



Roj: STS 2289/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2289
Id Cendoj: 28079130012016100058

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2396/2014

Nº de Resolución: 1177/2016

Procedimiento: CONTENCIOSO

Ponente: RAFAEL TOLEDANO CANTERO

Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO CASACION núm.: 2396/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa

Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1177/2016

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Jesús Cudero Blas

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 25 de mayo de 2016.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 2396/2014, promovido por D. Felipe , representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. Sonia López Caballero, bajo la dirección letrada de D. Enrique García García, contra la sentencia de 24 de mayo de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, recaída en el recurso núm. 2014/2008 , en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria.

Han comparecido como partes recurridas la entidad Zúrich Insurance PLC, sucursal en España S.A., representada por la Procuradora Dª. María Esther Centoira Parrondo, y asistida del letrado D. Eduardo Asensi Pallarés; y la Comunidad Autónoma de Castilla y León, representada por la Procuradora Dª. Nuria Munar Serrano, y asistida de letrada de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El presente recurso de casación se interpuso por D. Simón , Dª. Adelina y por su hijo menor de edad D. Felipe , contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha 24 de mayo de 2013, que desestimó el recurso núm. 2014/2008 , formulado inicialmente frente a la desestimación presunta por silencio administrativo y la posterior orden de la Consejería de Sanidad de 25 de junio de 2010, que denegó la reclamación de

responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios derivados de las graves lesiones sufridas por su hijo Felipe , como consecuencia de la defectuosa asistencia médica dispensada en el parto y el nacimiento del niño en el Hospital General Yagüe de Burgos.

SEGUNDO .- La Sala de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo, en base a los hechos probados y valoración de la prueba practicada, con sustento en el siguiente razonamiento:

«[...] En conclusión la actuación médica fue correcta y ajustada a la *lex artis*. Las graves lesiones que presenta el niño no tienen el carácter de daño antijurídico, requisito necesario para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por último, tampoco concurre el título de imputación, que comporta mala praxis médica, referido a la falta de consentimiento informado para la práctica de la cesárea. En primer lugar, porque dicho consentimiento se prestó por la paciente que firmó un documento donde constan los riesgos y posibles complicaciones de la intervención, al folio 225 del expediente figura el documento de consentimiento informado para la cesárea firmado por la paciente. En segundo lugar, porque razones de extrema urgencia que limitan el deber de información al paciente, exigían la práctica inmediata de la cesárea para salvar la vida del feto, no existía otra opción terapéutica. En tercer lugar, porque de la práctica de la cesárea no se ha derivado daño físico alguno para la madre ni para el niño, siendo necesario que se cause algún daño consecuencia de la intervención realizada sin consentimiento del paciente para poder tener derecho a ser indemnizado por el daño moral que comporta la falta de consentimiento informado. En cuarto lugar, en todo caso, del propio relato de la demanda se desprende que cuando se ofreció a la paciente firmar el documento informada para la cesárea, ésta ya intuía una urgencia médica y que se habían presentado complicaciones para el bienestar del feto» (FD Quinto).

TERCERO .- Preparado el recurso en la instancia y emplazadas las partes para comparecer ante esta Sala, la representación procesal de D. Simón , D^a. Adelina , mediante escrito registrado el 3 de febrero de 2015 interpuso el anunciado recurso de casación en el que, al amparo del art. 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (en adelante, LJCA), formula un único motivo de casación en el que denuncia que la sentencia impugnada infringe los arts. 24 de la Constitución española , 131 , 134 , 135 y 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LRJAPyPAC), al entender que la Sala de instancia ha vulnerado las reglas de la sana crítica, «ya que la prueba se ha apreciado de un modo totalmente irrazonable, arbitrario y conduce a resultados inverosímiles, como es determinar que no existió *lex artis* en un supuesto en el que ni siquiera se han seguido los protocolos médicos al efecto» (pág. 5 del escrito de interposición) así como «infringe la doctrina jurisprudencial aplicable al art. 139 de la Ley 30/1992 , en relación con el art. 106 de la Constitución [...] [v]iene a sostener que en la actuación médica lo importante es que el paciente no esté desatendido [...] [p]ero lo cierto es que en este caso si se hubiese dispensado el tratamiento adecuado [cesárea] en el tiempo oportuno no se habrían desencadenado los lamentables sucesos posteriores que llevaron a las consecuencias tan graves que padece el menor afectado [...] [e]n este caso la no observancia del debido protocolo, supuso una pérdida de oportunidad por parte de los facultativos».

Finalmente solicita se «dicte en su día sentencia por la que estimando el recurso case y anule la recurrida, sustituyéndola por otra en la cual se estime la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada».

CUARTO.- Por providencia de 17 de marzo de 2015, se puso de manifiesto a las partes la concurrencia de una posible causa de inadmisión parcial del recurso en relación con los recurrentes D. Simón y D^a. Adelina , al estar exceptuada del recurso de casación la resolución judicial impugnada, por haber recaído en un asunto cuya cuantía no excede de 600.000 euros, ya que se impugnaba una reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria en la que únicamente las cantidades solicitadas para el menor Felipe superaban dicha suma (total 860.000 euros), no así la de sus padres (75.000 euros para cada uno).

Evacuado el trámite de alegaciones por todas las partes, la Sección Primera de esta Sala dictó auto, de fecha 11 de junio de 2015 , declarando la inadmisión del recurso de casación instado por el Sr. Simón y la Sra. Adelina , por razón de la cuantía fijada en el art. 86.2.b) de la LJCA , ya que «existe una acumulación subjetiva de pretensiones, al ser tres los actores, superando dicha cantidad únicamente las cantidades solicitadas de forma singular para el menor, no así las reclamadas a favor de sus padres» (RJ Tercero).

QUINTO .- Conferido traslado de la interposición del recurso a la parte recurrida, la letrada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León presentó, el día 9 de octubre de 2015, escrito de oposición en el que, con carácter previo, vuelve a plantear la inadmisibilidad del recurso, tanto por el hecho de que los recurrentes no manifiestan en ningún momento actuar en nombre y beneficio de su hijo, como porque «no

existe coincidencia alguna entre los motivos de casación anunciados por la parte recurrente, y los alegados al interponer el recurso» (pág. 3 del escrito de oposición).

Subsidiariamente, para el supuesto de que se admitiera el recurso, respecto del único motivo de casación planteado, interesa la inadmisión por entender que, «en realidad, lo que se ha impugnado, es la valoración de la prueba practicada en la instancia por parte de la Sala sentenciadora» (pág. 7), o en su defecto, se declare no haber lugar al mismo, en tanto que «se ha acreditado de forma fehaciente que los facultativos que atendieron a la recurrente obraron de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, y aplicando los conocimientos adecuados al estado de la técnica vigente en aquél momento, y en consonancia con los resultados arrojados por las pruebas médicas aplicadas y practicada», y todo ello con imposición de las costas causadas a la contraparte (pág. 10).

Mediante escrito registrado el 9 de octubre de 2015, la representación de Zúrich España Cía. de Seguros y Reaseguros formuló oposición al recurso de casación en que aduce que la sentencia impugnada objeto del recurso está «perfectamente argumentada en base a la doctrina emanada por esta Sala, al afirmar que la actuación médica fue correcta y ajustada a la *lex artis*» (pág. 9), sin que -a su juicio- la parte actora haya «logrado desvirtuar en modo alguno los razonamientos que recoge la sentencia» recurrida, sustentando sus alegaciones «en meras hipótesis de lo que podría haber pasado de haberse realizado una cesárea anterior que no estaba indicada», y sin acreditar «que la actuación fuese contraria a las exigencias de la *lex artis ad hoc*, sino todo lo contrario, reconociendo incluso que la asistencia se adecuó a los protocolos» (págs. 16-17). Finalmente, pone de manifiesto, que existe exceso e indeterminación en relación con la cuantía solicitada de contrario y concluye suplicando a la sala el dictado de «resolución por la que se desestime íntegramente dicho recurso».

QUINTO. - Evacuados los trámites, se declararon conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo del recurso el día 10 de mayo de 2016, fecha en que tuvo lugar dicho acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se formula contra la sentencia de 24 de mayo de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, desestimatoria del recurso núm. 2014/2008, sobre acción de responsabilidad patrimonial imputable a la Administración recurrida en solicitud de una indemnización de daños y perjuicios por la posible deficiente asistencia médica recibida por los recurrentes.

SEGUNDO.- En primer lugar procede analizar las diversas causas de inadmisibilidad que expone la representación de la Junta de Castilla y León. En primer lugar se aduce que se ha interpuesto el recurso de casación por los padres del menor, sin citar que actuasen en representación de éste, cuando fue el recurso de casación el único que se admitió por el auto de esta Sala, Sección Primera, de 11 de junio de 2015.

El escrito de interposición del recurso de casación, presentado por la Procuradora doña Sonia López Caballero el día 3 de febrero de 2015, no cita expresamente que los comparecientes don Simón y doña Adelina, actúen en nombre y representación de su hijo menor Felipe. Sin embargo, lo cierto es que en todos los escritos procesales se ha venido reflejando que los padres del menor Felipe, don Simón y doña Adelina además de en su propio nombre, actuaban en nombre y representación de su hijo menor Felipe. Se trata por tanto de un error material de la parte que no puede justificar, por impedirlo el principio de buena fe procesal (art. 11.1 de la LOPJ) una consecuencia tan desproporcionada como es la inadmisión del recurso de casación, al quedar suficientemente claro del tenor del escrito de interposición que el recurso de casación que habían interpuesto los padres hoy comparecientes se deducía también en nombre de su menor hijo Felipe, como lo declaró el auto de 11 de junio de 2015 dictado por la Sección Primera de esta Sala que en su FD Tercero precisa que «procede considerar que en el presente recurso existen 2 reclamantes: los padres, por una parte, y su hijo, por otra, de modo que, planteada así la litis, nos encontramos con que la cuantía reclamada de 1.200.000 euros debe ser dividida con arreglo a la regla de la acumulación subjetiva, es decir, en atención al número de recurrentes, en relación con las cantidades individualmente reclamadas por cada uno de ellos [...]. Para el niño Felipe: 350.000 euros de indemnización, más una renta vitalicia de 3.000 euros al mes (de modo que, atendiendo a la regla prevista en el artículo 251 de la LEC, debe ser cifrada en 360.000 euros), así como 150.000 euros en concepto gastos, con lo que en el caso del menor la cuantía del recurso será de 860.000 euros». Así pues, la causa de inadmisión debe ser rechazada.

TERCERO.- En segundo lugar se alega que en el único motivo de casación interpuesto se citan preceptos distintos de los que se invocaron en la preparación. Tampoco puede prosperar esta causa de inadmisibilidad, pues siendo cierto que los preceptos invocados expresamente en la rúbrica del único motivo

sostenido en el escrito de interposición, no coinciden en su mayoría con los que se citaron en los distintos motivos por los que se preparó, no lo es menos que coinciden cuando menos dos, el art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LRJAPy PAC) y el art. 106 de la Constitución española (en adelante, CE), que se invocaron tanto en el motivo tercero del escrito de preparación como en el desarrollo del único motivo que se ha interpuesto, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, donde se razona ampliamente sobre «la infracción de la doctrina jurisprudencial aplicable al art. 139 de la Ley 30/1992 en relación con el art. 106 de la Constitución [...]», además de introducirse en el motivo la infracción del art. 24 de la CE como soporte de la infracción de la tutela judicial efectiva, por valoración irrazonable de la prueba, en especial de la pericial. Y esta cuestión, la valoración de la prueba, también se suscitó en la preparación, concretamente en el motivo tercero, alegando que «la [s]entencia desde nuestro criterio infringe la doctrina jurisprudencial aplicable por [...] realizar una apreciación indebida y arbitraria del resultado fáctico [...]». Y lo más relevante es que existe coincidencia en la cuestión suscitada, que es la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración ex art. 106 de la CE y art. 139 de la LRJAPyPAC, de manera que no puede considerarse que se haya incurrido en el planteamiento de cuestiones o motivos inéditos en el recurso contencioso-administrativo -que constituye un supuesto de inadmisibilidad del recurso de casación ex art. 93.2 de la LJCA -, sino una divergencia entre varias de las normas invocadas, que sin embargo no impide establecer la necesaria correlación entre las cuestiones debatidas en la instancia, las que se anunciaron al preparar el recurso de casación y aquellas que finalmente se sustentan en el escrito de interposición.

CUARTO.- La sentencia recurrida establece en el FD Segundo los hechos que estima acreditados en los siguientes términos:

« A) La paciente es una primigesta de 35 años de edad, sin antecedentes familiares, personales ni de obstetricia de interés.

Embarazo actual. La gestante tuvo como fecha de la última regla el 17 de enero del 2006 y por tanto la fecha probable del parto era el 25 de octubre de 2006.

El control del embarazo se realiza en el Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital General Yagüe de Burgos desde el 17 de marzo de 2006 hasta el momento del parto. Durante el seguimiento del embarazo se le diagnosticó una diabetes gestacional que se trató con medidas dietéticas siendo el resto de las pruebas complementarias y exploraciones realizadas a lo largo del embarazo normales.

Registros radiográficos: se le realiza un registro cardiotocográfico el 29 de octubre de 2006 con el resultado de Registro Reactivo.

Ese mismo día se le realiza una exploración genital que pone de manifiesto un cuello posterior con orificio cervical externo totalmente cerrado. La amnioscopia resulta imposible.

Parto: la paciente ingresa las 19:30 horas del día NUM001 de 2006 porque se ha programado una inducción del parto por embarazo cronológicamente prolongado para el día NUM000 de 2006 (semana 41). En la exploración al ingreso se objetiva un cuello sin modificar. Se realiza test basal que se informa como normal sin dinámica. En el test basal que se repite tras la cena se informa como reactivo y sin dinámica; no se observa ningún dato patológico.

La paciente rompe bolsa espontáneamente a las ocho horas del día NUM000 de 2006 apreciándose líquido meconial.

A las 9:30 horas la paciente es trasladado a la sala de dilatación y es controlada con un registro que se mantiene durante todo el tiempo hasta terminar la cesárea mediante monitorización interna de la frecuencia cardíaca y dinámica uterina; y se comienza la inducción con oxitocina sobre las 10:30 horas del día tres de noviembre de 2006 (semana 41+1). Las condiciones cervicales de la inducción no son muy favorables ya que se trata de un cuello en posterior, borrado en un 50%, de consistencia media y permeable a un dedo. Presentación cefálica.

El patrón de frecuencia cardíaca fetal (FCF) que presenta el RCTG (registro cardiotocográfico) durante las seis horas del parto que media entre las 10:15 horas hasta aproximadamente las 16:21 horas es muy similar. Presenta una línea de base alrededor de 140 lat/min con una variabilidad ondulatoria con ascensos esporádicos y ninguna desaceleración o bradicardia. En el registro se aprecia igualmente una dinámica uterina de tres contracciones cada 10 minutos de gran intensidad. En ningún tramo se puede conseguir considerar que se trata de una frecuencia patológica.

Se le realiza una exploración cervical materna a las 14:00 horas, que evidencia un borramiento del cérvix de un 50% y una permeabilidad de un dedo.

El primer signo de compromiso fetal se evidencia sobre las 16:48 horas aproximadamente en que se avisa a los médicos de guardia por apreciarse una bradicardia fetal de unos 6 minutos de duración con latido cardiaco menor de 100 por minuto y se asocia a una hipertonia por polisistolia que requiere tratamiento con tocolíticos (Pre-par) y que cede en dos o tres minutos tras la administración del fármaco. Hasta el momento de la bradicardia la FCF es normal, tiene un ritmo basal de 140 por minuto, buena variabilidad (ondulatoria) y ausencia de bradicardia con las contracciones. Aunque la hipertonia se resuelve y la bradicardia desaparece, la FCF no llega a recuperar el nivel anterior quedándose en una frecuencia basal de 110 lat/min y una variabilidad más que aceptable.

Sobre las 17:10 horas se aprecia una nueva bradicardia (de minuto y medio) y una hipertonia. Se realiza una exploración cervical materna donde se detecta borramiento de cérvix de un 50 % permeable un dedo, extrayéndose coagulo de sangre intrauterino y sangrado rojo claro. Ante la sospecha de que se trata de un cuadro denominado desprendimiento precoz de placenta normalmente inserta (DPPNI) también conocido como Abruptio Placentae, sobre las 17:10 se indica una cesárea de urgencia por riesgo de pérdida de bienestar fetal (RPBF) y sospecha de DPPNI, que se realiza sobre las 17:19 horas del día NUM000 de 2006.

Ya en la cesárea al proceder a la revisión de la placenta se confirma la sospecha clínica de que se trata efectivamente de un ligero desprendimiento de placenta. La placenta se envía para estudio anatomopatológico. En el estudio anatomopatológico de la placenta se objetiva una placenta a término con ligera fibrosis, con un cordón umbilical y membranas sin lesiones.

Recién nacido. Nace un varón vivo de 3.700 g de peso, que presenta importante afectación del estado general, con hipotonía axial y de extremidades y sin respuesta a estímulos, que requiere reanimación tipo IV (intubación traqueal). El pH de cordón fue de 6,80 en arteria umbilical y 6,91 en vena. En el informe de alta de neonatos figura que hubo un Apgar de 3 al minuto, 5 a los cinco minutos y 5 a los diez minutos. Posteriormente, ya en la unidad de cuidados intensivos neonatales tiene un pH de 7,19 y un déficit de base de -16mEq/l.

La paciente es dada de alta el 9 de noviembre de 2006.

Al niño se le dio el alta el 13 de diciembre de 2006 con un peso de 2.370 g. con el diagnostico de: encefalopatía hipóxico- isquémica, pérdida del bienestar fetal intraparto; acidosis metabólica; convulsiones y sepsis tardía por estafilococo epidermidis.

En el mes de marzo de 2007 se diagnosticó de síndrome de West y encefalopatía espástica en seguimiento por Pediatría.

Mediante resolución de 26 de enero de 2007 del Gerente Territorial de la Gerencia de Servicios Sociales de Burgos, de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, se reconoció a favor de Felipe el grado de minusvalía de 65 % por discapacidad física desde el 26 de diciembre de 2006 (con base en el dictamen del equipo de evaluación y orientación del centro base de Burgos del 26 de enero del 2007, que le reconoce una situación de "discapacidad física del sistema neuromuscular por lesión cerebral anóxica", de etiología "sufrimiento fetal perinatal"), con movilidad reducida 0 puntos, y necesidad de concurso de 3ª persona 0 puntos, con revisión por agravación o mejoría a partir del 26 de enero de 2009.

En la actualidad el niño está diagnosticado de:

- Parálisis cerebral espástica con alteración de las cuatro extremidades, tetraparesia espástica.
- Retraso psicomotor.
- Síndrome de West».

Y en el FD Quinto se precisa que «[...] la bradicardia constatada a las 16,48 horas, fue el primer signo de compromiso fetal; del informe del perito judicial y del perito de Zúrich consta que fue importantísima y duradera, duró 7 minutos o siete minutos y medio (de ellos con latido cardiaco de menos de 100 por minuto durante seis minutos), hasta la relativa estabilización» (sic).

QUINTO .- El único motivo de casación se articula en dos vertientes que sin embargo están íntimamente unidas. Por una parte se alega vulneración del art. 24 de la CE por valoración irracional y arbitraria de la prueba, todo ello en relación con los arts. 131 , 134 , 135 y 137 de la LRJAPyPAC. Por otra, denuncia la infracción del art. 139 de la LRJAPyPAC, en relación con el art. 106 de la CE , al estimar que de la prueba practicada se acredita la existencia de responsabilidad patrimonial del Administración titular del servicio, y ello como

consecuencia de una relación directa y precisa entre el daño causado y la infracción de la *lex artis* durante la atención al parto, o cuando menos por haber incurrido en la denominada responsabilidad por pérdida de oportunidad al no haberse practicado la cesárea más tempranamente.

La sentencia impugnada analizada de manera minuciosa la prueba, pero lo cierto es que lo hace desde el prisma de la posible infracción de la *lex artis*, a lo que responde concluyendo en el FD Quinto lo siguiente:

«[...] De la valoración de las pruebas practicadas en este proceso, en especial del resultado del informe del perito [...], y de los demás informes, pruebas y datos que obran en el expediente administrativo, y teniendo en cuenta las restantes pruebas practicadas en este proceso, consta acreditado que no concurre el título de imputación de la responsabilidad patrimonial esgrimido por la parte actora en la demanda de la mala praxis médica y que esencialmente se concreta en determinar si tras la bradicardia sufrida por el feto sobre las 16,48 debió realizarse inmediatamente una cesárea urgente [...]. En conclusión la actuación médica fue correcta y ajustada a la *lex artis*. Las graves lesiones que presenta el niño no tiene el carácter de daño antijurídico, requisito necesario para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración. Por último, tampoco concurre el título de imputación, que comporta mala praxis médica, referido a la falta de consentimiento informado para la práctica de la cesárea [...]».

Ahora bien, no cabe olvidar que el planteamiento de la parte demandante, que en principio se había centrado en la infracción de la *lex artis* en la asistencia al parto, evoluciona a lo largo del proceso hacia la responsabilidad por la doctrina de la pérdida de oportunidad, como identifica de forma bastante precisa la sentencia cuando en el mismo FD Quinto resume la posición de la parte recurrente en conclusiones en los siguientes términos:

«[...] no podían hacer una determinación del pH, [ni] hacer el diagnóstico de un[a] posible hipoxia, se mantiene al feto media hora en esta situación de asfixia que provoca irremediablemente un daño cerebral irrecuperable de por vida. Por todas estas circunstancias alega que la cesárea se pudo y debió hacer antes; existían numerosos signos de alerta para haber tomado esa decisión antes [...]». Este planteamiento es discutido por las partes en los escritos de conclusiones, y, como hemos visto, se recoge en la sentencia, pero no merece una consideración suficiente ni en la valoración de la prueba, enfocada al planteamiento de la infracción de la *lex artis*, ni en el análisis de la doctrina jurisprudencial de la pérdida de oportunidad, que luce por su ausencia pese a haber estado presente en el debate procesal, como lo ha estado en el del recurso de casación.

SEXTO.- Como regla general la valoración de la prueba es un extremo excluido del ámbito casacional, pues, como señala la jurisprudencia [por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2011 (rec. cas. núm. 6388/2006)], «[...]la discrepancia con la valoración de la prueba efectuada en la sentencia es cuestión que se encuentra extramuros del ámbito casacional y, en este sentido, venimos declarando de modo reiterado que el recurso de casación no puede fundarse en el error en que hubiese podido incurrir el Tribunal de instancia al valorar la prueba, salvo que se haya alegado por el recurrente que se incurrió en infracción de normas o jurisprudencia reguladoras del valor tasado de determinadas pruebas, en los contados casos en que la apreciación de la prueba no es libre, sino tasada, excepción que no se da respecto de la prueba pericial, sometida a la libre apreciación del juzgador según las reglas de la sana crítica conforme a los artículos 1243 del Código Civil y 348 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil».

No obstante lo anterior, no cabe olvidar que la labor de ponderación y valoración de la prueba que se realiza en la instancia está íntimamente relacionada con el planteamiento de la cuestión litigiosa. Se valoran, ante todo, aquellos datos fácticos que quedan acreditados y los conocimientos técnicos que se aportan en virtud de las periciales, y, con este bagaje, el Tribunal llega a una conclusión jurídica aplicando las reglas jurídicas de valoración de la prueba a la cuestión debatida en el litigio -infracción de la *lex artis ad hoc*, relación de causalidad, antijuridicidad del daño-. Pero ello exige contemplar todos los aspectos en que se haya fundado por las partes el planteamiento jurídico de la acción de responsabilidad.

En el presente litigio ha existido un enfoque del título de imputación de la responsabilidad patrimonial, como es la doctrina de la pérdida de oportunidad, que no ha sido suficientemente considerado por la sentencia recurrida en la valoración de la prueba, por lo que esa labor de valoración ha quedado incompleta y debe ser revisada y, en su caso, completada por el Tribunal de casación, si existen elementos bastante para ello, pudiendo hacer uso de la facultad que otorga el art. 88.3º de la LJCA, cuando el motivo invocado en la casación es el de la letra d) de su art. 88.1, como es el caso.

SÉPTIMO.- Pues bien, del conjunto de la prueba pericial, tanto del informe del perito de designación judicial D. Adriano, especialista en Obstetricia y Ginecología designado a instancia de la parte actora -

cuyas conclusiones son muy similares a las del informe aportado por la codemandada, suscrito por el doctor Ambrosio , especialista en Obstetricia y Ginecología, de la entidad Dictamed-, como el informe de la perito Doctora Aurora , especialista en Pediatría, aportado por la parte actora, se puede establecer la conclusión - pues, aun con matices, son coincidentes - que el episodio de «[...] bradicardia constatada a las 16,48 horas, fue el primer signo de compromiso fetal; del informe del perito judicial y del perito de Zúrich consta que fue importantísima y duradera, duró 7 minutos o siete minutos y medio (de ellos con latido cardiaco de menos de 100 por minuto durante seis minutos), hasta la relativa estabilización [...]». Pero, por más que la sentencia concluya con el perito judicial que durante ese episodio «[...] la paciente no está desatendida», no dejar de ser un dato muy relevante desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad que alega la actora. Puesto en relación ese importantísimo episodio de bradicardia con la evolución que el parto -inducido- había seguido hasta entonces, hay que concluir que la decisión de descartar la práctica de la cesárea en ese momento, lo que conllevó continuar con la inducción al parto, supuso para la madre parturienta, pero sobre todo para el menor Felipe , una grave pérdida de una oportunidad terapéutica de evitar un desenlace tan grave como el que se produjo como consecuencia de la hipoxia padecida por el feto.

No se refleja en los hechos probados un elemento suficientemente contrastado, que se ha puesto de manifiesto en el acto de contestación del perito judicial a las aclaraciones solicitadas por las partes, y en el que la actora ha insistido permanentemente: sí estaba indicada la práctica de una cesárea cuando se aprecia la primera e importantísima bradicardia sufrida por el menor Felipe . Ante el escenario de un parto inducido en condiciones poco favorables, como era el caso, y que en seis horas no había avanzado apreciablemente - la dilatación del cuello del útero seguía siendo mínima- y ante un episodio de bradicardia fetal tan grave e intenso como el descrito, todos los peritos coinciden en que una de las opciones válidas, era la práctica de la cesárea. No se trata, como dice la codemandada, recogiendo las manifestaciones del perito de designación judicial, de hacer o no una cesárea porque no progresaba el parto. Es algo cualitativamente distinto, pues se había producido un episodio importantísimo y duradero de bradicardia fetal, y como el parto no había progresado en las seis horas de inducción, no había tan siquiera la mínima dilatación del cuello del útero para poder comprobar el bienestar del feto mediante microtoma fetal. Por tanto, la indicación de cesárea, además de razonable y proporcionada, era un medio, una oportunidad idónea para evitar o minimizar ese posible sufrimiento fetal. Todos los peritos coinciden en que el cuadro de graves padecimientos del menor Felipe tiene su causa en el desprendimiento de placenta, que se produjo con toda probabilidad cuando se apreció el primer episodio de bradicardia, que fue duradero - unos siete minutos y medio - y muy severo - con un rango de entre 70 y 80 latidos por minuto. No adoptar la decisión de practicar la cesárea en aquel momento, a raíz de la primera bradicardia, supuso que el menor Felipe estuviera una media hora en situación de sufrimiento fetal (el feto nunca recuperó los niveles de latidos previos al primer episodio de bradicardia aunque se diga que el registro fue "relativamente tranquilizador"). Fue tras un segundo episodio de bradicardia cuando se detectó por tacto vaginal un coagulo de sangre, que evidenció el desprendimiento de placenta, procediendo entonces a la práctica de cesárea, si bien el feto presentaba ya una importante afectación del estado general, con hipotonía axial y de extremidades, y sin respuesta a estímulos, requiriendo reanimación tipo IV (intubación traqueal) y con un Apgar de 3 al minuto, 5 a los cinco minutos y 5 a los diez minutos.

La doctrina de la pérdida de oportunidad exige que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética. Pero en este caso se cumple todos los criterios para juzgar que es una pérdida de oportunidad concreta y muy relevante. Partiendo del hecho que no se pudo prever antes el desprendimiento de placenta, ni se puede afirmar con total certeza que, de haberse practicado inmediatamente la cesárea a raíz del primer episodio de bradicardia a las 16:48 horas, se hubiera podido evitar la asfixia perinatal que sufrió Felipe , lo que sí se puede afirmar con certeza es que era una opción perfectamente indicada al caso, que con un porcentaje de probabilidades muy alto habría evitado o aminorado la situación de asfixia perinatal del feto, y por ende las severas complicaciones neurológicas que presenta el niño. Aquí radica la pérdida decisión terapéutica que adoptaron los ginecólogos y personal sanitario que atendieron el parto.

OCTAVO.- Estamos por tanto, ante una errónea valoración de la prueba por la sentencia de instancia, que conduce a un resultado ilógico, como es la corrección de la " *lex artis* " en el presente caso, pues cabe constatar la pérdida de oportunidad para el feto al haberse omitido una conducta terapéutica, la cesárea inmediata, que estaba indicada, y que hubiera conducido muy probablemente a un resultado distinto y menos adverso, cuestión que la sentencia no resuelve adecuadamente, pues como hemos dicho ancla todo su razonamiento en la corrección de la opción terapéutica elegida, y la imprevisibilidad del desprendimiento de placenta.

Por consiguiente debe estimarse el recurso por el motivo invocado, pues la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia resulta claramente irrazonable y ocasiona indefensión al recurrente, con vulneración del art. 24 de la CE , lo que determina la anulación de la sentencia recurrida.

NOVENO.- Situados ya como Tribunal de instancia, no será preciso extendernos en examinar otras cuestiones que en su día resolvió la sentencia de instancia con aquietamiento de las partes, como la prescripción de la acción de responsabilidad que en este caso claramente no concurre puesto que Felipe nació el NUM000 de 2006, y la reclamación de responsabilidad se interpuso el 24 de septiembre de 2007, sin transcurrir un año (art. 142.5 de la LRJAPyPAC), tampoco hasta que el presente recurso contencioso administrativo se interpuso, en fecha 14 de julio de 2008. También debe ser rechazada la alegación de desviación procesal que adujo la representación de la Junta de Castilla y León con respecto a la cuestión de la ausencia de consentimiento informado en la práctica de la cesárea, alegando que no utilizó este argumento en la reclamación en vía administrativa. Más allá de la diferencia entre pretensiones, que son las mismas, y motivos, que pueden variar - y ello es motivo bastante para rechazar la inadmisibilidad así opuesta - lo cierto es que la cuestión del consentimiento informado ya no se suscita en el recurso de casación, siendo un argumento abandonado por la recurrente, que resulta irrelevante para la resolución del litigio.

Esgrimida en la demanda una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración ha de indicarse que el art. 139 de la LRJAPyPAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial: a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral.

Según reiteradísima jurisprudencia, cuya cita resulta innecesaria por ser doctrina constante, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

En el presente litigio concurren todos los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria demandada, bajo la perspectiva de la doctrina de la pérdida de oportunidad, pues existe un daño antijurídico que no existe el deber de soportar por el menor Felipe , está acreditada la relación de causalidad entre la pérdida de oportunidad por la opción adoptada por los profesionales que asistieron el parto -que implicó desechar la opción de realizar la cesárea que también estaba indicada-, y ese daño se ha producido en el ámbito de un servicio público como es la asistencia sanitaria pública, sin que exista ninguna causa de fuerza mayor ni otros elementos que alteren, influyan o desvirtúen el nexo causal. La responsabilidad solidaria de la compañía de Seguros Zúrich España Compañía de Seguros y Reaseguros, luego sucedida por Zúrich Insurance PLC, sucursal en España, resulta de la póliza de responsabilidad civil concertada con la Comunidad Autónoma de Castilla y León, contratada por la Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León, que cubre el riesgo derivado de los daños ocasionados en el desarrollo de la actividad de asistencia sanitaria de la asegurada, para el caso de reclamaciones por vía de responsabilidad patrimonial de la Administración, y de cuya vigencia y efectos no se hace cuestión por la codemandada.

DÉCIMO.- La indemnización solicitada en el recurso interpuesto en representación de Felipe es de 350.000 euros, más una renta vitalicia de pago mensual debidamente garantizada por importe de 3.000 euros mensuales, incrementada con el índice de precios al consumo aplicable de forma anual y acumulativa, si bien añade la actora que si se considerase que no procede la fijación de la renta vitalicia, la suma de la indemnización se elevaría a 550.000 euros.

La cuantificación de la indemnización, atendiendo a las circunstancias del caso, exige tener en cuenta que en la pérdida de oportunidad no se indemniza la totalidad del perjuicio sufrido, sino que precisamente ha de valorarse la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado

el grave cuadro que, como consecuencia del sufrimiento fetal padecido durante el parto, presenta el menor Felipe . Por tanto, a la hora de valorar el daño así causado, hay que partir de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo. Antes expusimos de forma razonada que ciframos esa probabilidad en, al menos, un 50 por ciento, y no ofrece duda la importancia de las secuelas físicas y psíquicas de Felipe , habida cuenta del grave cuadro de discapacidad que padece el menor Felipe , que en la actualidad está diagnosticado de parálisis cerebral espástica con alteración de las cuatro extremidades, tetraparesia espástica, retraso psicomotor, Síndrome de West, y tiene reconocida administrativamente una minusvalía del 65 %. Atendidas todas estas circunstancias, establecemos una indemnización a tanto alzado, actualizada a la fecha de sentencia, de doscientos mil (200.000) euros, sin perjuicio de los intereses legales procedentes por demora en el pago, en los términos del art. 106.2 de la LJCA . Por el contrario, no procede indemnizar cantidad alguna por los conceptos de adaptación de vivienda y de vehículo, pues además de que la indemnización que hemos fijado lo es a tanto alzado por todos los conceptos, no se ha acreditado la efectiva realización de los mismos y, por tanto, no son gastos indemnizables, como ya declara la sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 25 de junio de 2007 (rec. cas. núm. 1298/2003). Y sin que procedan intereses ex art. 20 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro , por el periodo previo desde que se interpuso la reclamación, dado que el rechazo por la Administración asegurada de la reclamación de responsabilidad patrimonial no carecía de todo fundamento, por lo que no cabe apreciar una actitud de la aseguradora elusiva, injustificable, del pago de la indemnización.

UNDÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la LJCA , tras la reforma por Ley 37/2011, atendida la fecha de interposición del recurso, no se hace imposición de costas del recurso de casación al resultar estimado, ni tampoco de las de instancia, al estimar parcialmente las pretensiones de la actora (art. 139.1º de la LJCA).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- Estimar el recurso de casación núm. 2396/2014, interpuesto por don Simón y doña Adelina , en nombre y representación de su hijo menor D. Felipe , representados por la Procuradora de los Tribunales Dª. Sonia López Caballero, contra la sentencia de 24 de mayo de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, recaída en el recurso núm. 2014/2008 , sentencia que casamos y anulamos.

2.- Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por dicha parte contra la orden de la Consejería de Sanidad de 25 de junio de 2010, que denegó la reclamación de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios derivados de las graves lesiones sufridas por Felipe , resolución que anulamos.

3.- Declarar la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, y solidariamente con ella a la compañía de seguros Zúrich Insurance PLC, sucursal en España, a los que condenamos a abonar a Felipe la suma de doscientos mil (200.000) euros en concepto de indemnización por los perjuicios sufridos, cantidad que, en su caso, devengará el interés legal conforme al art. 106.2 de la LJCA .

4.- Desestimar el resto de pretensiones de la parte actora.

5.- No hacer imposición de las costas del recurso de casación ni de las causadas en la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recuso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Segundo Menéndez Pérez María del Pilar Teso Gamella

José Luis Requero Ibáñez Jesús Cudero Blas

Ángel Ramón Arozamena Laso Rafael Toledano Cantero

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Toledano Cantero, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.