiencia y la reclamante presentó

alegaciones en las que manifestaba que la pérdida del feto se debió a una asistencia incorrecta y tardía, y no debido al tiempo de gestación. Hacía una nueva valoración de la indemnización, que finalmente concretó en 113.397,18 (38.345,07 € por la pérdida del hijo; 8.995,14 euros de indemnización por incapacidad temporal: 140 días impeditivos de baja sin estancia hospitalaria; más 1.027,31 de 13 días de estancia hospitalaria con factor de corrección de aumento del 10%, además de 65.029,66 € por rotura del cerclaje, que considera como secuela permanente y valora con 35 puntos. Y acompaña dos informes médicos de la clínica MD Andersen. En el primero (marzo de 2014) se menciona que la exploración es compatible con cerclaje incompleto por rotura de algún punto con contracciones, y en el segundo (de junio de 2014) se señala que el cerclaje está desprendido del labio anterior.

El 21 de julio de 2016 la secretaría general del SERMAS por delegación de firma del viceconsejero de Sanidad, formuló propuesta de resolución que estimó parcialmente la reclamación al considerar que hubo pérdida de oportunidad y reconoció una indemnización de 10.577,49€.

**CUARTO.** El 2 de agosto de 2016 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.<sup>a</sup> 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 6 de octubre de 2016.

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 superior a 15.000 €, 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, tiene su tramitación regulada en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según establece su artículo 1.1. No obstante, de conformidad con su disposición transitoria tercera, apartado a), dado que este procedimiento se incoó a raíz de la reclamación presentada el 30 de diciembre de 2014, resulta de aplicación la normativa anterior, esto es, 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), que han sido desarrollados en el RPRP.

La reclamante está legitimada activamente al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que ha recibido la asistencia sanitaria que supuestamente le ha causado daños.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado en un centro sanitario público de su red asistencial.

En cuanto al 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 (cfr. artículo 142.5 de la LRJ-PAC). En el presente caso, la reclamación fue presentada el día 30 de diciembre de 2014. Dado que se está reclamando por la asistencia durante su embarazo y el parto por cesárea del día 5 de enero de 2014, sin entrar en otras apreciaciones, debe considerarse que la acción de responsabilidad se ha ejercitado en plazo.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. De acuerdo con el artículo 10 del RPRP, se ha recabado el 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. También se ha aportado un informe de valoración del daño a instancias del Servicio Madrileño de Salud.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a la reclamante, de conformidad con los artículos 9, 10 y 11 del RPRP, y 82 y 84 de la LRJ-PAC, que formuló alegaciones.

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.** La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 106.2 de la Constitución, 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 por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico

del Sector Público en su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes, y que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, requiere la concurrencia de varios requisitos, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJ-PAC:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económico 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*”.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con

las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico:

*“(...) lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta. (...). Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.*

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 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 19/5/2015, 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".*

**CUARTA.** En el presente caso, son varios los reproches que la reclamante dirige a la Administración Sanitaria en relación con su embarazo y parto, pero ha de partirse de la base de que, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es a la parte reclamante a la que incumbe, como regla general ordinaria, la carga de la prueba. Así lo entendió también el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia núm. 1707/2008, de 17 de septiembre, al matizar que *"corresponde al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia se alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la lex artis médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama"*.

Pues bien, la reclamante no ha aportado prueba alguna que sirva para corroborar técnicamente la mala praxis médica en que se basa la reclamación.

Ante la falta de prueba aportada por la reclamante es necesario acudir a los informes médicos que obran en el expediente, singularmente al de la Inspección Sanitaria, por su garantía de objetividad y rigor

científico puesta de manifiesto en diversos dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora y en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y cabe citar al respecto la sentencia de 20 de noviembre de 2014 (recurso 1152/2012), o la sentencia 4 de febrero de 2016 (recurso 459/2013).

Desde estos presupuestos, procede analizar cada uno de los reproches de la reclamación.

En primer lugar, considera que no se hizo un correcto seguimiento del embarazo. Frente a esta alegación, la Inspección Sanitaria es categórica al afirmar que la asistencia prestada en las consultas de seguimiento efectuadas a la interesada fue “*completa, correcta y adecuada a su situación y riesgo concreto*”, y que la asistencia en las distintas consultas a Urgencias fue “*adecuada*”.

En relación con la mala gestión de los consentimientos informados y concretamente de la necropsia que dijo firmar engañada, el informe de la Inspección Sanitaria no considera que haya habido actuaciones incorrectas al respecto, lo que resulta corroborado por la historia clínica, en la que aparece el documento de consentimiento informado de la necropsia firmado el día del parto por la reclamante y por el médico (folios nº 36 y 37 del expediente). No consta que fuese revocado. Además, en las anotaciones médicas en reanimación consta que la paciente deseaba necropsia fetal (folio 102), “*entrego CI de necropsia fetal, declaración y parte de criaturas abortivas y boletín estadístico del INE*” y posteriormente consta que firmó la necropsia porque quería “*entender lo sucedido*” (folios 80 y 104).

En cuanto al retraso de 15 horas en la realización de la cesárea a pesar de las claras muestras de corioamnionitis por el desconocimiento del facultativo sobre su historial, lo que motivó muerte de su hijo intraútero y la rotura del cerclaje, el informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología sostiene que se trató de curar la infección por medio de

antibioterapia intravenosa dado el estado de gran prematuridad de la gestación para intentar dar oportunidad de vivir al feto pero una vez que se comprobó que la infección estaba pasando a la madre, se decidió practicar una cesárea que, por su cirugía previa y la gran prematuridad se preveía dificultosa, por lo que se solicitaron los informes para “*ir lo más seguro posible*”.

La Inspección Sanitaria señala que si se excluye el diagnóstico de corioamnionitis clínica y no hay desprendimiento de placenta o de compromiso fetal, se debe optar por una actitud expectante en las roturas prematuras de membranas (rotura de bolsa). Y que una vez establecido el diagnóstico, con el tratamiento antibiótico combinado, un lapso de tiempo hasta el parto de menos de 12 horas no se correlaciona con peores resultados neonatales. En este caso, estima que el diagnóstico de alta sospecha y por tanto, el tratamiento antibiótico -no ya preventivo sino el combinado específico para esta infección- y la terminación de la gestación, pudo presumiblemente haber sido establecido al menos 8 horas antes, porque los signos propios de esta patología son fiebre materna sin foco aparente y al menos dos de los siguientes: taquicardia materna o fetal, irritabilidad uterina, leucocitosis materna o líquido amniótico purulento o maloliente, algunos de los cuales ya estaban presentes en la madrugada del 5 de enero.

Ahora bien, “*no se considera posible establecer un pronunciamiento claro sobre las consecuencias que hubiera podido tener un cierto diagnóstico más precoz del cuadro y su correspondiente tratamiento médico y quirúrgico, pero cabe que pudiera haber acontecido otra evolución, puesto que el proceso, por su naturaleza, tiende a la progresión*”.

Nos encontramos, por tanto, ante un ejemplo de la llamada “pérdida de oportunidad”, aunque en este caso el informe no asegura que el resultado hubiera sido distinto al que tristemente aconteció.

Para la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2016 (recurso 2630/2014) “en la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.

**QUINTA.-** Sentado lo anterior, procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del RPRP, pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados, lo que debe hacerse, por expresa indicación del artículo 141.3 LRJAP-PAC, con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo.

En los casos de responsabilidad por apreciar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, el objeto de reparación no es el daño final, sino un daño moral, precisamente el perjuicio proporcional a la pérdida de oportunidad sufrida, valorando en qué medida con una actuación a tiempo se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable para el paciente. Consecuentemente, la indemnización es inferior al daño real sufrido y proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió.

Para valorar el daño causado en la “pérdida de oportunidad”, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recuerda que la cuantificación de la indemnización, atendiendo a las circunstancias del caso, exige tener en cuenta que en la pérdida de oportunidad no se indemniza la totalidad del perjuicio sufrido, sino que precisamente ha de valorarse la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el daño finalmente sufrido. Hay que valorar dos elementos de difícil concreción

como son el grado de probabilidad de que se hubiera producido el efecto beneficioso y el grado, entidad o alcance de este mismo (sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3º, de 19 de octubre de 2011 (recurso de casación nº 5893/2006) y de 22 de mayo de 2012 (recurso de casación nº 2755/2010), y sentencia, Sala 4ª, de 3 de diciembre de 2012 dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 815/2012).

En este caso, las posibilidades de un buen resultado eran menores dadas las circunstancias. Por un lado, la gestante carecía de cérvix uterino por haber sido extirpado debido al cáncer que padeció en 2012 por lo que se aumentaban las posibilidades de infección durante el embarazo ya que el cérvix uterino ejerce como barrera contra las infecciones, como se pone de manifiesto en el informe del servicio afectado. Y, según la Inspección Sanitaria, esta posibilidad de infección se incrementa por la rotura prematura de membranas en que la infección preamniótica está presente en un 30-60% de las pacientes, especialmente cuando la rotura sucede a edades gestacionales tempranas.

Por otro lado, la edad gestacional, aun sin la existencia de complicaciones, tampoco aseguraba un buen resultado como se desprende de los datos aportados en el informe de la Inspección Sanitaria: antes de 24 semanas un feto no es viable, en la semana 24 el porcentaje de mortalidad es del 90%, y en relación con el peso, la tasa de mortalidad es superior al 70% por debajo de los 750 gramos, bajando al 19 % en pesos de 750-1000 gramos. En nuestro caso la reclamante tenía 25 de semanas de gestación, el feto en este caso era un “pretérmino extremo” (los que nacen antes de la semana 28) y tenía un peso de 738, 5 gramos.

Por su parte, el informe de valoración del daño aportado al expediente a instancias del Servicio Madrileño de Salud parte del baremo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro

en la circulación de vehículos a motor, que señala una indemnización de 38.345,07 € por la pérdida de un feto a partir del tercer mes de gestación, si el concebido fuera el primer hijo. Pero señala que, dado que la posibilidad de sobrevivir un feto de 25 semanas de vida es del 55,7 %, este es el porcentaje de reducción que hay que aplicar a la anterior cantidad, con un factor de corrección de disminución, además, de entre un 48 % y un 67 % por haber sufrido corioamnionitis que multiplica en ese porcentaje la posibilidad de sufrir patologías gravísimas (hemorragia intracraneal grave, displasia broncopulmonar, retinopatía, leucomalacia periventricular (daño de la sustancia blanca del cerebro próxima a los ventrículos). Por ello, aventura la cantidad de 10.577,49 €.

El informe de valoración del daño considera que los otros daños que refiere la reclamante no son indemnizables puesto que los 13 días de hospitalización se debieron a la cesárea, que en cualquier caso debía realizarse, y a la corioamnionitis y que, de los 140 días de baja (desde el 26 de noviembre hasta el 6 de junio de 2014) no consta el motivo de la baja, y no hay secuelas permanentes. Ciento es que no consta el motivo de la baja pero sí que la reclamante estuvo sometida a tratamiento psiquiátrico hasta marzo de 2014 tras el desafortunado desenlace de su embarazo.

Partiendo de la dificultad que supone valorar la pérdida de oportunidad para fijar una indemnización en este caso, en que no olvidemos que ni el Informe de la Inspección Sanitaria aseguró que el resultado hubiera sido distinto de haber actuado de forma más precoz, y tomando en consideración de forma estimativa el informe de valoración del daño, consideramos razonable fijar una indemnización global y actualizada de 15.000 €.

Por todo lo expuesto la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente,

## CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial y reconocer a la interesada una indemnización de 15.000 euros.

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 6 de octubre de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 443/16

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid