

Dictamen n^o: **21/10**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **27.01.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 27 de enero de 2010 sobre consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por F.R.S., A.M.D.B., F.J.R.D. y S.A.J., en reclamación de indemnización como consecuencia de la muerte fetal anteparto del hijo que esperaba esta última, en el Hospital La Paz de Madrid.

La indemnización solicitada asciende a 200.000.-€.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de julio de 2008, tiene entrada en el registro del Servicio Madrileño de Salud escrito presentado por los reclamantes, por medio del cual interponen reclamación de responsabilidad patrimonial solicitando una indemnización de 200.000.-€, por los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento anteparto del feto, ocasionado a su entender por un inadecuado seguimiento del embarazo y parto en una paciente con diabetes gestacional que según su criterio requería la práctica de determinadas pruebas diagnósticas que no se realizaron.

SEGUNDO.- Por el Consejero de Sanidad, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo

su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excm. Sra. Consejera Dña. Rosario Laina Valenciano que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 27 de enero de 2010.

TERCERO.- La reclamación se basa en los siguientes hechos:

1.-La reclamante de 29 años, primigesta con fecha probable de parto el 21 de agosto de 2004, fue remitida por su médico de atención primaria para control de embarazo a la consulta de Obstetricia del CEP José Marvá.

Acude a la primera consulta el 22 de enero de 2004 cuando está en la semana 10+1. La anamnesis no muestra datos de interés. Se solicita analítica completa y se realiza ecografía primer trimestre, que resulta sin alteraciones, sonulucencia nuchal negativa y biometría fetal acorde (folios 68, 72 a 74 y 75 del expediente administrativo).

El 12 de febrero de 2004, tiene la segunda revisión (semana 13+1). Asintomática. La ecografía del 2º trimestre realizada el 24 de marzo de 2004 no presenta alteraciones. La biometría fetal corresponde a 19,5 semanas de gestación (folio 69 y 76 del expediente administrativo).

El 1 de abril de 2004 se la vuelve a ver en consulta (semana 20+1), sin novedad. En la exploración el útero es acorde y los tonos fetales normales (TFN). Se solicita analítica de 2º trimestre incluyendo screening de diabetes gestacional (Test de O'Sullivan) (folio 69 del expediente administrativo).

La analítica del 2º trimestre realizada el 5 de mayo 2004, mostró test de O'Sullivan positivo, realizándose una sobrecarga oral de glucosa, el día 11, hallándose una curva intolerante (folio 77 a 79 del expediente administrativo).

En la cuarta consulta, el 20 de mayo de 2004 (27+2 semanas), en la exploración, TA (N), el útero es acorde; con movimiento y tonos fetales normales. Se indica dieta de 2000 calorías (folio 70 del expediente administrativo).

En la quinta consulta, el 10 de junio de 2004 (30+1 semanas), TA (N); se comprueba movimientos y tonos fetales normales, el útero es acorde a la edad gestacional. Se solicita ecografía y analítica del tercer trimestre, así como nueva sobrecarga oral con glucosa. La paciente continúa con ácido fólico, hierro y dieta (folio 70 del expediente administrativo).

2.- El 6 de julio de 2004 acude al Hospital La Paz por dolor en la Fosa Iliaca Derecha (folio 84 del expediente administrativo). Al detectarse alguna dinámica de contracciones escasas, ingresa por amenaza de parto prematuro, que finalmente no se confirmó (folio 82 del expediente administrativo). El registro cardio tocográfico y la analítica resultaron normales, salvo anemia. Según informe de embarazo, fue tratada con prepar IV, cesando la dinámica, por lo que causa alta al día siguiente con indicación de reposo relativo y revisión por su tocólogo. Debe señalarse que en las hojas de evolución clínica no consta la administración de prepar, sino de Celestene, (folio 88 del expediente administrativo).

En la sexta consulta, el 8 de julio de 2004 (34+2 semanas), TA (N), se anota el resultado de la analítica de tercer trimestre, realizada el 14 de junio, que muestra anemia. Aunque no fue posible recoger los datos de glucemia a las 1, 2 y 3 h. ya que, según se refleja, “*vomitó sobrecarga oral de glucosa*”, sí se obtuvo el valor de la glucosa basal que resultó normal. El mismo día se realiza ecografía del tercer trimestre que resulta normal, presentación cefálica, movimientos cardiacos fetales positivos y biometría fetal acorde a las 34 semanas (folio 102 del expediente administrativo).

En la séptima consulta, el 22 de julio de 2004 (semana 36), no hay dinámica uterina en la exploración y los tonos fetales son normales. Se realiza toma de muestra (exudado vaginal y rectal) para cultivo de streptococcus agalactiae. El resultado es negativo.

El 3 de agosto de 2004, tiene lugar la octava revisión (semana 37+2), TA (N). En la exploración muestra posición longitudinal cefálica sobre estrecho superior (aún muy alto) bolsa íntegra; cervix posterior, borrado a 30%; permeable 1 dedo; latido fetal positivo. Se solicita control cardiotocográfico fetal.

A partir de esa fecha, se realizan cuatro controles cardiotocográficos, en todos ellos el feto está reactivo, en los tres primeros no hay dinámica uterina y en el último dinámica muy escasa, programándole ingreso para finalizar gestación el 29 de agosto de 2004 (folios 104 a 111 del expediente administrativo).

3.- Dos días antes de lo programado, en la semana 41, el 27 de agosto de 2004, acude al Hospital La Paz porque “*no siente movimientos fetales desde las 13h*”. La exploración inicial objetiva útero acorde a amenorrea, cuello blando y centrado borrado al 80% blando, centrado 2 dedos amplios, ausencia de contracciones y ausencia de movimiento cardíaco fetal. Posteriormente, se reexplora a la paciente, presentando dilatación de 2 cm., cuello borrado al 80% de consistencia media y posición media con feto sobre estrecho superior (Bishop= 6 puntos). Ingresa para provocación de parto. La bolsa se rompe artificialmente fluyendo líquido amniótico con meconio. El nacimiento se produce a las 11 horas del día 28 de agosto de 2004, estando muerto el feto. La paciente causa alta hospitalaria al 1 de septiembre de 2004 (folios 107 a 135 del expediente administrativo).

4.- La familia solicitó estudio necrópsico que se efectúa el 28 de agosto de 2004 y concluye la existencia de “*extensa necrosis tubular aguda con*

áreas de necrosis cortical renal bilateral; hemorragias viscerales múltiples más extensas en suprarrenales, hígado, pulmones y riñones; hipertrofia tímica; aspiración pulmonar de líquido amniótico y edema cerebral. La placenta presenta cordón umbilical corto, coriamnionitis aguda focal y metaplasia escamosa del amnios” (folio 140 del expediente administrativo).

5.- Consta que por estos mismos hechos se presentó denuncia por S.A.J., incoándose las correspondientes Diligencias Previas que se sustanciaron ante el Juzgado de Instrucción nº 40 de Madrid. Dichas diligencias fueron archivadas, declarándose el sobreseimiento provisional, mediante Auto de 30 de enero de 2007, al no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que dio origen a la denuncia (folio 31 del expediente administrativo).

Interpuesto recurso de reforma contra dicho auto, el mismo fue desestimado mediante Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de enero de 2008 (folio 35 del expediente administrativo).

CUARTO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

QUINTO.- Respecto de los hitos del procedimiento consta que se ha concedido a la reclamante el trámite de audiencia, regulado en los artículos 84 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 11 del Real Decreto 429/1993 (RRPAP con fecha 30 de octubre de 2009), habiéndose presentado alegaciones con fecha 16 de noviembre de 2009, en las que en síntesis afirma que: el día 25 de agosto de 2004 debió haberse

realizado un examen más exhaustivo de la gestante para, en su caso, inducir el parto o realizar una cesárea, dado que la autopsia, según aduce, confirma que la causa de la muerte del feto era obstétrica, bien por cordón umbilical corto, mala progresión del parto o enfermedad biológica del feto, y concluye con una muerte por sufrimiento fetal. Pone de relieve, asimismo, que no se han incorporado al expediente los protocolos del Hospital La Paz, y considera que la administración de prepar era contraindicada (folio 174 del expediente administrativo).

Se incorpora al expediente administrativo el informe del servicio que se dice causante del daño, como exige el artículo 10 del Real Decreto 429/1993, cuando señala que *“En todo caso se solicitará el informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable”*. En concreto, se incorpora el informe del Jefe de Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital La Paz, de fecha 18 de diciembre de 2008, -que ratifica uno anterior del Jefe de Servicio de Ginecología de fecha 29 de noviembre de 2004, realizado a solicitud del Juzgado de Instrucción 40 de Madrid-, y en el que manifiesta que *“Ninguna de la exploraciones fetales efectuadas los días anteriormente mencionados (6, 13, 20 y 25 de agosto de 2004), puso de manifiesto que existiera un deterioro de la salud fetal. Por tanto, no había ninguna indicación para proceder a la extracción fetal. Es más, si se hubiese hecho una cesárea se hubiera incurrido en una vulneración de la lex artis”*, para concluir que *“Se trató lamentablemente de una muerte súbita fetal totalmente impredecible y posiblemente relacionada con un cordón corto”*.

Consta asimismo el informe de la Inspección Médica de 19 de junio de 2009, en los folios 157 a 168 del expediente administrativo, que concluye que la asistencia prestada se ajustó a la *lex artis*.

SEXTO.- Una vez cumplido el trámite de audiencia, con fecha 17 de diciembre de 2009 se formula por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria

propuesta de resolución de desestimación por considerar que no existe nexo causal entre la actuación de la Administración Sanitaria y los daños objeto de la presente reclamación al haber actuado en todo caso los facultativos de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, siendo informada favorablemente por los Servicios Jurídicos de la Consejería de Sanidad, el 30 de diciembre de 2009.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

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

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- Queda acreditada la legitimación de S.A.J. en cuanto gestante que sufre el daño de la muerte del feto, así como la del resto de los reclamantes mediante la presentación de fotocopias del libro de familia, que reflejan la relación paterno filial que les une y que permite incluirles, de acuerdo con consolidada doctrina y jurisprudencia, en el concepto de legitimados activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC).

Sin embargo, y teniendo en cuenta que la reclamación se presenta por la representación letrada de los reclamantes, se observa la falta de presentación del poder de uno de ellos, F.J.R.D., en los términos del apartado 3 del artículo 32 de la LRJ-PAC, cuando establece que *“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.”*

Por otro lado, no consta que el instructor del procedimiento haya requerido a los reclamantes para que acreditaran la representación con que actúa la letrada de éstos respecto de F.J.R.D., pues el requerimiento de 8 de septiembre de 2008, solo era comprensivo de la documentación acreditativa de la relación de parentesco, mediante la aportación del libro de familia.

Se aprecia, por tanto, un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 32.4 de la LRJ-PAC a cuyo tenor *“la falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquella o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran.”*

Por todo ello, en principio, mientras no se subsanara dicha falta de acreditación de la representación, no debería efectuarse un pronunciamiento sobre el fondo de la reclamación formulada en relación con el progenitor del nasciturus. Ahora bien, dado que nada impide entrar al fondo de la reclamación respecto del resto de los reclamantes, y que no existen elementos diferenciadores de la reclamación entre ellos que pudieran determinar un pronunciamiento distinto para cada uno, por economía procedimental no sería preciso solicitar el poder acreditativo de

la representación, al no concurrir, como se verá más adelante, los requisitos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Especial consideración merece el estudio de la presentación en plazo de la reclamación. La misma tuvo entrada en el Registro del Servicio Madrileño de Salud el 9 de julio de 2008, habiéndose producido el parto con alumbramiento de feto muerto, el 27 de agosto de 2004. Aunque *prima facie* haya transcurrido con creces el plazo para reclamar, debe tenerse en cuenta que por estos mismos hechos se había presentado denuncia, que dio lugar a la tramitación de las correspondientes diligencias previas, que terminaron mediante auto de sobreseimiento provisional, confirmado por auto de la Audiencia Provincial de fecha 15 de enero de 2008.

La ley ha configurado el plazo como de prescripción, lo que supone que ciertas actuaciones pueden interrumpirlo y, en especial, el ejercicio de la acción penal. En este sentido, el artículo 146 de la LRJ-PAC establece en su apartado segundo que *“La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.”*

Por lo tanto, al haberse suprimido de este precepto toda referencia a la interrupción de la prescripción, en virtud de la Ley 4/1999, debe estarse a todos los efectos a las reglas generales. Así, con carácter general la jurisprudencia del Tribunal Supremo, resumida en la Sentencia de 9 mayo 2007, RJ 4953, considera que *“a título de ejemplo, en sentencia de 7 de*

septiembre de 2006 (RJ 2006, 6579) hemos afirmado que la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como inidónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por las vías posibles para ello”.

En este sentido, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 mayo 2002, RJ 4515, traída a colación por la de 22 abril 2009, que contiene los principios generales aplicables al caso en materia de interrupción de la prescripción, y considera que *“La Jurisprudencia de esta Sala, por todas sentencias de 23 de enero de 2001 RJ 2001, 240, afirma que la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa debe reconocerse en aplicación de la doctrina sentada por la jurisprudencia consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos –que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala tercera de 19 de septiembre 1989 (RJ 1989, 6418), 4 de julio 1990 (RJ 1990, 7937) y 21 de enero 1991 (RJ 1991, 4065) del principio de «actio nata» (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el 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 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común”.

En virtud de ello, procede considerar que el ejercicio de la acción penal produjo interrupción del plazo, que comienza a contarse, por tanto, desde el 15 de enero de 2008, por lo que la reclamación presentada el 19 de julio del mismo año, debe considerarse presentada en el plazo legal al efecto establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de LRJ-PAC. *“El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.”*

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra regulado en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollado 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. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la Disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, en redacción dada por las Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución, Título X, Capítulo Primero, además de la Disposición Adicional 12ª, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2.008-, consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado

de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

La apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o por haberse procedido, al hacer la indicada valoración, de manera ilógica, irracional o arbitraria.

Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2.003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

Además, es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las sentencias de 20 de marzo de 2.007 (recurso 6/7915/03), 7 de marzo de 2007 (recurso 6/5286/03), 16 de marzo de 2005 (recurso 6/3149/01) que *"a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente"*, por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debe ser además antijurídico.

Podemos resumir lo anterior diciendo que no es exigible una actuación administrativa más allá de la buena práctica médica, *lex artis ad hoc*, porque entonces, y aunque nos encontremos con un posible daño, éste no estaría causado por el funcionamiento normal del servicio público, porque no puede impedir el daño, no existiendo la necesaria relación de causalidad entre actividad de la Administración y el evento dañoso.

QUINTA.-Sentado lo anterior, debe examinarse si procede el reconocimiento de responsabilidad patrimonial a favor de los reclamantes.

En primer lugar, en el caso que nos ocupa, está acreditada la existencia de un hecho, la muerte de un feto, que provoca un *“daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierta”* - Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004-, y que jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable, Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1972, 12 de marzo de 1975, 27 de noviembre de 1993, 19 de noviembre de 1994 y 28 de febrero de 1995-, aunque de difícil valoración económica.

Pero, debe examinarse si concurren los demás presupuestos exigidos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Conforme con reiterada jurisprudencia, la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración recae sobre el reclamante (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1986, 25 de mayo de 1987, 15 de febrero de 1994, 25 de julio de 2003, 30 de septiembre de 2003, 14 de octubre de 2004 y 15 de diciembre de 2005, entre otras), salvo la concurrencia de la fuerza mayor o la existencia de dolo o negligencia de la víctima que corresponde probar a la Administración (Sentencias del Tribunal Supremo 18 de febrero de 1998, 15 de marzo de 1999, 25 de octubre de 2002, 17 de febrero de 2003, 24 de febrero de 2003, entre otras).

Además, respecto de la corrección de la asistencia prestada a la gestante, debe partirse de que para apreciar la ocurrencia de una buena práctica sanitaria es imprescindible realizar una rigurosa evaluación de la prueba, contraponiendo los informes periciales contrarios, sin que tenga prevalencia la realizada por peritos funcionarios, porque, si bien les es predicable independencia y objetividad, no es menos cierto que otros peritos pueden tener análogas condiciones. La prueba debe sustentarse en peritos que reúnan la mayor especialidad posible que abarque la procedencia de la lesión ocurrida, artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *Los peritos*

deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias. Por otra parte, nada impide que en la práctica de pruebas por parte de personas no vinculadas a la Administración, caso de peritos de parte, pueda establecerse un sistema de ratificación y ampliación propio de la prueba en el proceso, al amparo del artículo 81 de la Ley 30/1992.

La mera concurrencia de un daño, por un lado, y la actividad o inactividad de la Administración, por otro, aunque estén conectados, no son suficientes para determinar la responsabilidad patrimonial de esta última, toda vez que el artículo 139.1 LRJ-PAC exige expresamente que la *“lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*, lo que viene a suponer que uno y otra estén ligados por una relación de causa a efecto que al interesado incumbe probar.

En el caso que nos ocupa, los reclamantes fundamentan sus pretensiones en la consideración de que el sufrimiento fetal del nasciturus, que a la postre causó su muerte, se podría haber evitado en el caso de que en la revisión del día 25 de agosto se le hubiera realizado un reconocimiento más exhaustivo, incluyendo en concreto un tacto vaginal, que según afirma hubiera dado lugar a la realización de una cesárea, evitando el fallecimiento, y por otro lado en el defectuoso tratamiento de la diabetes gestacional.

Sin embargo, son varios los dictámenes que frente a lo aducido por los reclamantes, justifican la corrección de la actuación médica recibida por la gestante. En concreto, en el seno de las diligencias previas incoadas por el Juzgado de Instrucción n° 40 de Madrid, se realizan dos informes periciales. En el primero de ellos, el perito en el acto de ratificación de su informe, que obra al folio 25 del expediente administrativo, a preguntas de la letrada de los reclamantes, indica que 72 horas antes de morir el feto se

le hizo un registro cardio tocográfico que era normal, con lo que la medicina entiende que el feto está protegido una semana, salvo excepciones muy contadas - menos de una por mil-.

En el acto de ratificación del segundo informe pericial, que obra al folio 29 del expediente administrativo, se indica de forma tajante que *“lo que se ha hecho es lo que se tenía que haber hecho y lo que se ha dejado de hacer, no es importante en este caso”*, considerando irrelevante en este caso que se haya o no realizado una exploración manual de la gestante, concluyendo que lo que hicieron los médicos fue de todo punto correcto.

Respecto del tratamiento de la diabetes, este segundo informe afirma que *“lo que prima en este caso es el control de la diabetes, y eso se realizó a través de la analítica de manera exhaustiva durante todo el proceso”*.

Estas conclusiones se recogen en el auto de fecha 30 de enero de 2007, dando por probado que los facultativos actuaron de forma correcta. Así, se señala que *“En el presente caso de las pruebas documentales y periciales practicadas, se acredita que los facultativos que atendieron a la denunciante lo hicieron en todo momento de forma correcta”*.

En este caso, por tanto, el auto de sobreseimiento, en contra de lo que afirman los reclamantes, no se limita a indicar que los hechos no revisten carácter de delito, sino que tiene por probado además, que la actuación médica, no solo no fue dolosa o culposa, sino que fue correcta.

Respecto de los informes emitidos en el propio procedimiento administrativo, de los mismos se desprende con claridad que los resultados de los controles realizados a la gestante, en concreto el día 25 de agosto de 2004, fueron normales, no apreciándose la existencia de sufrimiento fetal que justificase la realización de una cesárea, ni que la gestante se encontrara entonces de parto, como pretenden los reclamantes. Es más, en el informe del Jefe de Servicio de Obstetricia del Hospital La Paz, se afirma lo

contrario, esto es, que con los datos de que se disponía practicar una cesárea hubiera sido contrario a la *lex artis*.

Resulta contundente el informe de la Inspección Médica sobre distintas cuestiones: Respecto de la inadecuación de la administración de preparaducida por los reclamantes en relación con la amenaza de parto prematuro el 6 de julio de 2004, que posteriormente no se confirmó, rotundamente afirma que dicho fármaco no se administró como resulta de la historia clínica al no confirmarse la amenaza de parto.

Respecto del tratamiento de la diabetes, afirma que la gestante no presentaba diabetes gestacional sino solo una curva intolerante a la glucosa, concluyendo que con carácter general el seguimiento de la gestación fue correcto.

Por último, respecto de la detección y en su caso tratamiento del sufrimiento fetal el 25 de agosto de 2004, considera dicho informe que la gestante no estaba de parto, ni el día 25, ni siquiera el día 27 en que se produce el fallecimiento del feto, que el día 25 el estudio cardiológico era perfectamente normal, por lo que no estaba indicada la extracción del feto, y que por lo que se refiere a las causas de la muerte de aquél, el estudio necrópsico objetiva un cordón corto. Esta anomalía puede determinar episodios de hipoxia aguda y muerte fetal subsiguiente.

Por lo anteriormente expuesto, no se aprecia nexo causal entre la asistencia médica y la muerte anteparto del feto.

ÚLTIMA.- La competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad según el artículo 142.2 de la Ley 30/1992 y 55.2 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid 1/1983, de 13 de diciembre. Cuya Orden pondrá fin a la vía administrativa según el artículo 53.1 de la misma Ley, contra el que cabrá recurso contencioso administrativo ante el

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según el artículo 10.1 j) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación por responsabilidad patrimonial.

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

Madrid, 27 de enero de 2010