



Roj: STS 7026/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7026  
Id Cendoj: 28079130042010100681  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 4  
Nº de Recurso: 1633/2008  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: ENRIQUE LECUMBERRI MARTI  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Diciembre de dos mil diez.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en los autos número 21/2005, el veinte de febrero de dos mil ocho dictó sentencia cuyo fallo dice: <<Que *DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS la demanda del recurso contencioso administrativo núm. 21/2005, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. María del Carmen Giménez Cardona, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Lidia por silencio administrativo de la Administración ante la solicitud de responsabilidad patrimonial de ésta, de 1 de abril de 2005. Sin costas.>>*

**SEGUNDO.-** La representación procesal de doña Lidia y de su hija Melisa interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha veinticinco de marzo de dos mil ocho.

**TERCERO.-** Mediante auto dictada por la Sección Primera de esta Sala el dieciocho de junio de dos mil nueve, se admite el recurso de casación y se remiten las actuaciones a esta Sección Cuarta de acuerdo con las normas de reparto; donde se tienen por recibidas el siete de septiembre de dos mil nueve, confiriéndose traslado a las partes recurridas para formular oposición.

**CUARTO.-** La letrada de la Comunidad de Madrid presentó escrito de oposición el día veintiuno de octubre de dos mil nueve, presentándolo la representación procesal de la Compañía Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros el día veintinueve del mismo mes y año.

**QUINTO.-** Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo de este recurso el día veinticinco de mayo de dos mil diez, fecha en que tuvo lugar habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

**SEXTO.-** Esta Sala y Sección dictó sentencia el día nueve de junio de dos mil diez, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: << 1º.- *Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Lidia y su hija Melisa, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha veinte de febrero de dos mil ocho, recaída en los autos 21/2005, contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación formulada por responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, a consecuencia de la asistencia sanitaria recibida en el Hospital Santa Cristina de Madrid durante el nacimiento de su hija.*

2º.- *Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo deducido por la citada representación procesal ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación formulada ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, que anulamos por no ser conforme a Derecho y declaramos el derecho de la recurrente y de su hija menor de edad, el derecho a que por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid se les abone, respectivamente, en concepto de indemnización, las cantidades de cincuenta mil euros (50.000€) y cuatrocientos mil euros (400.000€) actualizados a la fecha de esta sentencia, sin perjuicio de los intereses que puedan resultar procedentes por demora en el pago de la indemnización, precisando que la cantidad de cuatrocientos mil euros (400.000€) que*

se abonará por la Administración a nombre de la hija de la recurrente será administrada conforme a la normas civiles sobre la administración de los bienes de los menores o incapacitados.

No hacemos expresa condena en las costas de este recurso de casación ni en las devengadas en la instancia. >>

**SEPTIMO.-** La representación procesal de Zurich España Cia. de Seguros y Reaseguros, mediante escrito de fecha veintidós de septiembre de dos mil diez, promovió incidente de nulidad de actuaciones al amparo del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; escrito que fue admitido por providencia dictada el veintinueve de septiembre de dos mil diez, confiriéndose traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de cinco días formularan alegaciones, trámite que fue evacuado por la representante procesal de doña Lidia y de su hija, Melisa, mediante escrito de fecha ocho de octubre de dos mil diez, y por el Letrado de la Comunidad de Madrid en escrito de veinte de octubre de dos mil diez.

**OCTAVO.-** Mediante auto dictado el dieciocho de noviembre de dos mil diez, se acuerda haber lugar al incidente de nulidad de actuaciones promovido por la representación procesal de Zurich Cia de Seguros y Reaseguros, S.A. contra la sentencia dictada el día nueve de junio de dos mil diez, -recurso de casación **1633/2008**-, que se anula y deja sin efecto, señalándose para votación y fallo el día treinta de noviembre de dos mil diez, a las 10:30 horas, fecha que en tuvo lugar habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el recurso de casación que enjuiciamos se impugna por la representación procesal de doña Lidia y su hija Melisa, la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha veinte de febrero de dos mil ocho, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta, por silencio administrativo de la reclamación formulada por responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, a consecuencia de la asistencia sanitaria recibida en el Hospital Santa Cristina de Madrid durante el nacimiento de su hija.

**SEGUNDO.-** La Sala de instancia después de destacar, en estos términos, los antecedentes que resultan de la prueba practicada:

<< 1) D<sup>a</sup>. Lidia con antecedentes personales de adicción a drogas por vía parenteral (no durante la gestación que nos ocupa), hepatitis B y C; diabetes insulino dependiente; sin alergias conocidas; tenía como antecedentes obstétricos dos abortos y dos partos eutócicos anteriores, uno de peso de 3000 gr. y otro de 3540 gr.; estaba siendo controlada en Consulta de Patología del Embarazo desde la semana 9. Su última regla fue el 18 de abril de 2001.

2) Se le realizaron los siguientes controles ecográficos:

Con 25 de junio de 2001 se comprobó que se trataba de una gestante de 9,5 semanas, y la existencia de un embrión único, con latido cardíaco positivo y CRL de 42 mm. que correspondía a 11 semanas. A partir de aquí la edad gestacional quedó corregida dos semanas por encima de lo estimado según la fecha de la última regla.

El día 22 de agosto de 2001, con edad gestacional corregida de 20 semanas; se informó como presentación podálica, con biometrías normales y, placenta y líquido amniótico normal.

Con fecha 5 de noviembre de 2005: edad gestacional corregida de 31 semanas; feto único; latido cardíaco positivo con biometrías como amenorrea excepto circunferencia abdominal que corresponde a 34 semanas; peso estimado de 1900 gr.; placenta posterior y líquido amniótico ligeramente aumentado (ILA de 25). Doppler de arteria umbilical normal; hidronefrosis renal derecha fetal leve.

El 26 de noviembre de 2001, la edad gestacional corregida fue de 34 semanas; presentación cefálica; latido cardíaco positivo con biometrías como amenorrea excepto circunferencia abdominal que corresponde a 2 semanas más; peso estimado de 3100 gr.; placenta posterior e hidramnios (ILA de 33); Doppler de arteria umbilical normal.

3) Como datos destacables de la evolución de la gestación, se produjo ingreso en la semana 33 por amenaza de parto pretérmino y diversos ajustes de la insulina por parte de Endocrinología, para normalizar las cifras de glucemia. Asimismo constan varias visitas a Urgencias, los días 15 de noviembre de 2001, por

*expulsión de dos coágulos de sangre y dolor en fosas renales, sin que se encontrara patología alguna y el día 3 de diciembre de 2001 que acudió por contracciones.*

*4) Con fecha 26 de diciembre de 2001, fue vista en Consulta ordinaria que ordenó su ingreso para control de la diabetes y estudio de bienestar fetal; también se solicitó protocolo de hipertensión por edemas importantes en extremidades inferiores; después de ajustar la insulina y comprobar la normalidad de las pruebas realizadas, la paciente fue dada de alta.*

*5) En fecha 3 de diciembre de 2001, con una edad gestacional de 35 semanas reales, acudió a Urgencias por contracciones, siendo diagnosticada de amenaza de parto pretérmino y quedando ingresada en la Planta de Alto Riesgo.*

*La ecografía informó de gestación única, cefálica; placenta posterior, polihidramnios (ILA de 42) y doppler de arteria umbilical normal. Diámetro biparietal de 91 mm; circunferencia abdominal de 364 y longitud del fémur de 60. Se indicó inducción por polihidramnios, existiendo el correspondiente consentimiento informado firmado por la paciente.*

*6) La inducción se realizó el día 4 de diciembre del mismo año, con aplicación de gel de prostaglandinas; iniciándose a las 13,10 horas. A las 14,45 h presentó 2 cm. de dilatación y borramiento del 80%; no se palpó la presentación. A las 19,05 h se comprobó una dilatación de 6 cm., y le fue realizada ecografía que informó de presentación de nalgas con diámetro biparietal de 89 mm; procediéndose a la rotura artificial de la bolsa, con salida de líquido claro y comprobándose una presentación de nalgas en I plano. A las 19,50 horas, la dilatación fue completa, pasando a paritorio. En el periodo expulsivo, se empleó en primer lugar la maniobra de Brach, posteriormente la de Mauriceau; que al ser esta última dificultosa se decidió aplicar un fórceps de cabeza última para la extracción fetal. La duración del periodo de dilatación fue de 4 horas y 30 minutos, y la del expulsivo de 15 minutos; siendo el alumbramiento espontáneo con membranas íntegras. El registro cardiotocográfico, permaneció normal durante todo el periodo de dilatación y expulsivo.*

*7) El nacimiento se produjo a las 20,05 h; siendo el recién nacido, una niña de 2690 gr. de peso, Test de Apgar de 6 al primer minuto y de 10 a los 5 minutos, y el pH en arteria umbilical de 7,28, precisando una reanimación tipo III.*

*8) La recién nacida fue ingresada en Neonatología por ser un pretérmino e hija de madre diabética. Al día siguiente se le realizó una ecografía cerebral que informó de leve hiperecogenicidad en región occipital a controlar.*

*9) Se realizaron dos controles ecográficos más: el día 10 de diciembre, que informó de que persistía hiperecogenicidad periventricular en el asta occipital con núcleo caudado derecho hiperecogenico; hemorragia grado 1; y el día 17 de ese mes, que informó de ligera hiperecogenicidad periventricular y quiste subependimaria de 12 mm. Los estudios por parte de Cardiología, Oftalmología, y la ecografía abdominal fueron normales.*

*10) Fue dada de alta el día 18 de diciembre con los diagnósticos de: pretérmino, hijo de madre diabética, hemorragia grado 1 derecha periventricular e ictericia multifactorial. Así, fue remitida a Consulta de Neurología del Hospital "Niño Jesús" de Madrid.11 Con fecha 13 de enero de 2004, fue emitido dictamen técnico facultativo, concediendo a la menor, un grado de minusvalía del 75%, por presentar: retraso madurativo por encefalopatía de etiología; sufrimiento fetal/perinatal; y crisis parcial por encefalopatía de etiologías sufrimiento fetal perinatal.I.>>*

Analiza minuciosamente los diversos informes médicos periciales practicados en autos y llega a la conclusión que "los profesionales de los servicios médicos, intervinientes en los hechos examinados, actuaron conforme a la lex artis ad hoc y no existen indicios de mala praxis".

**TERCERO.-** Dos son los motivos de casación que bajo los apartados A y B del escrito de interposición se aducen contra la referida sentencia:

**.el primero**, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por infracción de los artículos 106 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como la doctrina jurisprudencial que profusamente cita, por no haber valorado correctamente la Sala de instancia la responsabilidad objetiva de la Administración y la prueba practicada en autos

**. el segundo**, en base al apartado 1.c) y d) del artículo 88, por no contener la sentencia impugnada los hechos probados acreditados a lo largo del proceso, y por no hacer el Tribunal referencia alguna a la falta de

información sobre la opción de finalizar el parto en podálica mediante cesárea en lugar de vía vaginal alegados en la demanda y conclusiones.

La recurrente discrepa del razonamiento jurídico sustentado por el Tribunal "a quo" al afirmar que:

*<< Según la parte demandante, existe una relación causal entre la elección médica de finalizar el parto vía vaginal y las gravísimas lesiones de la recién nacida.*

*Ante ello tenemos que los especialistas en Ginecología, Dres. Jose Francisco y Carlos Miguel, en la página 20 de su informe dicen que "los profesionales intervinientes actuaron conforme a la lex artis ad hoc, no existiendo indicios de mala praxis."*

*Tenemos, además, que, según el informe pericial de la SEGO (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia), al responder a la primera de las preguntas formuladas (página 6) expuso "creo que la finalización de la gestación en la semana 34 es acorde con los protocolos actuales de la SEGO ante un estado materno o fetal comprometido y ante la contraindicación de tratar el parto prematuro con betamiméticos". Y, en las páginas 9 y 10 del informe pericial aportado como documento número 1 de la contestación de la demanda se lee:*

*"En este caso, la paciente había sido diagnosticada en una ecografía de la semana 30 de un polihidramnios (exceso de líquido amniótico), y además, cuando ingresa en la semana 34 por amenaza de parto pretérmino, el polihidramnios es más importante y muestra unas medidas del abdomen fetal sugestivas de macrosoma. Es decir, concurren dos signos, polihidramnios y sospecha de macrosomía, que están directamente relacionados con diabetes gestacionales que cursan con glucemias irregularmente controladas (recordemos además, que la paciente requirió diversos ajustes de insulina para adecuar los controles de glucemia), o dicho de otra forma, la macrosomía y el polihidramnios son dos signos claros de descompensación de la diabetes, estando plenamente justificada la valoración de la interrupción de la gestación. Hoy sabemos que la incidencia de complicaciones fetales es mayor cuanto peor es el control metabólico materno, aunque pequeñas desviaciones de la normalidad ya son suficientes para provocar efectos negativos en el feto.*

*El protocolo sobre asistencia al parto en estantes diabéticas, de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, establece que la gestación puede finalizarse electivamente a término o antes si el mal control metabólico o la sospecha de afectación fetal así lo recomiendan. Señala además, que la vía de parto de elección es la vaginal. La diabetes, por sí misma, no es indicación suficiente para realizar una cesárea."*

*Finalmente, en las conclusiones del mencionado Informe pericial (página 21) se dice:*

*"Doña Lidia presentaba una gestación complicada con diabetes insulín dependiente.*

*La indicación de finalización de la gestación a las 34 semanas, ante la aparición de dos signos relacionados con mal pronóstico perinatal (polihidramnios y macrosomía fetal), es correcta y adecuada a los actuales protocolos asistenciales."*

*Incluso tenemos que la asistencia al expulsivo en este caso fue correcta, realizando las maniobras pertinentes para la extracción de la cabeza fetal. Así se dice en el informe pericial de la SEGO (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia), al responder a la tercera de las preguntas formuladas (página 6):*

*"Las maniobras que refiere el Dr. Celso en su escrito son las correctas en un parto de nalgas, a saber: maniobra de Bracht, seguida de la de Mauriceau y extracción con fórceps en "cabeza última" si las anteriores no bastan para desprender la cabeza fetal".*

*En el mismo sentido de corrección en la actuación médica practicada, en la página 12 del informe de los Dres. Jose Francisco y Carlos Miguel (doc. 1 de la contestación de la demanda) se expone:*

*"3- Valoración de la asistencia al parto; el diámetro fetal mayor es la cabeza; esto significa que en un parto en cefálica, una vez que ésta sale, el resto, salvo excepciones, se expulsará fácilmente; no así en el parto de nalgas, por lo que suele ser habitual emplear una serie de maniobras para facilitar la salida de la cabeza.*

*En este caso la asistencia en la fase activa del parto fue correcta pues estuvo permanentemente monitorizado, sin que se informe en el partograma de alteración alguna del patrón de la frecuencia cardíaca fetal; el periodo de dilatación es rápido, con una duración de 4 horas y media; el expulsivo transcurre de forma normal hasta la salida de la cabeza; como ayuda a su extracción se realiza una primera maniobra de Brach, que consiste en llevar el feto hacia el abdomen materno; al fracasar ésta se hace la de Mauriceau, que consiste en introducir la mano más hábil, cogiendo la boca del feto y producir la flexión tratando de acercar el mentón al esternón, con la ayuda de otra persona se realiza la compresión del abdomen para poder hacer la*

flexión; por fin, al no poder extraer la cabeza fetal con estas maniobras se decide hacer un fórceps (fórceps de cabeza última).

Esta secuencia de maniobras realizadas fueron totalmente correctas; además recordemos que el periodo expulsivo duró tan solo 10 minutos.

Las maniobras descritas para ayudar a la extracción de la cabeza fetal en un parto de nalgas deben poder ser realizadas de una forma sencilla, de manera que no cabe empeñarse en forzar ninguna de ellas, sino que es preferible pasar a otra. Así, podemos decir que la realización de un fórceps en cabeza última no sólo no implica una inadecuada asistencia obstétrica, sino que habla mucho a favor del Especialista que la realiza, pues es preferible recurrir a ella rápidamente al fracasar las anteriores."

Y en su conclusiones (página 19) se añade:

"Las maniobras destinadas a la ayuda de extracción de la cabeza fetal fueron las correctas, incluido el empleo del fórceps; adecuándose a los actuales protocolos (fórceps en cabeza última).

Según los informes revisados y el partograma, la aplicación del fórceps fue correcta, no existiendo problema técnico alguno."

Posteriormente, en el acto de ratificación de su Informe pericial, Don. Jose Francisco , a preguntas de la parte codemandada precisó que "las secuencia de las maniobras son las correctas ya que cuando una fracasa hay que hacer la siguiente y así sucesivamente hasta llegar al fórceps que es la última".

También en el informe de la Inspección medica (folios 147 y ss. del expediente administrativo) se dice:

"1.-No se observa negligencia en la conducta obstétrica seguida en este caso. En el mismo se daban una serie de circunstancias (prematuridad, diabetes y presentación de nalgas) interrelacionadas entre sí y ajenas a la propia asistencia, que provocaron la aparición de ciertas complicaciones".

Junto a todo lo expuesto tenemos que no existieron datos pre ni postnatales que hicieran sospechar la existencia de hipoxia intraparto. En este sentido en el informe pericial de la SEGO (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia), al responder a la cuarta de las preguntas formuladas (página 7), se dice: "en los documentos analizados sólo se refiere un test de Apgar inicial de 6 que es moderadamente bajo (se valora sobre 10) y un exceso de bases de -5 (acidosis) pero compensado ya que el ph es normal. Por ello creo que no existen datos que hagan sospechar una hipoxia importante intraparto".

Reafirma lo anterior el informe de los Dres. Jose Francisco y Carlos Miguel (páginas 15 y 16) al decir:

"Desde nuestro punto de vista no existió una hipoxia de la suficiente entidad como para provocar lesiones neurológicas permanentes; esta afirmación la realizamos en base a los siguientes aspectos:

- No hubo patrones de alteración de la frecuencia cardiaca fetal en el registro cardiotocográfico sugestivos de hipoxia.

El periodo expulsivo duró tan sólo 10 minutos; suponiendo que durante todo este tiempo el feto estuviera sometida a una situación de hipoxia importante, éste corto periodo de tiempo es perfectamente tolerado por el feto.

Los datos posteriores al parto de que disponemos no reúnen los criterios consensuados para inculpar a un acontecimiento hipóxico intraparto la lesión neurológica. En este sentido, la Comisión de Parálisis Cerebral y Encefalopatía neonatal del Colegio de Obstetricia y Ginecología Americano y Academia Americana de Pediatría establece los criterios para definir un evento hipóxico intraparto agudo como potencialmente causante de daño neurológico permanente:

1. Existencia de una "señal" de hipoxia que ocurre inmediatamente antes o durante el parto.
2. Una bradicardia repentina y mantenida o ausencia de variabilidad en el registro cardiotocográfico fetal junto con deceleraciones tardías, variables o persistentes, cuando el patrón previo era normal.
3. Puntuación del test de Apgar de 0-3 a los 5 minutos.
4. Comienzo de afectación multisistémica en las 72 horas después del nacimiento.
5. Estudios de imagen que muestran precozmente evidencia de anormalidad cerebral aguda no focalizada.

*En este caso, el registro cardiotocográfico, es rigurosamente normal, no existiendo ningún parámetro sugestivo de hipoxia fetal; el test de Apgar al 5º minuto fue superior a 3 (de 10). No hay evidencia de afectación multisistémica y al los estudios ecográficos si demostraron daño focalizado (hemorragia periventricular derecha.)"*

*Además, en el acto de ratificación de su Informe pericial, Don. Jose Francisco , al responder a la pregunta formulada por la parte codemandada (aclaración 4ª) expuso que "a lo largo del partograma el feto estuvo permanentemente controlado y no se objetivó signos de hipoxia alguno"*

*Y añadió, en la "crítica de dictamen", con relación a los signos "prenatales" -que no "intraparto"- de hipoxia que puso de manifiesto el perito judicial, Dr. Leandro en el acto de ratificación de su Informe: "Estos son datos que pueden hacer sospechar que durante el intraparto pueden existir signos de hipoxia más frecuentemente que otras gestantes que no tengan estas patologías, pero el hecho de tener estas enfermedades en absoluto está relacionado, obligatoriamente, con una hipoxia intraparto". Lo que se ha de poner en relación con que en el informe pericial de la SEGO, al responderse a la cuarta de las preguntas formuladas (página 7), se concluye: "En los documentos analizados sólo se refiere un test de Apgar inicial de 6 que es moderadamente bajo (se valora sobre 10) y un exceso de bases de -5 (acidosis) pero compensado ya que el PH es normal. Por ello creo que no existen datos que hagan sospechar una hipoxia importante intraparto".*

*Es cierto que hubo hemorragia ventricular presentada por la recién nacida, pero ésta debe relacionarse con su prematuridad. Así, en el informe pericial de la SEGO, al responder a la quinta de las preguntas formuladas (página 8), se dice que "la primera causa de la hemorragia cerebral en los fetos es la prematuridad, por delante de la hipertensión, la hipoxia y los traumatismos (...) Creo que hipotéticamente, la hemorragia intraventricular en el feto pudo producirse por fragilidad endotelial y vascular por prematuridad y quizás a una descompensación brusca de la cabeza fetal. No se puede descartar un daño previo metabólico (diabetes) o infeccioso (hepatitis)".*

*En idéntico sentido, en el informe pericial aportado como documento número 1 de la contestación de la demanda (páginas 13 y 14) se expone:*

*"Recordemos que la recién nacida es diagnosticada de hemorragia periventricular grado 1; se denomina así al sangrado en la matriz germinal periventricular subependimaria (Grado I) que puede progresar dentro del sistema ventricular sin hidrocefalia (Grado II) o con hidrocefalia (Grado III), hasta extenderse dentro del parénquima (Grado IV). Existen múltiples causas de estas hemorragias, de hecho cualquier factor que pueda provocar una disrupción de la autorregulación del flujo sanguíneo cerebral (fluctuación, aumento, disminución) puede ocasionar una hemorragia intraventricular:*

*- parto prolongado, hemorragia intraparto, valoración de Apgar bajo, hipotensión arterial, hipocapnia y coagulopatías*

*- hipoxia, isquemia, cambios rápidos en los líquidos, altos parámetros en ventilación mecánica, maniobras inadecuadas en el cuidado del recién nacido.*

*Entre estas causas la más importante, sin duda, es la prematuridad.*

*En este caso no debemos olvidar que se trata de un recién nacido pretérmino (34 semanas de gestación); se considera pretérmino todo recién nacido entre la semana 22 y la 37. Hoy en día continua siendo la causa más importante de morbimortalidad perinatal. Entre las complicaciones relacionadas con la prematuridad se encuentra la mayor incidencia de hemorragias intraventriculares; ocurre principalmente en el neonato pretérmino y su incidencia aumenta con el grado de prematuridad., siendo rara en recién nacidos a término. La importancia de esta lesión no sólo está relacionada con su alta incidencia sino también con la gravedad de sus complicaciones y severas secuelas neurológicas tardías.*

*Según la literatura, hay factores tanto maternos como del recién nacido que favorecen la aparición de estas hemorragias.*

*Entre los maternos tenemos patologías asociadas como hipertensión inducida por el embarazo, diabetes, hemorragias agudas ante parto y corioamnionitis. Otros factores importantes a tener en cuenta son la vía del parto y los procesos inherentes al mismo.*

*Así pues, la prematuridad, en si misma, es un factor muy a tener, cuando hablamos de una hemorragia intraventricular."*

En cuanto a un eventual traumatismo obstétrico por la aplicación de un fórceps para extracción de la cabeza fetal o la eventual concurrencia de otros factores determinantes, precisan los Dres. Jose Francisco y Carlos Miguel (página 18):

"Tratando de responder a la pregunta de si el fórceps pudo ser causante de las lesiones neurológicas, hemos de señalar que el tipo de hemorragia que se presentó no se relaciona con el trauma obstétrico secundario a su aplicación; además no existía lesión externa alguna en la cabeza fetal secundaria a su empleo.

Por último, hemos de señalar otro hecho importante; en el caso que nos ocupa se produjo una hemorragia periventricular de grado 1; según la literatura, éstos no tienen riesgo de secuelas neurológicas; las de grado 2, tienen un riesgo del 10% de secuelas, las de grado 3, con desarrollo de hidrocefalia, un 50% y las de grado 4, con sangrado del parénquima cerebral circundante, las secuelas alcanzan al 90% de los afectados.

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, desde nuestro punto de vista, en este caso la hemorragia periventricular debemos relacionarla principalmente con la prematuridad, descartando la hipoxia y no pudiendo valorar el grado de implicación de otros factores ya enumerados."

También se viene a decir lo mismo en el informe de la Inspección (folios 147 y ss del expediente administrativo), al exponerse que "no se puede establecer un nexo causal, a ciencia cierta, entre el tipo de parto elegido y la complicación que presentó la paciente".

Los Dres. Jose Francisco y Carlos Miguel (páginas 19 y 20 de su informe pericial) exponen:

"No existen datos pre ni postnatales, que hagan sospechar la existencia de hipoxia intraparto.

La recién nacida fue diagnosticada de una hemorragia intraventricular, patología asociada a la prematuridad.

El trauma obstétrico provocado por el fórceps se traduce fundamentalmente en aparición de cefalohematomas y hematomas subdurales, hechos que no concurren en este caso.

La hemorragia periventricular debemos relacionarla principalmente con la prematuridad, descartando la hipoxia y siendo muy difícil valorar el grado de implicación de otros factores (cambios rápidos en los líquidos, hipercapnia, etc).

Según la literatura, las hemorragias periventriculares de grado 1 no tienen secuela neurológica alguna. Los profesionales intervinientes actuaron conforme a la *lex artis ad hoc*, no existiendo indicios de mala praxis."

También, en el Informe pericial de la SEGO, al responder a la sexta de las preguntas formuladas (página 8) se lee:

"Creo que de los documentos analizados se desprende una actuación obstétrica conforme a la *lex artis*, como se señala en las conclusiones siguientes.

En cualquier caso los doctores se enfrentaron a dos decisiones difíciles como son la de interrumpir el embarazo prematuramente y atender por vía vaginal el parto de nalgas. Decisiones que no consiguieron evitar una de las complicaciones más temida en estas situaciones, la hemorragia paraventricular fetal"

Y en la página 9 del mismo informe se añade:

"En definitiva, creemos que muy posiblemente la diabetes materna fue la causa primaria que produjo la macrosomía fetal y el polihidramnios y estos provocaron el parto prematuro que se manifestó en la semana 30 y en la 32+5 y, finalmente, ocasionaron el parto el 4.12.01.

Este parto prematuro y el polihidramnios condicionaron la presentación de nalgas.

Finalmente, es posible que la combinación de parto de nalgas y prematuridad fuesen los condicionantes de la supuesta hemorragia cerebral del feto.

En esta secuencia de acontecimientos, los médicos han ido tomando decisiones de actuación que parecen ajustarse a la práctica protocolizada, sin apreciarse mala práctica y/o negligencia porque no podemos asegurar que de haberse actuado de otra manera hubieran disminuido el riesgo, pero a pesar de ello no han conseguido evitar el daño fetal".>>, pues, para ella, el protocolo elaborado por la SEGO sobre la asistencia al parto en podálica no es tan concluyente como sostiene la Sala de instancia, pues según la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia: " los resultados señalan que la cesárea electiva es mejor que el parto vaginal para la atención del parto de nalgas a término. Tanto la mortalidad perinatal como la mortalidad neonatal

*fueron menos frecuentes en el grupo atendido mediante cesárea efectiva que en el grupo en el que se realizó un parto vaginal".*

**CUARTO.-** Es doctrina reiterada de esta Sala, tan conocida que no requiere una cita más precisa, que el recurso de casación tiene como objetivo velar por la correcta y uniforme interpretación de las normas por parte del Tribunal de instancia, por lo que no cabe discutir en él el resultado de la valoración de la prueba llevado a cabo por el Tribunal "a quo", a no ser que aquél pueda calificarse como ilógico, arbitrario o por completo irracional, aunque sí puede esta Sala, como autoriza el artículo 88.3 de la Ley reguladora de esta jurisdicción integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia. Del mismo modo hemos de tener en cuenta que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración esta Sala viene declarando que la exclusión, con las salvedades antes dichas, de la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia de su debate en sede casacional no impide que a esta última se suscite la cuestión de la acertada apreciación que la sentencia recurrida ha establecido respecto a la relación de causalidad entre los hechos valorados por ella y las consecuencias jurídicas dañosas que a los mismos se imputan pues esto es una cuestión jurídica susceptible de ser sometida a revisión ante esta Sala.

Con estos presupuestos podemos enfrentarnos al primer motivo de casación formulado por la parte recurrente en el que, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, se denuncia que la sentencia de instancia ha infringido los artículos 106 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

La Sala apreciando los distintos informes médicos obrantes en las actuaciones llega a la conclusión, que en este recurso de casación no pueden discutirse pues responde a una valoración de aquellos que no puede calificarse de ilógica o irracional, de que iniciado el parto por vía vaginal se practicaron una serie de maniobras con carácter sucesivo, a medida que iban fracasando las anteriores (maniobra de Brach, la de Mauriceau y finalmente fórceps de cabeza última), que deben considerarse como tratamientos correctos y adecuados a la "lex artis ad hoc".

Sin embargo existen varios datos a tener en cuenta, que no han sido apreciados por la Sala y que conducen a un resultado distinto al que ha llegado aquélla. El primero, aunque, que con arreglo a los protocolos elaborados por la SEGO no puede afirmarse que en todo caso de presentación podálica sea preceptivo acudir al parto por cesárea, en el presente se trataba de un parto pretérmino de una madre diabética, en la que constaban como antecedentes obstétricos dos abortos y dos partos eutócicos. Ciertamente toda cesárea comporta riesgos para la madre, pero en el presente caso habría evitado las gravísimas lesiones que sufrió la hija de la recurrente. Porque, y este es el segundo elemento que hay que considerar, pese a que el parto vaginal se desarrolla habiendo empleado los facultativos que atendieron a la recurrente todas las reglas propias de la lex artis, el dictamen técnico facultativo emitido por la consulta de Neurología del Hospital Niño Jesús de Madrid, el trece de enero de dos mil cuatro, después de reconocer a la menor un grado de minusvalía del 75% por presentar retraso madurativo por encefalopatía, concluye que su etiología es el sufrimiento fetal perinatal.

Finalmente, aunque de esto se tratará más extensamente en otro motivo de casación se decidió la continuación del parto por vía vaginal sin advertir a la recurrente de los riesgos que este procedimiento implicaba y sin informarla como hubiera sido debido de la posibilidad de eludirlos acudiendo a la vía por cesárea, aún con los inconvenientes que esta última pudiera suponer.

**QUINTO.-** Asimismo el segundo de casación articulado sobre la infracción de los artículos 67 de la Ley Jurisdiccional, 24 de la Constitución, así como la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de veintidós de junio y nueve de noviembre, debe ser estimado, pues, tiene razón la recurrente al afirmar que la sentencia impugnada debió pronunciarse sobre el deber de información de los facultativos a la paciente de la posibilidad de finalizar el parto por cesárea, en vez de hacerlo por vía vaginal.

Esta cuestión fue planteada por la recurrente en sus escritos de demanda y conclusiones, por entender que existía la posibilidad de finalizar el parto vía cesárea, no siendo informada de esta circunstancia, asumiendo, de forma unilateral, los facultativos que la atendieron la decisión de finalizar el parto vía vaginal, debió ser contestada por la Sala y al no hacerlo incurrió en incongruencia omisiva, por lo que de conformidad con lo establecido por el artículo 95.1.d) de la Ley Jurisdiccional debemos casar en este aspecto la sentencia recurrida y resolver lo que corresponda respecto de esta cuestión fundamental que para la representación procesal de la Compañía aseguradora es irrelevante jurídicamente para la resolución de la litis, ya que, en



su opinión, la forma de finalización del parto no es una decisión de la paciente, sino de los facultativos que asisten al mismo, puesto que de lo contrario asistiríamos siempre a la demostrada y médicamente inaceptable "cesárea a demanda", que no sólo no es postulable en una correcta asistencia médica sino que, de hacerlo contravendría lo dispuesto en los Protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, y además, los facultativos en ningún momento consideraron adecuada la finalización del parto vía cesárea, por lo que difícilmente podían estar obligados a informar de dicha circunstancia.

No compartimos esta opinión de que se trate de una "cesárea a demanda" -la pactada con el médico sin que exista ninguna indicación para la misma- ya que según la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia se reconoce que la finalización de un parto de nalgas mediante cesárea representa mucho mayor riesgo para el feto y en el caso que enjuiciamos, dado que se trataba de un embarazo de alto riesgo por la patología asociada, por la prematuridad, diabetes mal controlada -macrosomía o sospecha de feto grande, polihidramnios o aumento de líquido amniótico- en el momento que tienen conocimiento los facultativos que se trata de una presentación podálica deberían haber informado a la gestante de los riesgos potenciales, que se derivan de la asistencia de un parto de nalgas ofreciéndole la posibilidad de la finalización del parto mediante cesárea si ella lo hubiera decidido así, si ella no hubiera asumido los riesgos de un parto vaginal; por ello, una vez informada debería haber firmado un consentimiento para el parto vaginal de nalgas, que como ya hemos indicado se trataba de una gestación de alto riesgo por la patología asociada, por la prematuridad, por la presentación podálica y por tanto con una morbilidad mayor, y deseando la paciente una ligadura de trompas parece más acertado haber finalizado el parto mediante una cesárea.

De esta forma hubo en quebranto de la "lex artis", pues al no darle a la madre la posibilidad de asumir este riesgo se le produjo un daño que no tiene el deber de soportar, si se le hubiera ofrecido la posibilidad de la finalización del parto mediante cesárea, y como viene admitiendo nuestra Sala, entre otras, en las sentencias de veintidós de octubre de dos mil nueve -recurso de casación 710/2008 - y veinticuatro de marzo de dos mil diez -recurso de casación 3944/2008 -, la citada infracción produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de la capacidad para decidir.

**SEXTO.-** La recurrente en nombre propio y de su hija, sin especificar los conceptos a los que se refiere, al reclamar una indemnización de un millón quinientos mil euros (1.500.000#), deberemos tener en cuenta las cantidades que hemos reconocido en supuestos semejantes, por lo que en este caso, establecemos y diferenciamos una indemnización por el daño moral sufrido por doña Lidia en la cantidad de cincuenta mil euros (50.000#) actualizada a la fecha de esta sentencia, y por el daño material sufrido por su hija Melisa que según el dictamen técnico facultativo del Hospital "Niño Jesús" de enero de dos mil cuatro, tiene un grado de minusvalía del 75% por presentar: << retraso madurativo por encefalopatía de etiología; sufrimiento fetal/perinatal; y cúsis parcial por encefalopatía de etiologías sufrimiento fetal perinatal >>, la cantidad de cuatrocientos mil euros (400.000#), también actualizada a la fecha de la sentencia, cuya entrega se abonará por la Administración a nombre de la hija de la recurrente y será administrada conforme a las normas civiles sobre la administración de los bienes de los menores o incapacitados.

**SEPTIMO.-** Al estimarse este motivo de casación, de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, no procede hacer un pronunciamiento condenatorio sobre las costas de este recurso.

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,

## FALLAMOS

1º.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Lidia y su hija Melisa, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha veinte de febrero de dos mil ocho, recaída en los autos 21/2005, que desestimó el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación formulada por responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, a consecuencia de la asistencia sanitaria recibida en el Hospital Santa Cristina de Madrid durante el nacimiento de su hija.

2º.- Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo deducido por la citada representación procesal ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación formulada ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, que anulamos por no ser conforme a Derecho y declaramos el derecho de la recurrente y de su hija menor de edad, el derecho a que por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid se les abone, respectivamente, en concepto



de indemnización, las cantidades de cincuenta mil euros (50.000#) y cuatrocientos mil euros (400.000#) actualizados a la fecha de esta sentencia, sin perjuicio de los intereses que puedan resultar procedentes por demora en el pago de la indemnización, precisando que la cantidad de cuatrocientos mil euros (400.000#) que se abonará por la Administración a nombre de la hija de la recurrente será administrada conforme a la normas civiles sobre la administración de los bienes de los menores o incapacitados.

No hacemos expresa condena en las costas de este recurso de casación ni en las devengadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Marti, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ