



Roj: **STS 2135/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2135**

Id Cendoj: **28079130042015100168**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **06/05/2015**

Nº de Recurso: **2099/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JESUS CUDERO BLAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 4159/2013,**
STS 2135/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Mayo de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. **2099/2013** interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña María del Carmen Jiménez Cardona, en nombre y representación de **D. Dimas**, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Novena) de fecha 15 de marzo de 2013, dictada en el procedimiento ordinario núm. 511/2007, sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria; es parte recurrida la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, representada por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La representación procesal de doña Concepción, don Maximo y el hijo de los anteriores, don Dimas, interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid el recurso núm. 511/2007 contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial, presentada con fecha 28 de diciembre de 2006, por la asistencia sanitaria recibida por doña Concepción en el hospital 12 de octubre de Madrid durante el parto de su hijo Dimas, nacido el día NUM000 de 1988, como consecuencia de la cual se habrían producido en este último las secuelas constatadas en la resolución de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid de 16 de octubre de 2006, por la que se le reconoce un grado de minusvalía del 68%.

SEGUNDO. En su escrito de demanda, de 26 de enero de 2010, pretendía la parte actora la nulidad de la mencionada resolución presunta por entender que concurrían los presupuestos necesarios para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial, solicitando una indemnización de 769.206,61 euros, desglosada en los siguientes términos: a) 201.336,75 euros por "perjuicios físicos"; b) 349.458,38 euros por "necesidad de ayuda de otra persona"; c) 87.364,59 euros por "adecuación de vivienda"; d) 131.046,89 euros por "perjuicios morales a familiares".

TERCERO. La representación procesal de la Comunidad de Madrid interesó, en su escrito de contestación a la demanda, la desestimación del recurso por considerar que la acción de responsabilidad patrimonial había prescrito al formular la reclamación y por entender, en todo caso, que no se había producido la infracción de la *lex artis* defendida en la demanda.

CUARTO. Concluido el proceso, la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia, de fecha 15 de marzo de 2013, cuya parte dispositiva desestimó el recurso contencioso-administrativo, declarando ajustada a derecho la resolución presunta impugnada por entender, sustancialmente, que "la formulación de la reclamación el 28 de diciembre de 2006



tuvo lugar fuera del plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común " por cuanto " la secuela de retraso psicomotor leve-moderado que padece don Dimas y, por tanto, su previsible evolución de retraso leve a moderado era conocida por los recurrentes desde que en diciembre de 1990 fue diagnosticada y así determinada en su alcance " .

QUINTO. La representación procesal de don Dimas ha interpuesto recurso de casación frente a la citada sentencia, aduciendo un único motivo al amparo del número 1º, letra d) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de los artículos 142.5 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y de la jurisprudencia que los interpreta, al haber procedido la Sala de instancia a interpretar de forma incorrecta la prescripción del derecho y valorar la prueba de manera ilógica, irracional y arbitraria. Interesaba, así, la revocación de aquella sentencia y un pronunciamiento sobre el fondo del asunto en el que se declarase el derecho del recurrente a una indemnización de 638.159,72 euros, más intereses legales correspondientes, excluyendo la suma solicitada en la demanda en concepto de perjuicios morales a familiares.

SEXTO . Admitido el recurso de casación por providencia de la Sección Primera de este Tribunal de 30 de octubre de 2013, la Comunidad de Madrid presentó escrito de oposición en el que solicitó la desestimación del recurso.

SÉPTIMO. Concluidas las actuaciones, por providencia de 26 de febrero de 2015 se designó ponente al Excmo. Sr. Magistrado don Jesus Cudero Blas y se señaló para la votación y fallo del presente recurso la audiencia del 28 de abril de 2015, fecha en la que efectivamente se deliberó y votó el mismo con el resultado que ahora se expresa.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Como resulta de los antecedentes expuestos, la Sala de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo al considerar prescrita la acción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que las secuelas padecidas por Dimas (causalmente vinculadas, según la demanda, a la atención sanitaria dispensada al nacer) ya estaban perfectamente determinadas en diciembre de 1990, decisión a la que se opone la parte recurrente por cuanto, a su juicio, si bien la secuela neurológica tiene su origen en el parto, la determinación de su concreto alcance solo ha sido posible tras la constatación (en octubre de 2006) de un retraso mental " moderado ", cualitativamente superior al retraso " leve " que aparecía en diciembre de 1990.

La solución a la cuestión controvertida exige partir de los siguientes hechos, que han de reputarse no controvertidos:

1. Doña Concepción , que había cursado un embarazo normal, ingresó en el Hospital 12 de octubre de Madrid a las 23,50 horas del 24 de agosto de 1988, con un período de gestación de treinta y siete semanas y seis días, por "rotura prematura de membranas", siendo trasladada, tras su exploración, a la unidad de "expectantes" del centro sanitario. A las 17.30 horas del día siguiente se indicó cesárea por estancamiento, que efectivamente le fue practicada a la paciente, dando a luz a un varón que pesó 2.470 gramos.

2. Según el informe pediátrico de neurología emitido por dos facultativos del hospital 12 de octubre con fecha 12 de diciembre de 1990 (folio 79 del expediente administrativo), el niño presentó al nacer " un síndrome dismórfico con leve retraso motor y psíquico cuya exacta etiología no ha sido filiada, pero que no corresponde a una encefalopatía progresiva dada la normalidad de las pruebas efectuadas ", añadiendo que " creemos que este niño puede presentar secuelas de una encefalopatía fija antenatal o perinatal de carácter leve-moderado " .

3. Con fecha 6 de agosto de 1990 le fue concedido al entonces menor, por el Instituto de Asuntos Sociales, una minusvalía del 33% por las lesiones consistentes en " retraso psicomotor de grado ligero y astrágalo vertical congénito " .

4. Y el 16 de octubre de 2006, la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid le ha reconocido un grado de minusvalía del 68% por la presencia, entre otras lesiones, de un " retraso mental moderado " .

5. La reclamación administrativa exigiendo la responsabilidad patrimonial se formuló el 28 de diciembre de 2006.

SEGUNDO . Cuando la sentencia recurrida aborda la cuestión de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial cita con acierto la consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del principio de la *actio nata* , a cuyo tenor, en lo que ahora interesa, el *dies a quo* del plazo prescriptorio ha de situarse en la fecha en que se ha determinado el alcance de las secuelas, como se sigue del artículo 142.5 de la Ley



30/1992, de 26 de noviembre, momento en el que se entiende que el afectado tiene pleno conocimiento de las condiciones fácticas y jurídicas que pueden justificar una reclamación de esta naturaleza.

Ciertamente, la jurisprudencia de esta Sala (por todas, sentencia de 26 de febrero de 2013, dictada en el recurso de casación núm. 367/2011) distingue, en supuestos como el que nos ocupa, entre *daños continuados*, que no permiten conocer en el momento en que se producen los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, el *dies a quo* será aquél en que ese conocimiento se alcance; y *daños permanentes*, que aluden a lesiones irreversibles e incurables, aunque no intratables, cuyas secuelas resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo por tanto cuantificables, por lo que los tratamientos paliativos o de rehabilitación ulteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance.

Hemos dicho también (sentencia de esta misma Sección de 3 de octubre de 2014, dictada en el recurso de casación núm. 3957/2012) que en algunas de las enfermedades, de carácter grave, definitivo o irreversible, derivadas del sufrimiento fetal en el parto, "normalmente el diagnóstico se conoce en los momentos posteriores al parto, aunque en la evolución de la enfermedad hay un margen, nada desdeñable, que hace variar el rigor de sus manifestaciones posteriores, según los casos".

Lo relevante, con independencia de la terminología, es determinar el momento en el que las manifestaciones esenciales de la enfermedad y las secuelas que ésta indefectiblemente acarrea pueden reputarse como efectivamente constatadas, de modo que los afectados puedan ya ejercitar su derecho a reclamar al considerarse completados los elementos fácticos y jurídicos que permiten deducir la acción.

En el caso de autos, ha de partirse del hecho notorio de que el retraso mental, el retardo mental o el retraso psicomotor constituye un déficit de la función intelectual que la Ciencia Médica clasifica en diferentes grados, en atención fundamentalmente al cociente intelectual, cada uno de los cuales representa un nivel de debilidad mental distinto. Tan es así, que en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (conocido como *Baremo*) se distinguen, como secuelas indemnizables diferenciadas consistentes en el "deterioro de las funciones cerebrales superiores integradas", los retrasos *leves, moderados, graves y muy graves*, a cada uno de los cuales se asigna una puntuación (v. Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, en la actualización efectuada el 15 de marzo de 2014) en atención, precisamente, a la distinta entidad de las deficiencias psíquicas que cada uno de esos grados entraña.

La anterior afirmación tiene relevancia porque la clave de bóveda del debate procesal en relación con la prescripción está constituida (en la instancia y en esta casación) por el binomio leve/moderado aplicable al retraso que padece Dimas. Según el recurrente, la calificación del retardo mental como *moderado* se produce por primera vez el 16 de octubre de 2006, cuando la Consejería competente de la Comunidad de Madrid reconoce una minusvalía a Dimas del 68%. Solo entonces, a juicio de la parte actora, puede reputarse determinado el alcance de las secuelas que derivarían del sufrimiento fetal que le ocasionó el parto.

La sentencia recurrida entiende, por el contrario, que el concreto retraso psicomotor era conocido por el interesado desde los años 1990 del siglo pasado, mucho antes, por tanto, del momento en el que dedujo la reclamación administrativa. Esta perfecta diagnosis se deduciría, según el fundamento de derecho cuarto de aquella sentencia, de los siguientes datos:

1. Del informe de neurología pediátrica de 12 de diciembre de 1990, en el que se hace mención expresa a la presencia de un "retraso psicomotor leve-moderado".
2. De las numerosas referencias a la existencia de un "retraso psicomotor" contenidas en diversos informes médicos, como el efectuado tras una intervención de amigdalitis (12 de enero de 1996) o como consecuencia del consentimiento informado para una anestesia (12 de enero de 1999).
3. Del informe emitido por el centro de rehabilitación "Dionisia Plaza" de Madrid con fecha 13 de octubre de 1997 en el que se señala que el entonces menor "acude a este centro por presentar retraso moderado".

No compartimos la tesis de los jueces *a quo*. Si, como se ha dicho, resultan perfectamente diferenciadas las secuelas consistentes en retraso mental *leve* y retraso mental *moderado*, por tratarse de dos grados que implican, de suyo, una distinta deficiencia intelectual, parece evidente que el argumento de la sentencia de instancia solo sería válido si el retraso *moderado* se hubiera constatado de manera indubitada en alguna de las fechas mencionadas en el fundamento de derecho cuarto de esa resolución (diciembre de 1990, enero de 1996, octubre de 1997 o enero de 1999).



Sin embargo, ninguno de los informes a que la sentencia hace mención permite entender que aquel grado de retraso mental (*moderado*) estuviera determinado y fuera perfectamente conocido por los representantes legales del menor en la fechas que se señalan. En efecto:

1. En los informes de 12 de enero de 1996 (con ocasión de la operación de amigdalitis) y de 12 de enero de 1999 (consentimiento informado para la anestesia) se menciona exclusivamente el "*retraso psicomotor*", sin precisar o calificar su alcance.
2. En el emitido por el centro de rehabilitación "Dionisia Plaza" de Madrid con fecha 13 de octubre de 1997 se hace referencia, ciertamente, a que el enfermo acude al centro "*por presentar retraso moderado*"; ello no obstante, el diagnóstico efectuado tras las pruebas de pediatría, neurología, psiquiatría, psicología y logopedia a las que fue sometido el menor concluye que Dimas presenta un "*retraso psíquico de probable causa connatal*", sin especificar o concretar en modo alguno el grado de ese retraso.
3. En el informe de neurología pediátrica de 1990, en fin, no se especifica en absoluto el grado de retraso mental del niño, sino que se califica su retraso psicomotor en "*leve-moderado*" y se recomienda estimulación y estudio psicológico "*para evaluar su grado de retraso psíquico*".

A ello debe añadirse que el único momento en el que se califica el retraso mental de Dimas como "*moderado*" es en el reconocimiento del porcentaje de minusvalía que se efectúa el 16 de octubre de 2006. Solo entonces, a juicio de este Tribunal, han podido los interesados conocer en todas sus dimensiones el alcance efectivo de las secuelas, pues solo a partir de aquella fecha cabe afirmar que el retraso que efectivamente padece Dimas se sitúa en un grado (el *moderado*), cualitativamente distinto al que hasta entonces había sido establecido. No olvidemos que en el reconocimiento anterior de minusvalía (del 33%) se calificó el retardo como *leve* y que, como se ha razonado, nada hay en los informes emitidos que permita inferir la clara e indubitada existencia de una deficiencia intelectual superior a la leve.

En definitiva, "*la determinación del alcance de las secuelas*" no se ha producido en ninguna de las fechas tenidas en cuenta por la sentencia recurrida, pues de aquellos informes médicos (de 1990, 1996, 1997 y 1999) no se seguía en absoluto, con la claridad pretendida, que el retraso mental o psicomotor del entonces menor de edad fuera efectivamente "*moderado*". Y, desde luego, no puede entenderse que los representantes legales de Dimas tuvieran el necesario conocimiento de las secuelas con la sola referencia (contenida en el informe de neurología pediátrica de diciembre de 1990) a que el retraso que presentaba entonces era "*leve-moderado*", habida cuenta que esos dos conceptos constituyen sendos grados de deficiencia intelectual que han de ser tratados, cualitativamente y desde el punto de vista indemnizatorio, como secuelas claramente diferenciadas.

El motivo del recurso, amparado en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional debe, por tanto, acogerse, casando la sentencia impugnada en cuanto declaró prescrita la reclamación deducida con fecha 28 de diciembre de 2006, infringiendo lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y la jurisprudencia que lo interpreta.

Ello obliga a este Tribunal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 95.2.d) de la Ley de esta Jurisdicción, a resolver, ya como jueces de instancia, el fondo de la cuestión controvertida a efectos de determinar si resultaba o no procedente la reclamación de responsabilidad patrimonial por derivar el retraso mental moderado que padece el recurrente del sufrimiento fetal que se defiende.

TERCERO. En relación con la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, ha señalado este Tribunal con reiteración (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 4229/2011, y 4 de julio de 2013, recaída en el recurso de casación núm. 2187/2010) que "*no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente*", por lo que "*si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido*" ya que "*la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados*".

En el caso de autos, la parte demandante considera que la atención médica dispensada en el hospital 12 de octubre de Madrid a la Sra. Concepción con ocasión del parto de su primer hijo ha infringido la *lex artis* por cuanto, a su juicio, los daños cerebrales que presenta Dimas "*fueron originados por sufrimiento fetal*", alegación que descansa en distintos informes que constan en autos, concretamente en los siguientes:

1. En el emitido por el servicio de neurología pediátrica del propio hospital 12 de octubre de fecha 12 de diciembre de 1990, en el que se describe el síndrome dismórfico con leve retraso motor y psíquico que padece



el menor desde su nacimiento y en el que, tras afirmar que su exacta etiología no ha sido filiada, se señala expresamente que " *este niño puede presentar secuelas de una encefalopatía fija antenatal o perinatal de carácter leve-moderado*".

2. En el realizado por el servicio de otorrinolaringología infantil con fecha 12 de enero de 1996, con ocasión de una operación de amigdalitis a la que se sometió el menor, en el que se recoge (como antecedentes) que se trata de un " *niño de siete años con retraso psicomotor por sufrimiento fetal agudo* ", afirmación que se reitera un día después (en el informe previo a su entrada en quirófano) señalando que el paciente sufre un " *retraso psicomotor por SFA (sufrimiento fetal agudo)* ".

3. En el que efectúa el centro de rehabilitación "Dionisia Plaza" de Madrid con fecha 13 de octubre de 1997, que afirma que Dimas sufre un " *retraso psíquico de posible causa connatal* ".

4. En el de 15 de diciembre de 2005, del servicio de cirugía maxilofacial, en el que -como antecedentes- se alude a la existencia de una " *secuela de parálisis neurogénica por sufrimiento fetal* ", que se recoge también en el informe preanestésico anterior a una operación de cordales efectuada en el hospital 12 de octubre.

5. En el que emite el médico de familia de Orcasitas con fecha 24 de mayo de 2006, según el cual Dimas " *presenta enfermedad de limitación física y psíquica por sufrimiento fetal que le impide valerse por sí mismo para la realización de diversas tareas* ".

En contra de la existencia de cualquier atisbo de sufrimiento fetal se ha pronunciado, sin embargo, el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del hospital en el que se produjo la asistencia al parto, en cuyo informe de 29 de mayo de 2007 (posterior a la presentación de la reclamación por responsabilidad patrimonial) se señala literalmente que " *durante el parto, el feto fue controlado mediante registro continuo de su frecuencia cardíaca, registro obtenido por monitorización interna y, según consta en el partograma, en todo momento dicho registro fue compatible con la normalidad (frecuencia cardíaca de base: 140 latidos por minuto, variabilidad ondulatoria y ascensos)* ".

En este último informe (que consta a los folios 124 a 126 del expediente) se describen pormenorizadamente los datos y las anotaciones contenidos en el partograma, así como el resumen del parto que consta en la historia clínica y los extremos que aparecen en la hoja de protocolo de la intervención por cesárea. Sin embargo, estos documentos no han podido aportarse a las actuaciones judiciales, a pesar de la reiterada petición de los mismos por la parte actora, ya que, según informó a la Sala el Jefe de Grupo de Archivo y Documentación de la Clínica con fecha 29 de mayo de 2009, " *debido al tiempo transcurrido no ha sido posible localizar* " tales documentos.

También resultan contrarias a la existencia de sufrimiento fetal en el parto las conclusiones que se siguen de las dos pruebas periciales practicadas en el proceso, a cuyo tenor " *en el parto estacionado se cumplieron los protocolos*", sin que aparezcan " *las condiciones para considerar que exista una relación causa- efecto entre la hipoxia intraparto y los daños neurológicos* ", ni tampoco " *los criterios no específicos pero que tomados conjuntamente pueden sugerir un evento perinatal* " (Dictamen emitido por don Remigio , médico especialista en Pediatría y Neurología), siendo así que los antecedentes del caso (rasgos dismórficos y alteraciones ortopédicas en los pies, ausencia de alteraciones de la frecuencia cardíaca fetal, resultado del test de apgar a los cinco minutos del parto e inexistencia de líquido amniótico teñido) permiten afirmar que " *el niño no presentó en ningún momento una hipoxia intraparto aguda*" y que las alteraciones que se describen " *son consecuencia de un factor de riesgo anteparto* " (Dictamen emitido por don Jesús Carlos , médico especialista en Obstetricia y Ginecología).

Conviene desde ahora destacar, en relación con esas dos pruebas periciales, que las conclusiones obtenidas por los profesionales que han emitido los dictámenes tienen en cuenta los datos del partograma y de la historia clínica referidos en el informe del Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del hospital de 29 de mayo de 2007. No en vano los extremos de los que parten los peritos especialistas en neurología pediátrica y en obstetricia y ginecología (tono del líquido amniótico y frecuencia cardíaca fetal, fundamentalmente) derivan exclusivamente de las referencias contenidas en aquel informe de mayo de 2007 pues no han podido observar las gráficas derivadas de aquellos documentos al haberse extraviado los mismos.

La inexistencia de cualquier soporte documental que determine la frecuencia cardíaca fetal durante el período en el que la Sra. Concepción estuvo en el hospital con anterioridad a la cesárea (unas dieciocho horas, en la unidad de expectantes) adquiere en el caso particular relevancia por cuanto serían aquellos documentos los que aclararían de manera indubitada la cuestión que se suscita. Recordemos que en el repetido informe de 29 de mayo de 2007 se hace referencia expresa a los resultados que arroja el registro de frecuencia fetal basal realizado en la unidad de expectantes a las 00.30 horas del 28 de agosto de 1988, a las anotaciones del partograma respecto de la frecuencia cardíaca del feto y a los datos que resultan de la hoja de protocolo



de la intervención quirúrgica. Ocurre, sin embargo, que ni la parte actora, ni los peritos que han emitido informe en la instancia, ni esta Sala disponen de esos registros o de esas gráficas, de forma que el control mediante monitorización interna y los resultados de ésta solo son conocidos a través del informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología, emitido después de formularse la reclamación, que habría tenido a la vista unos documentos (el partograma, la historia clínica, la hoja de protocolo de la intervención) que se extravían con posterioridad.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre la incidencia, en supuestos como el analizado, de la ausencia por pérdida o extravío de gráficas o registros esenciales para determinar la forma concreta en que se desarrolla la actuación médica. Se ha señalado al respecto que la imposibilidad de incorporar al proceso tan importante elemento de prueba, " *no puede beneficiar al causante de la misma* " (sentencia del Tribunal Supremo, Sección Sexta, de 2 de noviembre de 2007, recurso de casación núm. 9309/2003), de forma que una vez constatado el daño por los interesados " *resulta a cargo de la Administración la prueba de que ajustó su actuación a las exigencias de la lex artis, pues es ella, y no los actores, la que tiene la disponibilidad y facilidad de probar que la asistencia prestada fue correcta y la que 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 acaecido (...)* " (sentencia de esta Sección de 23 de diciembre de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 1364/2008).

Y en dos supuestos similares al que ahora nos ocupa, también ha señalado este Tribunal (sentencias de 2 de enero de 2012, recaída en el recurso de casación núm. 3156/2010 , y de 27 de abril de 2015, recurso de casación núm. 2114/2013) que, en la medida en que la ausencia de soporte documental " *puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido* ", cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes la historia clínica completa y rigurosa de lo acontecido en el parto " *se les ha impedido acreditar si efectivamente se produjo o no sufrimiento fetal, con lo que es la Administración, que debía haber facilitado, por su disponibilidad, esta documentación, la que debe correr con los perjuicios de la falta de prueba* " ya que se ha privado a los afectados " *de la capacidad de probar y defender una hipótesis respecto de la que la Administración estaba en mejor posición* " .

Es cierto que, en el caso analizado, los datos disponibles no permiten afirmar de manera indubitada que el retraso diagnosticado a Dimas esté causalmente vinculado al sufrimiento fetal que padeció durante la asistencia médica al parto de su madre. Es cierto también que la prueba pericial practicada en autos con todas las garantías legales excluye la hipoxia intraparto y que los informes aportados por la parte actora (de los servicios de otorrinolaringología infantil o de cirugía maxilofacial, del centro de rehabilitación o del médico de familia) no ponen de manifiesto con claridad la existencia de ese sufrimiento, al limitarse a recogerlo como " *antecedentes* " de la actuación realizada o a reflejar la causa connatal del retraso mediante una declaración que no va acompañada de los datos en los que se asienta.

Ello no obstante existen en las actuaciones datos que constituyen serios indicios de la causa connatal del retardo mental que sufre Dimas o, al menos, que provocan en el Tribunal una duda razonable sobre la posible existencia de un sufrimiento fetal no debidamente abordado por los servicios médicos que atendieron el parto. El informe del servicio de neurología pediátrica de 12 de diciembre de 1990, efectuado solo dos años después del parto y en el que se contiene un pormenorizado análisis de la evolución del niño desde su nacimiento, contiene dos afirmaciones que consideramos de particular importancia: la exacta etiología del leve retraso motor y psíquico del paciente " *no ha sido filiada* " y la secuela que padece (la encefalopatía fija leve-moderada) puede ser " *antenatal o perinatal* " .

Ni qué decir tiene que aquella duda razonable podría haberse despejado con los documentos (el partograma o la historia clínica) en los que aparecerían consignadas las concretas circunstancias del alumbramiento y que hubieran podido descartar, en su caso, la supuesta hipoxia intraparto aguda. Tales documentos, empero, no han sido aportados a las actuaciones a pesar de que, al parecer, sí fueron tenidos a la vista por el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del hospital en el que se produjo la asistencia al parto en mayo de 2007, extraviándose después cuando son requeridos por la Sala a instancias de la parte recurrente.

Si, como ya se ha dicho, es la Administración la que tiene la disponibilidad y facilidad de probar que la asistencia prestada fue correcta y la que tenía el deber de custodia de aquellos registros y de esa documentación, es claro que su pérdida o extravío ha impedido al interesado, situado desde el punto de vista probatorio en peor posición que esa misma Administración, acreditar que la asistencia al parto no se ajustó a las exigencias de la *lex artis* , lo que obliga a la Sala a resolver aquella duda, a los efectos del proceso, a favor de la parte demandante y declarar, correlativamente, que el retraso mental que padece Dimas está causalmente vinculado a la deficiente asistencia médica.



En definitiva, la infracción en el caso de la *lex artis* se asienta en tres proposiciones: a) La imposibilidad de afirmar, con absoluta certeza, que en la asistencia al parto de la Sra. Concepción no existió sufrimiento fetal; b) La ausencia, por extravío, de los documentos esenciales en los que se contienen los datos y gráficas que recogen la forma en que tuvo lugar aquella asistencia en las dieciocho horas anteriores a la práctica de la cesárea, documentos que la Administración tenía en su poder, que no custodió debidamente y que no han podido ser tenidos en cuenta por la parte actora para defender su pretensión resarcitoria; c) La improcedencia de hacer recaer sobre quien defiende la existencia de sufrimiento fetal las consecuencias derivadas de la falta de una documentación que la demandada tenía la obligación de conservar y aportar al proceso judicial y que resultaba absolutamente determinante para precisar la forma en que la asistencia médica fue prestada.

CUARTO . Constatada de este modo la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el resultado dañoso, así como la antijuridicidad del perjuicio por no ser exigible que el demandante soporte las consecuencias de una actuación en la que se aprecia una ausencia de control del bienestar fetal, resta por determinar la cuantía de la indemnización que resulta procedente, para lo cual es necesario efectuar tres precisiones:

1. La pretensión relativa al resarcimiento de los "*daños morales a familiares*" que se contenía en el escrito rector del procedimiento en la instancia ha sido abandonada en la casación, pues ahora se solicita exclusivamente una indemnización por los daños físicos (201.336,75 euros), por la necesidad de ayuda de otra persona (349.458,38 euros) y por la adecuación de la vivienda (87.364,59 euros).

2. El único daño indemnizable (en cuanto conectado con el sufrimiento fetal) es el consistente en el "*retraso mental moderado*", toda vez que nada hay en el procedimiento, ni se ha practicado prueba alguna al respecto, que permita afirmar que las otras secuelas tenidas en cuenta en las declaraciones de minusvalía (limitación funcional bipodal por deformidad de los pies o alteración de la conducta) estén vinculadas con la asistencia dispensada en el parto.

3. Ni la condición de gran inválido del recurrente, ni la necesidad de ayuda de otra persona, ni, en fin, la adecuación de la vivienda a la patología que sufre han sido acreditadas, ni siquiera presunta o indiciariamente, en el procedimiento, pues lo único que se ha constatado (v. dictamen técnico facultativo de 2 de noviembre de 2009, aportado con la demanda) es que existe una "*dificultad en la movilidad*", sin que se haya desplegado actividad probatoria alguna por la parte actora para constatar aquellas necesidades.

Presupuesto lo anterior, la Sala entiende procedente fijar, como indemnización a la que el afectado tiene derecho por la única secuela que puede tenerse en cuenta (el retraso mental moderado) y teniendo en cuenta a efectos orientativos las disposiciones contenidas en los Anexos actualizados del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, la suma de 110.000 euros, cantidad que se entiende actualizada al momento presente (artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), y a la que deben añadirse los intereses legales correspondientes desde la fecha en que se formuló la reclamación administrativa en la que se exigía la responsabilidad patrimonial de la Administración por la indebida asistencia sanitaria prestada a la madre del recurrente en el parto que tuvo lugar el NUM000 de 1988.

QUINTO . De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción , no procede la imposición de costas, ni las de este recurso, ni las de la instancia.

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

FALLAMOS

Primero. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña María del Carmen Jiménez Cardona, en nombre y representación de D. Dimas , contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Novena) de fecha 15 de marzo de 2013 , dictada en el procedimiento ordinario núm. 511/2007, sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria, sentencia que se casa y anula.

Segundo. Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Dimas contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial, presentada con fecha 28 de diciembre de 2006, por la asistencia sanitaria recibida por doña Concepción en el hospital 12 de octubre de Madrid durante el parto de su hijo Dimas , nacido el día NUM000 de 1988, declarando la citada resolución presunta disconforme con el Ordenamiento Jurídico.



Tercero. Condenamos a la Administración demandada a abonar a D. Dimas la suma de ciento diez mil euros (110.000 euros), más los intereses legales correspondientes, que habrán de calcularse desde la fecha en que se formuló la reclamación administrativa.

Cuarto. No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas procesales, tanto las causadas en la instancia como en esta casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . D. Segundo Menendez Perez D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D.^a Maria del Pilar Teso Gamella D. Jose Luis Requero Ibañez D. Jesus Cudero Blas D. Ramon Trillo Torres **PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ