

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 912/2011**

**SENTENCIA NUMERO:**

ILMOS. SRES.  
PRESIDENTE:  
D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:  
D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO  
D<sup>a</sup>. MARGARITA DIAZ PEREZ



En la Villa de Bilbao, a siete de octubre de dos mil catorce.

La Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 17 de junio de 2011 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de VITORIA - GASTEIZ en el recurso contencioso-administrativo número

Son parte:

- APELANTE: D<sup>a</sup>.

- APELADO: OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD, representado por el Procurador D. GERMAN ORS SIMON y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup>. SUSANA LOPEZ ALTUNA.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MARGARITA DIAZ PEREZ.

Recepcionado en e  
CURADORES EL DIA ANTE.

16 OCT 2014

31ZKAIKO AUZITEGIETAKO  
JURADOREEN ELKARRGO OSPET  
FIRMA PROCURADOR

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por J. recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia .

**SEGUNDO.-** El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación .

**TERCERO.-** Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 16/9/2014, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

**CUARTO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup>. que actúa en representación del menor se impugna la sentencia nº 179/2011, dictada con fecha de 17 de junio de 2.011 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Vitoria-Gasteiz, en los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número 1620/2009, seguido por el procedimiento ordinario.

La sentencia recaída en la instancia desestima el recurso jurisdiccional deducido frente a la desestimación presunta por silencio administrativo de la petición cursada ante el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza en demanda de indemnización y declaración de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados a la parte actora a consecuencia de la asistencia prestada en el Hospital de Cruces el día 3 de diciembre de 2.001, y Resolución nº4832/09, de 14 de octubre, del Director General de Osakidetza-SVS, que resuelve el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial nº106/07.

En el fundamento de derecho primero de la sentencia apelada, recoge la juzgadora los antecedentes fácticos de la cuestión sometida a litigio, según la versión actora:

*<<(…) que la recurrente ingresó en el Hospital de Cruces el día 3-12-01, embarazada de cuarenta semanas, con ologiarnnios CTG( cardiotocografía) a las 11:30 horas, siendo atendida por el personal de la Sección de ginecología cerca de seis horas hasta que se le practicó una cesárea; que tras el ingreso y observando los profesionales*

*que atendieron a la paciente que algo no marchaba bien en el feto le realizaron una ecografía, indicándole que de inmediato y urgentemente debían practicarle una cesárea porque el niño podía estar muriéndose; que fue trasladada a una habitación y apareció alguien que la recurrente consideró un médico quien manifestó que había que provocar el parto por vía natural, por lo que se le comenzó a suministrar oxitocina; que así transcurrieron las horas hasta que un nuevo médico tras la observación de la paciente ordenó su traslado a quirófano porque al parecer no se oía el latido del feto; que nació un niño a término con cuatro vueltas del cordón umbilical alrededor del cuello, practicándole el test de apgar, siendo diagnosticado de sufrimiento fetal agudo, consecuencia de lo cual presenta secuelas importantes. Se alega que se produjo un retraso indebido e injustificado desde el ingreso de la paciente hasta la práctica de la cesárea de más de cinco o seis horas, y que fue la causa del daño en el menor.-Se reclama la cantidad de 500.000 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios>>.*

En el fundamento de derecho segundo se identifican los requisitos jurisprudenciales de la responsabilidad patrimonial en general, y los criterios de imputación en supuestos de asistencia sanitaria. Y en el siguiente se consigna la razón de decidir:

*<< 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 los daños alegados por la parte recurrente no traen su causa de una actuación negligente, imprecavida o inobservante, ni puede concluirse que 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 la prueba pericial practicada en el presente procedimiento, de gran importancia en asuntos de la índole que nos ocupa y en concreto con el dictamen emitido por el perito designado judicialmente, Dr. González, especialista en obstetricia y ginecología, que señala como bases del mismo la historia clínica, la demanda y contestación y el informe emitido a instancia de la parte actora, por la especialista en obstetricia y ginecología, la testigo-perito Dra. Echave Saiz estimando que debe primar el dictamen emitido por el Dr. González al haber sido este judicialmente designado, lo que, en buena lógica, hace presuponer unas mayores garantías de mayor imparcialidad y objetividad a la hora de evacuar en su informe.*

*Así el perito Dr. González en su dictamen concluye claramente lo siguiente: " Desde mi punto de vista, en el parto de esta paciente se desarrolló una asfixia neonatal cuya causa inicial, establecimiento y desarrollo, resultan muy difíciles de establecer. Probablemente se pudo haber desarrollado en dos fases, una más larga y crónica que debió actuar en las horas anteriores a la cesárea, quizás relacionada, por lo menos en*

*parte, con las 4 vueltas de cordón y otra mas corta, grave e inmediata , dependiente de las vueltas del cordón y además de un probable desprendimiento precoz de la placenta que pudo producirse e instaurarse en los minutos finales y al cual pudo contribuir la cortedad relativa del cordón al estar muy prieto y enrollado en el cuello fetal. Es muy posible que estas dos peligrosas y amenazantes situaciones sumaran su efecto y contribuyeran, al deterioro final de la salud fetal y neonatal. El diagnóstico del estado asfíctico fetal no pudo hacerse a pesar de haberse sospechado y haberse puesto los medios adecuados para ello. Aun con la aplicación de los mejores métodos disponibles, el diagnóstico, al principio del parto , de una precaria y comprometida situación fetal tiene evidentes limitaciones . Se puede sospechar, pero en modo alguno asegurar ya que el valor predictivo positivo de una cardiotocografía es limitado. . En este caso el registro se hizo, fue visto e interpretado , no sólo por una, sino por varias personas y se trató de desenmascarar, cambiando a la madre de postura, si la sospecha evidente de patología que presentaba la lectura del registro, era verdadera o falsa. La imposibilidad de contar con unas pruebas válidas y eficaces para el diagnóstico y el desconocimiento del ritmo, momento y gravedad del deterioro fetal, limita diariamente nuestro proceder y nos impide tomar medidas preventivas y terapéuticas para reducir las secuelas neurológicas que desgraciadamente a veces , aunque no siempre, pueden presentarse en la práctica diaria. La conducta obstétrica seguida fue correcta. Tanto en las horas anteriores a la cesárea (permaneciendo en alerta continua) como en los minutos finales (decidiendo una cesárea urgente) al observarse una bradicardia mantenida, fue correcta y adecuada a la Lex Artis ad Hoc. El tiempo gastado en poner en evidencia el estado fetal y en desenmascarar si era o no real , no fue superior a las dos horas. Como en otros casos similares, nos encontramos ante un mal resultado perinatal que no puede ser achacado a un acto negligente, de acción u omisión, por parte del equipo de profesionales que atendió y dirigió el parto, sino a una mas que evidente limitación de los métodos diagnósticos actuales sobre el estado de la salud fetal al principio fetal del parto>>.*

**SEGUNDO.-** Interesa la defensa apelante de esta Sala el dictado de sentencia que con estimación del recurso, revoque la de instancia y estime la demanda, con imposición de las costas causadas a la parte demandada, en base a las siguientes alegaciones:

1ª Subraya, en primer lugar, que los peritos "propuestos" por Osakidetza en modo alguno deben ser considerados como peritos judiciales, porque en el escrito de proposición de prueba se insta que sea la SEGO (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia), quien, de entre sus profesionales designe quien debe emitir su dictamen, previo pago de sus honorarios, y la SEGO es un organismo privado que reúne a los profesionales de esa especialidad médica, y por ello, en sus dictámenes no puede presumirse "prima facie" una mayor imparcialidad, por haber sido designados por ese organismo.

La imparcialidad podría y debería predicarse de los peritos que figuran en las listas judiciales que contemplan los artículos 341 y 342 de la LEC. Los de las Academias y demás organismos se pueden utilizar por las partes, pero serán profesionales de parte.

De forma que conceder mayor valor, y en consecuencia "ad límine líate" un desvalor al perito de Osakidetza y al aportado por la actora, constituye una perversión que infringe clarísimamente el principio de valoración de la prueba y el derecho a la tutela judicial efectiva.

2ª Añade que no se puede olvidar el resto de medios probatorios, en este caso la prueba testifical, que ni siquiera se menciona.

Y sobre todo que los dictámenes periciales aportados a los autos gozan de la misma credibilidad ab initio, y por ello habrán de analizarse ambos y razonar, en función de su contenido, cuál merece una mayor credibilidad científica (por razón de su ciencia, de la firmeza en su exposición, de las razones científicas que apoyaren sus apreciaciones periciales). Si de otra parte, el juzgador quiere formar criterio cierto acerca de cuál de los peritos le merece mayor credibilidad, no sería baladí comenzar a practicar la llamada confrontación entre peritos regulada en el art. 347.5 LEC. Se echa en falta una crítica racional de los medios probatorios.

3ª Para a continuación valorar los dos dictámenes periciales; y en particular, frente a las apreciaciones del perito de la SEGO, sostener:

a) que con los medios diagnósticos que hoy en día tiene el médico a su disposición (cardiotocógrafo, análisis de sangre y ecografía) no puede mantenerse seriamente que una paciente que lleva horas en el Hospital y desarrolla intraútero una asfixia en el feto no puede ser diagnosticada y tratada hasta el punto de que el feto muera.

b) el perito emplea demasiadas "posibilidades" (utiliza con demasiada extensión el "pudo", "probablemente", "que debió actuar", "quizá relacionada", "por lo menos en parte") para poder afirmar al final que todo se hizo de un modo excelente por parte de los médicos, con arreglo a la "lex artis ad hoc".

Que ante una situación de "sospecha" de un estado asfíctico del feto, lo más lógico y adecuado, y así lo entiende la perito de la actora, es acudir de inmediato y sin esperar más a la cesárea que con seguridad habría solucionado el problema.

Que, aun cuando la cardiotocografía tenga un valor predictivo limitado, existen otros medios más eficaces como la ecografía, que seguramente no se practicó y con la que se hubiera podido asegurar el diagnóstico de una manera eficaz o definitiva.

La espera inadecuada y excesiva, la no utilización temporáneamente de los medios diagnósticos que la ciencia, en un gran centro médico, como el de Cruces, pone a disposición de los profesionales de la medicina, condujeron al resultado dañoso y a la causación de unos daños irreversibles en el niño y que están exigiendo a la madre una atención personal, familiar, escolar y de desarrollo del niño, absolutamente desproporcionada, por lo que debió de hacerse y no se hizo.

4º Por último, resalta que la Dra. Echave hace, en primer lugar, una exposición genérica del modo en que debe atenderse un parto de las características del que soportaba Dª. , a continuación la pone en relación con el desarrollo del parto, con arreglo a la documentación existente en autos( la Historia clínica) y al final emite su opinión científica; a la hora de analizar los factores concurrentes y emitir su dictamen, lo pone en relación con la serie de textos legales de diversos autores que nada tienen que ver con el litigio y sobre todo con los protocolos de la SEGO a la que pertenece el perito informante de Osakidetza y comprueba que la mayor parte de dichos protocolos no se han cumplido por parte de los médicos que atendieron a la paciente.

De modo que puestos en relación un informe y otro, en el de la Dra. Echave hay un conjunto de elementos de carácter absolutamente objetivo, tomados de la Historia clínica, que constituyen un conjunto de fallos cometidos por los profesionales del Hospital de Cruces, que solo pueden llevar a la conclusión contraria a la que adoptó el perito de Osakidetza.

**TERCERO.-** Osakidetza/Servicio Vasco de Salud, y en su nombre y representación la procuradora Dª. Mercedes Botas Armentia, ha presentado escrito de oposición al recurso, postulando su desestimación con condena en costas a la apelante.

Arguye, en síntesis:

1º Que los motivos primero y segundo del recurso no son sino alegatos cargados de opiniones muy respetables pero carentes de justificación alguna.

Que la SEGO es la Sociedad Científica Nacional de la especialidad, y que las sociedades médicas científicas representan el foro de ámbito nacional de discusión y consenso para cada especialidad, y precisamente por ello son sociedades que ofrecen garantía de rigor científico, así como que el perito designado por ellas va a ser un perito riguroso, una "autoridad" en la materia, lo que a su vez constituye una garantía de su independencia.

2º Que los motivos tercero y cuarto también deben decaer porque se limitan a repetir las alegaciones de parte, contenidas en su escrito de demanda y de conclusiones, sin hacer una sola mención al resultado real de la prueba que se ha practicado, ni a error alguno cometido en la valoración de la prueba por la Juzgadora de instancia.

Que de toda la prueba practicada ha quedado plenamente acreditado que ninguna transgresión de la *lex artis* se ha producido en la atención sanitaria prestada a Yeraí.

La parte recurrente ha propuesto y practicado una prueba pericial elaborada por la Dra. Echave. Mas, todos y cada uno de los facultativos que han intervenido en el presente procedimiento, en calidad de testigos, peritos y testigos peritos, han mostrado su desacuerdo con el informe y las conclusiones a las que llega la Dra. Echave. Por lo tanto es evidente que ninguna de sus alegaciones contenidas en el recurso de apelación pueden tener feliz acogida.

**CUARTO.-** Frente a la sentencia de instancia que desestima la acción resarcitoria ejercitada ante el Servicio Vasco de Salud, al no entender acreditada la vinculación causal pretendida en la demanda entre las secuelas que padece el menor y una actuación médica negligente del personal del Servicio de Ginecología que asistió a la madre en el Hospital de Cruces el día 3 de diciembre de 2.001, en particular, por la demora injustificada en la práctica de la cesárea, se alza la parte actora en apelación mostrando su total disconformidad con el mayor valor probatorio que la jueza "a quo" atribuye al dictamen pericial elaborado por el Dr. D. Antonio González González, en el que descansa en exclusiva su pronunciamiento.

Así, niega, en primer lugar, la condición de aquél como perito judicial, con el fin de privar a su informe de las mayores garantías de imparcialidad y objetividad que subraya la juzgadora.

Sin embargo, según resulta de las actuaciones remitidas por el Juzgado, su intervención en el juicio se produce a instancia de Osakidetza, que propuso pericial médica de Especialista en Ginecología y Obstetricia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 340, apartado 2, de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, solicitando la emisión de dictamen por la Sociedad Científica Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) o de perito especialista designado por dicha sociedad, sobre la que con carácter previo a su admisión tuvo la actora la oportunidad de oponerse tras el traslado conferido por auto de 10 de junio de 2.010, sin que entonces el letrado ahora apelante formulara objeción alguna, ni dedujera tampoco recurso de súplica frente al auto de 9 de julio de 2.010, que designa como perito Médico Especialista en Obstetricia y Ginecología al que por turno corresponda de la lista que obra en la SEGO de Madrid, ni frente a la providencia de 1 de

septiembre de 2.010 que finalmente nombra como tal a D. Antonio González González, siguiendo el turno de la lista remitida por la SEGO.

Por tanto, el dictamen controvertido es emitido por un perito designado por el Tribunal (artículo 339.2 L.E.C), y no por una de las partes que lo aporta al proceso junto con su demanda o contestación (art. 336 de la l.e.c.); y esa cualidad de perito designado judicialmente no queda enervada porque proceda de la sego, en tanto que el artículo 340.2 l.e.c., invocado con acierto por la demandada en su escrito de proposición de prueba, prevé la posibilidad de solicitar dictamen de academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia, y en el artículo 341 se regula el procedimiento para su designación mediante listas de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos, enviadas por las academias o instituciones, efectuándose la designación de cada lista por orden correlativo, como ha ocurrido en el presente caso.

Luego, la posición actora sobre la naturaleza de la pericia en cuestión es equivocada, ello sin perjuicio de que la garantía de objetividad es predicable asimismo del perito de parte y encuentra fundamento en la presunción legal que dimana del juramento o promesa de actuar con la mayor objetividad posible en la emisión del dictamen ( artículo 335.2 LEC ).

Otra cosa es que ese plus de imparcialidad que deriva de la designación judicial del perito sea motivo bastante para justificar la elección en instancia de su dictamen de entre el resto de pericias practicadas, y en concreto, respecto del informe pericial que aporta la actora, emitido por la Dra. D<sup>a</sup>. María Carmen Echavez, que mantiene criterio manifiestamente divergente.

Entramos ya, por tanto, en el análisis de las alegaciones segunda y tercera.

Como viene reiterando esta Sala y Sección en supuestos semejantes, cuando sobre los mismos hechos controvertidos se pronuncian distintos peritos, llegando a conclusiones discrepantes, la valoración de sus dictámenes según las reglas de la sana crítica (artículo 348 L.E.C) incluye la necesidad de una valoración judicial comparativa y motivada entre los informes emitidos; a este efecto, la toma en consideración judicial de una hipótesis acreditada pericialmente respecto de otra u otras responde a las reglas de la sana crítica cuando se trate de una hipótesis relevante para la explicación del hecho controvertido; se trate de una hipótesis que integre todos los hechos disponibles y sea refutable; sea una hipótesis auto consistente al venir integrada por elementos compatibles entre sí; y, finalmente, se trate de una hipótesis apta para explicar la situación fáctica relacional controvertida.

En el caso en estudio, ese juicio comparativo es inexistente; descartado el principio de especialidad, al ser ambos peritos Especialistas en Ginecología y Obstetricia, la juzgadora funda su opción por el dictamen del Dr. González González en exclusiva, en su condición de perito judicial, acogiendo acríticamente el resultado de su dictamen, que expone en parte sin dar razón de ninguna otra "bondad" de la pericia elegida, lo que contraviene la prescripción legal de valoración de los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica ( artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

En la necesaria tarea de ponderación de los dos criterios médicos divergentes, que esta Sala asume, y para centrar el debate y facilitar la comprensión de las apreciaciones periciales, es oportuno precisar, que el episodio asistencial que nos ocupa, tal y como se recoge en la resolución administrativa impugnada y de ello dan cuenta coincidentemente los peritos, se inicia el día 3 de diciembre de 2.001 cuando la actora, en la 42 semana de gestación, acude a consultas externas para revisión ginecológica, ordenándose su ingreso en "Partos" con diagnóstico provisional de oligoamnios CTG (cardiotocografía) anormal. Una vez ingresada en la Unidad de Partos en "hoja de curso de embarazo" se hace constar: "embarazo de 42 + 1 semanas (40 x eco); estática fetal: cefálica; FCF (frecuencia cardíaca fetal): variabilidad escasa, movimientos fetales: normales; ecografía: ILA (índice de líquido amniótico): 4,8. Pido ECO". En hoja de anamnesis obstétrica del mismo día consta lo siguiente: "Oligoamnios . CTG anormal".

No se discute en el proceso que ante esa situación, la actitud obstétrica indicada era la terminación artificial del parto, estando en cuestión si la opción correcta era la del parto natural con administración de oxitocina, seguida en el centro hospitalario, o la práctica de una cesárea urgente, que se realiza finalmente al observarse una bradicardia mantenida.

Pues bien, una lectura atenta del dictamen pericial del Dr. González González denota cierta incoherencia interna; así, interrogado por Osakidetza sobre "*si la decisión de finalizar el parto por vía vaginal es la adecuada en el momento en que se decide dicha actitud*" (pregunta cuarta), responde que "*Si. Había indicación para hacerlo y había que controlarla de la mejor manera posible. Es de resaltar que las características del registro no eran lo suficientemente ominosas como para desistir de la inducción y pasar inmediatamente a la realización de una cesárea*"; no obstante, en sus conclusiones finales reconoce el perito que había una **sospecha evidente de asfixia**, al informar que "*El diagnóstico del estado asfíctico fetal no pudo hacerse a pesar de haberse sospechado y haberse puesto los medios adecuados para ello. Aun con la aplicación de los mejores métodos disponibles, el diagnóstico, al principio del parto, de una precaria y comprometida situación fetal tiene evidentes limitaciones. Se puede sospechar, pero en modo alguno asegurar ya que el valor predictivo positivo de una cardiotocografía es limitado. En este caso el registro se hizo, fue visto e interpretado , no sólo por una, sino por varias personas y se trató de desenmascarar, cambiando a la madre de postura, si la*

*sospecha evidente de patología que presentaba la lectura del registro, era verdadera o falsa”.*

Insiste el Dr. González González en la insuficiencia de los RCTG para saber si el feto tiene o no una asfixia-hipoxia y acidosis, indicando que *“Un acertado proceder diagnóstico y una correcta postura pasa por seguir una de estas opciones: cambiar a la mujer de postura en la cama durante algunos minutos o realizar una EVA (esta técnica no sé con seguridad si se hizo) para ver si la variabilidad aumentaba y se producía una recuperación fetal, que fue lo que se hizo en este caso o proceder a la realización de una prueba complementaria como es el análisis del equilibrio acido-base fetal en una muestra de sangre del cuero cabelludo (microtoma) que no se hizo, creo yo, porque la dilatación era insuficiente. La alternativa final es, en el caso de no poder saber con certeza si el feto está o no sufriendo, si continua la incertidumbre y/o los signos fetales empeoran, decidirse por una cesárea”* ( apartado 2.b) “comentarios personales”).

Por tanto, siguiendo las apreciaciones periciales expuestas, resulta que aun cuando el registro cardiotocográfico no solo era anormal, sino que hacía sospechar el estado asfíctico del feto, se decide cambiar de postura a la paciente y ante la imposibilidad de realizar una prueba complementaria para confirmar o descartar la asfixia, esto es, subsistente la sospecha, no se procede a la práctica de la cesárea, y se sigue con el parto vaginal sin valorar el riesgo grave de secuelas neurológicas que comúnmente derivan de la asfixia-apoxia, hasta que aparece la bradicardia y se produce el nefasto resultado perinatal –en palabras del perito “*el feto nace con una asfixia perinatal severa*”-. Según se consigna en la Resolución nº 4832/2009, el ingreso en la Unidad de Partos se produce a las 14.15 horas por rotura espontánea de la bolsa de aguas y oligoamnios, se pone CGT externo y venoclisis en ESI con goteo de oxitocina para la inducción al parto y hasta las 17.30 no entra en quirófano la actora para la práctica de la cesárea.

Sin embargo, para el Dr. González González *“no se puede hablar de negligencia por parte del personal que controlaba el parto (médicos y matronas), sino una evidente limitación diagnóstica inherente a la difícil interpretación del trazado cardiotocográfico”.*

Conclusión que no se compeadece con la argumentación previa del mismo perito que apunta como *“alternativa final, -y entendemos lógica atendido el riesgo que conlleva la espera- la opción por la cesárea si persiste la incertidumbre de sufrimiento fetal, como era el caso, no quedando excusada la no práctica de esa intervención por el hecho de la insuficiencia diagnóstica de la cardiotocografía, que sin duda es conocida por todos los obstetras y matronas.*

Deviene, en consecuencia, acertada la crítica que dirige la apelante al contenido del informe del perito de la SEGO.

En lo que respecta al dictamen pericial de parte, debemos señalar su completitud –casi una desmedida exhaustividad pues remonta la Dra. Echave Sainz su estudio al seguimiento del embarazo- pero en todo caso, con la coherencia y razonabilidad exigibles y con oportuna cita y transcripción de los protocolos aplicables, que se echa de menos en el dictamen del Dr. González González, y que a diferencia de éste, no ciñe su análisis al resultado de la monitorización, y examina el cuadro completo de la gestante a su ingreso en la Unidad de Partos, que como se ha dicho, se encontraba en la semana 42 +1 del embarazo y presentaba oligoamnios –escasez de líquido amniótico-, factores añadidos de riesgo, conforme, precisamente, el protocolo de la SEGO.

En ese sentido deja constancia la Dra. Echave en su dictamen del alto riesgo vital para la madre y para el hijo, que entraña la gestación cronológicamente prolongada o postmadura, en la que se clasifica un embarazo como el de la actora de 295 días, y ello con base en diversos estudios, bibliografía médica y los protocolos asistenciales en obstetricia, en concreto, en el nº 29 de la S.E.G.O. se expone: *“el embarazo cronológicamente prolongado (ECP) se refiere a aquella gestación simple que alcanza o supera las 42 semanas cumplidas (294 días) desde la fecha de la última regla.-La actuación activa en estos casos se propugna, se basa en la prevención de las complicaciones y el incremento de la morbimortalidad perinatal que, frecuentemente, se asocia a una duración excesiva del embarazo.-La causa del ECP suele responder a un fallo en el mecanismo de la puesta en marcha del parto, involucrándose factores genéticos y/o hormonales.- (El nombre que se le da al “fallo en el mecanismo de la puesta en marcha del parto” el de distocia dinámica, que a su vez puede ser primaria o secundaria. En el caso que nos ocupa es una distocia dinámica primaria”.* Entre las complicaciones perinatales del embarazo prolongado incluye el protocolo *“oligoamnios y pérdida de bienestar fetal (alteraciones de la frecuencia cardíaca fetal, expulsión de meconio...) con peligros potenciales y situaciones comprometidas secundarias, como la aspiración meconial, hipoxia intraparto y hemorragia cerebral”.*

Repara además la Dr. Echavez Sainz en la ausencia de análisis de perfil biofísico y bioquímico fetal, a pesar de tener por las monitorizaciones pruebas de la arreactividad fetal, y concluye la contraindicación de la inducción al parto -que no hizo sino empeorar la situación-, y la necesidad de practicar una cesárea urgente al ingreso de la ahora apelada en el Área de Partos.

Por lo razonado, cabe concluir de la valoración de ambas pericias, salvadas las contradicciones del dictamen del perito judicial, que la praxis obstétrica no fue la correcta, habida cuenta que tratándose de un embarazo de más de 42 semanas, con oligoamnios,

una CTG anormal, y sobre todo una sospecha evidente de estado asfítico del feto, estaba indicada la cesárea urgente, faltamente demorada hasta la aparición de la bradicardia, exponiendo así al feto a una situación de riesgo que se consumó con un cuadro de asfixia aguda, del que han derivado secuelas de tipo neurosensorial y de aprendizaje.

Se ha causado, en definitiva, un perjuicio que debe calificarse como antijurídico, que la ahora apelante no tiene el deber legal de soportar al haberse producido con concurrencia de una infracción de la "lex artis", imputable a la responsabilidad de la Administración Sanitaria que, por ello, debe resarcir el daño causado.

**QUINTO.**- Resta determinar el alcance y valoración económica de la lesión.

En el suplico del escrito de demanda, la parte actora reclama la cantidad global de 500.000 euros, por las siguientes secuelas, que recoge en el hecho quinto, descritas con carácter definitivo por el personal de Hospital Vall D'Hebrón de Barcelona: 1ª sordera neurosensorial, que requiere audífonos, 2ª trastorno de aprendizaje, sigue escolarización con adaptación curricular; 3ª trastorno de atención y 4ª trastorno de conducta leve: irritable, impulsivo; que coinciden sustancialmente con las apreciadas por los dos peritos (retraso madurativo y sordera profunda).

Esta Sala de justicia, en orden al cálculo de la indemnización, viene aplicando el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, dimanante de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, según redacción de la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, sistema posteriormente modificado por la Ley 50/1998 (D.A. 15ª), vigente a la fecha del proceso asistencial examinado, si bien, como hemos recordado en la sentencia de 2 de octubre de 2012 (rec. de apelación 26/10), siguiendo el criterio interpretativo sentado por el Tribunal Supremo "el sistema de valoración establecido por los baremos para la valoración del seguro de uso y circulación de vehículos de motor es de mera referencia, con el fin de introducir un criterio de objetividad en la fijación del quantum indemnizatorio, pero sin que aquél tenga que aplicarse puntualmente ni menos deba considerarse de obligado y exacto cumplimiento".

En la Tabla VI del Anexo incorporado a la Disposición Adicional octava, se clasifican y valoran las secuelas, y en particular: "“hipoacusia bilateral” (1 a 70 puntos), “pérdida de capacidad intelectual C-I 67 a 80” (20 a 30 puntos), “disminución de la atención” (2 a 15 puntos) y “excitabilidad, agresividad esporádica” (2 a 10 puntos).

Sirve esa puntuación con el carácter orientador antedicho para determinar la indemnización que, conforme la Resolución de 30 de enero de 2001, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que

resultarán de aplicar durante el año 2.001 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, aplicable en atención a la fecha del suceso lesivo, asciende a 230.535,36 euros, a razón de 2.401,41 euros/punto, con el siguiente desglose: 65 puntos por la hipoacusia al tratarse de una sordera profunda, 20 puntos por el trastorno de aprendizaje (que se asimila a la pérdida de capacidad intelectual ante la ausencia en la Tabla VI de una escuela así descrita), 8 puntos por la disminución de la atención y 3 puntos por el leve trastorno de conducta.

En razón de la fecha a la que se efectúa la valoración del daño, y con el exclusivo fundamento en la habilitación legal para la adopción por el órgano jurisdiccional de medidas dirigidas a obtener el pleno restablecimiento de la situación jurídica reconocida por la sentencia, los demandados quedarán, asimismo, obligados a satisfacer la cantidad que se obtenga de la aplicación al periodo de referencia del índice general de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística. Este criterio para el cálculo de la actualización se corresponde con el previsto para el procedimiento administrativo por el artículo 141.3 de la Ley 30/1992 y su aplicación al proceso se ofrece como resultado de la sesión de unificación de criterios celebrada en esta Sala el día 20 de febrero de 2.008.

Encontrándose habilitado el referido criterio de actualización por la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala Tercera-Sección Sexta del Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de octubre de 2.007 (recurso de casación nº 9768/2003), 31 de octubre de 2.007 (recurso de casación nº 8199/2002), 14 de noviembre de 2007 (recurso de casación nº 3881/2004), 5 de diciembre de 2007 (recurso de casación nº 3423/2005), 11 de diciembre de 2.007 (recurso de casación nº 1213/2004) y 31 de diciembre de 2.007 (recurso contencioso-administrativo nº 96/2006).

Se sigue de lo expuesto, la estimación parcial del presente recurso de apelación, con revocación de la sentencia de instancia, anulación de la actuación administrativa impugnada, reconocimiento de la situación jurídica individualizada que resulta de los anteriores razonamientos, y desestimación del resto de pretensiones ejercitadas.

**SEXTO.-** Estando en cuanto a costas a los criterios del artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, dada la estimación parcial del recurso de apelación, no ha lugar a su imposición.

Es por los anteriores fundamentos, por los que este Tribunal pronuncia el siguiente

### **III. FALLO**

QUE, CON ESTIMACIÓN PARCIAL DEL RECURSO DE APELACIÓN Nº 912/2011 INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE Dª. , QUE ACTÚA EN REPRESENTACIÓN DEL MENOR

, CONTRA LA SENTENCIA Nº 179/2011, DE 17 DE JUNIO DE 2.011, DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 1 DE VITORIA-GASTEIZ, EN AUTOS DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº , SEGUIDO POR EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO, DEBEMOS:

**PRIMERO.-** REVOCAR COMO REVOCAMOS LA SENTENCIA APELADA, DEJÁNDOLA SIN VALOR, NI EFECTO JURÍDICO.

**SEGUNDO.-** DECLARAR LA DISCONFORMIDAD A DERECHO DE LA RESOLUCIÓN Nº4832/09, DE 14 DE OCTUBRE, DEL DIRECTOR GENERAL DE OSAKIDETZA-SVS, QUE ANULAMOS.

**TERCERO.-** DECLARAR EL DERECHO DE LOS RECURRENTES A SER INDEMNIZADOS POR OSAKIDETZA/SERVICIO VASCO DE SALUD CON LA CANTIDAD DE DOSCIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS CON TREINTA Y SEIS CÉNTIMOS (230.535,36 EUROS), CALCULADA CON REFERENCIA A LA FECHA DE PRODUCCIÓN DEL DAÑO.

ESTA CANTIDAD HABRÁ DE VERSE INCREMENTADA, EN CONCEPTO DE MEDIDA COMPLEMENTARIA DE RESTABLECIMIENTO DE LA SITUACION JURIDICA RECONOCIDA, EN LA QUE RESULTE DE LA APLICACION A LA MISMA DEL ÍNDICE GENERAL DE PRECIOS AL CONSUMO FIJADO POR EL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, DESDE EL DÍA 3 DE DICIEMBRE DE 2.001 HASTA EL DÍA EN QUE TENGA LUGAR LA NOTIFICACION DE ESTA SENTENCIA A LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA.

**CUARTO.-** LA DESESTIMACIÓN DEL RESTO DE PRETENSIONES EJERCITADAS.

**QUINTO.-** NO EFECTUAR IMPOSICIÓN SOBRE EL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES DEVENGADAS EN ESTA INSTANCIA.

Devuélvase al apelante el depósito constituido, extendiéndose por el Juzgado origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta sentencia.

Esta sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

