

**Id. Cendoj:** 28079130042014100239  
**Organo:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 4  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Fecha de resolución:** 03/10/2014

**Nº Recurso:** 4000/2012

**Ponente:** MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA

**Procedimiento:** CONTENCIOSO

**Idioma:** Español

***TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo***

***Contencioso-Administrativo***

**Sección:** CUARTA

**SENTENCIA**

***Fecha de Sentencia:*** 03/10/2014

***RECURSO CASACION Recurso Núm.:*** 4000 / 2012

***Votación:*** 30/09/2014

***Ponente:*** Excm.a. Sra. D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella

***Secretaría de Sala :*** Ilma. Sra. D<sup>ña</sup>. María Josefa Oliver Sánchez

***Escrito por:*** CGR

***Nota:***

Recurso de casación. Responsabilidad patrimonial sanitaria. Pérdida de oportunidad apreciada por la sentencia cuando lo que se describe es un supuesto de responsabilidad patrimonial.

***RECURSO CASACION Num.:*** 4000/2012

***Votación:*** 30/09/2014

***Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup>:*** María del Pilar Teso Gamella

***Secretaría Sr./Sra.:*** Ilma. Sra. D<sup>ña</sup>. María Josefa Oliver Sánchez

**S E N T E N C I A**

**TRIBUNAL SUPREMO.**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: CUARTA**

***Excmos. Sres.: Presidente:***

**D. Segundo Menéndez Pérez**

***Magistrados:***

**D. Luis María Díez Picazo Giménez**

**D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella**

**D. José Luis Requero Ibáñez**

**D. Ramón Trillo Torres**

En la Villa de Madrid, a tres de Octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 4000/2012 interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de D. Ángel Jesús y Araceli, contra la Sentencia de 13 de junio de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en recurso contencioso-administrativo nº 164/2005, sobre responsabilidad patrimonial.

Han sido partes recurridas La Letrada de la Generalitat Autónoma de la Región de Murcia, en la representación que legalmente ostenta, y la Procuradora de los Tribunales Dña. Esther Centoira Parrondo, en nombre y representación de "Zurich España Cia, de Seguros y Reaseguros".

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Murcia se ha seguido el recurso contencioso administrativo, interpuesto por la misma parte ahora recurrente, contra la desestimación presunta de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por responsabilidad patrimonial de la Administración acaecida con motivo de la asistencia al parto prestada a la recurrente.

**SEGUNDO**.- La sentencia impugnada acuerda en el fallo lo siguiente:

*<<Estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Ángel Jesús y por Dña. Araceli, en su propio nombre y en el de su hijo D. Diego contra la resolución desestimatoria presunta de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por perjuicios derivados de asistencia sanitaria, resuelta de forma expresa por Orden de 15 de septiembre de 2010, rectificada por la de 1 de diciembre siguiente, y, en consecuencia, anulamos dicho acto por no ser conforme a derecho, debiendo la Administración demandada indemnizar a Diego en la cantidad de 300.000 euros, y con aplicación a la Compañía de Seguros Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros, S.S. de lo acordado en el penúltimo fundamento de derecho de esta resolución; sin costas>>.*

**TERCERO.-** Contra dicha Sentencia se prepara, primero ante la Sala "a quo" y se interpone, después, ante esta Sala, recurso de casación, en el que se solicita que se estime la casación, se case y anule la sentencia dictada, y se resuelva conforme lo solicitado en el suplico de la demanda. Mediante otrosí se solicita que se plantee cuestión de inconstitucionalidad y cuestión prejudicial por la aplicación de la Ley de Tasas.

**CUARTO.-** Las partes recurridas, la Administración de la Comunidad Autónoma y la aseguradora, presentaron sendos escritos de oposición, solicitando que se desestimen las pretensiones de la parte recurrente, se confirme la sentencia recurrida, y se impongan las costas a la recurrente.

**QUINTO .-** Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día 30 de septiembre de 2014, en cuya fecha ha tenido lugar.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. **María del Pilar Teso Gamella** , Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia que aquí se recurre estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto, por la parte ahora y entonces recurrente, contra desestimación presunta de la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulada por los perjuicios sufridos como consecuencia de la asistencia al parto prestada a la recurrente, en el Hospital "Los Arcos".

La estimación en parte del recurso contencioso administrativo, se funda, a tenor de los informes médicos de la Inspección Médica, el informe del médico ginecólogo aportado por la recurrente en la instancia, las declaraciones de sendos médicos ginecólogos y matronas que intervinieron antes y durante el parto, el médico ginecólogo de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, y el neurólogo que atendió al niño en el servicio de Neuropediatría del hospital al que fue trasladado (Hospital "Virgen de Arrixaca"), en que no se pudo acreditar, a juicio de la Sala de instancia, la infracción de la *lex artis* ni, por tanto, la concurrencia de los requisitos exigibles para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración. Ahora bien, considera la Sala, no obstante, que se ha producido una "pérdida de oportunidad", pues *<<conoce esta Sala, pues también se ha acreditado, que son las Matronas las que están facultadas para valorar la evolución del parto y tomar ciertas decisiones, entre ellas al parecer la administración de oxitocina a la gestante. Ahora bien, tampoco se puede desconocer que ante la presencia de ciertos signos un poco alarmantes como eran los DIPS II que tuvieron lugar a partir de las 09:30, y por mucha que sea la experiencia y competencia de la matrona, una adecuada praxis sanitaria obligaba a comunicar esas deceleraciones al ginecólogo, a fin de que adoptara las decisiones oportunas. Y no consta que la matrona avisara al Dr. Jon, ni tampoco lo contrario, es decir, que avisado dejara de presentarse para comprobar el monitor. Tampoco consta en que momento se dejó de administrar oxitocina, si es que se hizo antes de pasar a la recurrente a la sala de partos. No podemos saber, pues no está acreditado, que decisión hubiera tomado el ginecólogo de haber visto las deceleraciones, o en caso de haberlas visto si hubiera tomado otra decisión*

*distinta a la que tuvo de mantener una actitud expectante. Por tanto, no podemos concluir la existencia de una relación de causa a efecto entre la actuación del servicio sanitario y el daño sufrido por el feto. Pero tampoco puede excluirse la posibilidad, como se ha dicho, de que hubiera podido actuarse de otra forma, en definitiva, de haberse evitado el daño. Es lo que el Tribunal Supremo viene denominando pérdida de oportunidad, es decir, que en este caso se ha privado al menor de la pérdida de la oportunidad de haber evitado esa anoxia y consecuente encefalopatía, y ello es indemnizable.>>*

**SEGUNDO** .- La casación sustenta sobre un único motivo, en el que por el cauce del artículo 88.1.d) de la LJCA, se denuncia la lesión del artículo 139 de la Ley 30/1992.

Se sostiene, en síntesis, que la sentencia es contradictoria porque, de un lado, considera que no concurre responsabilidad patrimonial porque no se ha vulnerado la "lex artis" y, por ello, no resulta acreditada la relación de causalidad entre la actuación del servicio sanitario y el daño sufrido por el hijo de los recurrentes. Y de otro, se indica que no consta que la matrona avisara al médico, o que avisado el mismo no acudiera, para comprobar el monitor donde se advertían las deceleraciones. De modo que la sentencia se ocupa, a juicio de la parte recurrente, de determinar de quién fue la culpa de la actuación que da lugar daño producido, si del médico ginecólogo o si la matrona, cuando eso resulta intrascendente a estos efectos. Concluyendo que hubo infracción de la "lex artis" por el servicio sanitario y ello impidió que la recurrente y su hijo fueran adecuadamente tratados.

También solicita la recurrente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad y cuestión prejudicial, ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respectivamente.

Por su parte, la Administración demandada señala que la Sala de instancia no solo valora que no se llamara al ginecólogo para examinar el monitor, sino también el informe del médico de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, que señala

que las alteraciones de la gráfica eran poco alarmantes, sin que existiera, por tanto, pérdida constatada de bienestar fetal.

La aseguradora, en fin, aduce la inadmisión del motivo porque se reiteran los argumentos esgrimidos en la instancia. Niega que se haya realizado una valoración arbitraria de la prueba, y añade que tras valorar la prueba la Sala considera que según los protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia no existía obligación de proceder a la extracción inmediata del feto por medio de cesárea, de modo que no hay infracción de la "*lex artis*". Respecto de la cuantía de la indemnización se señala que no es modificable en casación.

**TERCERO** .- Respecto de la prejudicialidad constitucional y comunitaria que se alega mediante otrosí en el escrito de interposición, debemos señalar que no procede el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ni de cuestión prejudicial comunitaria porque no concurren los presupuestos precisos para ello.

Así es, la norma con rango de ley que se invoca, en este caso la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, y de cuya conformidad con la Constitución se duda, ha de ser determinante del fallo de esta sentencia. En efecto, para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es preciso que la norma legal invocada de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, ex artículo 163 de la CE. Y resulta evidente que el fallo de esta sentencia no depende de la validez de dicha norma legal.

Igualmente el planteamiento de un cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, procede cuando la interpretación o la validez de una norma de dicho ordenamiento jurídico resulte necesaria para resolver el litigio ante un órgano jurisdiccional nacional, lo que no sucede tampoco en este caso.

Repárese que no se alega la infracción de dicha norma legal en ningún motivo de casación, y que, en consecuencia, nuestra decisión no depende de la validez de la Ley 10/2012. Los reparos de validez que se formulan, obviamente, no se invocaron ante la Sala de instancia porque el recurso contencioso administrativo se interpuso en 2005 y la demanda se presentó en 2007, años antes, por tanto, de la vigencia de la Ley 10/2012. También la tasa ha sido ya pagada en casación. Y el alegato de la recurrente no pasa de ser la expresión de una invocación teórica o un reproche general de la citada Ley 10/2012.

**CUARTO.-** Entrando en el examen del único motivo invocado, la lesión del artículo 139 de la Ley 30/1992, debemos adelantar que procede su estimación por las razones que seguidamente expresamos.

La sentencia que se impugna establece unas conclusiones que no describen un supuesto de "pérdida de oportunidad", que es lo que aprecia la Sala de instancia, sino partiendo de los mismos hechos que establece la sentencia se aprecia, a juicio de esta Sala Tercera, la concurrencia de una responsabilidad patrimonial sanitaria.

En efecto, tras valorar la prueba obrante en las actuaciones y en el expediente administrativo. Concretamente, los informes de los médicos ginecólogos y matronas intervinientes en el parto de la recurrente en el Hospital "Los Arcos", el informe de la Inspección médica, el aportado por la recurrente, el informe del médico representante de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, y el informe del médico neuropediatra del Hospital Virgen de Arrixaca, la Sala de instancia concluye que ya había " *signos un poco alarmantes*" como eran los *DIPS II* (deceleración de parto) que aparecen a partir de las 9.30 "y por mucha que sea la *experiencia y competencia de la matrona, una adecuada praxis sanitaria obligaba a comunicar esas deceleraciones al ginecólogo, a fin de que adoptara las decisiones oportunas*". De modo que la sentencia ya describe una infracción de la "*lex artis*" en la prestación sanitaria, que consiste en realizar una monitorización sin que luego haya personal cualificado observando ese monitor, que ya expresaba las deceleraciones mediante la adecuada interpretación de los *DIPS I* y *DIPS II*.



Es más, la sentencia señala que "*no consta que la matrona avisara Don Jon, ni tampoco lo contrario, es decir, que avisado dejara de presentarse para comprobar el monitor*". Por no constar, no consta tampoco, como también recoge la sentencia, cuando se dejó de administrar oxitocina a la paciente, atendidas las declaraciones de la matrona y el médico al respecto.

Téngase en cuenta que el médico de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia ya señala, según recoge la propia sentencia, que a las 9.33 horas había "*caídas que se pueden calificar de DIPS II*", y "*preguntado sobre si una correcta praxis hubiera exigido que la matrona avisara al ginecólogo de las distintas deceleraciones que se produjeron, contestó que sí, y que a él le hubiera gustado que le hubieran avisado*".

**QUINTO** .-. Lo hasta ahora expuesto pone de manifiesto que se ha vulnerado la "*lex artis*", pues su falta de lesión no puede ampararse en una ausencia de prueba basada en los relatos de lo que recuerdan, o no recuerdan, la matrona y el ginecólogo que asistieron al parto.

Téngase en cuenta que a tenor de nuestra jurisprudencia dictada en la aplicación e interpretación del artículo 217 de la LEC, en concreto en su apartado 7, que ha de estarse, en el reparto de la carga de la prueba, a *la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes* en el proceso. De modo que es la Administración quién tiene en este caso atribuida la carga probatoria, y es, por tanto, a ella a quien perjudica dicha ausencia de prueba. Lo que se traduce en este caso en el que la bradicardia que aparece claramente a las 9.50 horas evidenciando una pérdida de bienestar fetal, origen de las lesiones producidas, ya estaba anunciada, y precisaba al menos una observación, interpretación y evaluación por un profesional médico especialista, al menos desde que se producen las señales de alarma, DIPS II, que la sentencia cifra alrededor de las 9.30 horas. De poco sirve, en definitiva, una monitorización fetal, para evitar situaciones de sufrimiento del feto, si luego no se observa el monitor o se prescinde de las señales de alerta que emite.

**SEXTO** .- En consecuencia, se ha producido, insistimos, una infracción de la "*lex artis*" y así se infiere claramente de lo expuesto por la propia Sala de instancia en la sentencia recurrida (fundamento de derecho séptimo), cuando alude a que lo sucedido no se corresponde con una "*adecuada praxis sanitaria*". En este sentido la propia Administración recurrida señala, en su escrito de oposición, que efectivamente la "*matrona debía haber advertido al obstetra de la existencia de incidencias en la gráfica de monitorización fetal*".

Igualmente se aprecia una relación de causalidad entre los hechos señalados y el daño producido al nacer al hijo de la recurrente, pues aunque en el último párrafo del fundamento de derecho séptimo de la sentencia se indica la no lesión de la "*lex artis*", a lo que vincula la falta de relación de causalidad, lo cierto es que del propio relato de la sentencia se infiere lo contrario.

Así es, ya hemos señalado la vulneración de la "*lex artis*" concurrente, la carga de la prueba que correspondía a la Administración con las consecuencias que se anudan a su ausencia, y, en fin, la relación de causalidad que tiene fundamento en las propias conclusiones que la sentencia extrae del informe del médico neuropediatra del Hospital Virgen de Arrixaca, cuando declara que el diagnóstico de la enfermedad que padece el hijo de los recurrentes se produjo, pues no se deduce otra opción o posibilidad verosímil, al nacer, en el momento del nacimiento, pues << *Habida cuenta de que el niño presentó los signos de esa hipoxia y consecuente encefalopatía de forma muy próxima al nacimiento, puede concluirse en una deducción lógica que el episodio tuvo lugar antes de su nacimiento. (...) El diagnóstico, según hemos dicho, está acreditado. Y ese diagnóstico, pese a todas las estadísticas, ha de relacionarse también con una pérdida de bienestar fetal, pues el propio Dr. Luis Alberto señaló que no existían otros antecedentes o factores que hicieran pensar en un origen distinto.>>.*

**SÉPTIMO.-** Declarada, por tanto, la responsabilidad patrimonial, la determinación de la indemnización, atendidas nuestras limitaciones en casación, ha de cifrarse en 600.000 euros que es la cantidad que declara la sentencia, en el fundamento de derecho octavo, por ser ajustada y conforme a los precedentes de la propia

Sala de instancia, ante patologías similares a las padecidas en este caso, cuando se ha declarado, como ahora, la responsabilidad patrimonial sanitaria. La seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley avalan también su aplicación al caso.

El desglose de los daños para la determinación de la indemnización que se hace en el escrito de demanda, página 26, al que nos remite el escrito de interposición de la casación, no nos hace alterar la indemnización globalmente fijada, atendiendo, esencialmente y de manera integral, a las secuelas que se han determinado y a la dependencia que comporta en el futuro.

Por cuanto antecede, procede declarar haber lugar al recurso de casación y estimar en parte el recurso contencioso administrativo.

**OCTAVO** .- No procede imponer a la parte recurrente las costas procesales del recurso de casación (artículo 139.2 de la LRJCA).

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

## **F A L L A M O S**

Que estimando motivo invocado, declaramos lo siguiente:

1.- **Ha lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Ángel Jesús y Araceli, contra la Sentencia de 13 de junio de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en recurso contencioso-administrativo nº 164/2005. Por lo que se casa y anula la sentencia en los términos expuestos.

**2.- Estimar en parte el recurso contencioso administrativo** interpuesto por los mismos recurrentes contra la denegación de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, por los perjuicios sufridos como consecuencia de la asistencia al parto prestada a la recurrente. Declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración, Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, condenando, a dicha Administración y a la aseguradora, al pago de una indemnización de 600.000 euros a los recurrentes.

**3.- Sin costas.**

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Segundo Menéndez Pérez Luis María Díez Picazo Giménez

María del Pilar Teso Gamella José Luis Requero Ibáñez

Ramón Trillo Torres

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D<sup>a</sup> María del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.