

En Pamplona, a 21 de marzo de 2012.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Antonio Sánchez Ibáñez, Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Pamplona los presentes autos por Procedimiento Ordinario con el número de referencia antes indicado, en los que han comparecido como recurrente D<sup>a</sup> Aránzazu, asistida por el Letrado D. Ignacio María Iraizoz Zubeldía y representado por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Hermida Santos y como demandada el Gobierno de Navarra, Servicio Navarro de Salud, asistido y representado por el Letrado D. Ignacio Iparagirre Múgica y la compañía Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, asistida por el Letrado D. Javier Moreno Alemán y representada por el Procurador de los Tribunales Ángel Echauri Ozcoidi se procede, en nombre de S.M. el Rey a dictar la siguiente sentencia

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 2 de julio de 2.010 tuvo entrada en este Juzgado escrito en el que el Procurador de los Tribunales D. Carlos Hermida Santos actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup> Aránzazu, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación presentada con fecha 15 de julio de 2.009 por la hoy recurrente, por daños derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios, quedando registrado dicho recurso con el número 92/10.

La cuantía del presente recurso se fijó en 400.000 Euros.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO.- En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimen los pedimentos de la actora.

CUARTO.- El procedimiento se recibió a prueba, con el resultado que consta en las actuaciones y a las que por economía nos remitimos, presentando sus conclusiones las partes, con lo cual quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente procedimiento la desestimación presunta por silencio administrativo de la petición cursada por la parte recurrente al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea en demanda de indemnización y declaración de responsabilidad patrimonial de la administración demandada, por daños y perjuicios ocasionados a la parte actora D<sup>a</sup> Aránzazu, como consecuencia del fallecimiento intraútero de su hijo.

Alega la recurrente en su escrito de demanda que, el día diez de julio de 2.008 se encontraba embarazada y dentro de las fechas en que habría de dar a luz a un niño, cuya gestación era controlada por el Departamento correspondiente del Hospital Virgen del Camino, perteneciente al Servicio Navarro de Salud. El día once de julio del mismo la recurrente se sometió en su centro médico a un registro que ofreció un resultado normal, siendo controlada el día quince, con igual resultado. Sin embargo, el 18 de julio, la actora dejó de sentir al nasciturus, por lo que acudió al Centro de Atención a la Mujer, donde fue atendida por una Matrona que, a la vista del resultado negativo del registro practicado, la envió al Servicio de Urgencias para que se realizase una ecografía que, sin embargo, no se llegó a practicar, indicándose en dicho Servicio que volviera el día 21 para ser ingresada. Tal día, ya ingresada en el Servicio de Urgencias de la Clínica Virgen del Camino, fue sometida a un proceso de inducción al parto mediante "Oxitocina", practicándose dos registros; a las 8:30 y a las 9:00 y después fue trasladada a una habitación de planta, sin recibir ningún tratamiento, ni control más, hasta que a las 01:45 horas del día siguiente empezó el mecanismo de parto, por lo que fue conducida al paritorio, para descubrir allí que el niño había muerto.

En su consecuencia, sostienen los recurrentes que el paciente falleció, no por circunstancias naturales de enfermedad, malformación o similares, sino por la falta de asistencia y de prudencia profesional, pese a la vigilancia facultativa a que todo enfermo tiene derecho durante su estancia en un centro hospitalario, configurándose así el funcionamiento anormal de un servicio público en el que fundamentan su demanda.

Reclama por los hechos descritos la parte recurrente la cantidad de 400.000 euros, conforme a los términos expresados en su demanda.

Frente a dicha pretensión, se opondrá la Administración demandada y la aseguradora codemandada en base a los motivos y fundamentos de derecho que expuso en su contestación a la demanda, que obran en autos, y cuyo contenido se da aquí por reproducido en evitación de reproducciones innecesarias.

SEGUNDO.- Relatados en síntesis, los antecedentes fácticos de la presente cuestión sometida a litigio, hay que destacar seguidamente que, como es sabido, el Tribunal Supremo, en reiterada y constante jurisprudencia mantiene que la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico, queda configurada mediante acreditación de los siguientes requisitos:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.
  
- b) Que el daño o lesión patrimonial producido al reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.
  
- c) Ausencia de fuerza mayor.

En fin, supone según terminología jurisprudencial, una actividad administrativa (por acción u omisión –material o jurídica-), un resultado dañoso no justificado y relación de causa a efecto entre aquella y éste, incumbiendo su prueba al que reclama; a la vez que es imputable a la administración la carga referente a la cuestión de la fuerza mayor, cuando se alegue como causa de exoneración.

Para que proceda la acción de responsabilidad patrimonial es preciso que entre la actuación administrativa, en este caso sanitaria, y el perjuicio, exista una relación de causalidad (artículo 139.1 de la Ley 30/1992) o lo que es lo mismo, que los daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, siendo así que sólo serán indemnizables los daños que el perjudicado no tenga obligación jurídica de soportar de acuerdo con la ley (artículo 141.1 Ley 30/1992).

Deben también destacarse como criterios de imputación, en supuestos de asistencia sanitaria que:

1) Dentro de los daños producto de la enfermedad, se encuentran:

a) Los que la enfermedad produce necesariamente, a pesar de todos los tratamientos médicos por adecuados y eficaces que ellos sean, ya que vienen impuestos por el carácter caduco y enfermable de la condición humana.

b) Los producidos por la enfermedad pero evitables con un tratamiento médico prestado a tiempo y adecuado y que su producción es debida a la falta de asistencia sanitaria o a que la prestada no fue la adecuada.

2) Dentro de los daños en los que el tratamiento médico es el factor determinante:

a) Aquellos daños que son intrínsecos al tratamiento como tal y que por ello se producen de modo necesario y justificados por la finalidad terapéutica.

b) Aquellos daños que el tratamiento médico produce al margen de su finalidad terapéutica y que son daños producidos bien porque el tratamiento no es el procedente o adecuado el prestado o porque en su realización se introducen circunstancias que lo desnaturalizan y que son ajenas a la constitución individual del enfermo. Sólo los supuestos de los apartados b) darían lugar a responsabilidad.

Añadir que la responsabilidad que se examina tiene carácter objetivo y depende exclusivamente, con abstracción de todo juicio de intencionalidad, de que se demuestre la efectividad de los daños y el adecuado nexo de causalidad.

TERCERO.- Aplicado cuanto queda expuesto al presente caso, y examinada y valorada en su conjunto la prueba que obra en autos, debe concluirse que en el presente caso queda acreditado que el lamentable fallecimiento intraútero del hijo de la recurrente trae su causa de una deficiente praxis en seguimiento médico practicado, debiendo responder por su intervención la administración demandada, concluyéndose que los daños cuya indemnización se reclama se hallen relacionados causalmente con un comportamiento de tal naturaleza, encontrándonos ante un resultado que no reviste el carácter de antijurídico.

La conclusión expuesta queda acreditada y corroborada con los informes periciales practicados en las actuaciones, prueba pericial de gran importancia en asuntos de la índole que nos ocupan.

Así, el perito médico especialista en Ginecología y Obstetricia, en el informe evacuado en fecha 22 de septiembre de 2.010, por el Doctor D. Federico en el que se analiza el control y seguimiento del embarazo de la recurrente y las circunstancias que rodearon al parto de la misma. En dicho documento se hace constar que el día 18 de julio de 2.008 la recurrente acudió a la consulta médica porque no notaba movimiento fetal haciéndose constar que el feto era poco reactivo y derivándose a la paciente al Servicio de Urgencias ante la imposibilidad de realizar ecografía. Cuando fue ingresada el día 21 de julio en el Servicio de Ginecología del Hospital Virgen del Camino, mostró dilatación de un centímetro con borrado del cuello uterino al 50%, mostrando el feto una frecuencia cardíaca positiva, sin especificarse la misma y sin dinámica uterina. En cuanto a la monitorización de la paciente, se le realizaron tres; el 18 de julio, donde no se mostró dinámica uterina, pero sí reducción de la variabilidad de la frecuencia cardíaca fetal (síntoma de sufrimiento fetal); el 21 de julio, donde persistió la escasa variabilidad de la frecuencia fetal, tomándose a las 9:50 horas la decisión de inducir el parto, aplicando a la paciente el medicamento conocido como "propess", suprimiéndose a las 11:00 horas la monitorización, que ya no se volvió a practicar, por cuanto a las 0:10 horas del día 22 de julio, el nasciturus había fallecido. Este hecho también es confirmado por el informe médico suscrito por los Doctores J. y E.

En el presente caso, es determinante conocer la relevancia que tuvo en el fatal desenlace del parto la falta de monitorización de la recurrente.

Del informe médico suscrito por el Doctor D. Federico, resulta que la gestación se había prolongado más allá de las 40 semanas (41,4), lo que implica un riesgo para el feto, necesitándose por ello controles especiales, como el control ecográfico de la presencia de calcificaciones en la placenta, especialmente en el caso que nos ocupa, ya que desde el día 11 de julio de 2.008 se observó un grado placentario II y en el informe de autopsia fetal (necropsia), con seguridad un grado placentario III que, a tenor del repetido dictamen significa un mayor envejecimiento de la placenta, con menoscabo de la función de aporte de oxígeno y nutrientes al feto, incrementando la posibilidad de sufrimiento fetal. Por otra parte, no consta la realización de amnioscopia, es decir, de visualización con un amnioscopio a través del cerviz uterino, de la bolsa de líquido amniótico, comprobándose así la existencia o no de meconio (contenido intestinal del feto) y, con ello, de sufrimiento fetal que, en el presente caso, a la vista de la necropsia, existía, ya que el nasciturus aspiró meconio. Finalmente, la monitorización de la frecuencia cardíaca fetal es necesaria, especialmente en el caso de aplicación de Propess, a fin de comprobar el bienestar o el sufrimiento fetal, pudiéndose así realizar la intervención más apropiada. Este extremo es corroborado por el dictamen suscrito por los Doctores D. J. y D. E. de fecha 24 de septiembre de 2010 en el que se dice “Es obvio que la muerte fetal tuvo lugar en algún momento de ese día, pero lo más importante es saber si era preciso algún control fetal en ese tiempo.

El protocolo antes señalado de la SEGO, establece al respecto que “después de la colocación de las prostaglandina, la paciente debe permanecer en decúbito durante 60 minutos como mínimo. En ausencia de dinámica uterina se monitoriza inicialmente la frecuencia cardíaca fetal durante 1-2 horas. Con posterioridad y en función de la disponibilidad de cada unidad, se pueden hacer “ventanas” de monitorización. Cuando se establezca una buena dinámica, la monitorización debe ser continua. Dicho esto, después de este primer control inmediato tras la colocación del Propess, si fuera normal, no es preciso un control fetal a menos que se establezca una dinámica regular. En este caso, por la documentación aportada, no podemos saber si la actuación, en este sentido, fue correcta...” Sigue el informe subrayando la falta de constancia de la práctica del control antedicho dejando en la duda la actuación médica (folio 17 del dictamen).

Por ello debe correr la administración con la carga de dicha falta de prueba, por cuanto si se realizó el repetido control estaba en su mano el haberlo hecho constar y haberlo comunicado a la recurrente, siendo aquí pertinente traer a colación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo sec. 4ª, S 2-1-2012, rec. 3156/2010.

Pte: Lecumberri Martí, Enrique, en cuyo fundamento de derecho se dice “Es evidente que la carencia de esos documentos han impedido a la parte recurrente poder conocer y por ende acreditar la situación del feto en los momentos previos al parto y si se estaba produciendo un sufrimiento fetal.

Tales documentos se determinan por la recurrente como fundamentales para sustentar su tesis relativa a un supuesto de mala praxis médica que la Administración niega, ofreciendo una alternativa también posible, pero de la que tampoco posee certeza absoluta puesto que no puede obviarse que en la ciencia médica por su complejidad y variedad de circunstancias es en ocasiones muy difícil ofrecer una explicación cierta, absoluta y completa.

Como hemos reiteradamente sostenido, no estamos ante una prestación de resultados concretos sino ante la disposición de los medios adecuados y existentes según la ciencia médica a los efectos de conseguir el mejor estado posible de los que demandan asistencia médica. Por tanto, la sentencia debió tener en cuenta y analizar la influencia que podía tener en materia de prueba la imposibilidad de obtener documentos o elementos que prueba al alcance de la demandada y que no han sido aportados a los efectos de que la parte recurrente pueda construir una hipótesis fáctica y formular pretensión al respecto. Ello determina, por tanto, infracción de las reglas de la prueba, artículo 217 de la Ley procesal civil.

De esta forma hubo en quebranto de la "lex artis", pues al no darle a los recurrentes el derecho a tener una HC completa y rigurosa con el seguimiento y lo acontecido en el parto, se les ha impedido acreditar si efectivamente se produjo o no sufrimiento fetal del feto, con lo que es la Administración, quien habiendo debido facilitar por su disponibilidad, esta documentación, debe correr con los perjuicios de la falta de prueba sobre que ciertamente no fue el sufrimiento fetal lo que causó la hipoxia del feto, y, eso tampoco lo ha hecho. Se le ha privado de la capacidad de probar y defender una hipótesis, respecto de la que la Administración estaba en mejor posición”. De dicha falta de constancia podemos concluir que no se realizó ninguna monitorización desde

las 9:50 horas del día 21 de julio hasta después del fallecimiento. Estas disposiciones médicas habrían posibilitado la detección de sufrimiento fetal y permitido tratar al feto, impidiendo así su fallecimiento y el estado del feto y su indicación eran conocidos por los servicios médicos intervinientes.

Por tanto queda acreditado que la asistencia sanitaria prestada a la recurrente fue defectuosa o incorrecta, así como el incorrecto funcionamiento del servicio sanitario.

CUARTO.- Añadir, al hilo de lo expuesto, que la función de la administración sanitaria se caracteriza por la obligación de prestar asistencia sanitaria de conformidad con el estado de la ciencia médica en relación a una gestión eficaz de los medios materiales y personales disponibles. Dicha actividad sanitaria no consiste siempre en curar al enfermo o en obtener un resultado positivo pues los conocimientos obtenidos en este ámbito no siempre permiten asegurar que vayan a ser efectivos en todos los enfermos, ni que todas las patologías puedan ser curadas, pero por lo que queda expuesto, sí se ha acreditado en este asunto.

Por otra parte, sólo son indemnizables aquellos daños que el perjudicado no tenga obligación jurídica de soportar de acuerdo con la ley, de manera que los que se derivan de la naturaleza enfermable de la condición humana no tienen el carácter de antijurídicos, como ya se ha dicho, ni en base a ellos puede estimarse responsabilidad alguna indemnizable. La medicina no ha alcanzado el grado de perfección, hasta ahora inalcanzable, que le permita evitar todo tipo de enfermedades o asegurar en todo caso la curación de los enfermos, así como la evitación de la irreversibilidad de determinados estados patológicos. Así pues, en el presente caso el daño sufrido por la parte actora, como hemos dicho, fue consecuencia de una mala asistencia sanitaria, por lo que ha de ser indemnizado. En cuanto al importe de la indemnización solicitada, hemos de tener en cuenta que nos encontramos ante la muerte de un feto cuya gestación había concluido, por lo que sin la circunstancia que le llevó a la muerte, podemos concluir que habría nacido sin más problemas, debiendo equipararse el valor de la misma a la de un recién nacido.

Señalaremos, con matices, en apoyo de esta tesis la Sentencia con número de Recurso: 733/2004 de fecha 31/03/2009, del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6, en cuyo fundamento de derecho séptimo se indica "Por lo que hace a la cuantía de la indemnización, hay que

tener en cuenta que se está en presencia de la muerte de un feto prácticamente al final del período de gestación; es decir, se trata de la muerte de un ser muy próximo a nacer y, en principio, viable. Esto debe aproximar -no equiparar- la cuantificación del daño a la correspondiente a la muerte de un neonato. Así, la cifra de 40.000.000 pesetas solicitada por la recurrente es excesiva con respecto a la pauta valorativa de esta Sala en casos similares, siendo más ajustada la de 180.000 euros. La indemnización queda, así, fijada en dicha suma, más los intereses correspondientes calculados desde el día en que se produjo el evento lesivo hasta la fecha de esta sentencia". Por todo ello, siguiendo lo ya señalado antes y el anterior criterio jurisprudencial, fijaremos una indemnización de 250.000 euros, puesto que no nos encontramos solamente ante un feto viable y al fin de su período de gestación, como ya hemos dicho, si no ante un feto postmaduro, cuya gestación se había prolongado más allá de la semana 40 de gestación y que, de no haberse producido los hechos aquí enjuiciados habría llegado a nacer, por lo que a efectos patrimoniales ha de ser equiparado a un nacido, sin que sean de aplicación las normas civiles que exigen 24 horas de vida independiente, enteramente separado del claustro materno, para adquirir personalidad jurídica.

La cantidad señalada, si bien no puede dejar indemne a la recurrente ya que, por su naturaleza, la pérdida de un hijo nunca puede ser enteramente compensada, entendemos que, dadas las circunstancias que rodean el caso y que han sido arriba expuestas, es adecuada y cubre, en lo posible, el daño moral sufrido. Dicha cantidad será incrementada con el interés legal del dinero desde la fecha de los hechos, día 21 de julio de 2.008, hasta su entero pago.

QUINTO.- No se aprecian causas o motivos que justifiquen realizar un especial pronunciamiento impositivo sobre las costas procesales causadas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

PRIMERO.- Estimar en parte la demanda interpuesta en nombre y representación de D<sup>a</sup> Aránzazu frente al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la desestimación presunta de la reclamación presentada con

fecha 15 de julio de 2.009 y condenar a la Administración a que indemnice a la actora con la cantidad de 250.000 euros, que devengarán el interés legal del dinero desde el 21 de julio de 2.008, hasta su completo pago.

SEGUNDO.- No ha lugar a hacer expreso pronunciamiento sobre las costas causadas.

Así por esta mi Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronuncio, mando y firmo. Antonio Sánchez Ibáñez.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. D. Antonio Sanchez Ibáñez Magistrado que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; doy fe.