

T16ribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima

C/ Génova, 10 - 28004

33009730

NIG: 28.079.33.3-2011/0170146



(01) 30134715997

Procedimiento Ordinario 184/2011

Demandante: PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA

Demandado: LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

SENTENCIA N° 163/2014

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D^a. María del Camino Vázquez Castellanos.

Magistrados:

D^a. Francisca Rosas Carrión.

D. Juan Francisco López de Hontanar

D^a. M^a Jesús Vegas Torres

D^a. Carmen Álvarez Theurer

En la Villa de Madrid, a 26 de febrero de 2014

VISTO el recurso contencioso administrativo número **184/11** seguido ante la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interpuesto por doña representados por la Procuradora doña Paloma Solera Lama, contra desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación por ellos formulada en concepto de responsabilidad patrimonial, por importe de 320.000 euros y como indemnización por daños y perjuicios por ellos sufridos como consecuencia del fallecimiento de su hijo recién nacido.

Ha sido parte demandada la COMUNIDAD DE MADRID, representada y defendida por el LETRADO de sus servicios jurídicos, y codemandada representada por el Procurador don Francisco José Abajo Abril.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso, se reclamó el Expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito, obrante en autos, en el que hizo alegación de los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando que se dictara Sentencia estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

SEGUNDO.- El Letrado de la Comunidad de Madrid, en representación de la Administración demandada y la codemandada, , contestaron y se opusieron a la demanda de conformidad con los hechos y fundamentos que invocaron, terminando por suplicar que se dictara Sentencia que desestime el recurso y confirme en todos sus extremos la resolución recurrida.

TERCERO.- Terminada la tramitación se señaló para votación y fallo del recurso la audiencia del día 12 de febrero de 2014, fecha en la que han tenido lugar.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. M^a. del Camino Vázquez Castellanos, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación formulada por doña en concepto de responsabilidad patrimonial, por importe de 320.000 euros, y como indemnización por los daños y perjuicios por ellos sufridos a consecuencia del parto instrumentado con fórceps que estiman se llevó a cabo de manera deficiente y determinó el nacimiento de su hijo con una lesión medular alta y edema cerebral, falleciendo a los pocos días de su fallecimiento.

Frente a la citada resolución se alzan los recurrentes en esta instancia jurisdiccional solicitando la estimación del recurso contencioso administrativo y que se les reconozca el derecho a percibir la cantidad citada en atención a los hechos y consideraciones que exponen en su demanda en la que, en esencia, refieren lo siguiente:

- que se ha producido un daño desproporcionado representado por el fallecimiento del recién nacido a los 19 días de nacer;
- que no hubo consentimiento informado necesario para la realización de la inducción al parto;
- que en el partograma constan determinadas correcciones no explicadas y que tampoco consta dibujada la cabeza del feto en los planos III y IV de Hodge;
- que la indicación de fórceps en el plano II está totalmente proscrita, como señalan todos los peritos;
- que la diabetes gestacional de la embarazada no fue adecuadamente controlada;
- falta de información de los riesgos de continuar el parto vaginal ante su prolongación excesiva y la falta de progresión del feto, y no se ofreció a la paciente la alternativa de la cesárea;
- se desconoce la causa de las gravísimas lesiones que padeció el recién nacido.

La Administración demandada, así como la compañía aseguradora, , se han opuesto a la estimación del recurso al considerar que no se dan los requisitos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, solicitando la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- La cuestión objeto de debate consiste en determinar si en la actuación administrativa concurren los requisitos necesarios para que sea posible acordar la indemnización que se reclama por los daños y perjuicios sufridos por los actores como consecuencia del que consideran defectuoso funcionamiento del servicio público sanitario.

Como es sabido la responsabilidad patrimonial de la Administración viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de la Constitución, que dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, disposiciones que son plenamente aplicables al presente caso, dada la fecha de presentación de la reclamación.

Pues bien, el citado artículo 139 de la citada Ley 30/1992, dispone que “1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, haciendo referencia al régimen jurídico (sustancialmente igual al vigente) que sobre responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado establecían los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración, constituyendo así un cuerpo de doctrina legal que figura sistematizada y resumida en las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 10 de junio de 1986 y 10 de febrero de 1998.

Un examen sucinto de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, permite concretarlos del siguiente modo:

a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente.

b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo.

c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas.

d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

Por último, además de estos requisitos, es de tener en cuenta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (así en sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92, fundamento jurídico cuarto y 25 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, fundamento jurídico cuarto, así como en posteriores sentencias de 28 de febrero y 1 de abril de 1995) que la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada por los artículos 106.2 de la Constitución, 40

de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar, para exigir aquella responsabilidad, que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desarrollado de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable.

Los anteriores principios permiten constatar el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual, debiendo subrayarse:

a) Que entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que -válidas como son en otros terrenos- irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquéllos que comportan fuerza mayor -única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente-, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquélla responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia.

Es también necesario que la reclamación se presente dentro del año siguiente al hecho que motive la indemnización, conforme a lo que establecía el artículo 40.3, inciso final, de la LRJAE y dispone el artículo 142.5 de la actual 30/1992.

La jurisprudencia a que se ha hecho referencia exige, para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de la Administración, una relación directa, inmediata y exclusiva de causa o efecto entre la lesión patrimonial y el funcionamiento del servicio.

TERCERO.- A lo expuesto cabe añadir la consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo según la cual en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que conduciría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del paciente ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del mismo. Así pues, solo en el caso de que se produzca una infracción de dicha Lex Artis responde la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberán ser soportados por el perjudicado. La existencia de este criterio de la Lex Artis se basa en el principio jurisprudencial de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación se concreta en prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Estamos ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida; criterio que es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción del repetido criterio;

prescindir del mismo conllevaría una excesiva objetivización de la responsabilidad que podría declararse con la única exigencia de existir una lesión efectiva, sin necesidad de demostración de la infracción del criterio de normalidad.

CUARTO.- También debemos de tener en cuenta en casos como el presente lo dispuesto en nuestras leyes procesales acerca de la carga de la prueba de tal forma que conforme a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde al demandante “la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”, y corresponde al demandado “la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”. Las precitadas reglas generales se matizan en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se “deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

La Jurisprudencia (STS de 7 de septiembre y 18 de octubre de 2005, de 9 de diciembre de 2008, de 30 de septiembre, 22 de octubre, 24 de noviembre, y 18 y 23 de diciembre de 2009, y las que en ellas se citan) ha precisado el alcance de las anteriores normas sobre la carga probatoria en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria a la luz del principio de facilidad probatoria, en el sentido de que compete al recurrente la prueba del daño antijurídico y del nexo o relación de causalidad entre éste y el acto de asistencia médica, de forma que, no habiéndose producido esa prueba no existe responsabilidad administrativa, si bien tales exigencias deben moderarse, en aplicación del principio de facilidad de la prueba, tomando en consideración las dificultades que en cada caso concreto haya encontrado el recurrente para cumplir con la carga probatoria que le incumbe debido a que la Administración es la parte que dispone del expediente administrativo.

Pero una vez acreditado por el demandante el daño antijurídico y el nexo causal entre este y la actuación sanitaria, corresponde a la Administración la prueba de que ajustó su actuación a las exigencias de la “Lex Artis”, por la mayor dificultad del reclamante de acreditar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta praxis médica, si bien no faltan sentencias en las que, sin excluir el principio de facilidad probatoria, se indica que la prueba de un mal uso de la "Lex Artis" corre a cargo de quien reclama, aunque en ellas se considera la prueba de presunciones como un medio

idóneo de justificación de este mal uso, en concreto, cuando el daño sufrido por el paciente resulta desproporcionado y desmedido con el mal que padecía y que provocó la intervención médica, en cuyo caso cabrá presumir que ha mediado una indebida aplicación de la “Lex Artis” (sentencias de 17 de mayo de 2002 y 26 de marzo de 2004).

Aunque lo anterior parece dar la razón al recurrente cuando afirma lisa y llanamente que en todo caso corresponde a la Administración la carga de probar que no existió mala praxis, es lo cierto que esta tesis carece de la trascendencia que se le pretende atribuir porque previamente incumbe a la parte actora la de acreditar la antijuricidad del daño, y ello lleva implícita la prueba de que la prestación sanitaria no se acomodó al estado de la ciencia o que, atendidas las circunstancias del caso, los Servicios Públicos Sanitarios no adoptaron los medios a su alcance.

De otra parte, es claro que, si la Administración invocara la existencia de fuerza mayor o, en general, la ruptura del nexo causal como causa de exoneración de su responsabilidad, es ella la que debe acreditar el hecho, para que tal causa de exoneración resulte operativa.

QUINTO.- Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto debemos resolver la cuestión que se nos plantea no sin antes precisar que en casos como el presente, y dado el carácter eminentemente técnico de la cuestión que se nos plantea, es también sabido que las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales medicas, pues es indudable que estamos ante una cuestión eminentemente técnica y este Tribunal carece de los conocimientos técnicos-médicos necesarios por lo que debe apoyarse necesariamente en las pruebas periciales que figuren en los autos, bien porque las partes las hayan aportado mediante los informes periciales de perito de su elección o bien porque se hubiera solicitado la designación judicial de perito a fin de que informe al tribunal sobre los extremos solicitados. En estos casos los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba, empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica, con el fin de zanjar el conflicto planteado. No obstante debemos de realizar también una consideración importante respecto a los informes elaborados por la Inspección Sanitaria, informes que contienen también una opinión de carácter técnico que se obtiene extraprocesalmente, por lo que la fuerza vinculante de sus opiniones no tiene las características de la prueba pericial, lo cual no supone que quede privada de todo valor ya que puede ser ponderada como elemento de juicio en la valoración conjunta de la prueba,

siendo de significar que los Inspectores Médicos han de ser independientes del caso y de las partes y actuar con criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad.

Refiriéndonos a los informes técnicos de los que disponemos en concreto debemos comenzar señalando que consta en el expediente administrativo el informe realizado por la inspección sanitaria, de 20 de julio de 2010, en el cual se concluye que *“parece inferirse la relación causal entre las maniobras aplicadas para la extracción fetal y la lesión medular alta sufrida por este.”*

También expresa en sus consideraciones médicas que a las pocas horas del nacimiento del varón se demostró que el cuadro que presentaba (anatóxico, sin esfuerzo respiratorio, con hipotonía global, ausencia de reflejos y bradicardia, entre otros) era debido a una lesión medular alta, lesión que, necesariamente, ha de ponerse en relación con las maniobras que fue necesario ejecutar para la extracción del feto.

En el juicio crítico y consideraciones médicas que contiene el referido informe expresa la inspección sanitaria que los diagramas de cabeza fetal en el partograma son muy poco precisos, no puede establecerse con claridad la evolución de la cabeza fetal en el canal del parto, aunque parece que el dibujo indica que la cabeza realiza una rotación externa. Lo cierto es que cuando se comprueba la situación en el quirófano el feto se encuentra en OIIP. También expresa el informe que se produjo la inducción con oxitocina a partir de las 8:30 horas y que a partir de las 8:15 horas, momento que alcanza la dilatación completa, se inicia la fase de exclusivo y que una hora y 15 minutos después el feto se encuentra aún en el plano II de Hodge, señalándose que el expulsivo normal no debe superar 60 minutos en primípara por lo que se traslada a quirófano. También se señala en el informe que el registro cardiotocográfico es continuo habiéndose iniciado a las 8:32 hasta las 20:10.

Al folio 117 del expediente administrativo consta el informe del Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología, del Hospital en el que se recoge que las 8:30 de la mañana del día 26 de abril de 2009, se inició la inducción con oxióticos según la pauta habitual, habiendo transcurrido la dilatación sin incidencias hasta las 18:30 momento en el que se alcanza la dilatación completa, y que la paciente comenzó con fiebre a las 19 horas y pasó a quirófano a las 20:30 horas para prueba de parto realizándose un fórceps tractor para abreviar el expulsivo por presentación posterior (OIIP) en III y IV plano.

Los actores han aportado al proceso informe pericial elaborado por don, especialista en pediatría y sus Áreas Específicas, de 7 de noviembre de 2011, en el que se establecen las siguientes conclusiones que transcribimos a continuación:

“Que D^a, de 33 años de edad, es una mujer PRIMIGESTA-NULIPARA, con un embarazo de curso normal, presentando en el último trimestre una DIABETES GESTACIONAL que es adecuadamente controlada en las consultas externas de Obstetricia y Endocrinología del Hospital Universitario Que la DIABETES GESTACIONAL es una de las CAUSAS que justifica la INDUCCION DEL PARTO en la semana 38+5 (gestación a término).

Que el día 25 de abril de 2009 a las 9,00 horas ingresa en el Servicio de Obstetricia del Hospital para dicha INDUCCIÓN iniciándose primero con la aplicación de prostaglandinas (Propess) para conseguir la maduración cervical y luego con oxitocina para conseguir la dilatación del mismo. La dilatación completa (10 cm.) se consigue a las 19 horas del día 26 de abril de 2009, es decir, 34 horas después del INGRESO, por lo que nos encontramos ante un PARTO PROLONGADO.

En la documentación facilitada llama la atención la AUSENCIA de documento de CONSENTIMIENTO INFORMADO para la INDUCCIÓN DEL PARTO. Hecho relevante cuando se trata de un parto prolongado en el que HAN TRANSCURRIDO MUCHAS HORAS antes de la toma de decisiones y no de una situación de emergencia en la que se hubiera podido olvidar completar este OBLIGATORIO paso.

Que sobre las 20 h. del día 26 es avisada la Ginecóloga de guardia por la Matrona ante la EVIDENCIA en el Registro Cardio-tocográfico de PERDIDA DEL BIENESTAR FETAL, decidiendo pasar al quirófano para la resolución del parto mediante la aplicación de fórceps de Kjelland, cuando según CONSTA en el gráfico del PARTOGRAMA la cabeza se encuentra en un plano alto (plano II de Hodge).

A pesar de haber dilatación completa y bradicardia fetal sostenida NO SE REALIZA determinación del pH de la calota para confirmar la pérdida de bienestar fetal incumpliendo el PROTOCOLO de la SEGO.

También se INCUMPLE dicho PROTOCOLO al realizar la MANIOBRA DE KRISTELLER, utilizada para HACER DESCENDER la cabeza hasta el III plano, aplicando allí el fórceps. La maniobra de Kristeller, actualmente en desuso, podría haberse utilizado para ayudar a desprender la cabeza, NO PARA PROVOCAR SU DESCENSO.

La aplicación de FÓRCEPS EN PLANO II ESTÁ ABSOLUTAMENTE PROSCRITO, mientras que en un plano III se dice que la cabeza está encajada, llamándose "fórceps en excavación" o FÓRCEPS MEDIO. La realización de esta técnica, aunque permitida, se asocia con ELEVADA MORBI-MORTALIDAD perinatal según demuestran las estadísticas.

No existe evidencia documental de que la presentación estuviera en plano III-IV tal como se indica en algunos informes. Sobre ese particular hay que destacar que las páginas donde se indica "plano III-IV" dan la IMPRESIÓN de haber sido RETOCADAS a posteriori, ignoro si ha sido para justificar la actuación del profesional. En cambio en el partograma, único documento veraz en el que se puede seguir la evolución del parto, solo se encuentran referencias a una presentación en PLANO II. Además en el PARTOGRAMA de este caso se detectan algunas anomalías como la AUSENCIA DE DATOS relacionados con la frecuencia cardíaca fetal, frecuencia y calidad de las contracciones; pulso, tensión arterial, temperatura y micciones de la paciente, o modificaciones del cuello desde las 11 horas.

Si aceptamos que el fórceps se realiza en el plano III-IV, estando la presentación en posición transversa OIIP (occipito ilíaca izquierda posterior), deduzco que hay una INCORRECTA colocación de las ramas (lesión maxilo-frontal), como queda demostrado por las improntas de las palas en la zona maxilo-frontal izquierda del recién nacido. La realización de fórceps en esta presentación implica una MANIOBRA de ROTACIÓN de la cabeza de 135° asociada con TORSION y TRACCION que pudieron dar lugar a la LESION CERVICAL MEDULAR ALTA.

La lesión traumática producida al niño podría haberse EVITADO de haberse decidido por la extracción del feto a través de una CESÁREA que estaba absolutamente indicada por los datos recogidos.

Según todos los DATOS DOCUMENTADOS expuestos en este INFORME queda plenamente establecida la RELACION entre la aplicación del fórceps y la LESION causada: LESION TRAUMATICA DE LA MEDULA ESPINAL que, en el caso de haber sobrevivido, provocaría una TETRAPLEJA (parálisis de los miembros superiores e inferiores) de por vida.”.

También consta en el referido informe las dudas que expone el perito respecto al plano en el que se encontraba el feto, que se dice que era el plano III o IV. Refiere el citado perito que al folio 65 del expediente administrativo:

“COMENTARIO:

La maniobra de Kristeller o maniobra de expresión uterina consiste en ejercer sobre el feto, a través de la pared abdominal, una presión destinada a hacerlo progresar por el canal del parto.

Durante la maniobra se ejercen presiones externas sobre el fondo del útero acompañando a las contracciones uterinas, bien utilizando el antebrazo a modo de palanca o bien por medio de las dos manos abiertas, colocadas una a la derecha y otra a la izquierda de la línea media del abdomen de la madre.

En relación con esta MANIOBRA la SEGO, en su protocolo nº 3: 'Asistencia al Parto Normal' dice textualmente "debemos desterrar del arsenal obstétrico la maniobra de Kristeller aunque sí se puede, en algunos casos, realizar una presión en el fondo del útero durante la contracción para AYUDAR AL DESPRENDIMIENTO DE LA CABEZA... PERO NO PARA SU DESCENSO" Este texto a pesar de haber sido revisado en el año 2003 sigue diciendo que "la maniobra de Kristeller podrá ser utilizada solo con la intención de ayudar al desprendimiento de la cabeza, pero EN NINGUN CASO para facilitar el DESCENSO de la presentación'.

La ginecóloga que atendía el parto (pags. 125, 67 y 74), posiblemente auxiliada por la matrona Da. (pag. 125), INCUMPLIO este PROTOCOLO de la SEGO.

10.- Según la Hoja de Actividad de Quirófano (pag. 76) comienza la intervención a las 20,30 horas y finaliza a las 21,25 h. aplicando Fórceps Kjelland en plano III-IV por expulsivo prolongado, produciéndose un DESGARRO DE II GRADO LATERAL DERECHO de vagina que se sutura (pag. 65).

De la minuciosa revisión de las pags. 65 y 67 observo con cierta preocupación que, mientras que a las 20 horas la cabeza fetal aún no contacta con el II plano, en solo 30 minutos descendía a un plano III-IV (y todavía parece más sorprendente este hecho cuando hablamos de una mujer PRIMÍPARA). Teniendo en cuenta que, según el Partograma, estuvo 3 horas encajado en un plano I y necesitó casi 2 horas en descender al plano II, sorprende la rápida progresión hacia el plano III-IV.

Por otra parte, llama la atención el hecho de que en ambas páginas aparezca una corrección, enmienda o añadido del símbolo "IV" en un espacio insuficiente que me hace conjeturar si ese símbolo se pudo añadir con posterioridad (por ejemplo, en la pag. 65 se sitúa la referencia al IV plano por encima de la palabra "plano" que acompañaba al número romano III, como si se hubiera escrito aprovechando un hueco inexistente).

Si unimos estos datos al resultado final del parto, parece lógico plantear que la cabeza se encontraba en un III plano en posición OIIP (occipito ilíaca izquierda posterior) por lo que su extracción debió precisar de una rotación de 135 grados, seguido de tracción para luego realizar la extracción en posición occipito-anterior, traccionando de nuevo con presa directa.

Llegado a este punto debo manifestar mi pleno acuerdo con el "juicio crítico y las consideraciones médicas" manifestadas por la Dra. (Inspectora Médico) en la página 307

COMENTARIO:

El fórceps es un instrumento diseñado para facilitar el parto de la cabeza fetal. Según el protocolo no 22 de la SECO "facilita la extracción de la cabeza mediante los adecuados movimientos de rotación y tracción".

Su origen se remonta a finales del Siglo XVI y se atribuye a la familia Chamberlain. Existen más de mil modelos diferentes de fórceps, pero en la actualidad se usan una centena según la escuela donde se adquiriera la formación técnica.

En épocas anteriores se utilizaban en más del 50 % de los partos pero actualmente esa tendencia está en declive.

Según la SECO la técnica de aplicación más frecuente es la Cordua-Lorenzetti; siendo menos frecuentes otras modalidades de aplicación como la clásica de Kjelland."

Aportado por la compañía aseguradora de la Administración demandada, consta en las actuaciones el informe pericial elaborado a su instancia, de fecha 2 de julio de 2012, en el que se concluye que el control del embarazo y la asistencia al parto fue acorde a la más estricta *lex artis ad hoc* por parte del personal facultativo y de las instituciones sanitarias, aunque a pesar de ello se produjo en el feto una lesión típica y no predecible que probablemente fue la causa de su muerte. En sus conclusiones se expresa lo siguiente: "...de acuerdo a los protocolos actuales se indicó la terminación del embarazo en la semana 38-39 mediante la inducción del parto con prostaglandinas y oxitocina en segundo lugar; la duración del período exclusivo o segunda fase del parto estuvo dentro de los límites normales; dedican esfuerzos y fatiga de la madre durante el período exclusivo se indicó la terminación del parto mediante la ayuda de fórceps (parte instrumental) para abreviar el exclusivo y cuando la presentación estaba entre el 3º y 4º plano de Hodge en posición de la cabeza en occipito posterior; la indicación del fórceps y su realización posterior están acordes con todos los protocolos al uso; al nacimiento el feto presentó signos y síntomas

compatibles con haber padecido una lesión durante el período exclusivo la cual probablemente le causó la muerte el 19 día de vida”.

En las consideraciones que se refieren en el citado informe consta lo siguiente:

“Para mayor y mejor control se simultanearon las visitas a las consultas de obstetricia para el control general del embarazo, con las visitas a la consulta de endocrinología para control de la diabetes gestacional.

La evolución del embarazo y el control de la diabetes gestacional, fue en todo momento normal realizándose tratamiento mediante dieta y ejercicio físico.

Los análisis, cultivos bacteriológicos, serologías, y las ecografías realizadas durante el embarazo dieron resultados dentro de la normalidad. En la ecografía realizada a término del embarazo se diagnosticó que el feto podía ser grande (sin especificar peso ni percentil) y con buen criterio se indicó la inducción del parto en la semana 38-39.

Tenemos que reseñar que toda la evolución del embarazo está perfectamente documentada y que se puede concluir, que se han seguido las guías y protocolos clínicos de forma estricta, con el resultado de un primer embarazo controlado de forma absolutamente correcta, que se vio complicado con una diabetes gestacional pero que se diagnosticó y trató con exactitud de acuerdo a los protocolos más actuales sin originar ninguna complicación.

El 25.04.09 Da ingresó para la realización de la inducción del parto. La indicación era absolutamente correcta: gestación a término, diabetes gestacional bien controlada, feto grande (no macrosómico), cuello favorable para iniciar la inducción. La indicación de inducción por feto grande es adecuada y el inducirlo en la semana 38 evitó que el feto hubiera seguido el embarazo pudiendo alcanzar la macrosomía fetal (peso mayor de 4.000 grs, con el aumento de complicaciones que ello supone (distocia en el parto, riesgo aumentado de distocia de hombros en el expulsivo, muertes fetales inexplicadas etc.). La decisión de inducir el parto en la semana 38-39 es absolutamente correcta, acorde a todas las recomendaciones de las guías clínicas y protocolos.

La inducción del parto se realiza en dos fases. 1a mediante la colocación en el cuello uterino de prostaglandinas Para iniciar su maduración. 23 la inducción propiamente dicha mediante el empleo de la oxitocina.)Igualmente esta técnica podemos recalcar que es la más correcta para realizar la inducción del parto a término para evitar fracasos. Es la técnica actualmente empleada en todos los centros que se dedican a la atención obstétrica de alto nivel. Durante el tiempo que dura la preinducción con prostaglandinas, se controla el

estado fetal mediante la monitorización del corazón del feto y de las contracciones uterinas de la madre de forma continua en las primeras horas e intermitente posteriormente durante la noche para facilitar el descanso materno.

A las 8h30m del día siguiente (26.04.09), con dinámica regular bien establecida se inicia la inducción propiamente dicha, o continuación de la inducción iniciada con las prostaglandinas aplicadas al cuello del útero para madurar el cuello del útero. Se monitoriza al feto de forma continua y se inicia la perfusión de oxitocina intravenosa (I.V.). Al inicio de las contracciones se administra la analgesia epidural.

*El análisis de las gráficas de frecuencia cardiaca de todo el periodo de dilatación muestra un registro cardiotocográfico dentro de la normalidad. La gráfica se clasifica como de tipo 1 o gráfica absolutamente normal. La probabilidad de que con esa gráfica el feto esté acidótico, es decir con algún grado de hipoxia (pérdida del bienestar fetal) es menor del 5%. Por todo ello podemos concluir que el periodo de dilatación o primera fase del parto, se desarrolló de acuerdo a la más estricta *lex artis ad hoc*; con el resultado de una evolución satisfactoria y con un feto aparentemente sano para el inicio de la segunda fase del parto o periodo expulsivo. A las 18h30 se encuentra en dilatación completa y se anota en la gráfica la existencia de fiebre de 38° 'por lo que se indica el empleo de antibióticos. La paciente inicia el periodo expulsivo del parto. Dos horas más tarde se pasa al paritorio para realizar una prueba de parto. La prueba de parto está absolutamente indicada en los partos con fetos en situaciones posteriores las cuales se prevén que pueden originar una mayor dificultad para su evolución espontánea. La prueba de parto consiste en controlar de forma muy estricta las contracciones del útero y la progresión del feto en el canal del parto. Hoy día se considera normal que un periodo expulsivo de una mujer primípara (dando a luz su primer hijo) bajo anestesia epidural; dure un máximo de tres horas. En las multíparas se considera que lo normal serían dos horas.*

Por lo tanto se inicia la prueba de parto, bien indicada por la evolución y datos de la historia clínica, alrededor de las dos horas del inicio del periodo expulsivo o segunda fase del parto. La evolución del parto es satisfactoria, de tal forma que la presentación (la cabeza fetal), progresa y alcanza el 3° plano de Hodge o plano virtual formado por las dos espinas ciáticas. En ese momento debido a la fatiga materna por el esfuerzo realizado con los pujos del expulsivo, se decide terminar el parto mediante la ayuda instrumental. Se indica la terminación del parto mediante la aplicación de un fórceps de Kjillan entre 3° y 4° plano en occisito posterior. Para ayudar a la madre en un expulsivo largo con un feto en

situación occípito ilíaca posterior está absolutamente indicado el empleo de un fórceps o una ventosa indistintamente (parto instrumental). No existe en este momento ninguna indicación para la realización de una cesárea, fundamentalmente por dos razones. La primera, porque se trataba de una ayuda al expulsivo por fatiga materna, y la segunda porque aun en el supuesto de que se hubiera diagnosticado (que no es el caso que analizamos) una sospecha de pérdida del bienestar fetal, dado el plano en el que se encontraba el feto (entre 3° y 4° plano de Hodge), la terminación por la vía vaginal ayudada mediante fórceps o ventosa, es mucho más rápida y menos complicada que la realización de una cesárea.

Resumiendo, la indicación de realizar un parto con fórceps en el caso que estudiamos es absolutamente correcta y acorde a la más exigente lex artis ad hoc. Se realizó también de forma correcta y se extrajo el feto con una sola tracción sin rotación. Es decir fue un fórceps de realización normal, con la presentación en el plano correcto, y sin maniobras complejas que hubieran podido aumentar el peligro para el feto.

A las 20h 48m nace un varón de 3.650 grs de peso con una circular de cordón al cuello y con un test de Apgar de 2/4/6 (al 1 minuto, 5m y 10m). La determinación del pH de cordón en arteria es de 7,33. El feto presenta incapacidad para la respiración espontánea a pesar de las maniobras de reanimación intensiva, por lo que se traslada a la unidad de cuidados intensivos neonatales.

La evolución en la UCI neonatal no es satisfactoria. Inicialmente se realiza el diagnóstico de sospecha de hemorragia cerebral y/o encefalopatía hipóxico-isquémica, el cual se descarta en las primeras horas de vida mediante los estudios de imagen, ecografía cerebral, TAC, RM, realizados...”

En el expediente administrativo también aparece recogido el informe del médico forense emitido en el curso de las diligencias previas que fueron incoadas, en el que se refleja que la causa de la muerte es la lesión medular secundaria. Entre los antecedentes y circunstancias de la muerte se expresa que el feto nació el 26 de abril de 2009 mediante parto inducido con óxitocicos por macrosomía fetal (madre con diabetes gestacional), que posteriormente requirió instrumentación con fórceps por bradicardia fetal durante la fase expulsiva.

QUINTO.- Esta Sala estima que la correcta valoración de la prueba en el caso analizado exige aplicar las reglas sobre la carga de la prueba y aplicar al caso de autos la jurisprudencia y el artículo 217.6 LEC (reglas sobre distribución de la carga de la prueba) regla que se traduce en poner a cargo de la Administración sanitaria la prueba de que en la atención del citado parto ajustó su actuación a las exigencias de la *lex artis*, pues es ella y no los actores quien tiene la disponibilidad y facilidad de probar que la asistencia prestada por tal motivo fue la correcta.

Como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo 23 de diciembre de 2009 “Nuestra jurisprudencia y después el art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducen al fijar las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, una en la que se ordena que el juzgador tenga presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio). En el caso en dicha sentencia examinado aplica el tribunal dicha regla, estimando que los actores han probado el daño y que éste es consecuencia de la rotura del útero acaecida en la asistencia al parto prestada en un centro hospitalario, por lo que “dicha regla se traduce en poner a cargo de la Administración sanitaria la prueba de que ajustó su actuación a las exigencias de la *Lex Artis*, pues es ella y no los actores quien tiene la disponibilidad y facilidad de probar que la asistencia prestada fue la correcta, y quien tenía el deber de custodia de aquellos registros y documentación que se echan en falta y que hubieran permitido una mayor luz sobre lo realmente acontecido en las horas que mediaron entre las 3 de la madrugada y el momento en que se decide la intervención urgente de cesárea”.

En el presente caso las dudas que se suscitan como consecuencia del contenido y conclusiones contradictorias de los informes emitidos han de despejarse ahora, para el enjuiciamiento que aquí hemos de hacer, en contra de la Administración sanitaria, pues éste es el efecto o razón de ser de la existencia de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba sobre la base de que su aplicación al caso es consecuencia de la mayor disponibilidad de la que goza la administración para explicar a qué se ha debido la lesión medular alta padecida recién nacido teniendo en cuenta que en el propio informe de la inspección sanitaria se reconoce que dicha lesión medular necesariamente ha de ponerse en relación causal con las maniobras aplicadas para la extracción fetal, conexión causal que es también afirmada en los informes periciales aportados por las partes, si bien en el informe aportado por la actora se afirma que la lesión sufrida por el feto está en relación causal con el empleo de fórceps, y en el informe aportado por la codemandada se dice que se acudió a la ayuda

instrumental para la terminación del parto y para abreviar el período expulsivo y cuando el feto se encontraba en el plano III y IV, estando indicado el fórceps y su realización posterior, con todos los protocolos al uso, pero reconociendo que la lesión que presentó el feto a su nacimiento debió reproducirse en el período expulsivo. A este efecto también hemos de tener en cuenta que, efectivamente, como se pone de manifiesto por la actora, son llamativas y no han sido convenientemente explicadas las correcciones realizadas a mano en los folios 65 y 67 del expediente administrativo, referidas al protocolo de intervención y al partograma, correcciones manuales cuya realización y constancia en los citados documentos tan importantes en la valoración de los hechos y corrección de la existencia sanitaria prestada, no han sido, como decimos, explicadas por la administración sanitaria desconociéndose, por tanto, en qué preciso momento se pudieron realizar y por quién se realizaron. Abundando en las dudas que tales correcciones suscitan resulta que respecto al “partograma”, la inspección sanitaria reconoce que los diagramas de la cabeza fetal son muy poco precisos y no puede establecerse con claridad la evolución de la cabeza fetal en el canal del parto.

Por ello este tribunal estima que es la administración sanitaria quien debe de acreditar no sólo que no se ha producido la mala praxis que se denuncia sino que su actuación se ajustó a las exigencias de la *lex artis*, y al apreciar racionalmente y en su conjunto el material probatorio aportado al proceso, no podemos concluir que la demandada hayan tenido éxito por la razón fundamental de que ambos informes se han emitido desde la perspectiva de negar la mala praxis, pero no desde el punto de partida de tener que acreditar la buena praxis, como ha de ser el caso, sin perjuicio de lo cual debemos señalar que tal y como se reconoce en los informes periciales e informe técnico de la inspección sanitaria, de los que disponemos, existe una relación de causa a efecto entre los daños que padeció el feto en el momento de su nacimiento en el que según afirma el perito de la codemandada presentó signos y síntomas compatibles con haber padecido una lesión durante el expulsivo; por su parte, el informe pericial aportado por la actora afirma la relación entre el fórceps y la lesión causada de la medula espinal del feto; y, el informe de la inspección sanitaria concluye que parece inferirse la relación causal entre las maniobras aplicadas para la extracción fetal y la lesión medular alta sufrida por este, estimándose como cierto el hecho de que no han sido explicadas las correcciones realizadas a mano y sobre la propia escritura a mano del partograma que expliquen el plano en el que se encontraba el feto y en el que iba progresando como consecuencia de la dinámica de parto, y que hubieran permitido explicar

que la aplicación del fórceps se realizó correctamente, ausencia de explicación que, como decimos, debe recaer sobre la administración demandada.

SEXTO.- Procede a entrar a analizar la cuestión relativa a la determinación del quantum indemnizatorio, pues, en efecto, fijada la concurrencia de los requisitos exigidos para que nazca responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario concretar la obligación reparadora que surge como consecuencia de ella. A este respecto, la extensión de la obligación de indemnizar responde, según se deduce de lo dispuesto en los artículos 106.2 de la Constitución Española y 139.1 de la Ley 30/1992, al principio de la reparación integral. De ahí que la reparación afecte a todos los daños alegados y probados por los perjudicados, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente valuables, como el daño emergente o el lucro cesante artículo 1106 del Código Civil, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, sino comprendiendo también perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris* (STS de 16 de julio de 1984, 7 de octubre y 1 de diciembre de 1989), concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988).

A la hora de efectuar la valoración, la jurisprudencia (STS de 20 de octubre de 1987; 15 de abril de 1988 6 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990, derive de una “apreciación racional aunque no matemática” pues, como refiere la Sentencia del Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se “carece de parámetros o módulos objetivos”, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la Sentencia de 23 de febrero de 1988, “las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas” en una suma dineraria. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1997 habla de la existencia de un innegable “componente subjetivo en la determinación de los daños morales”.

En todo caso, cabe convenir que la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, como ocurre con el correspondiente a las indemnizaciones derivadas de los accidentes de vehículos de motor, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y

no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial, de forma que si el interesado acredita que con la suma establecida mediante su utilización, la reparación es insuficiente, la Administración primero y los Tribunales después pueden corregir esa concreción hasta que se produzca una efectiva reparación integral del perjuicio y, al contrario, si resulta excesiva, reducirla a sus justos términos. Así las cosas, se procede a fijar la indemnización tomando como criterio orientativo el referido baremo para determinar de la forma más ajustada a Derecho la indemnización que por responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado debe corresponder a las demandantes, así como los siguientes criterios: a) En primer lugar, al principio general inspirador de la materia y constantemente proclamado por el Tribunal Supremo y por la misma doctrina legal administrativa, de reparación "integral" de los perjuicios sufridos. b) En segundo lugar, a los efectivos perjuicios sufridos por las interesadas, determinados en la forma expuesta anteriormente (antecedentes médicos de la fallecida y su avanzada edad). c) En tercer lugar, el reconocimiento con apoyo en los mismos hechos que de otras sumas y al amparo de otras vías de resarcimiento ha podido tener lugar. d) Finalmente, que en ningún modo puede lograrse un enriquecimiento injusto del particular.

En este contexto ha de tomarse en consideración el citado *pretium doloris*, para computar como indemnizable el daño moral sufrido por ambos recurrentes, padres del recién nacido que falleció a los pocos días de su nacimiento como consecuencia de las graves lesiones ocurridas durante el parto, y tomando aquel baremo contenido en la legislación sobre seguro automovilístico con carácter orientativo, procede estimar que la indemnización correspondiente a los daños y perjuicios sufridos por los actores debe quedar fijada en la suma de 106.000 euros, como deuda de valor y por lo tanto actualizada, sin que quepa establecer abono de intereses compensatorios dado que es la presente resolución la que, por vez primera, ha determinado y cuantificado la obligación de abonar una indemnización.

SÉPTIMO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no procede efectuar pronunciamiento alguno en cuanto a costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

Por la potestad que nos confiere la Constitución Española;

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el presente recurso contencioso administrativo número **184/11** interpuesto por doña y don, representados por la Procuradora doña PALOMA SOLERA LAMA, contra desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación por ellos formulada al, reconociendo su derecho a percibir, por partes iguales, la indemnización de 106.000 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial como consecuencia del fallecimiento de su hijo recién nacido, más los intereses legales que se devenguen desde la fecha de esta sentencia hasta su completo pago; sin costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciendo la indicación de que contra la misma no cabe interponer recurso de casación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Y para que esta Sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada la firmeza de la misma remítase testimonio, junto con el expediente administrativo, al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente, la Ilma. Sra. D^a. M^a. del Camino Vázquez Castellanos, estando celebrando audiencia pública, el día 13 de marzo de 2014. Doy fe.