

RESPONSABILIDAD MÉDICA. RETRASO MENTAL DE RECIÉN NACIDO COMO CAUSA DEL SUFRIMIENTO PRENATAL. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR ACTOS DE SUS EMPLEADOS. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: DEL CENTRO HOSPITALARIO Y DEL GINECÓLOGO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Antecedentes.—Reclamación de indemnización por los daños ocasionados a un recién nacido por atrofia cerebral global como consecuencia de un trauma perinatal.

El Juzgado de Primera Instancia, número 39 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 25 de octubre de 1995. Desestimó la demanda formulada por los progenitores don M. y doña F., en su nombre y en nombre y representación de su hijo A. D., contra la Clínica donde se produjo el alumbramiento, Instituto Dexeus, S. A., y contra los médicos don I. (responsable del servicio de guardia de ginecología que asistió a la madre durante el parto), don J. A. y don C. (toco-ginecólogos que la asistieron rutinariamente durante el embarazo). Absolviéndose a los demandados de todos los pedimentos, teniendo que abonar por cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, excepto las causas de don A. y don C., que serán de cargo de los actores.

Apelada la anterior resolución por los padres del recién nacido, la Sección undécima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia con fecha 21 de mayo de 1998. Estimó en parte el recurso interpuesto contra la anterior resolución, con revocación de la sentencia dictada en primera instancia, estimando en parte la demanda presentada contra Institut Dexeus, S. A., y contra don I., condenando a los demandados a que solidariamente abonen a los actores en nombre propio y en el de su hijo menor A. D., la suma de setenta millones de pesetas más los intereses desde esta fecha, sin expresa condena en costas. Se mantienen los restantes pronunciamientos de la sentencia apelada. No se imponen las costas del recurso de apelación.

El Tribunal Supremo declara haber lugar a los recursos de casación.

Doctrina.—Se interponen dos recursos de casación.

El primero que analizaremos es el interpuesto por don I., responsable del servicio de guardia de ginecología de la clínica donde se produjo el alumbramiento. Se funda en un único motivo (erróneamente) al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC de 1881, por infracción del artículo 632 de LEC, en relación con el artículo 1.242 del Código Civil, así como la reiterada jurisprudencia que lo desarrolla.

Pese a que no se ignora la doctrina jurisprudencial de la Sala acerca de la valoración de la prueba pericial, no sujeta a criterio legal revisable en casación, excepcionalmente, rompe con la valoración de la instancia, cuando con ésta «se llegue a resultados ilógicos, entendidos como las más elementales directrices de la lógica humana ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente bien claro» (sentencia del TS de 7 de junio de 1995), o bien, «cuando el proceso deductivo realizado choque de una manera evidente con el razonamiento lógico, vulnerando la sana crítica u omitiendo datos o conceptos o que figuren en el dictamen (sentencia del TS de 30 de diciembre de 1997...)».

En definitiva, estas y otras sentencias ponen de relieve que esta Sala no tolera el craso error puesto de manifiesto por una valoración arbitraria... Por

el contrario, de las pruebas practicadas, ...se llega a la conclusión de que las lesiones del niño son correlacionables con las circunstancias en las que se produjo el parto, agravadas posiblemente por haberse demorado su ingreso en el servicio de neonatología, inmediatamente después del parto.

Por tanto, en cuanto al médico responsable que estaba al frente del equipo de guardia, la sentencia razona que no puede sostenerse que hubiese valorado correctamente la situación y aplicado todos los medios que la ciencia dispone para prevenir y evitar el problema surgido. En definitiva, el motivo debe ser desestimado, y, con ello, declararse no haber lugar al recurso examinado con la imposición de las costas causadas.

El segundo recurso de casación que analizaremos es el interpuesto por el Instituto Dexeus, S. A. Se funda en dos motivos: Ambos al amparo del artículo 1692.4 de la LEC, por infracción de los preceptos relativos a la responsabilidad civil de los empleadores o dadores de trabajo y la doctrina jurisprudencial al respecto, y en concreto con lo preceptuado por el artículo 1903.4.º del Código Civil, ya por no haberse tenido en consideración la doctrina jurisprudencial relativa al contrato atípico de «clínica u hospitalización», ora, por inobservancia de los requisitos generados que determinan la recta aplicación de la normativa en él contemplada. Los dos motivos íntimamente relacionados se analizan conjuntamente.

Hábilmente, la entidad recurrente intenta establecer mediante los dos motivos un hiato en su legitimación por cuanto su actuación queda referida, según sostiene exclusivamente a la hospitalización y la conducta de los médicos intervinientes fuera de su responsabilidad porque estos contractualmente dependerían no del «Institut Dexeus», sino de la entidad «Consultorios Dexeus, S. A.». Más tal proceder no se corresponde con los hechos probados, perfectamente descritos por la sentencia recurrida que «desmonta», la argumentación al establecer que el doctor I. era quien figuraba como dependiente al frente del equipo de guardia en el «Institut Dexeus, S. A.» y denuncia la deliberada confusión frente a terceros del «juego» entre el denominado Instituto y la sociedad de «consultas», con la apariencia que creaban en cuanto a los usuarios del servicio. ...La responsabilidad del centro médico donde acaecen los hechos ha sido proclamada por la jurisprudencia que, en sentencias, entre otras, de 6 de junio de 1997, ha puesto de relieve su carácter solidario y directo derivado...» del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de conveniencia social de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos». Igualmente, ...rechazado el motivo, debe declararse no haber lugar al recurso, con imposición de las costas causadas.

COMENTARIO

En este caso estamos ante un supuesto de responsabilidad civil por daños derivados de una deficiente actuación ginecológica, que tiene como consecuencia el nacimiento de un recién nacido con un grave retraso mental.

Conviene resumir brevemente los hechos litigiosos, antes de entrar en alguna de las cuestiones principales que esta sentencia suscita:

Doña Fátima venía siendo atendida de soltera por el ginecólogo doctor J. A. Tras contraer matrimonio y quedar embarazada acude a la consulta del

mismo en la Clínica Dexeus, asistiéndola durante el embarazo. A doña Fátima, primigesta y sin antecedentes ginecológicos de interés, le fue practicada, a instancia suya, una amniocentesis a las 16 semanas con el resultado 46 XY manteniendo un embarazo normal.

En los controles de embarazo también fue asistida por el doctor C. J. En las últimas visitas el matrimonio fue advertido de que ambos médicos (para la fecha previsible del parto: 30 de julio de 1988) comenzaban sus vacaciones estivales y que sería atendida por don Inocencio.

El día 31 de julio, doña F., al tener las primeras contracciones, acude a la Clínica Dexeus, S. A., siendo atendida por el equipo de guardia de ginecología (compuesto de comadrona, médico residente don P. y por el adjunto y responsable doctor Íñigo), dando a luz un niño con atrofia cerebral a causa de hipoxia derivada del sufrimiento fetal en el parto.

Nos centraremos, en primer lugar, en la responsabilidad médica, para ver si el servicio prestado por el médico fue defectuoso. Para ello es necesario que analicemos la actuación del ginecólogo, para saber si el retraso del recién nacido fue causado por negligencia del profesional o, por ser más concretos, por negligencia médica.

Los hechos que describe la sentencia permiten sostener que el sufrimiento fetal determinante de la anoxia que padeció el recién nacido se debe a las circunstancias en las que se produjo el parto, agravadas posiblemente por haberse demorado su ingreso en el servicio de neonatología. Se dieron durante el parto «signos claros de sufrimiento fetal: la expulsión de meconio, alteraciones en el ritmo cardíaco del feto y las alteraciones del equilibrio ácido básico constatable mediante microtomas de sangre fetal».

En el caso enjuiciado, por tanto, no se adoptaron todas las medidas posibles para diagnosticar o evaluar el sufrimiento fetal que padecía el niño evitando la lesión neurológica, consiguiente, lo que se hubiese logrado de mantener la monitorización, realizar la prueba del Ph fetal y proceder a una inmediata extracción del bebé, al comprobar la presencia de aguas meconiales.

La asistencia prestada con ocasión del nacimiento del niño no se ajusta a la *lex artis* o, lo que es lo mismo, no se ajusta a las reglas del arte de su profesión. En este sentido, la sentencia razona «que no puede sostenerse que hubiese valorado correctamente la situación y aplicado todos los medios de que la ciencia dispone para prevenir y evitar el problema surgido».

Para comprobarlo, basta con recoger literalmente parte de los hechos: «la primera exploración le fue realizada a la madre sobre las 20 horas por el doctor P., hallando posición cefálica, dilatación 4 cm., membranas íntegras y auscultación fetal normal. El registro cardiotocográfico monitorizado fue instaurado a las 19,50 horas, interrumpiéndose a las 20,13 horas por causas desconocidas.

A las 20,30 horas vuelve a ser explorada por el doctor P., a las 20,35 horas, el doctor P. rompe artificialmente la bolsa de aguas apareciendo aguas meconiales calificadas, en la historia, como “muy teñidas”. De ello se informó al doctor Íñigo. No se practicó microtoma de sangre fetal para comprobación de Ph. A las 20,50 horas se instauró el registro cardiotocográfico observándose inmediatamente una bradicardia calificada como Dip II, que se prolongó por espacio de siete minutos...

No fue practicada tampoco entonces microtoma de sangre fetal. A las 20,55 horas se inicia la anestesia epidural. A las 21,20 horas la paciente es explorada por el doctor Íñigo, presentando dilatación incompleta y posición

cefálica en plano I y II. Aparecen en el Registro Dips variables con picos inferiores a 120 pulsaciones que se mantienen hasta el expulsivo.

A las 22 horas es explorada de nuevo por el doctor Iñigo, que aprecia dilatación completa y ante la presencia de los Dips citados decide acortar el tiempo del expulsivo vaginal, momento en el que se desciende mediante VOS y Fórceps de Kyelland la cabeza del niño a III plano, extrayéndolo a las 22,15 horas, siendo portador de una vuelta tensa de cordón en el cuello.

Una vez extraído fue reanimado por el anestesista con aspiración de secreciones y aplicación de oxígeno, ya que presentaba movimientos respiratorios lentos o irregulares extremidades cianóticas e hiporreflexia.

El test de Apgar dio un resultado de 6/9 y el Ph tomado a las 22,30 horas, un resultado de 7,32. El niño pasó a la nursery hasta que once o doce horas más tarde por presentar "tremulaciones importantes e hipoglucemia..." es ingresado en neonatología del propio Instituto. El doctor J., del Servicio de Neonatología indicó: "Impresión de sufrimiento fetal leve en clínica neurológica leve con alteración metabólica".

Analizados los hechos minuciosamente, no hay duda en afirmar que entre la actuación médica y la atrofia cerebral existe una relación causal. La actuación médica produjo graves consecuencias para la salud del recién nacido, al no emplear la diligencia y pericia debidas.

Efectivamente, la madre durante el embarazo de su primogénito hizo no sólo todos los controles rutinarios, sino que para descubrir un posible defecto congénito se sometió a técnicas invasivas, ya que solicitó la prueba de la amniocentesis. Además, según relatan los hechos, no existe, tras los análisis practicados a los padres, un factor genético ni cromosoma en ellos que predisponga la patología del hijo, si no existen otros motivos explicables, tras un embarazo normal a término, y, por el contrario, se da una de las causas más frecuentes conocidas, cual es el accidente perinatal por sufrimiento fetal, fácil es colegir la relación causal entre el acto médico y el daño producido. Las lesiones neurológicas del niño son correlacionables con las circunstancias en que se produjo el parto, agravadas posiblemente por haberse demorado su ingreso en el servicio de neonatología inmediatamente después del parto.

Lo que demuestra que con toda certeza si el médico hubiese actuado de manera diferente no se hubiera producido el resultado dañoso, el error médico provocó la minusvalía del menor, al menos la agravó, no tomándose las medidas necesarias para atenerlo.

Por todo ello, concluye acertadamente el TS que: «No agotada la diligencia [sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1997 (RJ 1997, 2742)] y prestación de medios exigibles [STJ de 22 de abril de 1997 (RJ 1997, 3249)] y producido el daño, se revelan los requisitos exigidos por el del Código Civil para que surja la obligación de resarcimiento pretendida (arts. 1.101, 1.113 y 1.114 del Código Civil)».

Con esta resolución no se hace más que confirmar una abundante jurisprudencia, de la que aquí reseñamos algunas de las sentencias más significativas en las que se afirma que: «La responsabilidad médica ...como obligación derivada de acto ilícito, requiere los siguientes elementos: a) Una acción u omisión ilícita; b) La realidad y constatación de un daño causado; c) La culpabilidad, que en ciertos casos se deriva del aserto, que si ha habido daños ha habido culpa; d) Un nexo causal entre el primero y el segundo requisito. Las sentencias de 22 de abril de 1997 (RJ 1997, 3249), 27 de junio de 1997 (RJ 1997, 5758), 21 de julio de 1997 (RJ 1997, 5523), 13 de diciembre

de 1997 (RJ 1997, 8816) y 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9427), se expresan en ese sentido.

Además, es doctrina reiterada y consolidada, la que establece, en cuanto a la responsabilidad médica que, «tanto si procede de contrato (contrato que, en principio, es de prestación de servicios, ya que sólo excepcionalmente es de obra, como puede ser en cirugía estética, odontología o vasectomía) como si deriva de una relación extracontractual, es una obligación de actividad (o de medios), no de resultado, entre otras muchas, pueden verse las sentencias de 6 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8528), 8 de mayo de 1991 (RJ 1991/3618), 20 de febrero de 1992 (RJ 1992/1326), 13 de octubre de 1992 (RJ 1992/7547), 2 de febrero de 1993 (RJ 1993/793), 7 de julio de 1993 (RJ 1993/6112), 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9096), 12 de julio de 1994 (RJ 1994/6730), 24 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7313), 16 de febrero de 1995 (RJ 1995/844), 23 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6720) y 15 de octubre de 1996 (RJ 1996/7112)».

Sin olvidar que en sus resoluciones con insistencia afirma el TS que «el médico está obligado no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que se requieran según el estado de la ciencia médica, debiendo regirse la actuación del médico por la denominada *lex artis ad hoc*, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica, y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado del enfermo, de sus familiares o de la mínima organización sanitaria— para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida. Sentencias de 12 de julio de 1988 (RJ 1987/5488), 7 de febrero de 1990 (RJ 1990/668), 29 de junio de 1990, 23 de marzo de 1993 (RJ 1993/2545), 25 de abril de 1994 (RJ 1994/3073), 28 de febrero de 1995 y en otras muchas posteriores.

En segundo lugar nos centraremos en la responsabilidad médica hospitalaria. Ya que en el presente caso se discute cuál es el vínculo que existe entre el centro médico y el ginecólogo de guardia, o dicho con otras palabras, tratamos de averiguar si se puede apreciar la responsabilidad del Instituto Dexeus, teniendo en cuenta que existe una relación tripartita entre el Instituto Dexeus, S. A., Consultorios Dexeus y los médicos de guardia que atendieron a doña F.

Nos interesa señalar que en el recurso que interpone el Instituto Dexeus, S. A., intenta liberarse de su responsabilidad manteniendo que su actuación queda referida exclusivamente a la hospitalización, y que la conducta de los médicos intervinientes estaba fuera de su responsabilidad porque estos contractualmente no dependían del *Institut Dexeus, S. A.*, sino de la entidad *Consultorios Dexeus, S. A.* Por tanto, pretende, mediante una confusión de personas jurídicas, liberarse de la responsabilidad cuando ellos mismos creaban una deliberada confusión frente a terceros del «juego» entre el denominado Instituto y la sociedad de «consultas», con la apariencia que creaban en los usuarios del servicio.

Textualmente, el TS señala que «como considera la sentencia de instancia, *Institut Dexeus, S. A.*, se encuentra pasivamente legitimado tanto por depender de dicha entidad el Servicio de Guardia que prestó asistencia a la señora F. en el momento del parto, como porque crea ante terceros una deliberada

confusión con la entidad *Consultorios Dexeus, S. A.*, de la que laboralmente dependen los doctores J. A., C. J. e Í.

Así, el doctor J. A. en el informe obstétrico de doña F., emplea impresos con el nombre del recurrente *Institut Dexeus, S. A.*, y también la historia clínica de la señora F. se transcribe en impresos del *Institut Dexeus*, no apareciendo en ningún documento la entidad (empleadora) *Consultorios Dexeus, S. A.*

Dándose a conocer frente a terceros como *Institut Dexeus* es legítimo que a ella se demande al corresponder tal actuación con la apariencia creada por la demandada, sin perjuicio de las relaciones internas que proceden en su caso entre ambas entidades.

Y termina afirmando que la responsabilidad del centro médico donde acaecen los hechos ha sido proclamada por la jurisprudencia que en sentencias entre otras de 6 de junio de 1997 (RJ 1997, 4610) ha puesto de relieve su carácter solidario y directo derivado "...el incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos".

En nuestra opinión es evidente que existe responsabilidad del Instituto en el presente supuesto, el TS ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre casos parecidos, por lo que existe una reiterada jurisprudencia sobre la existencia de la responsabilidad del servicio sanitario por hecho ajeno, que surge en relación de dependencia del médico al entrar en juego los conceptos de *culpa in vigilando* o *culpa in eligendo*, el tipo de responsabilidad que se establece es solidario.

Así puede verse la doctrina sentada en las sentencias de esta Sala de 8 de febrero 1989 (RJ 1989/756) y de 10 de marzo de 1989, como las más significativas, al interpretar el artículo 1903.4 del Código Civil que, por cierto, sigue lo que proclama la sentencia emblemática de 16 de abril de 1963 (RJ 1963/1970), cuando en ella se dice que la responsabilidad de la empresa es directa, «ya que se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos».

También en este sentido pueden verse la sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 24 de marzo de 2001, recurso 715/1996 (RJ 2001/3986), cuando declaraba correctamente aplicada la responsabilidad extracontractual de la clínica a cuya disciplina interna estaba sometido el especialista, en relación de dependencia funcional, lo que instaura responsabilidad sanitaria directa y solidaria por culpa *in eligendo*, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial [sentencias de 15 de marzo y 21 de septiembre (RJ 1993/6650), 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7307) y 6 de octubre de 1994 (RJ 1994/7465), 11 de marzo de 1995 (RJ 1995/3133), 11 de marzo de 1996 (RJ 1996/2882), y 15 de octubre de 1996 (RJ 1996/7112), entre otras muy numerosas].

Por otro lado conviene detenerse en el llamado por la doctrina, contrato de clínica o contrato de hospitalización que, carente de regulación legal, ha sido perfilado por la doctrina del TS en una reiterada y pacífica doctrina:

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1991 como: «aquel contrato atípico y complejo que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado, pues

comprendiendo en todo caso (cualquiera que sea la modalidad) los servicios llamados extramédicos (de hospedaje o alojamiento) y los denominados asistenciales o paramédicos de la incumbencia propia y exclusiva de la clínica (entre los que pueden citarse, aunque no de forma exhaustiva, la administración de los medicamentos prescritos, inyecciones, control de temperatura, guarda y seguridad del paciente), además puede abarcar o no los actos pura y estrictamente médicos según que, respectivamente, el paciente haya confiado a la clínica dichos actos médicos por medio de sus propios facultativos (dependientes laboral o profesionalmente de la clínica), o haya elegido libremente a un médico ajeno a los del referido establecimiento».

Por último, otra cuestión sobre la que nos ha parecido interesante detenernos, es en los criterios de cuantificación del daño utilizados.

Recordemos que el daño resarcible se fija en sesenta millones de pesetas, más los intereses desde la fecha en que se dicta la sentencia, es conveniente señalar que comprende tanto la indemnización por daño moral como por daño patrimonial.

En este caso, el niño presenta atrofia cerebral global y ello conlleva un retraso psico-motor severo que le hace incapaz para el aprendizaje y atención normales, precisando un equipo multidisciplinario de especialistas que se ocupen de su enseñanza, de la rehabilitación, de la terapia ocupacional, siendo dependiente de otra persona.

En efecto, el tener un hijo aquejado de un retraso severo produce, por un lado, el *daño moral* constituido por la aflicción, el pesar y la carga que lleva consigo la existencia de un hijo afectado por una dolencia irremediable, no sólo para él sino también para sus padres, que tienen que ver a su hijo día tras día aquejado de limitaciones irreversibles. Además también tienen el sufrimiento y la angustia que les provoca la incertidumbre de quién lo cuidara, si les sobrevive, y por otro, un *daño económico* por la necesidad de hacer gastos y desembolsos extraordinarios que la deficiencia impone y que un niño sano no requeriría. Sin olvidar que suelen ser insuficientes las prestaciones estatales y sociales y que ambos conceptos intentan ser contemplados al calcular el alcance de la indemnización.

Una vez más hemos analizado el tema de la responsabilidad médica, que tanta trascendencia tiene en la sociedad, tanta doctrina ha producido y a tanta jurisprudencia ha dado lugar y seguirá dando.

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ