



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
TOLEDO**

SENTENCIA: 00365/2015

JUZGADO CONTENCIOSO ADVO. N° 2 DE TOLEDO

PROCEDIMIENTO ORDINARIO NUM. 204/10-I

Sobre ADMINISTRACION DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

De:
Procurador Sra. DOLORES RODRIGUEZ

Contra **SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA**
LETRADO JUNTA COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

Codemandada **ZURICH COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS**
Procurador Sra. MARIA ANGELES CORCUERA

SENTENCIA N°: 365/15

En Toledo, a 30 de octubre de dos mil quince.

En nombre de S.M. El Rey, el Ilmo. Sr. D. ...
Magistrado-Juez de refuerzo de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de
Toledo, habiendo visto en instancia los presentes autos de recurso contencioso-
administrativo n° 204/2010, seguido a instancia de D^a. ... y
... y en nombre de su hijo, ...
representados por la Procuradora Sra. María Dolores Rodríguez Martínez, y
asistido por la letrada Sra. Carmen Fernández Bravo García, contra el Servicio de
Salud de Castilla La Mancha, representado y asistido por sus Servicios Jurídicos,
habiéndose personado como codemandado la entidad aseguradora Zurich España
Cia.de Seguros y Reaseguros, representada por la Procuradora Sra. ...
... y asistida por el letrado ...
... sobre responsabilidad patrimonial sanitaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30-9-2010 se interpuso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Toledo por parte de D^a . y D.

....., y en nombre de su hijo, representados por la Procuradora Sra. María Dolores Rodríguez Martínez, recurso contencioso-administrativo contra la resolución desestimatoria por silencio de la Reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los actores ante el SESCAM en fecha 18-9-2009.

SEGUNDO.- Tras los trámites legales, y después de haber solicitado la ampliación del expediente para obtener la historia clínica de la paciente, se formalizó escrito de demanda en la que, tras las alegaciones de hecho y de derecho que estimó pertinentes, suplicó que se dictase una sentencia por la que se anule la resolución impugnada y se condene a la Administración demandada (Servicio de Salud de Castilla La-Mancha) a que abone a los recurrentes una indemnización en cuantía de 1.089.477,50 euros e intereses legales desde la fecha de la reclamación administrativa.

TERCERO.- Contestada la demanda por el Servicio de Salud de Castilla La Mancha, y por la entidad aseguradora Zurich España Cia. de Seguros y Reaseguros se interesó la confirmación de la resolución impugnada.

CUARTO.- Por auto de fecha 23 de noviembre de 2.011 se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta y declarada pertinente con el resultado que consta en autos.

QUINTO.- A continuación presentaron las partes por escrito y por su orden sus escritos de conclusiones sobre pretensiones y fundamentos de demanda y contestación, quedando éstos conclusos y vistos para dictar sentencia.

SEXTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del procedimiento de 1.089.477,50 euros.

QUINTO.- Por acuerdo de la Comisión permanente del Consejo General del Poder Judicial de 28 de julio de 2015 se nombró a D.

Magistrado de refuerzo de los Juzgado de lo contencioso-administrativo Toledo siéndole entregados los autos para la resolución de este recurso en fecha 16 de octubre de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo se impugna la resolución desestimatoria por silencio de la Reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los actores ante el SESCAM en fecha 18-9-2009

SEGUNDO.- Son hechos probados en autos, por deducirse de los documentos que obran en el expediente administrativo, y de los dictámenes periciales que obra en autos, y sin perjuicio de lo que se exponga en ulteriores fundamentos jurídicos que la actora, sin antecedentes patológicos, de 32 años de edad a la fecha de los hechos, tras seguimiento de su gestación sin incidencias acudió a Urgencias el 16 de septiembre al Hospital de Guadalajara, estando de 39 semanas de embarazo por notar que comenzaba a perder líquido oscuro. El 18 de septiembre acudió a visita programada sin advertir ninguna anomalía. Tras realización de ecografía, exploración vaginal y monitorización no se observó dato alguno de alarma en ambos días.

El 20 de septiembre de 2.009 comenzó con contracciones de madrugada ingresando a las 6,15 horas, sin pérdida de líquido amniótico y movimientos fetales positivos. Se realiza ecografía y amnioscopia presentando líquido amniótico teñido. A las 6,51 horas comienza la monitorización que se retira a las 8,40 horas. En el registro cardiotocográfico de las 6,57 horas se observa dinámica uterina irregular, con escasas reactividad del feto (Informe del servicio de obstetricia, folio 431).



A las 9,05 horas se rompe la bolsa constando líquido amniótico con la expresión "Teñido de Meconio +++". Se abre el partograma y se induce con oxitocina, realizándose la prueba del PH entre las 9,05 y 9,40 horas; del que se conoció que era de 7,16 a las 9,55 horas, por lo que se procede a realizar cesárea, teniendo lugar la expulsión fetal a las 10,12 horas. El niño presenta asfixia neonatal severa, síndrome de aspiración meconial, neumotórax derecho. Preciso de administración de intubación, adrenalina, y masaje cardíaco. Los resultados del Apgar fueron 0-1-3. Ante la gravedad de la evolución, pues presenta fallo multiorgánico, acidosis y neumotórax se decide su traslado al Hospital Gregorio Marañón.

En dicho Hospital estuvo hasta el 22 de diciembre de 2.008. Cuando se le da el alta se le diagnostica al menor "Síndrome de aspiración meconial. Neumotórax. Enfermedad Hipoxico-isquémica. Encefalopatía. Hipoacusia. Reflujo gástrico. El menor ha sido declarado inválido en un 77%, y en aplicación del RD 727/2006 de 8 de junio y Ley 39/2006 de 14 de diciembre de 2.006 de promoción de la autonomía personal reconocido como en situación de dependencia en grado III, con nivel 2 de dependencia (resolución de 23 de julio de 2.009 de la Delegación Provincial de Guadalajara de la Consejería de Bienestar Social).

Presentada reclamación de responsabilidad patrimonial fue reclamada la historia clínica de la paciente al Hospital que atendió a la paciente, así como informe de la Inspección Médica y del Servicio que atendió a la paciente. Previa propuesta de resolución y alegaciones formuladas por los recurrentes, fue desestimada por silencio la misma.

TERCERO.- La actora fundamenta su pretensión indemnizatoria que deriva de una infracción de la lex artis, de forma esencial y al margen de otras consideraciones genéricas, según se deduce del folio 19 de la demanda, en el retraso producido para la práctica de la cesárea, siendo así que debió realizarse antes de las diez horas, habiendo tenido lugar el ingreso a las 6 de la mañana, con síntomas claros de sufrimiento fetal, al existir líquido amniótico teñido. Por otro lado, el registro



cardiotocográfico estuvo silente desde las siete horas. Estuvo monitorizada duró más de 110 minutos fuera del paritorio pese al registro patológico y sin control. Además de ello no consta el consentimiento para la cesárea, aunque exista para la anestesia. La cesárea durante 32 minutos, debiendo ser un tiempo inferior de menos treinta minutos. No consta quien indica la prueba del PH, ni cuando se reciben los resultados.

Considera que es aplicable la doctrina del daño desproporcionado, siendo irreversibles las lesiones del menor, que necesitará asistencia de otra persona de por vida.

Por ello se reclaman 1.089.477,50 euros por los siguientes conceptos:

- Para la madre y padre 120.000 euros en concepto de daños morales.
- Por secuelas, 90 puntos: 270.972,90 euros.
- Daño moral complementario: 86.158,38 euros.
- Incapacidad absoluta del menor: 172.316,76 euros.
- Ayuda de tercera persona: 344.633,51 euros.
- Adecuación de vivienda: 86.158,38 euros.
- Perjuicios a la familia: 129.230,57 euros.

CUARTO.- La Administración con apoyo en informe de la inspección médica y la parte codemandada además, con el informe pericial aportado de considera que no ha habido infracción de la lex artis, en la medida en que la práctica de la cesárea tuvo lugar cuando se consideró necesaria, sin que se hubiesen producido signos que hubiesen justificado que se debería haber practicado antes. Así, en cuanto se advirtió la tinción de meconio y el registro cardiotocográfico se indujo al parto y cuando se realizó la prueba de PH se indicó cesárea de urgencia, siguiendo los protocolos de la SEGO. Y en cuanto a la visita del 16 de septiembre no se deduce la pérdida del líquido amniótico que indica la actora.



QUINTO.- Reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido requiriendo la concurrencia de tres requisitos para que tenga lugar la responsabilidad de las Administraciones Públicas: 1º Que el daño producido ha de ser efectivo, individualizado y evaluable económicamente; 2º Que entre la acción u omisión de la Administración y el daño exista un nexo o relación de causalidad por ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público; 3º Que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar el daño producido y no se haya producido por fuerza mayor (STS de 4 de febrero de 1997, 22 de enero de 1997, 19 de diciembre de 1996, 24 de octubre de 1995, entre otras); a los que bien cabría añadir otro: Que no haya transcurrido el plazo de un año que según la jurisprudencia ha de reputarse de prescripción (STS de 25 de noviembre de 1992, 17 de julio de 1992, 16 de mayo de 1990, 22 y 25 de marzo de 1990), con lo cual es susceptible de interrupción, entendiéndose que se computa desde que el perjudicado pudo ejercitar esa acción, por ser ese momento en el que nace la acción (STS de 15 de octubre de 1990, 13 de marzo de 1987), y siempre de la forma más favorable para el ejercicio de la acción (STS de 24 de julio de 1989); tratándose de requisitos que se extraen en la actualidad de lo dispuesto en la Ley 30/92 de 26 de noviembre de PAC, artículos 139 y 141; y que con anterioridad se deducían de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, y de los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

En este sentido debemos resaltar que el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración en el Derecho español, con fundamento en el artículo 106 de la Constitución Española, se presenta como uno de los más avanzados en el Derecho Comparado en el sentido de configurar un régimen de responsabilidad objetiva y directa de las Administraciones Públicas (STS de 13 de marzo de 1989, 23 de octubre de 1990, por todas), que se exige no sólo en los casos de funcionamiento anormal del servicio público (entendido éste en sentido amplio como toda lo que actividad que se desarrolla en el ámbito de la organización administrativa, no en el sentido restringido de prestación ofrecida al público, STS de 28 de enero de 1993, 23 de marzo de 1992, 28 de mayo de 1991, 10 de junio de 1986, por todas, rindiendo con ello tributo a la concepción de la doctrina francesa del



servicio público) sino también en los de funcionamiento normal, lo que permite excluir únicamente la fuerza mayor, pero no el caso fortuito.

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, como las de 9.3.1998, 14.10.2002, 19.7.2004 ha venido proclamando que la obligación del profesional médico es siempre de medios, no de resultados; siendo así que la jurisprudencia ha descompuesto esta obligación en los siguientes deberes:

A/Utilizar cuantos medios conozca la ciencia médica y estén a su disposición en el lugar donde se produce el tratamiento, realizando las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales.

B/Informar al paciente del diagnóstico de la enfermedad y del pronóstico.

C/Continuar el tratamiento al enfermo hasta que pueda ser dado de alta advirtiéndolo de los riesgos de abandono del tratamiento.

A ello debe unirse la muy consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en STS como las de 19.7.2004, 14.10.2002, 22.12.2001, 7.6.2001, (y que resulta también de la Doctrina del Consejo de Estado) según la cual, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría 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 enfermo ya que no es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha «lex artis» respondería 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 deberían ser soportados por el perjudicado.

Y también ha expresado dicho Tribunal que el criterio de la «lex artis» es 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 o «lex artis». Este criterio es fundamental, pues permite



delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha "lex artis". De exigirse sólo la existencia de la lesión se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento como sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la "lex artis". Y todo ello sobre la base de la aplicación de criterios de causalidad adecuada a la hora de determinar dicha relación de causalidad entre el daño producido y la actuación desempeñada (STS de 28.11.1998; por todas).

SEXTO.- En el escrito de demanda la parte actora interesa la estimación de la reclamación por los daños y perjuicios causados que imputa al SESCAM basándose en las infracciones de la lex artis anteriormente referidas. Sin embargo, atendiendo a todos los informes médicos valorados en autos, el de la inspección médica, el de la recurrente, el del perito designado judicialmente, y el de la parte codemandada, sus ratificaciones en el acto del juicio de 8 de julio de 2.013, y los demás documentos que obran en las actuaciones, suficientes para tener por aportada la historia clínica de la actora, podemos extraer las siguientes conclusiones, sobre la base de la mayor objetividad del perito judicial designado por el Juzgado, cuyas conclusiones en buena medida viene a ratificar las del perito de la parte recurrente, los cuales presentan un mayor nivel de concreción temporal sobre la situación médica que experimentó el parto de la recurrente:

1.- No nos encontramos ante un supuesto de daño desproporcionado como indica la actora, toda vez que las complicaciones derivadas de hipoxias por presencia de meconio en líquido amniótico guarda directa relación con un parto.

2.- Respecto de las actuaciones que tuvieron lugar los días 16 y 18 de septiembre de 2.008 no se observa nada relevante, al margen de que como indica el , la posible sensación de la actora de pérdida de líquido amniótico pudo tratarse de flujo vaginal manchado con sangre (folio 13 de su dictamen).

3.- Realizado el ingreso a las 6,15 horas del día 20, el ingreso como admiten todos los peritos, tienen lugar sin datos relevantes, pero como consecuencia de la colocación del registro cardiotocográfico a las 6,51 horas se observa una escasa reactividad, y tras la prueba de amnioscopia se observa que el líquido amniótico es teñido, es decir, presenta meconio. Conviene recordar que además la actora había dilatado sólo 1 cm, y tenía un BISHOP de 5, esto es, el indicador para medir las condiciones de inducción al parto natural era bajo. Esto ha sido puesto de relieve por los peritos Sres. _____, sin que por parte de los peritos de la demandada e inspección médica se halla desvirtuado lo suficiente.

Con estos datos, valorados conjuntamente, a las siete mañana debió pautarse la práctica de cesárea, de modo que el retraso hasta las nueve horas, con administración de oxitocina, -aunque fuese poca, según el _____ como ha depuesto en juicio- que podía incrementar incluso el sufrimiento fetal ya existente, para la inducción a un parto natural se presenta como una práctica inadecuada, teniendo en cuenta que a las 9,05 ya se califica a la presencia de meconio como grave con la calificación de +++, de modo que si bien la obtención del PH cuando fue posible, y que se apreció como bajo, 7,16, a las 9,55 horas, es lo que justificó la cesárea final realizada, ello no sirvió para evitar el retraso producido en la práctica de una cesárea que según los protocolos aportados de la SEGO, por la concurrencia de varios factores debió tener lugar antes, esto es, a partir de las 7 horas de la mañana.

4º.- La realización de la cesárea en el tiempo efectivo en que tuvo lugar, desde la advertencia del PH hasta la expulsión, prácticamente en veinte minutos, 9,55 a 10.12 horas, revela no una mala práctica, antes bien una buen práctica médica por la celeridad empleada.

En todo caso, debe quedar claro que existió una infracción a la lex artis en los términos que hemos expuesto, no por la falta de consentimiento informado para una cesárea urgente que además reconoce la actora que era el tratamiento adecuado. Tampoco para una inducción al parto de la que a la actora se le informó verbalmente, según expresan los informes médicos. Pero sí es cierto que se produjo una pérdida de oportunidad por la falta de práctica de una cesárea dos

horas antes del momento en que se hizo, derivada de no haber advertido con anterioridad la relevancia de la bradicardia del feto y la reducida actividad uterina, así como la presencia de meconio, lo que implicaba un claro sufrimiento fetal determinante de la hipoxia del menor, y de los males posteriores que ha padecido, y que podrían haberse evitado con una cesárea que se hubiese practicado dos horas antes. Por otro lado, la consideración expuesta por los peritos de la parte demandada de que tan sólo un 10% de las encefalopatías son consecuencia del parto no puede ser invocada si consta que el retraso en la práctica de la cesárea contribuyó a la hipoxia padecida por el menor que nació con un test de Apgar bajísimo 0-1-3 y tuvo que ser reanimado.

SÉPTIMO- La mencionada pérdida de oportunidad como bien dice la codemandada y reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo no puede ser indemnizada de la misma manera que si se tratase de un daño efectivo e efectivamente causado (STS 19.10.2011, 24.11.2009, 26.6.2008). En estos términos valorando la edad del menor y de sus padres, así como el hecho de que se trata de una pérdida oportunidad la que constituye la infracción de la lex artis, y teniendo cuenta el anexo del RDL 8/2004, debe reconocerse una indemnización en favor de los recurrentes en las siguientes cuantías:

- La cifra de 60.000 euros, redondeada al alza (tabla I, grupo IV), estimada en un 50%, a la vista de las circunstancias concurrentes, existiendo dos únicas alternativas, la práctica del parto natural o la cesárea, y actualizada a la fecha de la presente sentencia, que deberá ser satisfechas por el SESCOFIN, única entidad frente a la cual se dirige la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial como daños morales ocasionados a ambos padres, cuya realidad es evidente por la afectación grave a la salud de su hijo

La indemnización fijada a tanto alzado y actualizada al presente momento procesal excluye, por tanto la aplicación de los intereses legales correspondientes, conforme al art.141.3 de la Ley 30/92.

- Las secuelas del menor son valorables dentro de la escala a que se refiere el Real Decreto legislativo 8/2004, de modo que se cifran en el mismo porcentaje de su

minusvalía, que como bien dice la codemandada se debe establecer en 73 puntos, sin incluir los factores psicosociales con los que no guarda relación dichas secuelas, al margen de lo que se haya determinado a efectos de minusvalía. Ello excluye los daños morales complementarios al no llegar a 75 puntos (Tabla IV del Anexo), al igual que la incapacidad del menor que ya ha sido incluida en el concepto de secuelas, además de que deben ser para la actividad habitual de la víctima. Por consiguiente, a 2.805 euros/punto redondeando las cifras del baremo para 2.015, hace un total de 204.765 euros, que por aplicación de la reducción por pérdida de oportunidad queda en 102.383 euros.

-Los gastos de reforma de vivienda no han sido acreditados por la recurrente, siendo prueba que le incumbe (art.217.2 de la Lec 1/2000), y en cuanto a los perjuicios a la familia no se hayan acreditados, más allá de los daños morales estimados, además de que se hace referencia a otros familiares distintos a los padres próximos y que convivan con el menor.

-Los gastos por asistencia de otra persona han de ser incluidos conforme a la resolución indicada de la Consejería de Bienestar Social, que siendo el máximo para 2.015 de 383.450 euros, se reduce en un 50% por indemnizarse una pérdida de oportunidad, (191.725), que lo reducimos hasta los 150.000 euros, valorando la edad del menor como también el grado de capacidad física y psíquica que presenta conforme a la mencionada resolución que declara su dependencia e informe aportado.

OCTAVO.- En consecuencia, el presente recurso contencioso administrativo en los términos en que se formula, y frente a quien se ejercita la pretensión indicada en la demanda, debe ser estimado parcialmente, anulándose la resolución impugnada y condenando al SESCOAM, única frente a la que se solicita responsabilidad, a que abone a los actores la cantidad de 312.383 euros de la forma siguiente: 30.000 a cada uno de los progenitores y 252.383 euros al menor cantidad ya actualizada a la fecha de esta sentencia, lo que excluye el abono de intereses legales, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la Compañía en los términos del artículo 76 de la Ley 50/80.



Y conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, no procede la condena en costas al haberse estimado parcialmente el presente recurso contencioso-administrativo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº2 de Toledo ha decidido:

1º.-**ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a _____, y en nombre de su hijo, _____ representados por la Procuradora Sra. María Dolores Rodríguez Martínez, contra la resolución impugnada en los presentes autos y expresada en el fundamento jurídico primero la cual se anula por no ser conforme a derecho.

2º.- Condenar a la Administración demandada, SESCOAM, al pago de 30.000 euros a cada uno de los recurrentes, D^a _____ y _____, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la entidad Zurich, conforme al art. 76 de la Ley 50/80 del contrato de seguro.

3º.- No efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, haciéndoles saber que la misma no es firme y frente a ella cabe recurso de apelación que se podrá preparar en este Juzgado en el plazo de quince días desde su notificación, llevándose testimonio de dicha sentencia a los autos principales.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACION.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior sentencia por el Señor Magistrado, estando celebrando audiencia pública el día de su pronunciamiento