



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sr. Sobrini Lacruz, Consejero y
Ponente

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 5 de mayo de 2016, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxx1 y Dña. xxx2*, 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 14 de abril de 2016 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de Dña. xxx2 y D. xxx1, representados por D. yyyy1, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo, cccc, en el Hospital hhhh de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite en la misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 148/2016 y se inició 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 21 de noviembre de 2013 Dña. xxx2 y D. xxx1, representados por D. yyyy, presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autónoma, debido a los daños derivados de

la asistencia sanitaria prestada a su hijo, cccc, durante el parto acaecido el 24 de noviembre de 2012 en el Hospital hhhh de xxxx1, a causa de una desatención durante el proceso de dilatación que le provocó sufrimiento fetal y, al nacimiento, encefalopatía hipóxico isquémica de origen perinatal, como diagnóstico principal. Como diagnósticos secundarios se señalan: obstrucción dinámica de la vía aérea superior más evidente en el sueño; portador de CPAP en sueño y de oxigenoterapia continúa durante el día; estridor inconstante probablemente con un componente neurológico importante; disfagia; crisis focales y espasmos epilépticos sin hipsarritmia secundarios.

Solicitan una indemnización total de 1.159.737,47 euros, con el desglose que detallan por los conceptos de secuelas, daños morales complementarios, incapacidad absoluta, ayuda permanente de tercera persona y perjuicios morales familiares.

Acompañan a su escrito copia de certificación literal de nacimiento, de documentación acreditativa de la representación, informe de valoración del daño corporal de 12 de noviembre de 2013, Resolución de 13 de junio de 2013 de reconocimiento de un grado de discapacidad del 66%, grado que se eleva al 100% por Resolución de 29 de octubre de 2015 aportada posteriormente.

Segundo.- Al expediente se han incorporado, además de la historia clínica, informes del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital hhhh de xxxx1 de 27 de diciembre de 2012 y 10 de febrero de 2014, de la matrona responsable del parto, de la Inspección Médica de 9 de octubre de 2014 y dos informes de valoración del daño corporal emitidos a instancia de la aseguradora de la Administración el 16 de febrero y el 8 de abril de 2015.

Tercero.- El 3 de junio de 2015 se concede trámite de audiencia a los reclamantes, quienes el 22 de junio presentan alegaciones en las que elevan la indemnización solicitada a 1.205.155 euros, al añadir a la inicial los gastos de adecuación de vivienda, de vehículo y ayudas técnicas, según los presupuestos aportados.

Cuarto.- El 19 de febrero de 2016 se formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación presentada, en la que se reconoce el derecho de los interesados a percibir una indemnización total de 866.383,13 euros.

Quinto.- El 9 de marzo de 2016 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. Corresponde 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.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (21 de noviembre de 2013) hasta que se formula la propuesta de orden (19 de febrero de 2016). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente como una infracción de los principios y criterios que han de regir su actuación, recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros, sin olvidar el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que, como indemnización por responsabilidad

patrimonial de la Administración, se vaya a conceder a la reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución.

3ª.- Concurren en los reclamantes los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992 y se ha acreditado la representación en los términos previstos en ella. 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 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.

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, conviene tener presente que 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 están 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, estando, 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.

En el caso sometido a dictamen la asistencia médica dispensada no resultó ajustada a las exigencias de la *lex artis ad hoc*. Así lo ponen de manifiesto los diversos informes incorporados al procedimiento que evidencian una desatención a la paciente que se erige en elemento causante del daño, tal y como reconoce la Administración a través de la propuesta de resolución con apoyo en el informe de la Inspección Médica cuyas conclusiones son las siguientes:

»6.1 Dña. xxx2 ingresó en el Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital hhhh de xxxx1 el día 24 de noviembre de 2012 en trabajo de parto.

»6.2. Se la realizó la primera exploración a las 11:30, se colocó cardiotocógrafo a las 12,15 h. y a las 12:30 h se la administró perfusión de suero fisiológico 500 cc con 5 UI de syntocinón (oxitocina).

»6.3. A esa misma hora la matrona fue requerida para asistir al periodo expulsivo de otro parto en el paritorio.

»6.4. Durante el tiempo de ausencia la hoja del registro de monitorización de la frecuencia cardiaca fetal es patológico según los criterios de la SEGO. Hay desaceleraciones de la frecuencia cardiaca fetal por debajo de 100 l/m. y escasa variabilidad en los latidos por minuto.

»6.5. Cuando regresó la matrona del paritorio a las 13:15 h detectó las anomalías en el registro y avisó al obstetra, quien en la exploración encontró una frecuencia cardiaca fetal de 65-70 pulsaciones por minuto, un útero hipertónico, una dilatación de 6-7 cm. Realizó rotura de las membranas, apareciendo líquido meconial y aconsejó la cesárea urgente.

»6.6. A las 13:25 h. se produjo el nacimiento mediante cesárea. cccc nació con `asfixia perinatal`, sin esfuerzo respiratorio y sin latido cardiaco. Se realizaron maniobras de reanimación. En el informe de alta hospitalaria de la unidad de lactantes (1/03/2013) el niño presentaba como diagnóstico principal: encefalopatía hipóxico isquémica de origen perinatal”.

Como conclusión final, señala que “Dña. xxx2 permaneció durante 45 minutos en trabajo de parto sin que personal competente vigilara el estado materno-filial y detectara las graves alteraciones de la frecuencia cardiaca fetal que se estaban produciendo y que condujeron a que se ocasionara una encefalopatía hipóxico isquémica de origen perinatal a su hijo cccc”.

A la luz de lo expuesto, procede apreciar la existencia de relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario y declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

6ª.- Los interesados solicitan una indemnización total de 1.205.155 euros por los conceptos de secuelas, daños morales complementarios, perjuicios morales familiares, adecuación de vivienda y de vehículo, ayudas técnicas, ayuda permanente de tercera persona e incapacidad absoluta.

La Administración propone estimar parcialmente dicha pretensión mediante el abono de 866.383,13 euros, por cuanto discrepa de la procedencia de indemnizar determinadas partidas o de la cuantía solicitada.

Para la valoración de la indemnización procedente por lesiones permanentes, las partes se basan en el sistema de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (Tablas III y IV del baremo anexo), si bien la Administración toma en consideración la actualización de dicho sistema que se efectuó por la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 24 de enero de 2012, mientras que los reclamantes acuden a la efectuada por la Resolución de la misma Dirección General de 21 de enero de 2013.

No hay controversia, en cualquier caso, en lo concerniente al reconocimiento del 100% de indemnización por los conceptos de daños morales complementarios y perjuicios morales familiares, que procede reconocer conforme al sistema citado, el primero, cuando como es el caso una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos y, el segundo, destinado a familiares próximos, en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada de la víctima.

Por el factor de corrección de adaptación de vehículo debe aplicarse el límite máximo permitido por el baremo en su última actualización de 5 de marzo de 2014, en atención a la fecha del presupuesto aportado de 7 de abril de 2015 (28.758,80 euros), cantidad que es coincidente además con la que solicitan los reclamantes en el trámite de audiencia, en vez de la presupuestada que recoge la propuesta de resolución.

Respecto de la indemnización a abonar por el factor de adaptación de la vivienda, se considera correcta la apreciación de la propuesta de limitarla a las realizadas en su interior, por la que se reclaman 7.191 euros, sin que pueda extenderse a las obras de mejora de la accesibilidad de las zonas comunes del inmueble en el que reside el menor.

Nada se opone tampoco al abono de los gastos de ortopedia correspondientes a silla especial y grúa con arnés reclamados en el trámite de audiencia, presupuestados en 3.644 y 1.000 euros, respectivamente, y que la propuesta estima.

Por el contrario, no es coincidente el criterio de las partes en relación con la indemnización a abonar por el concepto de secuelas y por los factores de corrección de ayuda de tercera persona y de incapacidad absoluta.

A este respecto, la indemnización procedente por secuelas debe concretarse en expediente contradictorio, al discrepar los informes de las partes de la puntuación que les corresponde. Así, el aportado por los reclamantes otorga a las secuelas la puntuación máxima, 100 puntos, mientras que el de la aseguradora de la Administración, con cierta imprecisión, indica que alcanza al menos los 95 puntos. En este sentido, deberán aportarse mayores pruebas que diluciden si la tetraparesia espástica grave debe valorarse o no como secuela independiente y si el menor padece insuficiencia respiratoria con CPAC, pues en

ello radica la diferencia de puntuación apreciada entre ambos informes, y definidas tales cuestiones determinar con exactitud la puntuación base de la indemnización.

En el mismo expediente debe determinarse la indemnización correspondiente al factor de corrección solicitado por la necesidad de ayuda de tercera persona. Ante la discrepancia manifestada entre las partes sobre la posibilidad de la limitación de su cuantía en atención a las expectativas de supervivencia del menor, este Consejo considera que cabe acudir como sistema de valoración a estos efectos, por su mayor grado de concreción, al que ofrece la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, tal y como ya han hecho con carácter orientativo algunas Audiencias Provinciales, el cual, frente al sistema anterior, que optaba por cuantías alzadas carentes de toda individualización, expresa la ayuda en horas en función de la secuela y el importe de la indemnización en atención a las horas así determinadas y la edad del lesionado a la fecha de su estabilización, para lo cual ha considerado diversos factores entre los que se hallan la duración de la necesidad de la ayuda o el riesgo de fallecimiento (artículos 120 y siguientes y tablas 2.C.2 y 2.C.3).

Tampoco hay acuerdo de las partes en relación con el factor de corrección por incapacidad absoluta, por cuanto la Administración afirma que no puede reconocerse ya que el niño será siempre un gran inválido y no llegará a realizar ningún tipo de actividad laboral, o bien, de estimarse, debería serlo con base en su supervivencia, determinación que cuestionan los interesados en el trámite de audiencia. Una vez más, este Consejo considera que procede su indemnización y que como criterio orientativo para su fijación puede acudirse al que ofrece el sistema de valoración contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre (artículo 130), que posibilita la indemnización por lucro cesante de aquellos lesionados menores de 30 años que aún no han accedido al mercado laboral pero que, a causa de sus secuelas, no podrán hacerlo en ningún momento de su vida (incapacidad absoluta, tabla 2.C.7) o tienen limitación para una gran cantidad y variedad de incapacidades laborales (incapacidad total, tabla 2.C.8).

Una vez determinada la indemnización procedente conforme a lo expresado, su importe deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al

procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, en los términos expuestos en el cuerpo de este dictamen, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de Dña. xxx2 y D. xxx1, representados por D. yyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo, cccc, en el Hospital hhhh de xxxx1.

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