



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero y

Ponente

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 3 de diciembre de 2008, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx1 y D. xxxx2*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

## DICTAMEN

### I

#### ANTECEDENTES DE HECHO

El día 12 de noviembre de 2008, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx1 y D. xxxx2, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo, ccccc en el Hospital hhhh1 (xxxxx)*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 13 de noviembre de 2008, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.024/2008, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Pérez Solano.

**Primero.-** Mediante escrito presentado el 21 de mayo de 2006, Dña. xxxx1 y D. xxxx2 formulan una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a las lesiones sufridas por su hijo, ccccc, durante el parto en el Hospital hhhh1 (xxxxx).



Consideran que el daño sufrido por el menor durante el alumbramiento es consecuencia directa de la mala aplicación de un parto instrumental mediante la aplicación de fórceps, que acabó provocándole la irreversible parálisis braquial que sufre. Así mismo, consideran que la información recibida en el proceso asistencial fue insuficiente.

Adjuntan a la reclamación informe de alta médica de cccc, fechado el 21 de junio de 2005; informe de alta del Servicio de Ginecología del Hospital hhhh1, de fecha 20 de junio de 2005; diversos informes del Servicio de Neurofisiología y del Servicio de Pediatría del referido Hospital; documento de reconocimiento de minusvalía expedido por la Gerencia de Servicios Sociales, el 17 de octubre de 2005; diversos informes del Centro Base de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxxx; un presupuesto de tratamiento fisioterápico; certificado de concesión de la ayuda de la Junta de Castilla y León, a causa de la minusvalía padecida por el menor; nóminas correspondientes a los meses comprendidos entre octubre de 2004 y septiembre de 2005, para acreditar la cuantía que la madre ha "dejado de percibir como consecuencia de la excedencia".

Solicitan como indemnización la cantidad de 29.945,80 euros.

**Segundo.-** Dña. xxxx1, de 30 años de edad, acude al Servicio de Urgencias del Hospital hhhh1, de xxxxx, el día 15 de junio de 2005, al notar los síntomas del parto. Está embarazada de 39 semanas y un día.

En la exploración realizada en el Servicio de Urgencias, presenta un cuello permeable a punta de dedo, posterior, con presentación cefálica y bolsa íntegra, quedando hospitalizada en la sala de dilatación del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital.

A las 0:00 horas del día 16 de junio de 2005, se comprueba un cuello de 3 centímetros, borrado y líquido claro, siendo trasladada al paritorio. A las 0:30 horas ingresa en el paritorio. Se anota en el partograma que pasa por fase activa. La exploración muestra una dilatación de 3 centímetros, cuello posterior y borrado.



A la 1:00 se instaura analgesia epidural. A la 1:30 horas, presenta una dilatación de 3-4 centímetros, con cuello en posición media y rígido. A las 3 horas, la dilatación es de 6 centímetros, con cuello totalmente borrado y blando. Presentación en I Plano. La temperatura es de 37,20 y la tensión arterial 120/70.

A las 4:30 horas, la dilatación es de 7 centímetros, con presentación I Plano, OIIT (occípito-iliaca-izquierda-transversa). Se procede a colocar sondaje vesical. A las 6 horas la dilatación es de 8-9 centímetros, con presentación en I Plano, OIIA (occípito-iliaca-izquierda-anterior). A las 7 horas presenta un reborde anterior y lateral, con presentación entre I-II Plano, OIIA. Se procede al sondaje vesical. La temperatura es de 37,80, administrándose paracetamol. A las 8:15 horas, se alcanza la dilatación completa. Se anota: "Occípito-iliaca-izquierda-oblicua, capuz". La temperatura es de 37,50.

A las 9:40 horas, finaliza el parto mediante aplicación de fórceps de Kjelland, estando la presentación en III Plano, y en situación OP (occípito-púbica). Se obtiene un recién nacido varón de 3645 gramos, con test de Apgar de 8 al primer minuto y de 9 a los cinco minutos. Se anota, como indicación para la aplicación de fórceps, la de "expulsivo prolongado". En concreto, se anota en la historia clínica, sobre el procedimiento de fórceps: "Aplicación en OP, tracción y extracción en OP. Distocia leve de hombros, que se resuelve con maniobra; revisión del canal de parto; revisión de episiotomía, con pequeño desgarramiento lateral izquierdo; taponamiento vaginal".

El puerperio transcurre dentro de la normalidad, siendo Dña. xxxx1 tratada con anti-inflamatorios y siendo dada de alta el día 20 de junio de 2005.

En la exploración inicial del recién nacido, se aprecia una asimetría del reflejo del abrazo y dolor a la palpación de la clavícula derecha, con parálisis proximal de la extremidad superior derecha, con miembro en extensión y supinación. El resto de la exploración clínica es normal. Es dado de alta el día 21 de junio de 2005, con los diagnósticos de recién nacido normal, fractura de clavícula derecha y parálisis braquial derecha.

El 12 de julio de 2005 se realiza estudio electromiográfico, con el diagnóstico de denervación parcial del tronco superior del plexo braquial derecho, sin signos de reinervación.



El 2 de agosto de 2005 se emite un informe por parte del médico especialista en rehabilitación, que señala la existencia de asimetría en todas las reacciones posturales y restos de reflejos primitivos, por menor actividad automática del miembro superior derecho. Se constata la mínima respuesta en el "reflejo de Galana" y a la prensión plantar bilateral. No hay respuestas patológicas en el resto de reflejos primitivos. Se emite el diagnóstico de paresia braquial derecha obstétrica de tronco superior y se aconseja incorporación a estimulación precoz en el área de Fisioterapia.

En mayo de 2006, se informa de que cccc ha seguido una evolución favorable en todos los aspectos, apreciándose un leve déficit muscular en deltoides y redondo mayor derecho, recomendándose la potenciación de la musculatura deficitaria.

El 26 de junio de 2007, el Centro Base de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxxx, emite informe médico en el que consta que la evolución ha sido positiva, con desarrollo motor en los márgenes de la normalidad para su edad, al igual que el desarrollo madurativo en áreas no motoras. Igualmente consta que se aprecia un mínimo déficit de romboides, que se traduce en leve escápula alada en movimientos contra resistencia de empuje y abducción forzada. También hay un leve retraso en los movimientos asociados y automáticos del miembro superior derecho, como por ejemplo en el balanceo durante la carrera y marcha. Se refleja que "Ambos aspectos se consideran secuelas, por lo que no son susceptibles de tratamiento en la actualidad".

**Tercero.-** Al expediente se incorpora la historia clínica del Hospital hhhh1 (xxxxx), así como diversos informes de unidades médicas y profesionales, entre los cuales figuran los siguientes:

- Informe emitido por la Inspección Médica de la Gerencia de Salud de xxxxx, fechado el 11 de septiembre de 2006, en el que se recogen las siguientes consideraciones:

"No es cuestionable la duda planteada en la reclamación de la indicación de utilización del fórceps, la situación es urgente y todas las condiciones expuestas concurrían a su utilización, además de insistir que el



instrumento utilizado, fórceps, beneficia abreviando el nacimiento, ayudando a extraer la cabeza.

»Tras la extracción de la cabeza, en este período expulsivo existió una complicación de distocia de hombros leve, anomalía secundaria a la presentación o situación en el desarrollo fetal.

»No existe un método real útil para predecir la distocia o encajamiento de hombros, los cuales aparecen en su mayor parte de forma imprevista y, de éstos, en el 50% aparece una parálisis braquial.

»Ante estas distocias de hombros, hay que actuar inmediatamente para evitar el sufrimiento o la muerte del feto por hemorragia cerebral o por hipoxia, y se debe actuar sin demora, como en el presente caso, con la denominada maniobra de 'Mac Roberts', que permite la total extracción del feto, si bien con la comentada parálisis braquial y fractura de clavícula.

»En el caso de pérdida de tiempo, las consecuencias podrían haber sido más graves, ya que, al no salir el resto del cuerpo, el cordón umbilical queda comprimido, llegando menos oxígeno al feto y aumentando la presión de la sangre en el cráneo, con el consiguiente riesgo de muerte mucho mayor que en un parto normal y peligro de daño cerebral.

»(...) La sala de partos es considerada como un Área de Urgencias, exceptuando las inducciones programadas y las cesáreas electivas, que no es el caso. Por lo tanto, estamos ante una situación de emergencia que no permite demora y será una excepción a la exigencia de consentimiento informado. No obstante, se ha comprobado la existencia de un consentimiento informado para la asistencia al parto, en el que a la paciente claramente se le informa de estas situaciones, y que ella firma”.

- Informe emitido por qqqqq a instancia de la compañía aseguradora sssss, fechado el 6 de julio de 2007, en el que se recogen las conclusiones siguientes:

“La gestación fue controlada y transcurrió con normalidad.



»La indicación para el uso de fórceps (acortamiento de expulsivo) fue correcta y contemplada en los actuales protocolos asistenciales. Además de las condiciones exigidas para el uso del fórceps hay constancia de que se cumplen todas. En definitiva, el uso del fórceps se ajustó por completo a la *lex artis*.

»En el partograma se aprecia una distocia de hombros leve que se resuelve rápidamente. Esta distocia, se debe calificar de imprevisible e inevitable, dado que no existía ninguno de los factores de riesgo que más se relacionan con ella (peso excesivo fetal y diabetes materna). En el recién nacido se aprecia una parálisis braquial derecha y fractura de clavícula derecha.

»En este caso, al existir una distocia de hombros, tanto la parálisis braquial como la fractura de clavícula, deben relacionarse con las maniobras destinadas a su resolución. Ahora bien, estas maniobras son imprescindibles, pues, de no aplicarlas, la muerte fetal debido a hipoxia es la norma.

»La evolución de la parálisis braquial, con la rehabilitación realizada, ha sido óptima, de forma que, al año de vida, la recuperación es muy importante. Cabe esperar que dicha mejoría prosiga. La fractura de clavícula, en la gran mayoría de los casos, no conlleva secuela alguna.

»Con respecto a la falta de información acerca del empleo de fórceps, el parto debe ser considerado como una situación de urgencia permanente de forma que, en ocasiones, hay que tomar decisiones para preservar la salud materna y/o fetal, de forma urgente, sin que sea preciso la obtención del consentimiento informado. Aún así, la gestante firmó un documento de consentimiento informado respecto a la asistencia al parto, donde, en uno de sus puntos, concreta la posibilidad de/empleo del fórceps.

»Los profesionales intervinientes actuaron conforme a la *lex artis ad hoc*, no existiendo indicios de mala *praxis*”.

**Cuarto.-** Con fecha 8 de agosto de 2007, se concede trámite de audiencia a la parte reclamante, a efectos de que formule las alegaciones y presente los documentos y justificaciones que estime oportunos. El 28 de



agosto de 2007, ésta presenta alegaciones proponiendo un acuerdo indemnizatorio, fijando la cuantía indemnizatoria en 18.000 euros.

**Quinto.-** El 8 de octubre de 2008, la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación planteada.

**Sexto.-** El 20 de octubre de 2008 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la referida propuesta.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

## **II CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**1ª.-** El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

**2ª.-** El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

No obstante, es preciso hacer una observación a la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial, toda vez que existe una evidente tardanza en su tramitación. Así, mientras que el escrito de reclamación se presenta el 31 de mayo de 2006, hasta el 8 de octubre de 2008 no se formula la propuesta de orden, lo que necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración de los principios y criterios relativos



a su actuación recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos.

Por otro lado, se reitera la necesidad de nombrar, conforme a las reglas generales reguladoras del procedimiento, a un instructor, con objeto de no causar indefensión a la parte reclamante, que ante la complejidad de los trámites procedimentales y de la documentación e informes que consten en el expediente puede desconocer a quién dirigirse. Además, esta omisión podría limitar derechos y garantías del interesado, como la eventual posibilidad de recusar al instructor.

**3ª.-** Concurren en los reclamantes los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

La parte reclamante ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, según el cual, "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".

**4ª.-** El artículo 106.2 de la Constitución establece 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".

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la mencionada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la también citada Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 1 de marzo, 21 de abril y 29 de octubre de 1998; 28 de enero de





1999; 1 y 25 de octubre de 1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes de 27 de marzo de 2003, expte. nº 183/2003; 6 de febrero de 2003, expte. nº 3.583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3.251/2002) y de este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 1.008/2005, de 1 de diciembre; 1.134/2005, de 12 de enero de 2006; 59/2006, de 19 de enero; y 300/2006, de 23 de marzo), la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

Además, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites razonables), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, con independencia del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.



**5ª.-** La presunción favorable a la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración que puede generar un mal resultado o lesión, cuando ésta por su desproporción con lo que es usual en otros casos, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele una posible negligencia en los medios empleados según el estado de la ciencia, o el descuido en su utilización, hace que los principios generales aplicables a la carga de la prueba se excepcionen, o se apliquen con las matizaciones precisas.

Así, ante ciertos hechos objetivos puede presumirse la existencia de responsabilidad, aun no probada de forma directa, cuando las circunstancias del caso y el sentido común indican que el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar una quiebra de la *lex artis*, por la anormalidad de las consecuencias de acuerdo con el estado actual de la ciencia y una conducta profesional diligente.

La doctrina y la jurisprudencia han creado para estos supuestos la "teoría del daño desproporcionado" o "daño exagerado", aplicable a "aquellos casos en que la producción de un daño desproporcionado o inexplicable constituye en determinadas circunstancias, como puede ocurrir en el ámbito de la sanidad, una evidencia o demostración de la existencia de negligencia por parte de los responsables del servicio en tanto por éstos no se pruebe haber actuado con diligencia y haber adoptado las medidas de prevención y de precaución adecuadas" (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007). Se citan como antecedente numerosas Sentencias del mismo Tribunal, como las de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 23 de noviembre y 30 de diciembre de 2002, 30 y 31 de enero y 8 de mayo de 2003.

Cuando en la prestación de la asistencia médico-sanitaria se produce un daño desproporcionado, se genera una presunción favorable a la culpabilidad del autor del daño. En tales casos, la carga de la prueba no recae sobre el paciente, que siempre se encuentra en una clara situación de desventaja para demostrar la existencia de una posible negligencia, sino sobre el profesional, que es quien debe probar su actuación conforme a la *lex artis*.

Esta doctrina del daño desproporcionado o daño exagerado, ha sido introducida en el Derecho norteamericano bajo el principio de la "circumstantial evidence"; en el alemán, a través de la regla del "anscheinsbeweis" (apariencia de prueba); en el francés a través de la "faute virtuelle" (culpa virtual) y,



asimismo, en la italiana (“prueba de presunciones”). La Cour de Cassation francesa aplicó por primera vez esta teoría en un supuesto enjuiciado en el año 1960 en materia de responsabilidad médica, por los daños que sufrió un paciente como consecuencia de la radiación emitida por un aparato de rayos X. Desde el año 1996 fue acogida por nuestro Tribunal Supremo, en un principio por la Sala Primera, entre otros para casos como el presente.

La doctrina se configura como un instrumento orientado a la supresión de las frecuentes dificultades probatorias con que se encuentra el paciente reclamante por una posible responsabilidad médico-sanitaria. No obstante, la propia jurisprudencia se encarga de precisar que, con su aplicación, no se trata de que opere una total inversión en la carga de la prueba, dado que la Administración Sanitaria puede acreditar la aplicación por su parte de todas las medidas de seguridad exigibles y la adecuación de su actuación a las reglas de la *lex artis*, explicando la razón por la que, pese a aquellas medidas, se produjo un daño desproporcionado inevitable. Así, por todos, el Dictamen 559/2006 de este Consejo Consultivo, ante una actuación urgente e inaplazable, idéntica a la de la presente reclamación, incluso con origen en el mismo hospital.

Por ello, el daño desproporcionado nunca debe equipararse al “riesgo típico” de la intervención (normalmente contenido en el consentimiento informado de forma más o menos genérica), de modo que, si a pesar de una técnica quirúrgica impecable se materializa el denominado “riesgo típico” del que el paciente fue oportunamente informado y que se produjo por causas inevitables, o si el profesional médico ajusta su actuación a los parámetros de la *lex artis ad hoc*, no habrá ningún tipo de responsabilidad, ni resultará aplicable, en consecuencia, la teoría del daño desproporcionado (por todos, Dictámenes 355/2005, y 1.054/2007, ante complicaciones y/o secuelas típicas y frecuentes en un determinado acto médico).

Tampoco supone una total inversión de la carga de la prueba, porque quien reclama necesariamente ha de probar el daño, su carácter desproporcionado y, lógicamente, la relación de causalidad con la intervención sanitaria. A la Administración frente a la que se reclama le corresponde la posible prueba sobre la interferencia en la relación causal de otros elementos o circunstancias imprevisibles o incontrolables que pudieran haber determinado el resultado dañoso (Por todos, el Dictamen 67/2008, del Consejo Consultivo, ante un problema de cicatrización de la paciente tras una intervención quirúrgica,



problema más frecuente en fumadores y obesos, y el Dictamen 25/07 que estudia una reclamación por el desarrollo de una algodistrofia simpático refleja, de etiología desconocida, prevista como complicación posible en cualquier intervención o traumatismo, tratándose de una respuesta “idiosincrásica, impredecible, inevitable, y desproporcionada ante un trauma, en este caso el que necesariamente supone toda actuación quirúrgica por simple que ésta sea”.

Por ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2007 concluye que la existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí sola la existencia de responsabilidad sanitaria sino “la exigencia al mismo de una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida”. Por otro lado, si se materializa un riesgo típico del que el paciente no ha sido oportunamente informado, entonces el centro sanitario implicado será responsable, pero no en virtud de la teoría del daño desproporcionado, sino en virtud de la omisión del consentimiento informado.

En este sentido, dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007 que “la exigencia de responsabilidad no comporta imputar las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una de las partes, sino admitir que existen hechos cuya evidencia queda demostrada por sí mismos (*‘res ipsa loquitur’*, la cosa habla por sí misma) en tanto no son refutados (*‘facta refutanda’* o hechos necesitados de refutación según la retórica clásica), de tal suerte que la ponderación de los resultados en su misma existencia, habida cuenta de las circunstancias de todo tipo concurrentes, lleva a la conclusión de que se han omitido los medios necesarios para evitarlos si no se demuestra lo contrario por quien está en condiciones de hacerlo”.

**6ª.-** El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Dña. xxxx1 y D. xxxx2, debido a los daños y perjuicios derivados de la atención sanitaria que le fue prestada a su hijo, ccccc.

La primera cuestión planteada por los reclamantes en su escrito es que el niño ha sufrido un daño desproporcionado durante el alumbramiento como consecuencia directa de la realización de un parto instrumental mediante la aplicación del fórceps, que acabó provocando al menor una parálisis braquial. La cuestión fundamental se centra en determinar si los daños sufridos por el



hijo de los reclamantes tienen o no carácter antijurídico, haciendo surgir, o no, junto a los demás requisitos, la obligación de reparar de la Administración.

La doctrina expuesta, aplicada al presente caso, requiere analizar si la actuación seguida por los facultativos en el parto del que nació el hijo de los reclamantes fue adecuada a la *lex artis ad hoc* o si, por el contrario, puede declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por el resultado lesivo producido.

Desgraciadamente, la parálisis braquial de un recién nacido provocada por una distocia de hombros durante el parto es un daño frecuente del que existen abundantes resoluciones de tribunales, algunas fundamentadas directamente en la doctrina del daño desproporcionado, con variados resultados en virtud de la aplicación con matices de la llamada *lex artis ad hoc*. Así, en sentido estimatorio, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002 y de 30 de enero de 2003; las Sentencias de 21 de noviembre de 2001 y de 7 de abril de 2004, de la Audiencia Nacional; la Sentencia de 5 de diciembre de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra; la Sentencia de 9 de diciembre de 2005, de la Audiencia Provincial de Madrid; la Sentencia de 11 de junio de 2008, de la Audiencia Provincial de Navarra, entre otras. En sentido desestimatorio: la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 julio de 2007; del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 2 de noviembre de 2006 y 18 de julio de 2007; de la Audiencia Nacional, de 3 de mayo de 2001; del Tribunal Superior de Justicia de Les Illes Balears, de 29 de septiembre de 2006; del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de octubre de 2006; del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 30 de mayo de 2007 entre otras.

En el presente asunto, relativo a la asistencia prestada durante el parto del hijo de los reclamantes, ccccc, no se ha acreditado indicio alguno de inobservancia de la *lex artis ad hoc* o de insuficiencia en la prestación de medios. Por el contrario, todo el proceso se llevó a cabo de manera ajustada a los protocolos médicos, a lo que estaba indicado en una situación como la que se produjo y empleando los medios, procedimiento y conocimientos adecuados en cada momento, de forma que, en el supuesto objeto de análisis, la obligación de medios de los profesionales médicos se cumplió íntegramente.



Se justifica el uso del fórceps en la necesidad de acortar el periodo expulsivo, que se estaba prolongando más de lo deseado. El informe de la Inspección Médica expone que a veces se hace necesario reducir el periodo de parto para evitar una posible complicación del sufrimiento fetal agudo, por lo que, en el presente supuesto, dado que la progresión del período expulsivo se acercaba a las dos horas, se decide acortar el mismo, para prevenir posibles complicaciones.

Además, tal y como está acreditado en la historia clínica, se daban todas las condiciones exigidas para la aplicación de los fórceps, como son las de dilatación completa, presentación cefálica en III Plano y membranas rotas.

Por lo tanto, la decisión de emplear fórceps en el parto de ccccc, a falta de otras pruebas, puede considerarse justificada, ajustada a los procedimientos médicos habituales, y conforme a las exigencias de la *lex artis*.

Debe tenerse presente que la propuesta de resolución no considera posible "que los daños de la parálisis braquial derecha y de la fractura de clavícula hubieran venido provocadas por el empleo de los fórceps, sino que fue la distocia de hombros lo que generó dichas lesiones. No existe dato alguno en el expediente y, en especial, en la historia clínica, que induzca a pensar que existió, como señalan los reclamantes, una mala praxis médica en el empleo de los fórceps, sino que esta técnica fue realizada de forma correcta".

Finalmente, en cuanto a la presunta falta de información proporcionada a la reclamante sobre la utilización de fórceps, hay que puntualizar las especiales circunstancias en las que se produjo el parto, una situación de urgencia que requiere de actuaciones rápidas, lo cual implica una excepción a la exigencia legal de consentimiento informado, tal y como dispone el artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y deberes en materia de información y documentación clínica.

En cualquier caso, como refiere la propuesta de resolución, sí existió un consentimiento informado para asistencia al parto firmado por Dña. xxxx1. En este documento se recogen, en el punto 3, las posibles complicaciones, reflejándose en la letra f) la posibilidad de que existan "complicaciones debidas a la alteración en las contracciones uterinas, al tamaño del feto, a la mala



posición de éste o a alteraciones anatómicas de la madre. Falta de progresión normal del parto. Dificultades en la extracción del feto". En el punto 4, asimismo, se deja constancia de que "la aparición de alguna de estas complicaciones obliga a finalizar o acortar el parto de inmediato, siendo necesaria la práctica de una intervención obstétrica (cesárea o extracción vaginal del feto, instrumentado con ventosa, espátulas o fórceps), con el propósito de salvaguardar la vida y la salud de la madre y/o del feto". Por lo tanto, Dña. xxxx1 fue formalmente informada de la posibilidad de utilización de la técnica de extracción con fórceps durante el parto.

Es cierto que hubiera sido deseable que la reclamante hubiera sido informada durante el desarrollo del parto de la necesidad del empleo del fórceps, pero si se tiene en cuenta que el uso del fórceps se decidió con urgencia durante el proceso del parto con el fin de aliviar el periodo expulsivo, y que no ha quedado acreditado que el empleo de esta técnica instrumental haya sido la causante directa de los daños sufridos por el neonato, no existen elementos que permitan vincular la omisión de información con la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Pero, aun considerado que el uso de esta técnica instrumental pudiera haber incidido en el resultado lesivo, ha de tenerse en cuenta la Jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, entre otras en Sentencia de 26 de febrero de 2004, en la que se afirma:

"Aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis, no puede *per se* dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 que resuelve el recurso de casación para la unificación de la doctrina en la que se afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste, la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad, tal y como acontece en el caso de autos (...)".

Por tanto, puede concluirse que la técnica seguida durante el parto fue correcta, de acuerdo con el estado del saber y siguiendo las exigencias establecidas por la *lex artis ad hoc*. De ahí que aun cuando pudiera comprobarse que las secuelas padecidas tuvieran su causa en el empleo del fórceps, estaríamos ante una lesión en la que no concurre el carácter



antijurídico necesario para poder hablar de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

Por todo ello, el Consejo Consultivo, coincidiendo con el sentido expresado en la propuesta de resolución, considera que procede dictar resolución desestimatoria en el asunto sometido a dictamen.

### **III CONCLUSIONES**

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución desestimatoria en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx1 y D. xxxx2, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo, cccc en el Hospital hhhh1 (xxxxx).

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