

Dictamen Núm. 217/2022

**V O C A L E S :**

*Sesma Sánchez, Begoña,*  
Presidenta  
*González Cachero, María Isabel*  
*Iglesias Fernández, Jesús Enrique*  
*García García, Dorinda*  
*Baquero Sánchez, Pablo*

Secretario General:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 15 de septiembre de 2022, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 13 de mayo de 2022 -registrada de entrada el día 23 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por lo que consideran una defectuosa asistencia sanitaria durante un parto.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 20 de noviembre de 2021 una abogada, en nombre y representación de los interesados -madre, padre y una hija de ambos nacida el 21 de noviembre de 2020-, presenta en el Registro Electrónico de la Administración una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos a consecuencia de la parálisis braquial diagnosticada a la neonata, que consideran hubiera podido evitarse si se hubiese practicado una cesárea.

Expone que el día 19 de noviembre de 2020 la interesada, en la semana 39+5 de gestación de un embarazo considerado de riesgo, acude al Hospital “X” y tras ser monitorizada y explorada se le realiza una ecografía, precisando

que en ese momento no se le pudo hacer “la prueba para comprobar si la bolsa estaba rota, por lo que le indicaron que acudiera el día siguiente a los efectos de realizarle la misma”. Señala que ingresa en el citado centro al día siguiente “por rotura prematura de membrana de tiempo desconocido (probablemente más de 24 horas)”, y que tras ser inducido el parto “con oxitocina y terminación mediante ventosa para ayuda de expulsivo”, a las 10:22 horas del día 21 de noviembre nace una mujer con “distocia de hombros”, subrayando que “a las 10:00 horas de ese día se produjo un cambio de turno de los médicos que asistieron” a su representada.

Indica que, a pesar de que la ginecóloga que la atendía le manifestó cuando ya “había dilatado hasta los diez centímetros que la niña no entraba en el canal de parto, que iban a esperar ‘un poco más’ y si no que le practicarían una cesárea. Fue el doctor” que identifica “quien decidió, sin informar de las consecuencias que podría tener la utilización de la ventosa en el parto y ante una distocia de hombros, no practicar la cesárea con la que se hubiera evitado la parálisis braquial obstétrica”.

Reseña que la madre fue dada de alta hospitalaria el 23 de noviembre de 2020, teniendo que ingresar de nuevo el día 1 de diciembre “por hemorragia en el noveno día de puerperio (...). Se realiza legrado evacuador obstétrico bajo control ecográfico, extrayéndose abundante material hemático. Con transfusión de 4 bolsas de concentrado de hematíes. Es dada de alta el día 2 de diciembre de 2020”.

Refiere que la recién nacida tras el parto fue “atendida por el Servicio de Neonatología (...) precisando reanimación mediante (...) (ventilación con presión positiva intermitente). En la exploración se aprecia fractura de clavícula derecha y parálisis braquial superior derecha”. Tras ser dada de alta hospitalaria también el 23 de noviembre, fue remitida al Servicio de Rehabilitación, donde inicia tratamiento el 3 de diciembre de 2020. Manifiesta que dada la hipotonía de la extremidad afecta, se solicita valoración por el Servicio de Cirugía Plástica del Hospital ‘Y’, y que la ecografía de cadera realizada el 18 de febrero de 2021 es informada como “estudio dentro de la normalidad, aunque con mínima asimetría”. Añade que la menor fue controlada

también por el Servicio de Cirugía Plástica del Hospital `Z`, de Madrid, donde el 22 de febrero de 2021 se aprecia que "no hay función del bíceps. No hay extensión de muñeca. Buena función de flexión de los dedos y la muñeca. Diagnóstico principal, parálisis braquial obstétrica C5-C6-C7". Indica que el 1 de marzo de 2021 en la consulta de Neurología Pediátrica del Hospital `Z` se observa "parálisis braquial obstétrica derecha con axonotmesis subtotal de C5-C6-C7", y que se le infiltra "toxina botulínica en pectoral mayor, subescapular, redondo mayor, tríceps y flexor de carpo para valorar la mejoría de la cocontracción. El 25 de marzo de 2021 se realiza intervención quirúrgica de parálisis braquial de Erb" en el Hospital "Z" por parte del Servicio de Cirugía Plástica, y el 15 de abril de 2021 acude al Servicio de Neurocirugía del citado centro "para valorar la `deformidad craneal` (plagiocefalia) que padece. Se indica casco ortésico para corrección de postura, el cual ha de llevar 23 horas al día todos los días (...). El día 5 de agosto de 2021 acude a control con el Servicio de Neurología (...), en donde se aprecia mejoría persistiendo deformidad moderada. En la actualidad la niña sigue sin poder elevar el brazo, requiriendo de sesiones de rehabilitación varios días a la semana", acudiendo a "centros de rehabilitación privados (...) además de recibir sesiones de rehabilitación en la sanidad pública".

Con base en estos hechos solicita una indemnización global de doscientos mil novecientos noventa y cinco euros con cuarenta céntimos (200.995,40 €), de los cuales 180.995,40 € corresponderían a la menor perjudicada, desglosando dicha cantidad en los siguientes conceptos: perjuicio personal particular, 6.859,53 €; 45 puntos de secuelas, consistentes en plejía por lesión plexo braquial, 103.935,58 €; 13 puntos de perjuicio estético en grado moderado, 16.270,29 €; perjuicio moral por pérdida de calidad de vida, 40.000 €; gastos de asistencia sanitaria (rehabilitación), 1.930 €, y daño emergente por los "gastos previsibles de asistencia sanitaria futura según secuelas (calculado para un mínimo de tres años más de rehabilitación)", 12.000 €.

Los 20.000 € restantes hasta completar el total indemnizatorio se interesan en favor de la madre y del padre de la menor, a razón de 10.000 €

para cada uno "en concepto de daño moral por el sentimiento de angustia, desasosiego, ansiedad y preocupación por su hija ante una limitación funcional que pudo evitarse, por la operación a la que tuvo que someterse y a quien ven sometida a continuos tratamientos de rehabilitación".

Denuncia la existencia de una "mala praxis" en la asistencia al parto, a lo que añade en el caso de que "se entienda que no exista mala praxis (...) el incumplimiento del deber de información y (...) la pérdida de oportunidad, entendiéndose esta como la probabilidad de haber obtenido un resultado diferente si el médico o el centro hubiesen actuado de modo diferente", poniendo de manifiesto que un "parto por cesárea hubiera evitado las lesiones causadas y las secuelas que padece la menor". En cuanto al incumplimiento del "deber de información, consentimiento del paciente e incumplimiento del mismo", reprocha "que en ningún momento" la gestante fue informada de "las consecuencias adversas que podía tener la salida del claustro materno con las medidas y técnicas adoptadas y ante una distocia de hombros".

Adjunta poder para pleitos otorgado por los interesados a favor de la letrada que presenta la reclamación y copia del Libro de Familia, de diversa documentación médica y de las facturas correspondientes a los gastos de fisioterapia.

**2.** Mediante escrito de 2 de diciembre de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a la representante de los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**3.** El día 15 de diciembre de 2021, la Instructora Patrimonial solicita a la Gerencia del Área Sanitaria III una copia de la historia clínica relativa al proceso de referencia y un informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología.

Atendiendo a dicho requerimiento, el Director Económico y de Profesionales del Área Sanitaria III le remite el 3 de enero de 2022 la

documentación solicitada. En el informe elaborado el 28 de diciembre de 2021 por la Jefa de Sección del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital "X" se indica que, como consta en el protocolo de la Sociedad Española de Obstetricia y Ginecología 2015, "la distocia de hombros es una urgencia obstétrica imprevisible e impredecible que puede presentarse durante el parto, pudiendo determinar altas tasas de morbilidad materna, así como morbilidad y mortalidad neonatal. La lesión del plexo braquial es una de las complicaciones fetales más importantes y se presenta alrededor del 2,3-16 % de estos partos. La mayoría se resuelve sin dejar ningún tipo de incapacidad, siendo menos del 10 % los casos que permanecen con alguna disfunción neurológica. La lesión del plexo braquial es la causa de litigio más frecuente relacionada con la distocia de hombros y la tercera más frecuente relacionada con complicaciones obstétricas. Sin embargo, 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".

Señala que la distocia de hombros "se define como la detención del parto espontáneo por el impacto del hombro anterior contra la sínfisis del pubis, o más raramente del hombro posterior contra el promontorio sacro, que requiere de maniobras especiales para poder desprender los hombros después del fracaso de aplicar tracción de la cabeza fetal hacia abajo. Así mismo se ha definido como la duración de más de 60 segundos entre la expulsión de la cabeza y el tronco, independientemente del empleo o no de maniobras adicionales, aunque esta definición no ha sido unánimemente aceptada. Clásicamente, la distocia de hombros se ha asociado a numerosos factores de riesgo anteparto e intraparto, aunque ninguno de ellos ha mostrado una asociación estadísticamente significativa y tanto aislados como en combinación su valor predictivo es bajo".

Reseña como "factores de riesgo clásicos:/ Anteparto:/ Macrosomía fetal. Diabetes. Antecedentes de DH previa. Obesidad: IMC > 30 kg/m<sup>2</sup>. Incremento ponderal excesivo. Embarazo prolongado. Antecedente de macrosomía. Edad materna avanzada. Multiparidad. Pelvis no ginecoide. Sexo masculino./ Intraparto:/ Periodo de dilatación prolongado. Periodo expulsivo prolongado.

Conducción del trabajo de parto con oxitocina. Parto instrumental. Parto precipitado./ Ninguno de los factores de riesgo es por sí mismo una indicación de cesárea excepto que exista una estimación de peso fetal > 5.000 g en pacientes no diabéticas o PFE > 4.500 g en mujeres diabéticas. No siendo el caso que nos ocupa”.

Indica que “el diagnóstico de la distocia de hombros es clínico, en el momento en el que sucede”, y que “se deben aplicar una serie de maniobras, en nuestro caso se solucionó con maniobras de primer nivel. Son maniobras externas sobre la madre que modifican la posición de la pelvis y del feto./ Maniobra de Mc Roberts aplicada: La mujer debe estar acostada y se deben quitar las almohadas de debajo de la espalda. Con un asistente a cada lado, las piernas de la mujer deben estar hiperflexionadas sobre el abdomen. Si la mujer está en posición de litotomía será necesario retirar sus piernas de los soportes. La tracción de rutina (el mismo grado de tracción aplicado durante un parto normal) en una dirección axial se debe aplicar a la cabeza fetal para evaluar si los hombros se han liberado. Esta maniobra produce la rotación cefálica de la sínfisis púbica y aplanamiento del sacro, aumentando el diámetro anteroposterior de la pelvis. Es una maniobra sencilla, segura y extremadamente efectiva, hasta el 90 % de distocias se resuelven mediante esta maniobra./ La (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia) recomienda que la primera que se realice sea la de Mc Roberts, acompañada de presión suprapúbica./ No fueron precisas otras maniobras adicionales en nuestro caso”.

Afirma que “la distocia de hombros es un evento impredecible, el riesgo de lesión permanente del plexo braquial es virtualmente imposible de predecir. Aunque el peso fetal estimado sea  $\geq 4.000$  g, la distocia de hombros no se puede predecir ni por las características clínicas ni por la evolución del parto y, por tanto (...), no constituye una evidencia de malpraxis. El Colegio Americano de Obstetras y Ginecólogos (...) 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”. Precisa que “se han descrito distocias de hombros en cesáreas. La indicación de la vía vaginal de parto se realiza en el

momento de la última exploración, atendiendo a unas condiciones locales concretas (occipito íliaca izquierda anterior en plano III de Hodge), como así consta en (...) notas de curso clínico./ Siempre se informa a las gestantes de la prueba o maniobra a realizar, pero habitualmente no se explican las complicaciones posibles, no sería adecuado, interferiría en una asistencia eficaz y generaría gran ansiedad en la gestante. Todo lo contrario, en el momento de cualquier emergencia obstétrica es necesario transmitir tranquilidad a la gestante para que pueda colaborar en momentos tan cruciales./ No es adecuado durante el transcurso de un parto explicar los riesgos de muerte materna o fetal o las lesiones que pueden sufrir ambos, en todas las formas de nacimiento existe un riesgo de morbimortalidad fetal y materna, incluso en partos no intervenidos.” En las actuaciones urgentes realizadas durante el parto, sobre todo en periodo de expulsivo, no resulta posible la entrega de documentos de consentimiento por escrito a la gestante por razones obvias, cualquier documento entregado en semejantes condiciones carecería de validez legal”.

Previo requerimiento formulado nuevamente al efecto, con fecha 20 de enero de 2022 se incorpora al expediente documentación clínica relativa a la monitorización fetal, el partograma y la hoja quirúrgica de aplicación de la ventosa.

**4.** Mediante escrito de 3 de febrero de 2022, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a la correduría de seguros la presentación de la reclamación, adjuntándole una copia de lo actuado hasta la fecha.

A instancias de la compañía aseguradora, el 24 de febrero de 2022 emiten informe pericial dos especialistas, uno de ellos en Obstetricia y Ginecología y el otro en Cirugía General y del Aparato Digestivo. En él concluyen que “no ha existido negligencia en ninguna actuación del personal que atendió” a la gestante durante el parto en el Hospital “X” “los días 20 y 21 de noviembre de 2020./ No ha existido pérdida de oportunidad al elegir la vía vaginal como vía del parto (...) en vez de la cesárea preventiva (...). La distocia

de hombros es una complicación no previsible y no predecible que ocurre con más frecuencia en fetos de peso estimado superior a 4.500 gramos (...). No existió un retraso en el diagnóstico de la distocia de hombros (...). Se emplearon de forma correcta las maniobras de primer nivel y posteriormente la extracción del hombro posterior (...). Esta actitud diligente evitó una de las complicaciones más graves que podría suponer: la pérdida del bienestar fetal con el desarrollo de una encefalopatía hipóxico-isquémica y/o el fallecimiento de la menor (...). Nació mediante ventosa obstétrica una mujer de 3.880 gramos con un test de Apgar de 5-10 al minuto y 5 minutos de vida, respectivamente (...). El pH obtenido en sangre de cordón fue de 7,32 (normal) (...). La recién nacida no tuvo pérdida de bienestar fetal (...). Se diagnosticó una parálisis braquial superior derecha (Duchenne-Erb) y fractura de clavícula derecha (...). Se ha empleado una medicina de medios en este caso (...). Todas las actuaciones se han ejercido en todo momento dentro de la *lex artis ad hoc*".

**5.** Mediante oficio notificado a la representante de los reclamantes el 23 de marzo de 2022, la Jefa de la Sección de Apoyo del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una copia de la documentación obrante en el expediente.

No consta que se hayan presentado alegaciones en este trámite.

**6.** El día 28 de abril de 2022, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio al considerar, a la vista de la documentación incorporada al expediente "y a falta de pericial de parte que sustente las invocaciones contenidas en la reclamación", que "la actuación de los profesionales sanitarios del Servicio de Salud del Principado de Asturias ha sido conforme con la *lex artis ad hoc*, siguiendo los protocolos y guías, no objetivándose nexo causal" entre "el funcionamiento del Servicio de Salud y las secuelas de la nacida".

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 13 de mayo de 2022, 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 Salud, 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 reclamantes activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, tanto en nombre propio, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, como en representación de su hija menor de edad, a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil, al haber sufrido aquella un daño, pudiendo actuar a su vez por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

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

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la 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 20 de noviembre de 2021, habiéndose producido el alta hospitalaria de la gestante y de la recién nacida el día 23 de noviembre de 2020, por lo que, al margen de las atenciones sanitarias prestadas con posterioridad y que pudieran traer causa de la deficiencia aquí alegada durante el parto, es claro que la acción se ejercita dentro del 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 de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se observa 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 que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

**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”.

Por otra parte, el artículo 34 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.-** Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por la madre y el padre de una niña -tanto en su propio nombre y derecho como en representación de esta- a la que, tras su nacimiento el 21 de noviembre de 2020 en el Hospital "X", se le diagnosticó una parálisis braquial derecha -de la que sería intervenida el 25 de marzo de 2021 en el Hospital "Z", de Madrid- y una deformidad craneal que obliga a la menor al uso de un casco ortésico. Estiman los reclamantes que estos padecimientos hubieran podido evitarse si al momento del parto se hubiera practicado una cesárea.

Acreditados los padecimientos de la neonata, se constata la efectividad del daño sufrido por ella, pudiendo presumirse, siquiera sea a efectos dialécticos y sin perjuicio de lo que más adelante se razonará, el perjuicio moral alegado por sus progenitores.

Ahora bien, como venimos reiterando, 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, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 251/2020), al servicio público sanitario le compete 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, 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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para apreciar si el daño alegado es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario debemos analizar 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 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 para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También viene reiterando este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 81/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de estos supuestos, 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. Esto es, ha de constatarse tanto el reproche culpabilístico como el engarce fáctico entre el tratamiento dispensado u omitido y el resultado dañoso.

A los expresados efectos, en el supuesto planteado nos encontramos con que los reclamantes se limitan a deducir el nexo causal entre la asistencia médica prestada a la gestante al momento del parto y los padecimientos diagnosticados a la recién nacida sin aportar pericial alguna que sirva de sustento a sus afirmaciones, circunscribiendo su denuncia genéricamente a una supuesta "mala praxis", a lo que añaden, con carácter subsidiario, "para el caso en que se entienda que no exista mala praxis (...), el incumplimiento del deber de información", pues "en ningún momento" la gestante fue informada de "las consecuencias adversas que podía tener la salida del claustro materno con las medidas y técnicas adoptadas y ante una distocia de hombros", y también una supuesta pérdida de oportunidad al considerar que un "parto por cesárea (...) hubiera evitado las lesiones causadas y las secuelas que padece la menor".

En estas condiciones, dado que los reclamantes no desarrollan actividad probatoria alguna, este Consejo Consultivo ha de formar su convicción sobre la base de la documental obrante en el expediente, recogida tanto en la historia clínica relativa al proceso asistencial que se cuestiona, como en el informe de la Jefa de Sección del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital "X" y en el pericial de praxis emitido a instancias de la compañía aseguradora, elaborado por un especialista en Obstetricia y Ginecología y otro en Cirugía General y del Aparato Digestivo. A este respecto debemos tener en cuenta que, a pesar de haber tomado conocimiento los interesados de toda esta documentación en el trámite de audiencia, los informes citados no han sido objeto de contradicción alguna por su parte en forma de dictamen pericial de contraste, pues ni siquiera formulan alegaciones. Tal forma de proceder, como venimos señalando en casos similares (entre otros, Dictamen Núm. 247/2020), resulta reprobable de tratarse de una posposición deliberada de los elementos probatorios, en la medida en que se priva tanto a la Administración frente a la que se reclama como a este Consejo de un análisis contradictorio de los extremos controvertidos, toda vez que, como observamos en la Memoria correspondiente al año 2019, "nuestro pronunciamiento solo puede sustentarse sobre la base de los informes técnico-médicos que obran en el expediente, todos ellos presentados por la Administración y su compañía aseguradora".

Planteada la cuestión en los términos expuestos debemos partir de que, como de manera coincidente se recoge tanto en el informe de la Jefa de Sección del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital "X" como en el informe pericial de la compañía aseguradora, la distocia de hombros constituye "una urgencia obstétrica imprevisible e impredecible", hasta el punto de que "es virtualmente imposible de predecir", lo que determina que su diagnóstico sea clínico y solamente es posible que se alcance "en el momento en que sucede". También coinciden estos informes en resaltar las "altas tasas de morbilidad materna, así como de morbilidad y mortalidad neonatal" de esta complicación intraparto, para cuya solución los protocolos de aplicación pautan la realización de una serie de maniobras de primer nivel. En el presente caso, y siguiendo las recomendaciones de la Sociedad Española de Obstetricia y Ginecología, se optó

por la realización de la primera de estas maniobras de primer nivel -Mc Roberts, acompañada de presión suprapúbica-; ello pone de manifiesto la adecuación a la *lex artis ad hoc* de esta actuación.

Al respecto interesa destacar que en el informe de la Jefa de Sección del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital "X" se explica razonadamente la maniobra externa de primer nivel practicada a la madre en el momento del expulsivo, que persigue modificar la posición de la pelvis y del feto de modo que se produzca la rotación cefálica y el aumento del diámetro anteroposterior de la pelvis, señalando que "es una maniobra sencilla, segura y extremadamente efectiva, hasta el 90 % de distocias se resuelven mediante esta maniobra./ La (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia) recomienda que la primera que se realice sea la de Mc Roberts, acompañada de presión suprapúbica", y destaca además que "no fueron precisas otras maniobras adicionales en nuestro caso". En consecuencia, del proceso asistencial seguido no se aprecia infracción alguna de la *lex artis* por lo que la reclamación ha de ser desestimada por este primer motivo.

En cuanto al supuesto déficit informativo apuntado en la reclamación, que los interesados invocan como argumento subsidiario en caso de no apreciarse "mala praxis", ya hemos razonado, entre otros, en el Dictamen Núm. 141/2017 que el "parto en cuanto hecho biológico de producción inevitable al término de un embarazo (...) no constituye una actuación médica de las establecidas en el artículo 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, en las que resulta exigible el consentimiento informado escrito". Con este punto de partida encuentra plena justificación lo informado, sin contradicción alguna por parte de los reclamantes, por la Jefa de Sección del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital "X", en el sentido que "siempre se informa a las gestantes de la prueba o maniobra a realizar, pero habitualmente no se explican las complicaciones posibles, no sería adecuado, interferiría en una asistencia eficaz y generaría gran ansiedad en la gestante. Todo lo contrario, en el momento de cualquier emergencia obstétrica es necesario transmitir tranquilidad a la gestante para

que pueda colaborar en momentos tan cruciales./ No es adecuado durante el transcurso de un parto explicar los riesgos de muerte materna o fetal o las lesiones que pueden sufrir ambos, en todas las formas de nacimiento existe un riesgo de morbimortalidad fetal y materna, incluso en partos no intervenidos./ En las actuaciones urgentes realizadas durante el parto, sobre todo en periodo de expulsivo, no resulta posible la entrega de documentos de consentimiento por escrito a la gestante por razones obvias, cualquier documento entregado en semejantes condiciones carecería de validez legal". Así las cosas, también desde esta segunda perspectiva -existencia de un supuesto déficit informativo- la reclamación ha de ser desestimada.

Finalmente, frente a la pérdida de oportunidad apuntada por los reclamantes -insistimos- sin documento pericial alguno que lo respalde al afirmar que un "parto por cesárea hubiera evitado las lesiones causadas y las secuelas que padece la menor" se opone, además de la constatación de que la literatura científica en la materia describe -tal y como recoge en su informe la Jefa de Sección del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital "X"- la existencia de "distocias de hombros en cesáreas", lo razonado de manera coincidente tanto en el informe de la referida Jefa de Sección como en el pericial emitido a instancias de la entidad aseguradora, en el sentido que, dados las antecedentes del anteparto y la secuencia del intraparto, no se daba ninguno de los factores de riesgo descritos por la literatura científica en orden a considerar como preferente en este caso concreto una cesárea preventiva frente a la vía vaginal seguida. Así las cosas, situados en la perspectiva de una no demostrada pérdida de oportunidad, la reclamación ha de ser igualmente desestimada.

Sobre la indemnización que la madre y el padre de la menor solicitan en su propio nombre y derecho, "en concepto de daño moral por el sentimiento de angustia, desasosiego, ansiedad y preocupación por su hija ante la limitación funcional que pudo evitarse, por la operación a la que tuvo que someterse y a quien ven sometida a continuos tratamientos de rehabilitación", y que al comienzo de esta consideración hemos dada por acreditada a efectos meramente dialécticos, es doctrina reiterada de este Consejo (entre otros,

Dictámenes Núm. 97/2006, 16/2017 y 13/2019) que, a pesar de las dificultades que plantea cualquier intento de aproximación desde la perspectiva de parámetros o módulos objetivos, “ello no destruye el principio de que quien alega debe probar”, pues “la carga de la prueba es liviana, pero existe”, y aunque venimos presumiendo o deduciendo la realidad del daño moral en atención a la gravedad de las circunstancias concurrentes en casos concretos, fuera de esos 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, no es posible indagar en la inmanencia del ser doliente. De ahí que en el común de los casos se requiera de manifestaciones físicas o psíquicas de entidad suficiente como para hacer real, efectivo y evaluable económicamente ese malestar. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en torno al daño moral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, “por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre (...), salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave” (Sentencias de 3 de octubre de 2000 -ECLI:ES:TS:2000:7033-, 30 de junio de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:5418- y 14 de marzo de 2007 -ECLI:ES:TS:2007:1540-, todas ellas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª).

En el asunto examinado, al margen de la descripción de los padecimientos morales sufridos por la madre y el padre en el escrito inicial, no existe prueba alguna de esa singular y notoria repercusión en la esfera, ni física ni psíquica, de los progenitores, sin que ni siquiera se aluda a un mínimo padecimiento psicofísico concreto y atendible. En estas condiciones, no es factible dar por acreditado un padecimiento moral resarcible.

En definitiva, de la documentación clínica obrante en el expediente no se infiere prueba de que los daños a que se refiere la reclamación puedan imputarse al funcionamiento del servicio público, en tanto que la distocia de hombros es un hecho imprevisible que puede acontecer en la fase de expulsivo en el momento del parto, que no concurrían factores de riesgo para realizar una cesárea y que no resultaba procedente recabar un consentimiento singular de la madre para practicar las maniobras de primer nivel aconsejadas por los

protocolos obstétricos para atender esta incidencia, por lo que no puede atribuirse a la Administración responsabilidad alguna en relación con los mismos.

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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.