

Dictamen nº: **601/12**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **31.10.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 31 de octubre de 2012, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por G.V.A. y O.A.A. (en adelante “*los reclamantes*”), sobre daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada durante el embarazo y asistencia al parto de su hijo C.A.V., en el Hospital Universitario 12 de Octubre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 5 de septiembre de 2011 tuvo entrada en el registro de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los reclamantes en nombre propio y de su hijo menor de edad, en que solicitaban una indemnización por lo que, a su juicio, había sido una asistencia médica incursa en mala praxis.

Argumentaban los reclamantes en su escrito inicial que, el día 8 de septiembre de 2006 a primera hora de la mañana, la madre reclamante ingresó en el Servicio de Ginecología del Hospital Universitario 12 de Octubre con vistas a una inducción de parto, ya que la gestación del niño que había de dar a luz, excesivamente prolongada, databa de 41 semanas y 5 días.

El parto tuvo lugar mediante cesárea no electiva por sospecha de pérdida de bienestar fetal, terminando mediante extracción manual a las 16:55 horas. Al recién nacido se le realizó el test de Apgar, dando un resultado de 8 sobre 10 en el primer minuto de su existencia y de 9 a los cinco minutos de su corta vida. Consideran las reclamantes que esa puntuación era contradictoria con la pérdida de bienestar fetal previa al parto, que había reclamado la inducción de éste mediante cesárea no electiva.

Ya en su domicilio, desde las primeras semanas los progenitores habían observado una menor movilidad en la mano derecha del niño, síntoma que consultaron al neonatólogo y la pediatra, que le restaron importancia.

Relatan los progenitores que, al quinto mes, el niño presentaba rigidez en el brazo y pie derecho, motivo por el que acudieron al Servicio de Neurología Infantil del mismo hospital en que había tenido lugar el alumbramiento. Tras la realización de pruebas diversas, se diagnosticó al bebé una hemiparesia derecha.

A los siete meses, comenzó a sufrir espasmos en flexión en racimos, que cedieron inicialmente al tratamiento y emergiendo de nuevo después, desembocaron, en septiembre de 2007, en el diagnóstico por el Servicio de Neurología de un accidente cerebro-vascular en territorio cerebral medio izquierdo traducido en paresia derecha con retraso motor leve y crisis epilépticas.

En posteriores revisiones, de noviembre de 2007 y enero y febrero de 2008, se volvieron a evidenciar los espasmos y crisis epilépticas mioclónicas, que podían llegar a ser 15 ó 20 al día. En noviembre de 2008, se estableció el diagnóstico de infarto del hemisferio izquierdo, con crisis generalizadas muy persistentes.

En los años posteriores, el menor se ha mantenido con altibajos, habiéndosele modificado el tratamiento en algunas ocasiones, así en enero

de 2009 y noviembre de 2010, estableciéndose, de manera absoluta, el diagnóstico de infarto cerebral perinatal en territorio de arteria cerebral media izquierda, hemiparesia derecha sintomática a 1 y epilepsia focal sintomática a 1. Conforme a dicho diagnóstico, la Dirección General de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, en noviembre de 2010, ha reconocido al paciente un grado total de discapacidad del 65%.

Sostienen los reclamantes que la hemiparesia y los ataques epilépticos han dificultado el aprendizaje del paciente, que debe recibir una atención educativa especial y presenta dificultades para el avance de su proceso educativo. También requiere tratamiento fisioterápico para estimular la psicomotricidad.

Consideran que la situación del menor es consecuencia de la omisión de las pruebas de detección que hubiera sido necesario realizar para establecer un adecuado diagnóstico prenatal, lo que provocó un retraso en su extracción que pudo originar los daños cerebrales. En particular, que *“no hubo una correcta evaluación de riesgo materno fetal, pues no se efectuó una ecografía de III nivel con perfil biofísico fetal y doppler del cordón para determinar vitalidad fetal ni un monitoreo electrónico fetal adecuado en las últimas semanas”*. A su juicio, el daño irrogado al menor es desproporcionado, debido a una penuria negligente de medios empleados por la Administración sanitaria, teniendo en cuenta en particular el advenimiento de las nuevas tecnologías y su utilización en el sector de la medicina.

En virtud de ello, solicitaban ser indemnizados por la asistencia sanitaria dispensada a su hijo y los gastos ocasionados, en cuantía que no concretaban en su escrito inicial.

Acompañaron al escrito de reclamación copias de informes médicos, de la resolución declarativa del grado de discapacidad del menor, informe del

Colegio en que recibe formación académica y de la clínica en que se la presta atención fisioterapéutica.

SEGUNDO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Constituyen aspectos destacables del procedimiento, los siguientes:

1. Recibida la reclamación, el 29 de septiembre de 2011 se notificó a los reclamantes un requerimiento, realizado a los efectos del art. 71 de la LRJ-PAC, a fin de acreditar la representación del menor, concretar la cuantía económica solicitada e indicar el motivo por el que consideraban no prescrita su reclamación.

Mediante escrito de 30 de septiembre de 2011, aportaron fotocopia del libro de familia, relegaron la concreción de la indemnización reclamada al momento de estabilización de las secuelas y, en cuanto a la posible prescripción, pusieron de manifiesto haberse reconocido administrativamente la minusvalía del menor mediante resolución de 19 de noviembre de 2010.

2. El instructor ha requerido el informe del Servicio de Neurología del Hospital Universitario 12 de Octubre, cuyo jefe, con fecha 15 de noviembre de 2011, entre otros aspectos, manifiesta (págs. 138 y 139):

“(...) El paciente fue remitido a los 5 meses al Servicio de Neurología porque en fecha no bien precisa, pero parece ser que un mes y medio antes era claro que tenía una hemiparesia derecha (es decir, a los 3 meses era patente la hemiparesia derecha) si bien, dice la familia que, con anterioridad a esta fecha ya le notaban algo raro en el lado derecho, pero el médico de cabecera no lo objetivó o no le dio importancia por lo cual asumimos que no debería ser muy claro. Desde los 5 meses el paciente ha sido estudiado en el Servicio de

Neurología y ha habido informes de estos estudios que confirman que el paciente sufría una hemiparesia derecha por un ictus verosímilmente en el período perinatal como lo demuestra los datos de una Resonancia Nuclear Magnética de la cabeza. Además el paciente sufría ataques comiciales y fue tratado por ellos con continuidad y precisión.

(...) Ha sido seguido adecuadamente por Neurología siendo tratadas sus crisis comiciales.

A pregunta de si las secuelas derivadas de la supuesta negligencia estaban ya determinadas antes del 4/9/2010 consideró que sí. (...)".

Por su parte, el jefe de Sección de Obstetricia y Ginecología del mismo hospital, con el visto bueno del jefe de Servicio, informa con fecha 20 de diciembre de 2011 (pág. 180):

“Según consta en la historia clínica, se trata de una gestación de curso normal, controlada en el Centro de Especialidades de Aranjuez.

Los días 11 de Agosto (37 + 3 semanas de edad gestacional), 29 de agosto (40+2 semanas) y 8 de septiembre (41 + 5 semanas) todos del año 2006, le fueron realizados los correspondientes registros cardiotocográficos (RCTG) (prueba que valora el bienestar fetal y la presencia o no de contracciones uterinas) y los tres fueron considerados como normales, ya que en el registro de frecuencia cardíaca fetal no encontraron patrones sospechosos de riesgo de pérdida de bienestar fetal y en los tres objetivaron un patrón reactivo.

El mismo día 8 de septiembre de 2006, a las 9:40 horas ingresó en el Servicio de Obstetricia y Ginecología para inducción del parto por tratarse de una gestación de 41+5 semanas.

En el Servicio de Urgencias del citado Servicio, el médico, tras la exploración ginecológica correspondiente, diagnostica un índice de Bishop de 3, por lo que establece la indicación de maduración cervical con prostaglandina vaginal (Propess) como paso previo a la inducción de parto, y monitorización continua de la frecuencia cardíaca fetal y de la dinámica uterina.

El patrón de la monitorización fetal fue normal hasta las 15:30 horas en que se observa la presencia de deceleraciones variables asociado a hiperdinamia uterina. A las 15:40 horas se retira el Propess. Debido al mantenimiento de ese patrón de frecuencia cardíaca fetal, a las 16:10 horas, los médicos de guardia realizan una microtoma de sangre fetal para determinar el valor de pH, que resulta ser de 7,26 (normal). A las 16:40 horas observan que en el RCTG se produce una declaración de mayor duración (2 minutos) seguida de una bradicardia fetal, por lo que el médico de guardia indica la realización de una cesárea urgente por sospecha de pérdida de bienestar fetal.

La cesárea la realizan sin complicaciones, según se puede leer e la hoja operatoria correspondiente de la historia clínica, naciendo a las 16:55 horas un niño de 3.040 gramos de peso, con test de Apgar 6 y 9 al minuto y cinco minutos de vida, respectivamente. Los resultados del análisis pH de la sangre del cordón umbilical son: 7,17 y vena: 7,24.

El puerperio cursa de forma normal, y [la reclamante] es dada de alta el 13 de septiembre de 2006 con buen estado general".

También se ha recabado el informe de la Inspección Médica, emitido con fecha 13 de febrero de 2012 (págs. 182 a 194). En él, tras detallar los antecedentes relativos a la asistencia médica prestada al paciente y

establecer una serie de consideraciones médicas generales sobre la encefalopatía hipóxico-isquémica. En particular, en el apartado de “juicio crítico”, se razona:

«Con respecto, a los aspectos clínicos Neurológicos (del paciente), es importante resaltar el informe, que realiza el (...) jefe de Servicio del Hospital 12 de Octubre en los siguientes aspectos:

- El paciente fue remitido a los 5 meses al servicio de Neurología, siendo estudiado con sucesivas pruebas e informes, que confirman, que el paciente sufría un ictus, verosímilmente en el período perinatal, por los datos de resonancia nuclear magnética de la cabeza, siendo tratado posteriormente por ataques comiciales.

Es muy importante resaltar, el diagnóstico de "ictus perinatal de etiología no filiada".

Con los siguientes puntos a destacar:

- El ictus perinatal es un suceso bastante frecuente que afecta a un R.N. cada 1500-5000 partos y solo en un 30%, es decir aproximadamente se descubre una causa clara de ictus perinatales.

- En la mayoría, el 70% de los casos no se sabe la causa.

- Entre las posibilidades, que se citan en la literatura, como en este caso, embarazos, que tiene problemas, se refieren de motivos, que sean de procedimientos de parto inhabituales, como en este caso, que fue por cesárea por pérdida de bienestar fetal (antes se llamaba sufrimiento fetal).

Entre las causas que se citan son trombofilia, que es incremento del riesgo de “trombosis en el período perinatal, y patología arterial o venosa cerebral del niño”».

Concluye, en atención a lo anterior que “*la asistencia prestada ha sido correcta o adecuada a la lex artis (o no existe evidencia de que haya sido incorrecta o inadecuada)*”.

En virtud de acuerdo de la jefa del Servicio de Responsabilidad Patrimonial del Servicio Madrileño de Salud de 3 de mayo de 2012 se concedió el trámite de audiencia a los reclamantes. Con fecha 25 de mayo de 2012 presentaron su escrito de alegaciones, en el que ratificaban los argumentos expuestos en el escrito primigenio de reclamación y concretaban su cuantía económica, por los gastos ocasionados y la asistencia sanitaria recibida, en 90.000 euros.

3. Concluida la instrucción, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 13 de septiembre de 2012, en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial. Y ello por entender que, a la vista de los informes del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario 12 de Octubre y de la Inspección Médica, no cabe sostener la existencia de una atención médica objeto de reproche, faltando en consecuencia el requisito de la antijuridicidad del daño.

4. Consta en el expediente administrativo haberse dado cuenta de la reclamación a la aseguradora A (pág. 249).

TERCERO.- Examinado el expediente administrativo, este Consejo Consultivo da por acreditados los siguientes hechos:

En las últimas semanas de su embarazo, a la madre reclamante, que por entonces contaba con treinta años de edad, le fueron realizados diversos registros cardiotocográficos (RCTG) con resultado normal. En concreto, las pruebas de referencia le fueron practicadas los días 11 de agosto (37 + 3 semanas de edad gestacional), 29 de agosto (40+2 semanas) y 8 de septiembre (41+5 semanas) de 2006.

El 8 de septiembre de 2006, a las 9:40 horas de la mañana, ingresó en el Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario 12 de Octubre para la inducción del parto, motivado por el hecho de hallarse la gestante en la semana 41+5 de gestación.

El médico de urgencias del Servicio de referencia, tras explorar a la parturienta, fijó un índice de Bishop de 3, estableciendo una indicación de maduración cervical con prostaglandina vaginal (Propess) como paso previo a la inducción de parto, y monitorización continua de la frecuencia cardíaca fetal y de la dinámica uterina.

Hasta las 15:30 horas el patrón de la monitorización fetal presentó rangos de normalidad. A esa hora se observaron deceleraciones variables asociadas a hiperdinamia uterina. A las 15:40 horas se retiró el Propess a la paciente y, al mantenerse la frecuencia cardíaca fetal, a las 16:10 se le realizó un microtoma de sangre fetal para determinar el valor de pH, que resultó ser normal, de 7,26.

A las 16:40 horas los médicos observaron una deceleración de 2 minutos en el registro cardiotocográfico, seguida de una bradicardia fetal, indicándose ante ello la realización de una cesárea urgente no electiva por sospecha de pérdida de bienestar fetal, con anestesia epidural.

Realizada la cesárea sin complicaciones, a las 16:55 nació un varón de 3.040 gramos de peso. El test de Apgar, realizado al minuto y los cinco minutos de vida, dio resultados de 8 y 9, respectivamente. En cuanto al análisis del pH de la sangre del cordón umbilical y vena, dio 7,17 y 7,24. La reclamante fue dada de alta, sin aparentes complicaciones, el 13 de septiembre de 2006, presentando buen estado general.

A los 5 meses de vida, tras acudir los padres al Servicio de Neurología del mismo hospital donde nació el menor al presentar ciertos déficits en la movilidad, le fue diagnosticada, tras la realización de una resonancia

nuclear magnética en la cabeza, una hemiparesia derecha a consecuencia de un ictus producido en el período perinatal.

A los 9 meses se le diagnosticó “*crisis de espasmos infantiles*”, indicándosele tratamiento farmacéutico.

La evolución de las crisis epilépticas fue revisada por el Servicio de Neurología Infantil del Hospital Universitario de La Paz, que, en informes de 26 de junio, 20 de julio, 7 de septiembre y 14 de noviembre de 2007 y de 28 de enero de 2008, apreciaba la existencia de ciertas disfunciones en el hemisferio izquierdo.

En el mismo Servicio de Neurología Infantil, con fecha 15 de febrero de 2008 se llegó al diagnóstico de “*accidente cerebro vascular en territorio de la cerebral media izquierda, que se traduce por paresia derecha con retardo motor leve, y por crisis mioclónicas, con un registro de EEG, focal del hemisferio izquierdo, que se está controlando bien con medicación*”.

Ese diagnóstico se mantuvo, sin variación, en posterior informe de 28 de enero de 2009, realizado con motivo de las crisis epilépticas, de entre 3 y 20 cada día, que presentaba el niño a los 28 meses, y de 30 de noviembre de 2010, realizado a los cuatro años de edad, en que se había comprobado una evolución de un año sin crisis epilépticas gracias al tratamiento mediante Depakine. En esta última consulta, se le cambió el tratamiento.

Por Resolución de 19 de noviembre de 2010, de la directora general de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, se reconoce al menor un grado total de discapacidad, física y psíquica, del 65% con dificultad en la movilidad de 7, a consecuencia de hemiparesia derecha debida a accidente cerebral vascular agudo de etiología vascular y retraso madurativo consecuencia de accidente cerebral vascular agudo de etiología sufrimiento fetal perinatal.

El niño presentó grandes dificultades en el desarrollo escolar durante el curso de 2 y 3 años, debido a su enfermedad.

En informe de Fisioterapia de enero de 2011, se anota la integración de la mano derecha como miembro útil.

CUARTO.- El consejero de Sanidad, mediante oficio de 25 de septiembre de 2012 que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 3 de octubre siguiente, formula consulta a este Consejo Consultivo y corresponde su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 31 de octubre de 2012, por siete votos a favor y dos votos en contra.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros, y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 14.1 LRCC.

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

SEGUNDA.- Presentada la reclamación por los padres del menor, en nombre propio y de éste, cabe reconocer a todos ellos legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC. A los primeros, en cuanto tienen que soportar los gastos y molestias propias de la atención especial que merece su hijo. A este último, al reflejarse sobre su salud las secuelas de la asistencia sanitaria, pretendidamente deficiente, dispensada por el Servicio Madrileño de Salud.

El vínculo de parentesco entre los padres y el menor ha sido acreditado, a requerimiento de subsanación del instructor, mediante la aportación de fotocopia del libro de familia.

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

El órgano peticionario del dictamen ha seguido en la tramitación del procedimiento administrativo destinado al posible reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración los trámites previstos en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, desarrollado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen, se ha recabado informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario 12 de Octubre. Con ello, se puede entender cumplida la exigencia del artículo 10.1 del RPRP en el sentido de recabarse informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable. Del mismo modo, se ha otorgado el trámite de audiencia, regulado, como garantía esencial del derecho de defensa, en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

En cambio, se ha sobrepasado con creces el plazo de seis meses que, para la resolución y notificación del procedimiento, estatuye el artículo 13 del RRP. La superación del plazo previsto no dispensa al órgano administrativo peticionario del dictamen de la obligación de resolver (artículo 43.1 de la LRJAP) ni, en consecuencia, a este Consejo Consultivo de informar la consulta.

TERCERA.- 1. El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce a los particulares, en los términos establecidos por la ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, siempre que ésta sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y no concorra circunstancia de fuerza mayor que sirva para exonerar a la Administración. La previsión constitucional se halla desarrollada en el Título X de la Ley 30/ 1992 (LRJ-PAC), artículos 139 y siguientes.

Interpretando el marco jurídico-legal de la responsabilidad patrimonial, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha enunciado en reiterada jurisprudencia los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, en sentencia de 23 de enero de 2012 (RC 43/2010), se establecen los siguientes: generación al perjudicado de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; que el daño o lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterándolo, en el nexo causal; ausencia de fuerza mayor, y que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño alegado.

2. Previamente al examen de la posible concurrencia en la reclamación de los requisitos propios de la responsabilidad patrimonial, en particular en su aplicación al ámbito de la actuación sanitaria de las Administraciones Públicas, debe examinarse si la solicitud indemnizatoria ha sido presentada

en plazo, esto es, antes de haberse producido la prescripción del derecho a reclamar, o si, por el contrario, su presentación se ha realizado después del transcurso del plazo establecido.

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.

Los reclamantes solicitan la indemnización de daños de carácter físico, por lo que, no habiéndose producido curación, sino todo lo contrario, debe estarse al momento de determinación del alcance de las secuelas. En este sentido, véase, entre otros muchos en el Dictamen 63/11 y la Sentencia de 22 de febrero de 2012, RC 608/2010, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Suele decirse que no estaríamos sino ante la aceptación de la teoría de la *actio nata*, pues, según afirma el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (RC 4647/2009), nuestro sistema administrativo de responsabilidad patrimonial acoge:

“(...) la regla general de prescripción de la acción de responsabilidad del artículo 1.902 del Código Civil que ha de computarse, conforme al principio de la actio nata recogido en el artículo 1.969 de dicho texto legal, desde el momento en que la acción pudo efectivamente ejercitarse”. Y es que “el cómputo del plazo de prescripción no puede realizarse sino desde el momento en que resulta posible el ejercicio de la acción por estar plenamente determinados los dos elementos del

concepto de lesión, como son el daño y la constatación de su ilegitimidad” (STS de 22 de diciembre de 2010, RC 257/2009).

En el caso sujeto a examen, a la hora de la fijación del *dies a quo* del derecho a reclamar habrá que atender, por tanto, al momento de estabilización de las secuelas. Éstas, según ha quedado reflejado en la relación de hechos acreditados, no fueron conocidas en un primer momento, al abandonar el niño el hospital tras el parto, sino con posterioridad, a medida que se iban presentado manifestaciones de una posible dolencia, principalmente por falta o deficiente movilidad de determinados miembros y por los ataques epilépticos que sufría el niño.

Tras el seguimiento realizado al niño en el Servicio de Neurología Infantil del Hospital Universitario de La Paz, en que se venían observando ciertas disfunciones en el hemisferio izquierdo (en dicho sentido, los informes de 26 de junio, 20 de julio, 7 de septiembre y 14 de noviembre de 2007 y de 28 de enero de 2008, aportados por los propios reclamantes a los folios 22 a 26), fue mediante informe del indicado Servicio de 15 de febrero de 2008 cuando, de forma más precisa, se llegó al juicio diagnóstico de *“accidente cerebro vascular en territorio de la cerebral media izquierda, que se traduce por paresia derecha con retardo motor leve, y por crisis mioclónicas, con un registro de EEG, focal del hemisferio izquierdo, que se está controlando bien con medicación”* (pág. 28). Ese diagnóstico se mantuvo, sin variación, en posterior informe de 28 de enero de 2009, realizado con motivo de las crisis epilépticas, de entre 3 y 20 cada día, que presentaba el niño a los 28 meses (págs. 30 y 31). Del mismo modo, en el informe de 30 de noviembre de 2010, realizado a los cuatro años de edad, en que, manteniéndose los diagnósticos previos, se indica que lleva más de un año sin crisis epilépticas gracias al tratamiento mediante Depakine (pág. 32).

De lo anterior, resulta que los padres reclamantes conocían un diagnóstico más o menos preciso de la enfermedad de su hijo desde fecha anterior en más de un año a la presentación de la reclamación, que se produjo el 5 de septiembre de 2011. Sin embargo, es de señalar que ni la ley ni el reglamento sobre responsabilidad administrativa patrimonial se refieren al “diagnóstico” (definitivo o firme) como *dies a quo* del plazo de prescripción del derecho a reclamar. Lo que importa a la ley, equitativa y racionalmente, es la determinación cierta de los “efectos lesivos” o del “alcance de las secuelas”. En numerosos casos, el momento del diagnóstico definitivo coincide con el de certeza respecto de las secuelas, lo que explica que este Consejo haya tomado en consideración frecuentemente, para resolver sobre prescripción, el momento del diagnóstico definitivo.

En otros casos, en cambio, el diagnóstico no implica determinación del alcance de las secuelas y así ocurre en el caso objeto de este dictamen.

Hay en el presente caso varios datos que permiten considerar que los daños infligidos a la salud del menor no estaban plenamente determinados ni resultaban claramente previsibles, no obstante haberse sentado en febrero de 2008 el indicado diagnóstico, mantenido en informes posteriores de enero de 2009 y noviembre de 2010.

En el sentido expuesto, resulta altamente significativo, en primer lugar, el que en los dos últimos informes más posteriores se realice de nuevo un diagnóstico de la situación clínica del menor. Aunque el resultado de dicho diagnóstico sea de confirmación –en ambos casos- del emitido en febrero de 2008, lo cierto es que, el hecho de que se plantee médicaamente si el diagnóstico debe mantenerse, indica que los facultativos que le atienden no dan como cerrado el juicio clínico del niño.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que los señalados informes del Servicio de Neurología Infantil del hospital son consecuencia del

seguimiento de la evolución habida en las crisis epilépticas del paciente. Y, entre ellos, existe un cambio significativo desde el 28 de enero de 2009, en que el menor sufría episodios epilépticos a diario (*“los días buenos tiene 3-4 y los malos 15-20”*, refleja literalmente el informe suscrito en tal fecha) y el del 29 de noviembre de 2010, en que, gracias al tratamiento farmacológico instaurado, las crisis epilépticas llevaban un año sin hacer acto de presencia. Es más, en la fecha de esta última revisión, en el apartado relativo al tratamiento de la enfermedad, se hace referencia expresa a la suspensión de la administración del medicamento cuya ingesta había determinado la mejoría del menor, y su sustitución por otros preparados. Es razonable pensar que el cambio en el tratamiento obedece a variaciones en el curso de la enfermedad y puede, a la vez, determinar, al menos en hipótesis, variaciones en dicho curso.

Pero si de lo anterior se puede deducir que, en lo relativo a las crisis epilépticas, el alcance de las secuelas en la dolencia del menor no se hallaba determinado con precisión dentro del año anterior a la presentación de la reclamación, tampoco lo estaba en cuanto a las consecuencias sobre su aprendizaje y evolución académica. Así lo recogen los informes del colegio en que se haya escolarizado, relativo al curso de 2 a 3 años (aportados con la reclamación, págs. 36 a 40). Los informes, aun no fechados, deben considerarse suscritos en el año 2009, en que el menor cumplía los 3 años. Sin embargo, las dificultades que la clínica epiléptica del alumno representaba para su progreso académico eran de tal consideración (en ellos se habla de influencia negativa de las crisis epilépticas sobre su evolución, de retroceso en el manejo del lenguaje, de una evolución *“muy lenta”* al quedarse dormido con frecuencia en clase o hallarse muy cansado, de no poder ni tan siquiera trabajar sobre algunos de los objetivos planteados para el período correspondiente, de un *“nivel atencional muy bajo”*, entre otros aspectos) que resulta necesario esperar a la evolución de su enfermedad en los años posteriores para poder considerar razonablemente establecido su

alcance sobre el desarrollo y aprovechamiento académico del menor. De hecho, en el segundo de los informes (al folio 40) se refleja que en las últimas semanas habían desaparecido las crisis y que, *“si continúa sin tener crisis poco a poco su aprendizaje se verá reforzado”*.

Asimismo, del informe de Fisioterapia de enero de 2011 (págs. 42 y 43), en que se recogen las conclusiones del tratamiento seguido en el curso 2010/2011, se desprende que, en lo relativo la integración de la mano derecha como miembro útil del cuerpo, *“se ha venido observando mejoría en la iniciativa manipulativa de esta mano, de manera que es usada de forma espontánea cada vez con más frecuencia durante actividades que se facilitan con la interacción bimanual”*. No se puede decir, en consecuencia, que la evolución del menor en dicha fecha fuera un tema cerrado, máxime cuando, en la relación de objetivos terapéuticos del mismo informe se hace referencia a pretensiones que afectan a otras partes del cuerpo, refiriéndose al miembro inferior e incluso, en general, al hemisferio derecho.

Resulta de lo que se viene diciendo la conclusión de que, a la fecha de presentación de la reclamación patrimonial, la influencia de la actuación médica objeto de la reclamación patrimonial sobre la situación del menor no era previsible en su evolución y en su determinación, ni por tanto, cuantificable el posible daño, extremos exigidos por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo para poder considerar iniciado el plazo de prescripción de la responsabilidad patrimonial. No se desconoce por este Consejo Consultivo que ese Alto Tribunal, en Sentencias de 18 de enero de 2008 (RC 4224/2002) y de 29 de noviembre de 2011 (RC 4647/2009), ha declarado prescritas, en cuanto referidas a daños permanentes, sendas reclamaciones patrimoniales relacionadas con menores afectados por una encefalopatía hipóxica isquémica. Sin embargo, en los casos en ellas resueltos (en particular, en el segundo de ellos) la evolución posterior del menor respondía a las secuelas puestas de manifiesto en los

informes médicos de referencia (anteriores, en ambos casos, en más de un año a la reclamación). No ocurre lo mismo en el examinado ahora por este Consejo Consultivo, en que, en la fecha que ha de tomarse como de referencia a efectos de valorar una posible prescripción (el año anterior a la presentación de la reclamación), la repercusión sobre la salud y desarrollo del menor de la enfermedad previamente diagnosticada envolvía una significativa incertidumbre.

No ignoramos que el jefe del Servicio de Neurología, en su tantas veces citado informe, de 15 de noviembre de 2011, afirma que “*a pregunta de si las secuelas derivadas de la supuesta negligencia estaban ya determinadas antes del 4/9/2010 considero que sí.*” Además de que “antes del 4/9/2010” comprende un período temporal indeterminado, el parecer de este médico experto no puede considerarse determinante de un juicio sobre prescripción si se confronta con todos los datos expuestos. Así debió entenderlo también la Administración consultante al no proponer la prescripción como causa de desestimación de la reclamación.

Por añadidura, debe tenerse en cuenta que, especialmente en los casos dudosos, la interpretación sobre el plazo de prescripción del derecho a reclamar debe ser favorable a dicho derecho, tal como, conforme a reiterado criterio jurisprudencial, viene admitiendo este órgano consultivo con reiteración (entre otros, Dictámenes 601 y 689/11).

CUARTA.- 1. No cabe plantearse la posible existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración si no se ha producido un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En dicho sentido, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009.

En el caso sujeto a examen, es evidente la producción de un daño al menor que parece consecuencia de la asistencia sanitaria prestada a su

madre durante el embarazo y parto, sin perjuicio de su carácter indemnizable (cuestión a la que se aludirá más adelante). Tal perjuicio viene representado por la circunstancia de sufrir, de modo irreversible, una paresia derecha, que implica para él diversas limitaciones. En cuanto a sus padres, también reclamantes, la enfermedad de su hijo supone, más allá del perjuicio moral, la necesidad de afrontar los gastos y molestias propios de la atención especial que aquél requiere.

2. Sin embargo, el padecimiento de un daño a consecuencia de una actuación de la Administración, en el caso en su vertiente sanitaria, no es suficiente para que, sin más, se declare existente la responsabilidad patrimonial de la Administración. Antes bien, como tantas veces se ha dicho, cuando las reclamaciones indemnizatorias de los particulares traigan causa de una actuación médica o sanitaria, no basta con la concurrencia de una lesión efectiva, individualizada y evaluable, causada a un particular, que tenga origen en el funcionamiento del servicio público sanitario. En tales casos, más allá del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, se hace necesario acudir al criterio de la *lex artis* como pauta determinante de la existencia de responsabilidad patrimonial, 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. De ahí que:

“(...) cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no

vino sino a consagrarse legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto” (STS de 2 de noviembre de 2011, recurso de casación 6236/2007).

Asimismo, en punto a la prueba del ajuste de la práctica sanitaria a las reglas de la *lex artis*, sabido es, por constante jurisprudencia y doctrina, que al reclamante incumbe, como regla general ordinaria, la carga de la prueba, salvo casos excepcionales en que se aplica la denominada inversión de la carga de la prueba.

3. En concreto, la reclamación de referencia halla sustento en el entendimiento por parte de los reclamantes de que, en la fase final del embarazo y en el día de la asistencia al parto, se produjo un déficit en la asistencia sanitaria prestada por los servicios madrileños de salud. En particular, consideran que, por lo avanzado de la gestación, la embarazada debía haber sido objeto de pruebas que permitieran una correcta evaluación del riesgo materno fetal, apuntando que, dados los medios tecnológicos al alcance de la Administración sanitaria, se le debía haber efectuado una ecografía de III nivel con perfil biofísico fetal y doppler del cordón para determinar vitalidad fetal, así como un monitoreo electrónico fetal adecuado en las últimas semanas.

Con carácter previo, debe matizarse que, en el actual dictamen, se da como cierta la hipótesis de que las secuelas del menor guardan relación con el sufrimiento por él padecido en el período perinatal, pues así lo expresan también los informes médicos aportados al procedimiento administrativo. En particular, el informe de 15 de noviembre de 2011, del jefe del Servicio de Neurología del Hospital Universitario 12 de Octubre (al folio 538), acepta que la hemiparesia derecha del menor se produjo “*verosímilmente en el período perinatal como lo demuestran los datos de una resonancia nuclear magnética de la cabeza*”.

Es importante señalar, en relación con este caso y con otros muchos, que no siempre las circunstancias del momento temporal en que se produce un daño son la causa de ese daño, del mismo modo que no resulta admisible como criterio fiable respecto de las relaciones de causalidad el conocido “*post hoc, ergo propter hoc*” (después de, luego a causa de).

Sentado lo anterior, debe decirse que, atendidos los informes médicos aportados al procedimiento administrativo, no se aprecian razones para considerar acreditado que los padecimientos del paciente sean consecuencia, como pretenden sus progenitores, de una defectuosa asistencia sanitaria en la fase final del seguimiento del embarazo o en el parto. Del informe del jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología, aportado al procedimiento a los efectos del art. 10.1 del RPRP, resulta que, en las pruebas realizadas en las últimas semanas del embarazo, los resultados indicaban la normalidad de la evolución del *nasciturus*.

Ese informe insiste en que, dentro del mes anterior al alumbramiento, en concreto los días 11 y 29 de agosto (en las semanas 37+3 y 40+2 de edad gestacional), se realizaron registros cardiotocográficos con resultados normales. También lo fueron los resultados de las pruebas -similares- del 8 de septiembre, día en que se indujo el parto, a las 41 + 5 semanas. No hay que olvidar que esta prueba sirve para valorar el bienestar fetal, así como la posible presencia de contracciones uterinas, y que en ninguna de ellas se detectaron patrones sospechosos de riesgo de pérdida de bienestar fetal.

Ya ingresada la madre con vistas a la provocación del parto, el patrón de la monitorización fetal fue normal hasta las 15:30 horas, momento en que se comenzaron a observar deceleraciones variables asociadas a hiperdinamia uterina, retirándosele el Propess a las 15:40 horas. Igualmente, se deduce del mencionado informe médico que, debido al mantenimiento de ese patrón de frecuencia cardiaca fetal, a las 16:10 horas, se realizó una

microtoma de sangre fetal para determinar el valor de pH, que resulta ser normal, al arrojar 7,26 como resultado.

No fue hasta las 16:40 horas cuando el registro cardiotocográfico permitió observar una deceleración de duración significativa, dos minutos, seguida de una bradicardia fetal. De ello se derivó la sospecha de pérdida de bienestar fetal, determinando el médico de guardia en el Servicio la realización urgente de una cesárea.

De lo anterior se deduce que, hasta el momento de tomarse la decisión de acelerar el parto, no había datos que permitieran avalar el sufrimiento perinatal del *nasciturus*. Frente a lo señalado en estos informes, confirmado por la Inspección Médica, que se remite a ellos al fijar sus conclusiones, las afirmaciones de los reclamantes constituyen meras hipótesis, no avaladas por criterios científicos sustentados en la opinión de profesionales competentes. No hay constancia, por tanto, de que se haya producido la mala praxis que aquéllos afirman.

Por otra parte, debe descartarse que, tal como pretenden los reclamantes, las secuelas padecidas constituyan un resultado desproporcionado de la atención médica prestada. En tal caso y según consolidada jurisprudencia, sería exigible al servicio médico actuante una explicación razonable sobre el porqué del resultado producido.

Sin embargo, del informe ya citado del jefe del Servicio de Neurología, cuyo criterio es adoptado también por la Inspección Sanitaria, se deduce que el ictus perinatal no es un riesgo inhabitual, al llegar a afectar, según se indica, a un recién nacido entre cada 1.500 y 5.000. No se da, por tanto, la anormalidad en las consecuencias de la intervención que, conforme a un juicio probabilístico o de presunciones, hubiera permitido deducir la falta de diligencia o pericia del personal médico actuante. Por lo demás, el informe del citado Servicio, que, según los reclamantes, no habría

intervenido en ningún comportamiento médico generador de responsabilidad, pone de manifiesto que en el 70% de los casos de ictus perinatal se desconoce su causa y, como ya hemos señalado, una cosa es el momento en que un daño se produce (el parto, en este caso) y otra, muy distinta, la causa del daño.

En atención a lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, al no haberse acreditado que la actuación médica pretendidamente deficiente haya sido contraria a las exigencias de la *lex artis ad hoc*.

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, 31 de octubre de 2012