



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Sobrini Lacruz, Consejero y
Ponente

Sr. Ramos Antón, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Salamanca el día 4 de noviembre de 2015, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxx1 y Dña. xxx2, en nombre y representación de su hijo cccc*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 20 de octubre de 2015 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxx1 y Dña. xxx2, en nombre y representación de su hijo cccc, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 21 de octubre de 2015 se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 433/2015, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Sobrini Lacruz.

Primero.- El 15 de octubre de 2014 D. xxx1 y Dña. xxx2, en nombre y representación de su hijo cccc, presentan una reclamación de responsabilidad

patrimonial, debido a los daños y perjuicios sufridos por éste derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a la madre durante las maniobras de extracción en parto vaginal en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx1.

En su escrito exponen que Dña. xxx2, que tuvo un primer parto que culminó con cesárea urgente, fue controlada durante su segundo embarazo por los médicos del Sacyl. El 21 de enero de 2014 ingresó en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx1 porque sentía dolores y creía llegado el momento del parto, sin embargo le dieron el alta y le citaron para el día 24, que es cuando ingresó para dar a luz, encontrándose en ese momento en la semana 40+2 de su embarazo y presentando SGB+. Al día siguiente se le practicó anestesia epidural a las 4,45 tras la rotura no natural de la bolsa. El parto, en el que se utilizó ventosa, se prolongó hasta las 16 horas de ese mismo día. El niño, que pesó al nacer 4.030 gramos y que no presentaba ningún problema en todas las pruebas previas al parto, padecía parálisis braquial izquierda, reflejos tendinosos ausentes en el momento del alta, cefalohematoma en remisión y una pérdida fisiológica de peso del 8%. En mayo de 2014 el niño fue sometido a una intervención quirúrgica para la reconstrucción del nervio axilar en el Grupo Hospitalario hhh1.

Consideran que los padecimientos del niño fueron debidos a una prolongación del parto, al método extractivo utilizado y/o a una inadecuada práctica de extracción, por lo que se vieron abocados a acudir a la sanidad privada al no encontrar ningún tipo de solución en la sanidad pública para realizarle a tiempo una operación que le resultara de utilidad.

Reclaman una indemnización por una mala *praxis* médica que no cuantifican en su escrito de reclamación.

Adjuntan copias compulsadas del Libro de Familia y de sus D.N.I.

Segundo.- Al expediente se incorporan, además de la historia clínica, informes del Jefe del Servicio de Pediatría; de los Jefes del Servicio de Obstetricia y Ginecología y del Servicio de Rehabilitación del Complejo Asistencial Universitario de xxxx1; dictamen médico elaborado por la compañía aseguradora a instancia de la Administración, que señala que la asistencia sanitaria recibida durante el parto fue acorde a la *lex artis*, e informe de la Inspección Médica de 18 de febrero de 2015 que concluye que "(...) 6) Es

diagnosticado de Parálisis Braquial izquierda. Se trata de una complicación en el parto que se produce en un dos por mil partos a término. Es dado de alta con la recomendación que debe ser visto por el Servicio de Rehabilitación, lo ven en planta e inicia rehabilitación.

»7) Tras realizar rehabilitación en xxxx1, es revisado el 27.02.2014 donde es enviado al Servicio de Cirugía Plástica y reparadora en el Hospital Universitario hhh2 de xxxx2, donde es visto y continúa en la actualidad.

»A vista de lo anterior creemos que se trata de una complicación en el parto, poco frecuente, por lo que se propone archivar el presente expediente”.

Tercero.- Obra en el expediente escrito de 12 de junio de 2015 del Jefe de Servicio de Inspección, en el que se comunica el rehúse de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil.

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia a los interesados, éstos presentan alegaciones en las que se ratifican en lo expuesto en su reclamación y cuantifican la indemnización solicitada en 304.712,44 euros, de los cuales 100.000 euros se corresponden con los daños morales de los padres y 204.712,44 euros con el daño corporal del menor.

Adjuntan informe pericial de valoración del daño.

Quinto.- El 14 de septiembre se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Sexto.- El 1 de octubre de 2015 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.g) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por 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.

3ª.- Concurren en los reclamantes los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece que "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

No obstante, la jurisprudencia modula el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial al rechazar que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con aquél que pueda producirse.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, el parámetro que permite apreciar el grado de corrección de la actuación sanitaria a la que se imputa el daño viene determinado por el criterio de la *lex artis*. La teoría de la *lex artis ad hoc* en la actuación médica parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración

Sanitaria y sus agentes estén obligados a poner a disposición del usuario todos los medios disponibles que hagan posible la protección de la salud, protección que no siempre alcanza un diagnóstico cierto rápido, una curación sin secuelas o una atención sanitaria en un determinado tiempo y sin espera. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada, según la *lex artis ad hoc*, y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta; la *lex artis ad hoc* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, que está, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño –por no ser éste antijurídico– cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*, mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

Quiere con ello decirse que incluso en aquellos supuestos en los que pudiera producirse un error de diagnóstico, de tal circunstancia no cabe derivar automáticamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que pueden producirse situaciones en las que, la evolución silente de la dolencia u otras circunstancias, hayan impedido acertar con el diagnóstico, a pesar de la correcta actuación seguida a tal fin por los servicios sanitarios.

Finalmente debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencias de 16 de marzo de 2005 y de 7 y 20 de marzo y 20 de diciembre de 2007), según la cual “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, lo que resulta especialmente relevante a los efectos de la cuestión debatida”.

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, los interesados fundamentan su reclamación en una mala *praxis* médica de los facultativos del Servicio Público de Salud durante las maniobras del parto, a consecuencia de las cuales su hijo padece parálisis braquial izquierda, por lo que ha sido intervenido en la Clínica hhh1 de xxxx2 antes de esperar a las indicaciones del Servicio Público de Salud que estaba siguiendo la evolución del niño, dada la premura de dicha intervención en relación con los resultados esperados.

Para determinar si existe responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de poner de manifiesto que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe a los reclamantes, es preciso verificar si en el presente caso se produjo un ejercicio inadecuado de la *lex artis*, para lo cual hay que partir del análisis de los informes médicos incorporados al expediente.

El Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Complejo Asistencial Universitario de xxxx1 señala en su informe que el embarazo fue controlado según Protocolo de Embarazo de bajo riesgo y que a la madre se le realizaron los controles adecuados teniendo en cuenta en todo momento su antecedente de cesárea previa. Añade que el peso del feto no suponía una contraindicación para continuar con el parto vía vaginal ni una indicación para cesárea. Durante el parto no se produjo ninguna incidencia en el momento de expulsión de los hombros, como distocia de hombros asociada, y atribuye la parálisis braquial a una complicación impredecible, dado que no se daban factores de riesgo asociados a ella.

El informe de la Inspección Médica pone de manifiesto que durante el seguimiento del embarazo no se observó la existencia de riesgo y que la complicación surgida es poco frecuente, ya que se trata de una complicación en el parto que se produce en un dos por mil de partos a término.

En el mismo sentido se pronuncia el parte médico elaborado por la compañía aseguradora a instancia de la Administración que indica que "De la documentación revisada puedo concluir que el control obstétrico durante el segundo embarazo, control del proceso de parto y asistencia al período expulsivo realizado por el servicio de ginecología del Complejo Universitario Asistencial de xxxx1 a Dña. (...) se ajusta fielmente a las recomendaciones de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia y por tanto es acorde a la *Lex Artis*".

Así pues, de los informes citados se deduce que el facultativo que asistió al parto tomó una decisión correcta, consistente en realizar las maniobras necesarias para ayudar a la salida del feto, pero, a pesar de realizarse con pulcritud, surgieron las complicaciones que dieron lugar a las lesiones que tuvo el niño. Estos daños no son, sin embargo, indemnizables, al derivarse de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de su producción.

Como se ha indicado anteriormente, la obligación de los profesionales de la medicina es de medios y no de resultados, lo que se traduce en prestar la mejor asistencia posible asumiendo las limitaciones de la propia medicina en el diagnóstico de todas las patologías y curación de enfermedades. Así, el artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquellos.

Tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2004: "(...) el daño sufrido por el recurrente no pudo calificarse de antijurídico, ya que la intervención practicada se llevó a cabo con total corrección y la conveniencia de la intervención quirúrgica no se pone en duda, según expresamente declara como hecho probado la Sala de instancia en su fundamento jurídico sexto. No hay, por otra parte, en autos constancia alguna en los informes médicos emitidos, de que la técnica utilizada fuera incorrecta y que el resultado hubiera sido distinto de haberse seguido otro método. Faltó, pues, el nexo causal entre la actuación sanitaria y el daño producido."

Por todo ello puede considerarse, al acoger dichos argumentos, que no existen razones objetivas que permitan constatar que la actuación de los profesionales haya sido negligente e incorrecta, ni que los medios utilizados hayan sido inadecuados, por lo que no cabe apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

En relación con la asistencia prestada en el centro privado no se han acreditado los gastos realizados y tampoco se pone de manifiesto la existencia de una asistencia sanitaria inmediata urgente y de carácter vital que daría lugar al reintegro de gastos médicos una vez comprobado que no se pudieron utilizar

los servicios del Sistema Nacional de Salud o bien que éstos le hubieran derivado a la sanidad privada.

Los reclamantes no fundamentan el reintegro de gastos en una urgencia vital sino en que el servicio público sanitario iba a dilatar la asistencia que precisaba su hijo. Lo cierto es que el Servicio Público de Salud realizaba un seguimiento del menor y preveía su remisión al Servicio de Neurocirugía del Hospital hhh2 para valorar posibilidades quirúrgicas.

Por ello, no cabe afirmar que existió una desatención por parte del Servicio Público de Salud, ya que la decisión de acudir a la medicina privada fue libremente adoptada por los padres del niño.

Según se desprende del expediente, como ya se ha expuesto, la asistencia médica fue adecuada, con un empleo correcto de los medios diagnósticos y en función de los protocolos médicos de aplicación, por lo que se está ante un supuesto de opción por la medicina privada, que si bien es humanamente comprensible, jurídicamente no puede ser viable a efectos de obtener indemnización por los gastos que ello ocasione.

Tal y como mantiene la jurisprudencia, en nuestro sistema sanitario no existe derecho de opción entre la sanidad pública y la privada, posibilidad que tiene carácter excepcional, y el beneficiario tiene que justificarla ante los tribunales, quienes deben proceder con criterio cauteloso para evitar conceder el reintegro de unas cantidades devengadas por cuidados médicos que podrían haberse prestado en instituciones del Sistema Nacional de Salud, que disponen de medios técnicos y humanos cualificados.

Por todo lo expuesto, la reclamación debe desestimarse.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede desestimar la reclamación presentada por D. xxx1 y Dña. xxx2, en nombre y representación de su hijo cccc, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx1.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.