

Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia 442/2015 de 8 Jun. 2015, Rec. 813/2013

Ponente: González Rodríguez, José Manuel.

LA LEY 71296/2015

RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. Asistencia sanitaria. Se declara la responsabilidad patrimonial de la Administración por la deficiente asistencia sanitaria recibida por una particular en un hospital, en tanto que no se aprecia una infracción a la lex artis ad hoc por la no asistencia o intervención de facultativo y/o por la asistencia prestada por las matronas durante el parto. Tampoco hay un nexo casual a la hora de afirmar categóricamente que la formación de un hematoma del canal del parto sea algo debido a una mala praxis por no practicar dicha episiotomía, sino que es frecuente que ésta sea una complicación postparto y aún puede manifestarse varias horas después de éste. No cabe hablar de pérdida de oportunidad puesto que de las pruebas periciales claramente se desprende que el resultado dañoso guarda relación directa con la mala praxis consistente en la incorrecta práctica de las episiotomías que determinaron la rotura esfinteriana anal constitutiva de la secuela de la recurrente.

El TSJ Asturias estima recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del Consejero de Sanidad declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración por la deficiente asistencia sanitaria recibida por una particular en un hospital.

A Favor: ADMINISTRADO.

En Contra: ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA.

T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA)

OVIEDO

SENTENCIA: 00442/2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: P.O.: 813/2013

RECURRENTE: D^a Elena

PROCURADORA: D^a M^a Teresa Carnero López

RECURRIDO: SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

REPRESENTANTE: Letrada del Servicio de Salud del Principado de Asturias

CODEMANDADO: ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA

PROCURADOR: D^a Pilar Oria Rodríguez

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Julio Luis Gallego Otero

Magistrados:

D. Rafael Fonseca González

D. José Manuel González Rodríguez

En Oviedo, a ocho de junio de dos mil quince.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número 813/2013, interpuesto por D^a Elena , representada por la Procuradora D^a M^a Teresa Carnero López, actuando bajo la dirección Letrada de D^a Nuria Morillo Fernández, contra el SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, representado y defendido por la Sra. Letrada del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Manuel González Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia acogiendo en su integridad las pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte contraria.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Conferido traslado a la parte codemandada para que contestase a la demanda lo hizo en tiempo y forma, solicitando se dicte sentencia con desestimación del recurso, confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas al actor.

CUARTO.- Por Auto de 30 de julio de 2014, se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularan sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 4 de junio pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se impugna por la recurrente la desestimación presunta, y posteriormente la estimación parcial expresa, de su reclamación por responsabilidad patrimonial contra la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias motivada por la deficiente atención sanitaria dispensada en el Hospital San Agustín de Avilés con ocasión del parto acaecido el día 8 de marzo de 2002.

SEGUNDO. - La imputación de responsabilidad se basa en que, según la demandante, no existió el obligado Consentimiento Informado para la práctica de la episiotomía; en que esta técnica no se practicó por la matrona correctamente al haberse centralizado; inexistencia de adecuada exploración perineal tras el parto que imposibilitó diagnosticar el desgarró del esfínter anal cuya reparación debió, por otra parte, de realizarse por su obstetra y no por la matrona.

Frente a ello consideran las partes recurridas que, aun admitiéndose la concurrencia de responsabilidad, debe minorarse la indemnización solicitada (327.323,43 €) por desproporcionada y por aplicación de la doctrina de la "pérdida de oportunidad".

TERCERO.- Sostenido en la demanda que la asistencia sanitaria prestada a la recurrente no se ajustó a la *lex artis*, conviene recordar que la jurisprudencia (por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2011), al interpretar el alcance del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LA LEY 3279/1992) , viene exigiendo, esencialmente, para la declaración de responsabilidad patrimonial de la administración los siguientes requisitos: 1) Que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga la obligación de soportar; 2) Que dicha lesión sea real, efectiva y susceptible de valoración económica; y 3) Que el daño sea imputable a la Administración y se produzca como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en el mas amplio sentido de actuación, en una relación causa a efecto entre aquel funcionamiento y la lesión, sin que sea debida a causas de fuerza mayor; y ello cuando se proyecta sobre la responsabilidad de la Administración Sanitaria, exige fijar un parámetro que permita establecer el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño, es decir, hay que diferencias en qué supuestos el resultado dañosos se puede imputar a la actividad asistencial, y aquellos que derivan de la evolución natural de la enfermedad, y ese parámetro delimitador viene referido a la *lex artis*, de forma que el elemento de responsabilidad patrimonial desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad, ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien este obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente" (STS de 22-12-2001). En definitiva, la jurisprudencia une el concepto de infracción de la *lex artis* con el relativo a la antijuridicidad de daño y considera que si la intervención estaba indicada y se ha realizado con arreglo al estado del saber del momento de que se trate, el resultado dañoso que pueda producirse no es antijurídico (asimismo, art. 141 (LA LEY 3279/1992)-1 de la Ley 30/1992 (LA LEY 3279/1992) , en la redacción dada por la Ley 4/1999). Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1999 "La mecánica de la responsabilidad patrimonial de la Administración no puede objetivarse hasta el extremo de pretender deducirla siempre que se produce un resultado lesivo por el mero hecho de los servicios sanitarios públicos". Por otra parte, como señala la STS Sala 3ª, sec. 6ª, de 21-3-2006 , no basta para dar lugar a la responsabilidad patrimonial la apreciación de deficiencias en la atención médica prestada, siendo necesario que el perjuicio invocado y cuya reparación se pretende sea una consecuencia o tenga como factor causal dicha prestación sanitaria.

Además no se debe olvidar que la obligación del profesional de la medicina es una obligación de medios y no de resultados, es decir, la obligación se concreta en la debida asistencia sanitaria y no en garantizar en todo caso la curación del enfermo, al igual que lo exigible no es más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la ciencia y práctica médicas, pues en definitiva la base en materia de responsabilidad sanitaria es una aplicación incorrecta de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 , entre otras muchas).

CUARTO.- Radica la discordancia de las partes en que, según la recurrente, la mala praxis surge no solo de la no reconstrucción temprana del desgarró de grado III-C inducido por la episiotomía, sino también en la inadecuada práctica de esta por la matrona sin el debido consentimiento, lo

que excluye la posibilidad de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad y la consiguiente moderación de la indemnización, que es la tesis que se sostiene en la resolución expresa de la Consejería de Sanidad a la que la parte recurrente ha ampliado el recurso contencioso.

Con carácter previo hemos de dejar claras dos cuestiones que surgen de las alegaciones de la recurrente y que se refieren, por una parte, a la obligatoriedad de la de la prestación del Consentimiento Informado para la práctica de la episiotomía, y, por otra, a la competencia de la comadrona para realizar dicha técnica.

Pues bien, en relación con la primera de dichas cuestiones cabe señalar que "El art. 10 de la Ley General de Sanidad 14/86 , establece que toda persona, con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, tiene derecho "a que se le de en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento" (apartado 5); "a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención", (apartado 6) excepto, entre otros casos que ahora no interesan, "cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas (letra b)); y, finalmente, "a que quede constancia por escrito de todo su proceso" (apartado 11).

El TS (Ss. 1/febrero/2008 , o 23/octubre/2007 , por todas) ha afirmado que la exigencia de este consentimiento informado "viene estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas", añadiendo que "Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado como rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica - no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión -, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.

Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los dos casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad. En el presente caso no consta en el historial médico el documento del Consentimiento Informativo relativo a la posibilidad de tener que practicar una episiotomía que es un procedimiento invasivo con previsible riesgo de repercusión

negativa, y tal ausencia documental invierte la carga probatoria correspondiendo a la Administración acreditar que, a pesar de tal ausencia documental, la paciente fue debidamente informada de los riesgos inherentes al citado procedimiento invasivo, exigencia ésta que no ha sido cumplida por lo que ha de considerarse infringida, en tal aspecto, la lex artis y la causación consiguiente en un daño moral susceptible de indemnización autónoma.

Y en lo que afecta a la segunda de dichas cuestiones, a la cualificación profesional de las matronas en España, dentro de la enfermería como Enfermera especialista en Enfermería Obstétrico-Ginecológica es indiscutible como señala el art. 53.1 del RD 1837/2008, de 8 de noviembre (LA LEY 16630/2008) , por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005 (LA LEY 9181/2005), y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006 (LA LEY 12257/2006), relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado en donde se especifica que: "En España, la formación de matrona, conducente a la obtención del título oficial de enfermera especialista obstétrico-ginecológica, es la que se contempla en el Capítulo III del Título II de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre (LA LEY 1758/2003) de ordenación de las profesiones sanitarias, y se regula en el Real Decreto 450/2005, de 22 de abril (LA LEY 730/2005), sobre especialidades de enfermería. Mientras que el art. 55 del mismo concreta que: En España, las actividades profesionales de enfermera especialista obstétrico-ginecológica (matrona) son las siguientes:

"a) Prestar información y asesoramiento adecuados sobre planificación familiar.

b) Diagnosticar el embarazo y supervisar el embarazo normal; realizar los exámenes necesarios para la supervisión del desarrollo de los embarazos normales.

.....

f) Atender el parto normal, cuando se trate de una presentación de vértice, incluyendo, si es necesario, la episiotomía y, en caso de urgencia, atender el parto en presentación de nalgas.

g) Reconocer en la madre o en el niño los signos indicadores de anomalías que precisen la intervención de un médico y, en su caso, asistir a éste; adoptar las medidas necesarias en ausencia del médico, en particular la extracción manual de la placenta, seguida, en su caso, del reconocimiento manual del útero".

Es clara, pues, aplicable al caso que enjuiciamos, la competencia profesional de las matronas, derivada de las habilidades adquiridas en su formación universitaria que a mayor abundancia específica in extenso la Orden SAS/1349/2009 (LA LEY 9562/2009), de 6 de mayo, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Enfermería Obstétrico-Ginecológica Matrona (B.O.E. núm. 129 de 28 de mayo de 2009), a la que nos remitimos a su Anexo I en donde en los objetivos formativos teóricos referidos al Aparto 4. Parto se incluyen: "Comprender los procesos de un parto normal y las distintas formas y ámbitos en los que se pueden desarrollar, desde el punto de vista físico, psíquico y social. Proporcionar a la matrona en formación los conocimientos necesarios para valorar, planificar y administrar cuidados a la mujer y a su hijo en las distintas fases del parto, considerando el conjunto desde una perspectiva integral, fomentando en cada caso la participación activa de la mujer y su pareja cuando sea necesario. Trabajo de parto y parto. Nomenclatura. Fisiología de la contracción uterina. Actividad uterina. Causas de inicio del trabajo de parto. Factores que intervienen en el parto. El feto: estática fetal; cabeza fetal. Canal del parto: canal blando y pelvis ósea. Motor del parto Inicio del parto y períodos del parto. Inicio del trabajo de parto. Pródromos del parto. Período de dilatación. Período expulsivo. Período de alumbramiento. Mecanismo de parto en presentación de vértice. Asistencia y cuidado de la mujer en el parto. Valoración y cuidado de la mujer en la admisión. Diagnóstico de parto. El partograma. Asistencia y cuidado de la mujer durante la dilatación. Valoración de la evolución del parto. Asistencia y cuidado de la mujer en el expulsivo. Episiotomía y episiorrafía. Inicio del parto y períodos del parto. Inicio del trabajo de parto. Pródromos del parto. Período de dilatación. Período expulsivo. Período de alumbramiento. Mecanismo de parto en presentación de

vértice". Contenidos que tienen su complemento necesario con las prácticas clínicas que señala la misma Orden, dentro de un formativo de matrona residente que como mínimo le debe llevar a asistir a un mínimo de 80 partos normales. O con casi el mismo alcance. Las funciones que especifica la Circular 0/97 de 26 de junio de la Secretaría General de la Consellería de Sanitat (pág. 92 y ss. del expediente) en cuanto a la ordenación de las actividades de las matronas.

La competencia profesional de las matronas para asistir al parto (y sin discusión si es un parto normal, sin riesgos a priori, como era el caso de autos) y para decidir o no y, en su caso, practicar la episiotomía es indudable, aun sin presencia médica, lo que deriva de la cualificación que acoge el apartado g) citado para reconocer en la madre o el niño signos que indiquen la necesidad, en su caso, de intervención médica, por lo que el legislador entiende que la presencia de éste no es siempre necesaria en un parto, no siempre se precisa la intervención médica en el parto sino solo "en su caso", cuando proceda. Es más, la cualificación alcanza hasta el punto de que las matronas pueden en algunos casos "adoptar las medidas necesarias en ausencia del médico", lo que abunda en que la praxis normal de la no asistencia en un parto de dicho facultativo (lo que se acoge como tal en algunos protocolos de Hospitales, como afirma el Informe del mismo Dr. Médico inspector D. Ángel Daniel en fecha 1 de agosto de 2008). Por todo ello, si como diremos la episiotomía es una medida restrictiva y no aconsejada como práctica ordinaria en un parto normal; y si como se ha dicho una matrona puede practicarla, y valorar la misma necesidad o no de su realización debido a la cualificación y formación recibida, es evidente que en el caso de autos no hubo infracción alguna a la lex artis por la ausencia de médico en el parto, extremo por el que uno de los argumentos fuertes de la demanda, como es la no asistencia del mismo en el parto, queda en poco. Además, como se deriva del expediente, tampoco hay un nexo casual a la hora de afirmar categóricamente que la formación de un hematoma del canal del parto sea algo debido a una mala praxis por no practicar dicha episiotomía, sino que es frecuente que ésta sea una complicación postparto y aún puede manifestarse varias horas después de éste. Ni tampoco hay relación causal entre las molestias o síntomas rectales y dicho hematoma postparto, que se resolvió adecuadamente sin secuelas, siendo que esas molestias suelen ser normales tras un parto (e incluso, con mayor frecuencia, antes).

En definitiva, no se aprecia en el caso de autos una infracción a la lex artis ad hoc por la no asistencia o intervención de facultativo y/o por la asistencia prestada por las matronas durante el parto.

QUINTO.- Una vez dicho esto y una vez reconocida por la Administración demandada en la Resolución expresa de 19 de febrero de 2014 la concurrencia de la mala praxis denunciada por la recurrente -bien sea ello con aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad con la finalidad de moderar la indemnización a conceder- la cuestión queda limitada a determinar si, efectivamente, esta doctrina resulta o no aplicable al supuesto que aquí se contempla para, posteriormente, fijar la correspondiente indemnización.

En relación con el primer interrogante esta Sala considera que, contrariamente a lo que se sostiene, no cabe hablar de "pérdida de oportunidad" puesto que de las pruebas periciales claramente se desprende que el resultado dañoso guarda relación directa con la mala praxis consistente en la incorrecta práctica, tanto por su número (dos) como por su localización, de las episiotomías que determinaron la rotura esfinteriana anal constitutiva de la secuela de la recurrente, no existiendo, por el contrario, causa o razón suficiente para aplicar la referida doctrina cuando, a mayor abundamiento, aquella secuela puede razonablemente ligarse a una deficiente práctica de la sutura por parte de la comadrona como también resulta de la referida prueba pericial.

Respecto a la cuantificación de la indemnización cabe señalar que, una vez acreditada la práctica desaparición de la incontinencia urinaria y fecal en la actualidad así como la imposibilidad de aceptar las conclusiones que al respecto se efectúan por la recurrente - tanto en lo relativo a la entidad de las secuelas como al cálculo del importe resultante -, se estima como pertinente la

suma referida en la referida resolución expresa por importe de 64.215,75 € a la que habrán de añadirse otros 10.000 € por el daño moral integrado por la falta de consentimiento informado.

SEXTO.- Al estimarse en parte el recurso no procede efectuar una expresa imposición de costas (art. 139.1 de la Ley 29/98).

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por Dña. Elena contra la Resolución del Ilmo. Sr. Consejero de Sanidad del Principado de Asturias de 19 de febrero de 2004 que se anula por no ser conforme a derecho", y declarar la obligación de la Consejería de Salud del Principado de abonar a la recurrente y por todos los conceptos la cantidad de 74.215,75 € más intereses devengados desde la fecha de la reclamación en la vía administrativa.

Y sin expresa imposición de las costas procesales.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION PARA UNIFICACION DE DOCTRINA, en el término de TREINTA DIAS para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.