

Expediente Núm. 260/2016
Dictamen Núm. 305/2016

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 22 de diciembre de 2016, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 4 de octubre de 2016 -registrada de entrada el día 14 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios causados durante la asistencia a un parto con resultado de lesión del plexo braquial.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 2 de diciembre de 2015, un letrado, que dice actuar en nombre y representación de los interesados, presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia prestada en un parto.

Expone que el día 6 de diciembre de 2014 la perjudicada “acudió al Hospital “X” por Urgencias, con un periodo de dilatación ya instaurado y con

una patología asociada de diabetes tipo II, HTA y obesidad”, y que “el parto se prolongó durante siete horas y cinco minutos desde su ingreso en la Unidad”, teniendo lugar “el alumbramiento (...) a las seis horas del 07-12-2015” (*sic*).

Manifiesta que “en un reconocimiento de su embarazo (...) se la describe como (...) mujer embarazada normal, obesa, con HTA hace unos seis o siete meses, diabetes tipo II desde hace 2 años y que se encuentra controlada durante el embarazo, se le está administrando insulina./ Según consta en la documentación, el parto fue espontáneo y la terminación del mismo fue distócica mediante ventosa con episiotomía medio lateral. Indicación de ventosa por sospecha de pérdida de bienestar fetal”.

Indica que “tras la atención en el parto el niño ingresa a las 6:43 en el Servicio de Neonatología procedente de la Unidad de Observación del Recién Nacido por dificultad respiratoria, en donde se recogen los siguientes datos personales:/ Gestación de 37+2 semanas controlada, diabetes tipo II previa que precisó insulina durante el embarazo, HTA. Serología: rubeola inmune, toxoplasma no inmune, VHB y lúes (+), VIH no determinado, TBr de 7 horas, parto vaginal con ventosa. No antibióticos intraparto. Distocia de hombros: al nacimiento presentó bradicardia y respiración dificultosa; precisó administración de PPI a los 30 segundos durante dos minutos./ Posteriormente precisó de administración de CPAP con FiO₂ 4% por desaturación. Test de Apgar 5/8”.

Reseña que “el peso al nacimiento fue de 3.940 g y talla 48 cm”, y que “actualmente presenta ausencia de movilidad de brazo y hombro derecho”, así como “parálisis braquial derecha”, precisando que “el 15-12-2014 se le diagnostica de forma definitiva parálisis frénica derecha y posible hematoma suprarrenal derecho”. Añade que “el 22-12-2014 se solicita Uc urgente en Neonatología, presentando el niño sat. 90% con O₂ al 22%. Tiraje respiratorio derecho. Parálisis braquial superior con MSD en actitud de aducción y rotación interna. Limitación funcional MSD con flacidez muscular. No reflejo del moro, ni reflejo prensil. Clavícula íntegra, sin edema y no dolorosa, movilidad cervical conservada y ptosis derecha. Se diagnostica (...) parálisis braquial completa + parálisis frénica derecha (afectación desde C4 a T1)”.

Señala que "se mantiene en Neonatología hasta fecha 02-01-2015, en que es dado de alta con diagnóstico de distrés respiratorio, parálisis braquial derecha, parálisis diafragmática derecha, hemorragia suprarrenal derecha, foramen oval permeable y peso elevado para la edad gestacional". Subraya que en "electromiograma de fecha 09-01-2015 se establece que no se registra actividad de denervación en musculatura perteneciente al plexo braquial superior medio e inferior. Ausencia de actividades motoras evocada en los trayectos nerviosos principales estudiados por estimulación en el punto de Erb y distalmente".

Menciona que "después de varias revisiones el niño presenta un importante estancamiento de su crecimiento pondero-estatural en relación con balance negativo en su ingesta calórica. Persistencia de parálisis braquial derecha y diafragmática del mismo lado", y que "el 24-05-2015 se dicta Resolución (...) otorgándosele una discapacidad del 49% (...) por (...) monoparesia MSD (...), lesión del plexo braquial derecho de etiología no filiada".

Afirma que "el 27-05-2015 se presenta (...) un cuadro con dificultad respiratoria que se demostró causada por su problema diafragmático derecho y que le causó un episodio de broncoespasmo", y que "el 07-07-2015 se ingresa" en el Hospital "Y" "por la parálisis braquial derecha con el fin de realizar intervención quirúrgica para que el 08-07-2015 y bajo anestesia general se realizase una exploración y neurectomía del plexo braquial supra e infra claviclar. No se consiguieron PAN ni potenciales evocadores intraoperatorios fiables, pero en C5, C6 y C7 se logra una débil respuesta; también conducen cordón lateral mediano y cubital./ Durante el posoperatorio inmediato se objetiva una bronquiolitis que precisa tratamiento".

Aclara que "tras el alta acude el 20-07-2015 al Hospital 'X' por síndrome disneizante", y que después de "reconocerle se determina que la causa (...) es el problema en músculo diafragma de lado derecho, que a su vez es consecuencia de la parálisis ya mencionada./ A fecha actual no se ha constatado cambio alguno a nivel motor, continuando con problemas respiratorios habituales".

Entiende que “existe una relación de causa efecto entre las lesiones descritas y la negligencia médica”.

Solicita que se “tenga por presentado este escrito, con los documentos acompañados, a fin de tener conocimiento del historial clínico del menor y para interrumpir la posible prescripción de acciones que en derecho pudieran corresponder por las lesiones causadas a consecuencia de la negligencia sanitaria”.

Por medio de otrosí propone, como medio de prueba, que se solicite el “historial médico del menor”.

2. El día 21 de enero de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al firmante del escrito que no consta acreditada la representación con la que dicte actuar “en nombre y representación de los padres del menor perjudicado”, por lo que le concede un plazo de diez días para subsanar dicho defecto.

Atendiendo a dicho requerimiento, el 4 de febrero de 2016 presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito al que adjunta el poder notarial otorgado por los reclamantes a su favor el 13 de noviembre de 2015.

Asimismo, indica que “es imposible (...) cuantificar económicamente el daño objeto de la presente reclamación por cuanto el menor aún está en proceso de tratamiento”.

3. Mediante oficio de 19 de febrero de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al representante de los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios -28 de diciembre de 2016 (*sic*)-, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

4. Con fecha 23 de febrero de 2016, el Inspector de Prestaciones Sanitarias actuante solicita a la Gerencia del Área Sanitaria V una copia de la historia clínica del perjudicado relativa al proceso de referencia y un informe de los servicios implicados, en concreto de los de Obstetricia y Ginecología y de Pediatría del Hospital "X".

5. El día 21 de marzo de 2016, el Gerente del Área Sanitaria V remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios un CD que contiene la historia clínica del menor perjudicado y los informes elaborados por los servicios actuantes.

En el informe suscrito el 10 de marzo de 2016 por dos facultativos del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital "X" consta que "la paciente acude por Urgencias (...) el 7-12-2014, a las 0 h 49 minutos./ Es vista posteriormente en el S. de Urgencias de Obstetricia, en el que se realiza la historia clínica, exploración, ecografía y analítica, según protocolo. Historia clínica:/ Acuden en la semana 37+2 por rotura de membranas producida a las 23 horas del 6-12-2014 y con dinámica uterina./ Antecedentes personales:/ apendicectomizada, diabetes tipo 2 pregestacional actualmente a tratamiento con insulina. Obesidad mórbida y no alergias medicamentosas conocidas./ Paridad: 1-0-1-1. 1 aborto diferido y un parto con ventosa a las 40+3 semanas al que se realizó episiotomía. No distocia de hombros./ Embarazo controlado en EAR (embarazo de alto riesgo) por diabetes, HTA y obesidad mórbida./ EGB positivo./ Exploración: Se aprecia salida de líquido./ Cuello borrado con una dilatación de 4 cm./ Cefálica SES (solo estrecho superior)./ Ecografía: cefálica. Latido (+)./ Se decide ingreso y paso posterior a dilatación./ A la 1:40 horas se realiza exploración, estando en ese momento con una dilatación de 7 cm. Se decide monitorización fetal continua. Se pauta profilaxis antibiótica (debido a EGB+) con Ampicilina, según protocolo. Se administraron 2 dosis antes del parto. Se aprecia tensión arterial elevada (grave), realizándose controles de TA, al igual que de glucemia (según protocolo). Debido a la persistencia de tensión arterial se decide tratamiento con Labetalol (Trandate), precisando para sus

controles 2 bolos y posterior perfusión continua. Se realiza anestesia epidural para el control del dolor y por ser la adecuada en HTA. Debido a la aparición de vómitos se administra Metoclopramida (Primperan) y Ranitidina (Zantac) por vía intravenosa. Debido a la sospecha de pérdida de bienestar fetal, estando la paciente en dilatación completa, entre tercer y cuarto plano de Hodge y en OIIA (occipito ilíaca izquierda anterior), se decide realizar ventosa, precisando de 2 tracciones. A la salida de la cabeza fetal se aprecia una distocia de hombros. Para resolver la distocia de hombros se realizan las maniobras adecuadas y de primer nivel. Estas fueron la hiperflexión de las caderas sobre el abdomen materno y la presión suprapúbica. En ningún caso con la maniobra de Kristeller, y todas ellas realizadas desde el exterior. No se realizaron maniobras de segundo o tercer nivel./ Una vez resuelta la distocia y posterior sección del cordón se entrega al niño al pediatra (siempre presente en los partos instrumentales). El nacimiento tuvo lugar alrededor de las 6 h. Se realiza pH del cordón, siendo este de 7,31. Peso al nacer: 3.940. Apgar 5/8. Se comprueba el canal del parto, no apreciándose desgarros. Sutura de la episiotomía medio-lateral según técnica habitual. La parturienta permanece en observación en tratamiento con Labetalol (Trandate), comprobando glucemia, tensión arterial y posibles sangrados./ Durante el puerperio se solicita consulta al nefrólogo. Recibe el alta el 11-12-2014”.

En el informe emitido por el Jefe de la Sección de Pediatría el 15 de marzo de 2016 se indica que “se trata de un niño nacido el 07-12-2014 mediante parto por vía vaginal con empleo de ventosa, distocia de hombros y peso de 3.940 g. Al nacimiento bradicardia y respiración dificultosa. Precisa administración de PPI a los 30 segundos durante 2 minutos. Posteriormente precisó administración de CPAP con FiO₂ 40% por desaturación. Apgar 5/8. Tras nacer se le detecta miembro superior derecho hipotónico y sin actividad motora. La evolución clínica y el estudio electromiográfico permiten establecer el diagnóstico de parálisis braquial obstétrica total del miembro superior derecho. A partir de Rx de tórax practicadas durante su ingreso en la Unidad de Neonatología se aprecia hemidiafragma derecho elevado en relación con

parálisis de hemidiafragma derecho./ Desde el mismo momento de su nacimiento y posterior ingreso en la Unidad de Neonatología se han puesto en marcha por parte de todos los miembros del Servicio de Pediatría que en algún momento de su evolución han atendido al paciente todas las medidas diagnósticas y terapéuticas encaminadas a resolver la patología que le afectaba, solicitando en cada momento las exploraciones complementarias y las interconsultas a otros especialistas que la situación clínica demandaba, y programando el seguimiento multidisciplinario que la complejidad de las lesiones y patología del paciente exigen”.

6. Mediante escrito de 22 de abril de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite a la correduría de seguros una copia del expediente a fin de que se recabe el correspondiente informe pericial.

7. El día 14 de junio de 2016 emite informe un especialista en Obstetricia y Ginecología, a instancias de la compañía aseguradora. En él concluye que “conforme a la documentación disponible (...), la atención en relación al manejo de la paciente (...) durante el parto con fecha del 7 de diciembre de 2014 en el Hospital `X´ (...), se considera ajustada a la *lex artis ad hoc*”.

Considera que “la actuación médica se ajustó en todo momento a los protocolos establecidos por las sociedades médicas./ No existía indicación de realización de cesárea./ El Colegio Americano de Obstetras y Ginecólogos (ACOG) concluye que la distocia de hombros no se puede predecir ni prevenir, ya que no existe ningún método para identificar los fetos que sufrirán esta complicación./ Aunque la macrosomía fetal es el factor de riesgo más importante, su valor en la prevención de la DH es bajo. La mayoría de los recién nacidos con peso al nacimiento mayor de 4.500 gramos no desarrollan esta complicación y, aproximadamente, la mitad de los casos de DH se presentan en recién nacidos menores de 4.000 gramos/ El ACOG afirma que es razonable ofrecer una cesárea profiláctica cuando el peso fetal estimado es

mayor de 4.500 gramos en gestantes diabéticas o mayor de 5.000 gramos en no diabéticas./ La realización de una cesárea profiláctica en una paciente con tantas patologías solo para prevenir una patología muy poco frecuente, como es la lesión de plexo braquial, no está justificada, ya que el riesgo quirúrgico (...) es muy alto y sería exponerla a un peligro vital sin contar con ningún apoyo científico”.

Afirma que “se actuó con todos los medios posibles para prevenir complicaciones del periodo expulsivo del parto” y que “ante la aparición de distocia de hombros la actuación del personal implicado fue correcta y rápida en todo momento. Se consiguió solucionarla con las maniobras de primer nivel (hiperflexión de caderas y presión suprapúbica). Tienen baja mortalidad materna y neonatal. Los protocolos asistenciales recomiendan aplicar estas maniobras como la primera elección para intentar solucionar la distocia de hombros./ Tanto la distocia de hombros como la lesión del plexo braquial son hechos imprevistos e impredecibles. No todas las lesiones se deben al exceso de tracción por parte del asistente al parto, existiendo suficiente evidencia que apoya que la fuerza propulsiva materna también contribuye a estas lesiones./ Existen factores de riesgo asociadas a distocia de hombros que pueden identificarse antes o durante el trabajo de parto, estos son tan comunes que carecen tanto de sensibilidad como de especificidad./ Según la SEGO, el único punto en que podemos realizar profilaxis de la macrosomía es en el control anteparto:/ ajustando la alimentación de las pacientes obesas,/ evitando ganancias ponderales excesivas y/ manteniendo a la gestante diabética con un buen control metabólico que evite la hiperglucemia./ Los profesionales responsables por el control de la gestación han realizado todas estas acciones en colaboración multidisciplinaria con el Servicio de Endocrinología./ Se ha diagnosticado (la) parálisis de plexo braquial en la primera hora de vida del recién nacido./ Se han puesto en marcha todas las medidas diagnósticas y terapéuticas encaminadas a resolver la patología que afectaba al niño, solicitando en cada momento las exploraciones complementarias y las interconsultas a otros especialistas que la situación clínica demandaba. Se ha

programado el seguimiento multidisciplinario que la complejidad de las lesiones y patologías del paciente exige./ Se ha informado a la paciente de la gravedad de la lesión programando el adecuado seguimiento posterior, el recién nacido fue visto por el Servicio de Rehabilitación a los 2 días de vida./ El último estudio electromiográfico (1 de marzo de 2016) muestra buena evolución y objetiva aparición de respuestas en los segmentos proximales, antebrazo y de muy baja amplitud en la mano./ El 95% de las parálisis del plexo braquial son transitorias, aunque la recuperación suele durar unos 6-18 meses”.

8. También a instancias de la compañía aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias, el día 17 de junio de 2016 emite informe un gabinete jurídico privado. En él se concluye que “la actuación médica fue conforme a la *lex artis*, tanto en el seguimiento de la gestación como en el parto, resolviendo adecuadamente la distocia de hombros, evento impredecible e inevitable”, y que “no existe nexo de causalidad entre la actuación médica” del Servicio de Salud del Principado de Asturias “y las secuelas que padece el recién nacido, pues, en su caso, son consecuencia de la distocia”, por lo que “procede desestimar la reclamación patrimonial formulada”.

9. Mediante escrito notificado al representante de los interesados el 6 de julio de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Asimismo, le recuerda la necesidad de proceder a la “evaluación económica del daño o perjuicio causado”.

10. El día 7 de julio de 2016, comparece este en las dependencias administrativas y se le hace entrega de un CD que contiene la documentación obrante en el expediente, tal y como consta en la diligencia extendida al efecto.

11. Con fecha 19 de julio de 2016, el representante de los reclamantes presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que expone lo que entiende constituyen los criterios fundamentales “de la buena práctica obstétrica con referencia al tema de la distocia de hombros (DH), recogidos por infinidad de autores e incluso por profesores que enseñan Ginecología y Obstetricia en facultades de medicina del mundo entero”, y también las que consideran como “indicaciones de cesárea”.

Tras destacar determinados hechos acontecidos durante el embarazo y el parto, centra su atención en el análisis de alguno de los aspectos del documento pericial incorporado al expediente por la compañía aseguradora, y subraya lo que considera contradicciones o falta de datos relevantes en la historia clínica obrante en el expediente.

A la vista de ello, concluye que “se debería de haber valorado como la primera opción a tener en cuenta, si las patologías maternas no lo impedían, la cesárea profiláctica (...). Los datos respecto al modo de desarrollarse los hechos desde su ingreso, así como el seguimiento de la paciente, presentan falta de datos y lagunas que son significativos para la valoración del proceso y su correcto seguimiento. Falta el horario en que se conoció que existía el DH, hora de salida de la cabeza, hora exacta en que comenzó el parto. Hora de salida del cuerpo; no se especifica cuál es el hombro anterior en el momento del diagnóstico, etc. (...). Existencia de datos que en el informe son valorados de forma diferente a la realidad; por ejemplo, referente a lo que engordó la madre durante todo el embarazo, se dice que fueron 9 kilos porque el 1 de julio del 14 pesaba 101,5 y en 07 diciembre del 14 pesaba 110,5 kilos, cuando no nos dan el peso en marzo, que es cuando queda embarazada y se encontraba a dieta y lo dejó al saber que estaba embarazada (...). No se tomaron en consideración puntos importantes que de tener en cuenta podrían haber evitado el DH./ Pese a que como ya se ha dicho, el DH es una urgencia obstétrica con altas tasas de morbilidad materna, así como de morbilidad y mortalidad neonatal, y aunque se diga que es imprevisible e impredecible, debemos (...) añadir que en ciertas circunstancias y con ciertas patologías, y cumpliendo muchos requisitos de los

ya citados, sí se pueden intuir. Por lo tanto, se debería de haber considerado otra actuación como primera medida y en caso de que por algunos motivos maternos (que en los escritos y documentos presentados no se valoran) considerar el parto normal pero cumpliendo los protocolos y seguimientos que ya se han explicado y de los que carecemos de información, y muchos de ellos no existen en todo el volumen de documentación aportada. Por todo ello nos ratificamos en lo solicitado”.

A continuación, y atendiendo al requerimiento efectuado, cuantifica los daños y perjuicios sufridos, “conforme baremo actualmente vigente de daños personales, Ley 35/2015 (...), por ser este baremo de aplicación analógica y más favorable al perjudicado”, en un millón cuarenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y nueve euros con noventa y dos céntimos (1.047.459,92 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 100 puntos de secuelas funcionales (máximo que establece el baremo), 367.838,68 €; 227 días de estancia hospitalaria e incapacidad total, 22.700,00 €; pérdida temporal de calidad de vida, 27.300,00 €; 40 puntos de secuelas estéticas, 83.224,24 €; daños morales complementarios por perjuicio psicofísico, 96.000,00 €; daños morales complementarios por perjuicio estético, 48.000,00 €; perjuicios morales por pérdida de calidad de vida de familiares -madre, padre y hermano- de grandes lesionados, 150.000,00 €; lucro cesante por incapacidad absoluta de lesionados pendientes de acceder al mercado laboral, 145.261,00 €, y lucro cesante de la madre del menor hasta la mayoría de edad del mismo, 107.136,00 €.

12. Mediante oficio de 25 de julio de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas traslada una copia de las alegaciones presentadas a la correduría de seguros.

13. El día 22 de septiembre de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al considerar que “la asistencia prestada fue correcta y adecuada a la *lex artis*. La gestante fue seguida de forma adecuada en su

embarazo, considerado de alto riesgo, por parte de los Servicios de Obstetricia y Ginecología y de Endocrinología, dados sus antecedentes (obesidad mórbida, diabetes e hipertensión). La cesárea profiláctica no estaba indicada en este caso por dos motivos: el primero el tamaño del feto, ya que su peso era menor de 4.500 gramos (límite de peso en pacientes diabéticas para la realización de la cesárea profiláctica). En segundo lugar, los propios antecedentes médicos de la gestante hacían que la realización de la cesárea presentara unos riesgos mucho mayores que el parto espontáneo. La distocia de hombros que se produjo fue una complicación inevitable e impredecible, y una vez que se produjo se solucionó con maniobras poco agresivas (maniobras de primer nivel), e inmediatamente se pusieron a disposición del recién nacido todos los medios para tratar las consecuencias de la distocia de hombros”.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de octubre de 2016, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Sanidad, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17,

apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración General del Estado-, determina que "A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior".

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento se inició mediante reclamación de los interesados registrada en la Administración del Principado de Asturias el día 2 de diciembre de 2015, lo que nos remite a la redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y al Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJPAC, están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica, en tanto que madre y padre del menor directamente perjudicado, se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron. Ahora bien, en el presente supuesto, y toda vez que la reclamación ha sido formulada por medio de representante con poder general para pleitos, observamos que en el documento notarial suscrito por los padres del menor perjudicado, en cuyo nombre también reclaman, aparece conferido para actuar en "nombre y representación" exclusivamente de

los poderdantes, de suerte tal que, atendiendo a su literalidad, el apoderamiento otorgado parece no abarcar la representación legal de los intereses del hijo menor directamente perjudicado.

En la misma línea, observamos que el representante legal de los reclamantes, al momento de concretar la evaluación de los daños y perjuicios cuya indemnización se postula, solicita una parte de esa indemnización en favor de un hermano del menor directamente perjudicado, del que también se carece de dato alguno.

Por último, no existe constancia entre la documentación remitida de estas relaciones filiales, ni de la del menor directamente perjudicado, ni de la de su hermano, con los reclamantes.

En estas condiciones, habida cuenta de que la Administración no ha entendido precisa la mejora de la acreditación formal de los vínculos alegados, en aplicación del principio de eficacia, reconocido en el artículo 103.1 de la Constitución, y recogido en el artículo 3 de la LRJPAC, procede analizar el fondo de la cuestión controvertida, no sin antes advertir de que si en el pronunciamiento se apreciara la concurrencia de los requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración no cabría una estimación de la reclamación sin que esta, por el procedimiento legal oportuno, verifique dicha legitimación mediante la acreditación formal de la plena identidad del conjunto de los reclamantes, así como de su relaciones filiales. En el caso de los menores de edad, como acontece por lo pronto con el directamente perjudicado, el poder conferido por los progenitores en favor de la persona que les represente deberá especificar que dicha representación lo es en ejercicio de la representación legal que el artículo 162 del Código Civil les confiere.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido

el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas". En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 2 de diciembre de 2015, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el nacimiento del menor- el día 7 de diciembre de 2014, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de Responsabilidad Patrimonial.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, en relación con el registro en la Administración del Principado de Asturias, advertimos los mismos problemas que ya pusimos de manifiesto en los Dictámenes Núm. 160/2015 y 136/2016, entre otros, por lo que nos remitimos a las consideraciones allí realizadas. Ahora bien, en este caso la Administración se cuida, en la práctica del trámite previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, de comunicar a los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios -en su calidad de órgano competente para resolver- y no, de forma genérica, en la Administración del Principado de Asturias, como venía haciendo habitualmente.

Desde otro punto de vista, y como hemos puesto de manifiesto en los Dictámenes Núm. 198/2016 y 222/2016, constatamos la ausencia del informe técnico de evaluación, documento que habitualmente se venía incorporando a los expedientes de reclamación de responsabilidad patrimonial. Al igual que en los precedentes señalados, insistimos en que, aunque tal informe no resulta preceptivo, el Consejo Consultivo considera que su falta empobrece el análisis de las materias propias de la ciencia médica que se cuestionan por los interesados.

Asimismo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración

Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Los reclamantes, en la distinta condición con la que actúan en el presente procedimiento -tanto en su propio nombre y derecho, como madre y padre, así como en nombre y representación de su hijo menor directamente perjudicado y también en la de un hermano de este-, interesan una indemnización por los daños y perjuicios derivados para toda la familia de diversas patologías que le fueron diagnosticadas al recién nacido -"monoparesia MSD./ Parálisis braquial derecha./ Parálisis diafragmática derecha"- tras su nacimiento, y que consideran guardan relación, sin mayor precisión, de causa efecto con una negligencia médica. Cuantifican el importe total de la reclamación en 1.047.459,92 €, de los cuales 790.323,92 € corresponderían por diversos conceptos al menor recién nacido, 157.136 € a la madre, 50.000 € al padre y los 50.000 € restantes a un hermano del recién nacido.

La documentación obrante en el expediente acredita que tras el nacimiento del menor el día 7 de diciembre de 2014 hubo de permanecer ingresado en el hospital hasta el 2 de enero de 2015, en el que fue alta, periodo durante el cual se le diagnosticaron diversas patologías -"distrés respiratorio, parálisis braquial derecha, parálisis diafragmática derecha, hemorragia suprarrenal derecha, foramen oval permeable"- . Tras el alta hospitalaria inicial se han producido otros ingresos y diversas revisiones

médicas que aún persisten. En estas condiciones ha de darse por acreditada la existencia de un daño cuyo alcance y evaluación económica determinaremos si concurren los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que los interesados no tuvieran el deber jurídico de soportar.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por los reclamantes es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del

enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También hemos de advertir que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

A los expresados efectos, en el presente supuesto -como acertadamente se recoge en el informe elaborado por un gabinete jurídico privado a instancias de la compañía aseguradora- en el escrito inicial de los interesados "no se argumenta ni justifica ningún tipo de mala praxis, alegando que existe una `relación de causa a efecto que determina la imputación del daño al funcionamiento de un servicio público'. Tampoco se justifica la existencia de relación de causalidad, sino que simplemente se afirma su existencia".

Este inicial planteamiento de la reclamación que, dado su carácter enteramente axiomático, habría de conducir sin más a dictaminar su desestimación, ha pretendido ser subsanado por los perjudicados tras el trámite de audiencia, al cuestionar en el escrito de alegaciones -a la vista de la documentación incorporada al expediente por la Administración sanitaria y haciendo uso de una interpretación parcial e interesada de la misma- la atención prestada a la madre a lo largo del embarazo, y especialmente en el momento del parto, precisando que "se debería de haber valorado como la primera opción a tener en cuenta, si las patologías maternas no lo impedían, la cesárea profiláctica", poniendo de manifiesto que la distocia de hombros que sobrevino al momento del parto "podría" haber sido intuida.

Planteada la cuestión en los términos expuestos, lo primero que debemos señalar es que, a pesar de que incumbe a los reclamantes la carga de la prueba, no han aportado al expediente ningún tipo de documento en forma de dictamen pericial que dé un mínimo soporte a los reproches que formulan en cuanto a la asistencia prestada a la gestante tanto a lo largo del embarazo como en el momento del parto, por lo que esta total carencia de elemento

probatorio en orden al establecimiento del nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario resulta ya de por sí suficiente para dictaminar la desestimación de la reclamación formulada, toda vez que no se ha acreditado la relación de causalidad cuya existencia sería inexcusable para un eventual reconocimiento de responsabilidad de la Administración.

Por lo demás, una vez subsanada en el trámite de alegaciones la inicial indeterminación y falta de concreción de los reproches que los reclamantes dirigen al funcionamiento del servicio público sanitario, nos encontramos con que el principal de ellos -"se debería de haber valorado como la primera opción a tener en cuenta, si las patologías maternas no lo impedían, la cesárea profiláctica"-, formulado como vemos de una manera hipotética o especulativa, encuentra adecuada y rotunda respuesta en el informe médico pericial emitido a instancias de la compañía aseguradora de la Administración -único documento pericial del que dispone este Consejo a efectos de formar su criterio-. En él, tras repasar los protocolos establecidos al efecto tanto por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia como por la Sociedad Americana de Ginecología y Obstetricia, se concluye de manera rotunda que "la realización de una cesárea profiláctica en una paciente con tantas patologías solo para prevenir una patología muy poco frecuente, como es la lesión de plexo braquial, no está justificada, ya que el riesgo quirúrgico (...) es muy alto y sería exponerla a un peligro vital sin contar con ningún apoyo científico".

En cuanto a la afirmación de que la distocia de hombros que sobrevino al momento del parto "podría" haber sido intuida, debemos subrayar igualmente que el mencionado informe pericial la considera como una urgencia obstétrica "imprevisible e impredecible"; afirmación que, aun siendo compartida en principio por los propios interesados, no les impide objetar que "en ciertas circunstancias y con ciertas patologías, y cumpliendo muchos requisitos de los ya citados, sí se pueden intuir", aunque en ningún momento concretan cuáles serían las patologías y requisitos que concurrirían en el presente supuesto.

En esas condiciones, este Consejo considera que en el asunto examinado los interesados, a quienes corresponde la carga de la prueba de la relación de

causalidad entre el actuar de la Administración sanitaria y el daño producido, no han acreditado con un mínimo nivel de certeza que la asistencia dispensada a la gestante durante el embarazo y en el momento del parto hayan sido inadecuadas, por lo que no cabe vincular a la misma los daños alegados, lo que nos impide apreciar la concurrencia del imprescindible nexo causal con el funcionamiento del servicio público sanitario.

La anterior conclusión nos exime de realizar cualquier otra consideración acerca de la cuantía indemnizatoria demandada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.