

Expediente Núm. 1/2019
Dictamen Núm. 67/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 7 de marzo de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. La Consejera doña María Isabel González Cachero votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 19 de diciembre de 2018 -registrada de entrada el día 2 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados de la lesión sufrida por su hija recién nacida durante la práctica de una cesárea.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 2 de marzo de 2018, los reclamantes, en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de su hija menor de edad, presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de

responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por esta durante el parto y por los daños morales ocasionados a sus padres por este hecho.

Exponen que el día 27 de mayo de 2015, durante la práctica de una cesárea programada en un hospital público, la recién nacida sufrió “un corte con el bisturí que afectó a la práctica totalidad de la cabeza y que precisó (...) 20 puntos de sutura”, y añaden que “hasta el sábado 30, día en que el pediatra de guardia descubrió la cabeza” de la niña ante la reclamante y su familia “no supieron que el bebé tenía una herida y un hematoma de tales magnitudes”.

Manifiestan que tras el alta hospitalaria, que tuvo lugar el día 1 de junio de 2015, la menor recibió las curas necesarias en su centro de salud, acudiendo también en varias ocasiones a dos hospitales para efectuar una analítica y diversas pruebas relacionadas con el hematoma, hasta que recibe el alta el día 30 de julio de 2015.

Explican que por los referidos hechos presentaron una “querrela criminal contra el equipo médico que atendió el parto por cesárea programada”, y que ello dio lugar a la tramitación de diligencias previas ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cangas de Onís, que “fue definitivamente archivada con fecha 3 de marzo de 2017”, si bien el informe del Ministerio Fiscal aprecia “la concurrencia de imprudencia leve imputable a la cirujana principal de la intervención y a la ayudante en la misma”.

Reseñan que en la tramitación del procedimiento “el Médico Forense emitió los correspondientes informes, determinando en el de fecha 22 de agosto de 2016 la necesidad por parte de la menor de tratamiento médico y quirúrgico, un periodo de curación de 65 días, cinco de ellos con ingreso hospitalario y unas secuelas consistentes en dos cicatrices de 12 y 8 centímetros cada una de ellas”. De acuerdo con lo anterior, fijan la indemnización que solicitan para la niña en 9.277 €, que corresponden a “5 días de hospitalización (...), 60 días hasta la total curación” y 6 puntos de “secuelas de carácter ligero”. Solicitan, asimismo, 20.000 € para cada uno de los progenitores, ascendiendo la suma total que interesan a cuarenta y nueve mil doscientos setenta y siete euros (49.277 €). Precisan que “con motivo de las

lesiones sufridas la niña continúa sometida a seguimiento por riesgo neurológico, teniendo que acudir anualmente a revisiones al Servicio de Neuropediatría del Hospital "Y", estableciéndose en el último informe de 7 de julio de 2017 la posibilidad de alta en la revisión, prevista para julio de 2018 si todo sigue igual; pero se continúa el seguimiento".

Adjuntan diversa documentación acreditativa del vínculo paterno-filial, fotografías, informes médicos relativos al proceso asistencial por el que se reclama y documentación sobre el proceso judicial penal seguido tras la interposición de querrela por los mismos hechos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cangas de Onís.

2. Mediante escrito de 14 de marzo de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. A requerimiento del Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, el 12 de abril de 2018 el Gerente del Área Sanitaria VI remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica del proceso asistencial al que se contrae la presente reclamación, así como los informes elaborados por los Servicios de Ginecología y de Pediatría del Hospital "X" y la pediatra del Centro de Salud

En el primero de ellos, suscrito el 4 de abril de 2018, consta como explicación a la laceración fetal "la incisión accidental mediante bisturí en el transcurso de la histerotomía, propiciada por el sangrado profuso en un segmento grueso (prueba de ello es el descenso de la hemoglobina" entre la analítica preoperatoria y el posoperatorio) "y la ampliación de la misma fundamentalmente durante la extracción de la cabeza fetal". En relación con el sangrado profuso, se indica que el grosor del segmento uterino está relacionado con la falta, en las cesáreas electivas, de dinámica uterina,

responsable del adelgazamiento del útero “que facilita su disección”. Se alude también a la información facilitada a los padres de la recién nacida.

En el informe emitido por el Servicio de Pediatría del Hospital “X”, de 26 de marzo de 2018, la médico responsable de la atención inmediata a la recién nacida tras el parto reseña la cura realizada en ese momento, la información facilitada a la familia y la atención prestada en los días posteriores.

En el último de los informes citados, de 6 de abril de 2018, se describe la asistencia prestada en el centro de salud tras el nacimiento y hasta el mes de octubre de 2017.

4. Mediante oficio de 16 de abril de 2018, el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la historia clínica relativa al proceso de referencia en formato electrónico y el informe del Área de Gestión Clínica de Pediatría de 9 de abril de 2018. En él consta que la paciente acudió al Hospital “Y” en cuatro ocasiones durante los meses de junio y julio de 2015, y una quinta en el mes de julio de 2016, para la realización de consultas en los Servicios de Cirugía Pediátrica, Urgencias, Neonatología y Neuropediatría; de ellas, tres estuvieron relacionadas con la lesión sufrida durante el parto. Se concluye que los datos obrantes en la historia clínica permiten “descartar riesgo neurológico futuro asociado” a la patología sufrida.

El 8 de mayo de 2018, le traslada el informe elaborado por el Servicio de Cirugía Pediátrica del Hospital “Y” en el que se describe la asistencia prestada el 4 de junio de 2015, al ser derivada desde el Hospital “X”.

5. Con fecha 1 de julio de 2018, tres especialistas en Obstetricia y Ginecología suscriben un informe a instancias de la compañía aseguradora. En él formulan diversas consideraciones médicas sobre las cesáreas y su aplicación al caso concreto, y concluyen tanto la corrección de la programación de la cesárea (indicada por patología materna) como la ausencia de factores de riesgo que expliquen mayor probabilidad de aparición de la complicación (que cifran entre

un 1,9 % y un 3,12 %). Afirman expresamente que “la incisión uterina debe realizarse superficial y ampliarla de manera roma; sin embargo, en este caso consta que se realizó con bisturí frío hasta acceder a la cavidad lo que provocó la lesión fetal”, por lo que “la actuación de los profesionales no se considera correcta ni acorde a la *lex artis*”.

6. Figura incorporado al expediente un informe de valoración del daño corporal emitido por una doctora en Medicina Legal y Forense el 15 de septiembre de 2018. En él se concluye que “la valoración del médico forense es adecuada”, y se cuantifica en 8.786,03 € la indemnización que corresponde a los daños sufridos por la niña, pero se rechaza la procedencia de la solicitada por los progenitores por daño moral con base en los informes obrantes en el expediente.

7. Mediante oficio notificado a los reclamantes el 19 de octubre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándoles una relación de los documentos obrantes en el expediente. El día 6 de noviembre de 2018 la interesada se persona en las dependencias administrativas para examinarlo y confiere su representación, mediante comparecencia personal, a una letrada.

Con fecha 19 de noviembre de 2018, los reclamantes presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que se ratifican en su petición y rebaten diversos extremos del informe emitido por la cirujana que atendió el parto. Reiteran que se ha producido un daño moral a los padres cuyos factores determinantes detallan.

8. El día 26 de noviembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido parcialmente estimatorio, al considerar que “el procedimiento de realización de la cesárea no se ajustó a la *lex artis ad hoc* causando (...)”

lesiones al feto”. Rechaza la procedencia de “la indemnización por daño moral a los progenitores, ya que no constan en la historia clínica otras secuelas derivadas de la lesión producida ni riesgo de daño neurológico posterior (queda descartado en el informe de Neuropediatría)”.

En consecuencia, propone indemnizar a la hija de los reclamantes con 8.786 €.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 19 de diciembre de 2018, 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.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto

directamente afectada por los hechos que la motivaron. Habiendo sufrido el daño una persona menor de edad, están facultados para actuar en su representación los padres, según lo establecido en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

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 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que "El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 marzo de 2018, y, si bien los hechos de los que trae causa se remontan al 27 de mayo de 2015 -fecha del parto-, hemos de tener en cuenta que, tal y como consta en el expediente, los reclamantes presentaron una querrela tras la que se siguieron diligencias ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cangas de Onís, las cuales culminaron con el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de marzo de 2017, por el que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto por el que se acuerda el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones.

Al respecto, el artículo 37.2 de la LRJSP establece -al igual que disponía el artículo 146, apartado 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- que "La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial". El Tribunal Supremo (entre otras,

Sentencia de 23 de enero de 2001 -ECLI:ES:TS:2001:337-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) ha declarado que “la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa debe reconocerse en aplicación de la doctrina sentada por la jurisprudencia consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos (...), de tal suerte que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido”, añadiendo que su “adecuada interpretación (...) exige considerar que la interrupción de la prescripción por iniciación del proceso penal se produce en todos aquellos casos en los cuales dicho proceso penal versa sobre hechos susceptibles en apariencia de ser fijados en el mismo con trascendencia para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Así las cosas, teniendo presente que las actuaciones penales se iniciaron en el año 2016, y que existe coincidencia en los sujetos intervinientes y en los hechos enjuiciados en los órdenes penal y administrativo, consideramos interrumpido el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de la reclamación de responsabilidad patrimonial por la exigencia de responsabilidad penal. Por tanto, dada la fecha en la que se dicta el Auto que acuerda la desestimación del recurso de apelación -3 de marzo de 2017-, hemos de concluir que en el momento de presentación de la reclamación -2 de marzo de 2018- no había transcurrido el plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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

Sin embargo, 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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la Ley 39/2015.

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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. 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”.

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, 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 solicitan una indemnización, en su propio nombre y en el de su hija menor de edad, por los daños derivados de la lesión sufrida por la pequeña durante el parto.

Resulta acreditado en el expediente que durante la práctica de una cesárea programada por indicación médica el feto sufrió una herida quirúrgica accidental en scalp en la zona frontal, parietal y occipital izquierda, con hematoma subgaleal que requirió "20 puntos de sutura" (informe de alta de la recién nacida) y posterior realización de curas en Atención Primaria, así como seguimiento hospitalario. De acuerdo con el sentido de nuestro dictamen, la concreción de los daños sufridos a efectos de realizar la oportuna valoración económica se aborda en la consideración séptima.

El análisis de la cuestión planteada exige la oportuna diferenciación entre la lesiones padecidas por la recién nacida y el daño moral que sus progenitores invocan en nombre propio, pues, mientras que no cabe duda alguna de la efectividad del daño físico sufrido por la niña, el daño moral que alegan los padres se cuestiona a lo largo de la instrucción del procedimiento y se rechaza en la propuesta de resolución.

Con relación a los daños físicos, dado que se constata su efectividad derivada de la asistencia sanitaria dispensada, debemos descender al examen de su relación de causalidad. La Administración sanitaria estima acreditada, en la propuesta de resolución que somete a nuestra consideración, la existencia de una infracción de la *lex artis*, puesto que "el procedimiento de realización de la cesárea no se ajustó" a la misma "causando (...) lesiones al feto". Al respecto, en el informe emitido por tres especialistas a instancias de la compañía aseguradora se aprecia la inadecuación a la *lex artis ad hoc* de la actuación de

los profesionales intervinientes. Así, explican que en todas las técnicas habituales para la práctica de la cesárea “la incisión debe realizarse superficial y ampliarla de manera roma, es decir no cortante”, pero “en el protocolo quirúrgico” del caso “se describe `incisión segmentaria dificultosa por segmento grueso, precisando varios cortes con bisturí hasta acceder a la cavidad. Sangrado abundante que dificulta la visualización de la cabeza fetal´”. Según razonan, la escasa distancia entre la presentación fetal y la pared uterina determina que el uso del bisturí frío para la apertura del útero “solo debe emplearse en las últimas capas de fibras musculares del útero y terminar de abrir la cavidad mediante algún instrumento no cortante o incluso digitalmente”, poniendo de relieve que este acceso “no siempre es fácil”, como ocurrió en el caso que se examina, “debido a que el segmento uterino estaba muy engrosado al tratarse de una cesárea programada sin trabajo de parto, por lo que el sangrado profuso dificulta la visión”, y ello -señalan- “obliga a extremar la precaución con el bisturí frío y no cortar si no se dispone de una adecuada visualización”; máxime si -como añaden- “se trataba de una cesárea programada y por tanto no había prisa en proceder a la extracción fetal, con bolsa íntegra y dilatación ausente, por lo que la apertura uterina se podía realizar de manera más cuidadosa”.

En suma, no ofrece duda que las consecuencias dañosas derivadas del corte producido en la cabeza de la neonata son el resultado de una praxis médica incorrecta y que reúnen, por tanto, la relación de causalidad precisa para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

Respecto del daño moral alegado por los progenitores en nombre propio, debe señalarse igualmente que el simple relato de lo acontecido permite apreciar su efectividad, con ciertos matices. Al respecto, los padres indican en su solicitud que “durante todo este peregrinaje médico e ingresos hospitalarios (en referencia a los dos meses transcurridos entre el alta hospitalaria tras el nacimiento -el día 1 de junio- y el alta de la menor en el Hospital `Y´ -el día 30 de julio-) la madre permaneció las 24 horas junto a la niña con el inherente

sufrimiento que todo ello conlleva, y el padre, teniendo que separarse de la familia para cumplir con sus obligaciones laborales, vivió en situación de extrema preocupación”, calificando este proceso como “un auténtico calvario”. Añaden que desde el nacimiento de la niña “vienen sufriendo” por sus padecimientos, “las incertidumbres sobre su evolución y el riesgo neurológico que comporta una lesión de esas características en un recién nacido”; estado que persiste en el momento actual dada la imposibilidad -según afirman- de “descartar cualquier daño neurológico que pueda afectar al normal desarrollo de cualquier función hasta que todas ellas estén plenamente desarrolladas”. En la fijación del *quantum* indemnizatorio por este concepto, señalan como factores determinantes “la edad de la lesionada, las circunstancias que rodean su venida al mundo y lo que unos padres esperan de un parto que no revestía ninguna complicación especial al tratarse de una cesárea programada, la actitud de las responsables de la intervención, las incertidumbres en las que actualmente siguen inmersos con una niña de tres años que sigue siendo paciente con riesgo neurológico”, y aluden en sus alegaciones a un estado de “alerta” permanente hasta adquirir plena certeza respecto a la falta de secuelas.

Pues bien, en cuanto al daño moral, es criterio reiterado con carácter general de este Consejo la exigencia de su acreditación por parte del reclamante, sobre quien recae la carga de la prueba. Como venimos señalando (por todos, Dictamen Núm. 134/2015), “la exigencia de prueba del daño moral jurídicamente relevante, aun siendo liviana, existe, y aunque se atempere la carga de su demostración no basta con su mera afirmación para tenerlo como cierto”, si bien, como hemos indicado en nuestro Dictamen Núm. 17/2019, “este Consejo viene presumiendo o deduciendo la realidad del daño moral en atención a la gravedad de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, cuando el daño invocado reviste tal entidad que permite su apreciación, sin necesidad de prueba específica” o directa, que ejemplificábamos, entre otros, en los supuestos de fallecimiento de familiares directos (por todos, Dictamen Núm. 51/2018) o en un aborto natural (Dictamen Núm. 108/2015). También hemos apreciado la existencia de daños morales en

los familiares cercanos por la pérdida de restos en un cementerio (Dictámenes Núm. 91/2008 y 104/2015), o por la lesión de un derecho fundamental (Dictamen Núm. 56/2009). En la misma línea, la jurisprudencia ha señalado que a pesar de la indeterminación y subjetividad del concepto de daño moral, más amplio que el clásico *pretium doloris* y comprensivo de distinta graduación según su intensidad, descartadas como tal las situaciones de mero malestar, incertidumbre e incomodidad, su apreciación puede inferirse en ocasiones sin necesidad de prueba directa cuando el propio “supuesto de hecho” lo revela implícitamente (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:516-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Esto es, se admite con naturalidad (Dictamen Núm. 57/2019) que concurren supuestos en los que cumple probar el hecho lesivo por evidenciarse -mediante presunción legal o del juzgador- su enlace directo con un padecimiento moral según las reglas del criterio humano, con otros en los que -no siendo posible indagar en la inmanencia del ser doliente- se requiere de manifestaciones físicas o psíquicas de entidad suficiente para tornar real, efectivo y evaluable económicamente ese malestar, incertidumbre o zozobra.

En el caso que nos ocupa, las circunstancias concurrentes y la singularidad del daño sufrido -que, por tratarse de un corte en la cabeza, encierra dudas sobre la evolución neurológica de la pequeña que los padres no pueden disipar con certeza en su momento- nos conducen a apreciar la existencia del daño moral. Ahora bien, debemos llamar la atención, en primer lugar, sobre la desproporción existente entre la cuantía indemnizatoria solicitada por los padres en concepto de daño moral (20.000 € para cada uno de ellos) y la que se insta para la menor directamente afectada por la lesión (9.277 €).

Adicionalmente a esa disparidad, observamos que varios extremos a los que los progenitores anudan su “especial afectación” no se objetivan en lo actuado. En primer lugar, el reproche relativo a la falta de información sobre la lesión intraparto no puede ser objeto de consideración. Según exponen, durante tres días no fueron informados acerca de la gravedad de la herida, y en

el trámite de audiencia califican como “rotundamente falso que se informase de forma inmediata y exhaustiva a la paciente y su pareja en la Unidad de Reanimación”, como dice la cirujana” en su informe, e insisten en que no se les proporcionó información al respecto y que una vez advertida esta “la única explicación verbal que ofrecieron sobre los acontecimientos es que el incidente se habría producido por culpa exclusiva de la madre que había sangrado mucho”; situación que afirman “incrementó” su “zozobra y desasosiego”. Frente a dichas aseveraciones, la pediatra que atendió a la niña en los momentos inmediatamente posteriores al nacimiento indica en su informe que cuando la recién nacida y su madre se reúnen en el Servicio de Reanimación “informó a la madre del incidente y el tratamiento realizado”, añadiendo que esta le “constata que ha sido previamente informada así mismo por el Servicio de Obstetricia”, y refleja que “diariamente y coincidiendo con el pase de visita se informa a la familia de la evolución de la recién nacida”. Igualmente, en las notas de curso clínico correspondientes al 1 de junio de 2015 figura que “la paciente y su marido solicitan explicaciones de lo ocurrido” y que “se les informa exhaustivamente, reiterando la información ya transmitida en reanimación tras la intervención quirúrgica” a los mismos. Además, en las observaciones de enfermería obrantes en la historia clínica se anota la mañana siguiente al parto (esto es, el día 28 de mayo) “lactancia materna exitosa, buen agarre, tomas frecuentes en pecho izquierdo pero sin poner en pecho derecho por dolor del bebé en la herida, recomendando posición de crianza para amamantar de ese pecho”. Tal anotación refrenda el conocimiento de los padres respecto de la existencia de la herida y su importancia, hasta el punto que afectaba a la posición del bebé durante las tomas. En consecuencia, debe desecharse la invocada incidencia de un déficit de información en el padecimiento sufrido por los padres.

En segundo lugar, de la exposición de los reclamantes se deduce que su padecimiento moral se anuda a la “situación de extrema preocupación” durante las semanas posteriores al nacimiento, en la que reviste singular importancia el eventual riesgo neurológico derivado de la lesión que tal y como indican en su

escrito inicial- aun subsiste. Sin embargo, el informe emitido por el Área de Gestión Clínica de Pediatría del Hospital "Y" con ocasión del procedimiento de responsabilidad patrimonial descarta tal riesgo y aclara, además, que el mecanismo de producción de la lesión y el estado de la recién nacida en el momento inmediatamente posterior al parto son factores que permiten excluir la afectación neurológica, y que su ausencia era apreciable ya desde ese momento inicial. En concreto, se explicita que la ausencia de traumatismo como origen del hematoma (producido por un corte limpio), "unido a un Apgar 9/10 y un comportamiento neurológico post parto normal, hacen descartar riesgo neurológico futuro asociado a esta patología". Así lo avalan también los datos obrantes en la historia clínica, en los que se refleja que, si bien la niña debió ingresar para observación "a los 17 días de vida durante 3 días en Neonatología por anemia y probable aumento de hematoma subgaleal" (precisándose que es un "aumento subjetivo"), la ecografía trasfontanelar entonces realizada se informó como "sin hallazgos patológicos", y también durante ese ingreso se efectuó un "estudio básico de coagulación que es normal" (informe clínico de alta de 17 de junio). En el informe correspondiente a la segunda revisión llevada a cabo en la consulta de Neonatología del referido hospital, momento en el que se le da el alta en dicho Servicio (30 de julio de 2015), consta que la niña presenta un "excelente estado general".

Lo anterior permite descartar la incidencia en el daño moral alegado del pretendido "riesgo neurológico". La historia clínica del Hospital "Y" pone de relieve también que las consultas al Servicio de Neuropediatría de ese centro - que tuvieron lugar anualmente a partir del año 2016- estaban motivadas por la derivación del "centro de salud por actitud distónica en el brazo izquierdo" que se había producido desde "los 4-5 meses" y "de manera intermitente sin otra clínica asociada". El informe elaborado por el Área de Gestión Clínica de Pediatría de dicho centro hospitalario aclara que esta atención no guarda ninguna relación con el hematoma craneal, y que la mención a un "seguimiento por riesgo neurológico" que figura en los informes de ese Servicio no se refiere a "un riesgo asociado al antecedente de hematoma subgaleal", sino que está

relacionado "con el motivo que condicionó la consulta en dicha unidad". En el mismo sentido, el informe de la Médico Forense del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cangas de Onís indica que tras la consulta del Servicio de Neuropediatría del Hospital "Y" de 2016 "simplemente se emplazó para revisión anual", añadiendo que "la distonía transitoria del lactante es relativamente frecuente. Consiste en que este adopta alguna postura distónica, anómala, generalmente en un brazo, y ello suele durar unos meses y desaparecer espontáneamente, como así ha sucedido al parecer en el caso que nos ocupa, no habiéndose encontrado ninguna relación de causalidad con la lesión cefálica que tuvo al nacer".

En definitiva, los elementos de juicio disponibles permiten inferir que en el momento del alta se había despejado la posible incertidumbre en torno a las implicaciones de la lesión sufrida durante el parto, sin que, ya entonces, se hubieran apreciado hallazgos de gravedad o secuelas. No obstante, queda también de manifiesto una situación expectante de los progenitores durante ese tiempo (el periodo comprendido entre el nacimiento y el alta hospitalaria del día 30 de julio de 2015) cuya singularidad o penosidad permite apreciar un daño moral en los padres.

A la vista de lo expuesto, debemos concluir que se constatan daños efectivos, en la menor y en sus padres, ligados a una asistencia sanitaria que no se ajustó a la *lex artis ad hoc*, y que a consecuencia de ella tanto la menor afectada como sus padres han sufrido perjuicios que no están obligados a soportar, por lo que la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada debe prosperar.

SÉPTIMA.- Establecida la responsabilidad patrimonial del servicio público sanitario, debemos pronunciarnos sobre la cuantía indemnizatoria.

En primer lugar, en relación con el daño moral sufrido por los padres, ya hemos advertido en la consideración sexta que estimamos excesivo el importe solicitado por este concepto, vista la desproporción existente con la cuantificación del daño padecido por la menor, la adecuación de la información

suministrada y la limitada incidencia de la zozobra en torno a un "riesgo neurológico". Atendiendo a las circunstancias concurrentes, y dada la complejidad que reviste la cuantificación económica de este tipo de daños, este Consejo en atención también al periodo de inquietud, zozobra y desasosiego padecido hasta recibir el alta hospitalaria valora prudencialmente el perjuicio causado a cada uno de los progenitores en 1.500 €.

En segundo lugar, y en cuanto al daño físico sufrido por la recién nacida, los reclamantes solicitan una indemnización que asciende a un total de 9.277 €, correspondientes a seis puntos de "secuelas de carácter ligero", 5 días de hospitalización y 60 días de curación. Citan al efecto el informe médico forense de 22 de agosto de 2016, emitido en el marco de las diligencias instruidas ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cangas de Onís, que refleja en sus conclusiones que la menor perjudicada "requirió tratamiento quirúrgico y médico"; que "el periodo de curación se establece en 65 días, 5 de ellos con ingreso hospitalario", y que "como secuelas presenta, en cuero cabelludo, dos cicatrices finas y de trayecto curvilíneo de concavidad inferior. La más anterior (...) se extiende de la zona frontal a la parietal izquierda con una longitud de unos 12 cm, y la posterior se inicia un poco por debajo (ligeramente caudal) del final de la anterior y se extiende hasta la zona occipital con un trayecto de unos 8 cm. Están en gran medida tapadas por pelo, por lo que el perjuicio que reportan en la actualidad podría considerarse de grado ligero".

Por su parte, el informe de valoración de daños corporales emitido por la compañía aseguradora del Principado de Asturias coincide con los conceptos solicitados por los reclamantes, tanto en lo relativo a la fijación de las secuelas (a las que también atribuye 6 puntos por perjuicio estético ligero -remitiéndose al efecto a la valoración efectuada por la médico forense, que considera "adecuada"-) como en la determinación del periodo total de incapacidad temporal (65 días), si bien dentro de este último se califican 60 días como no impositivos. Este dictamen sí especifica que se aplica el baremo establecido al efecto en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo

8/2004, de 29 de octubre, en sus cuantías actualizadas, aprobadas por Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 5 de marzo de 2014, que, si bien no es de aplicación obligatoria, viene siendo generalmente utilizado, con carácter subsidiario, a falta de otros criterios objetivos, y que ha sido el empleado por los propios reclamantes. Al respecto, debemos recordar que, aunque el baremo está formalmente derogado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las Personas en Accidentes de Circulación, sigue siendo el aplicable, según su disposición transitoria, a los accidentes ocurridos con anterioridad al 1 de enero de 2016.

Existe consenso, pues, en cuanto a la puntuación que merece el perjuicio estético atendiendo a la edad de la perjudicada en el momento de producción de los hechos y de acuerdo con la señalada actualización del baremo, que atribuye a cada punto la cantidad de 957,04 €, ascendiendo la cuantía total por este concepto a 5.742,24 €.

Respecto al periodo invertido en la curación, debemos recordar que la doctrina de este Consejo Consultivo, tributaria en este punto de la del Consejo de Estado, rechaza, en el caso de menores de edad, que los días de baja constituyan un concepto indemnizable “con carácter general”, a la vista de la edad del perjudicado (por todos, Dictámenes Núm. 119/2016 y 140/2017), pues debe “ser resarcido el sufrimiento causado al niño por las lesiones, en concepto de *pretium doloris*, cuyo cálculo puede hacerse tomando como referencia el número de días de baja”. Ahora bien, a la luz de esta doctrina, no cabe soslayar que el recién nacido también sufre los padecimientos subsiguientes a un corte cefálico que requiere de específico tratamiento, el cual se extiende durante sesenta y cinco días hasta el alta por parte del Servicio de Neonatología del Hospital “Y”. Dado que ese sufrimiento, al producirse en un menor, no puede remitirse a la cuantificación de días improductivos recogida en el baremo, debemos acudir de nuevo a una valoración prudencial -no alejada de la que resultaría de aquel, pero tampoco equivalente-, por lo que se estima dicho perjuicio en 1.500 €.

En consecuencia, de acuerdo con la documentación incorporada al expediente, resultan indemnizables los conceptos de perjuicio estético y *pretium doloris*. La suma de las cuantías calculadas, según lo señalado, arroja la cantidad total de siete mil doscientos cuarenta y dos euros con veinticuatro céntimos (7.242,24 €) para la menor afectada, sin perjuicio de que la autoridad consultante deba tener en cuenta una posible actualización del baremo para el año 2019 a la hora de dictar la resolución definitiva, y de mil quinientos euros (1.500 €) para cada uno de los padres.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos anteriormente señalados.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.