



Roj: **SJCA 55/2012 - ECLI:ES:JCA:2012:55**

Id Cendoj: **31201450012012100003**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2012**

Nº de Recurso: **309/2011**

Nº de Resolución: **446/2012**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **IKERNE AZNAR MALO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: G

JDO. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 1

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

c/ San Roque, 4 -5ª Planta

Pamplona/Iruña

Nº Procedimiento: 0000309/2011

Teléfono: 848.42.41.80 Fax.: 848.42.42.13

NIG: 3120145320110000840

CA104

Materia: Responsabilidad patrimonial Resolución: Sentencia 000446/2012

Intervención:

Demandante

Demandante

Demandado

Codemandado

Interviniente:

Hugo

Amalia

SERVICIO NAVARRO DE SALUDOSASUNBIDEA

ZURICH ESPAÑA CIA SEGUROS Y REASEGUROS

Procurador:

ANA ECHARTE VIDAL

ÁNGEL ECHAURI OZCOIDI

Abogado:

LETRADO DE LA COMUNIDAD FORAL NAVARRA

SENTENCIA N° 000446/2012

En Pamplona/Iruña, a ocho de noviembre de dos mil doce.



Vistos por mí, Doña Ikerne Aznar Malo, Juez sustituta del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de los de Pamplona, el Procedimiento Ordinario nº 309/2011, promovido por DON Hugo y DOÑA Amalia , en nombre propio y en el de su hija menor de edad Edurne representados por la Procuradora Sra. Echarte y asistidos técnicamente por el Letrado Sr. Iglesias Fernández, contra el SERVICIO NAVARRO DE SALUD-OSASUNBIDEA, representado y defendido por el Letrado de la Comunidad Foral, interviniendo como codemandada ZURICH ESPAÑA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, representada por el Procurador Sr. Echauri y defendida por el Letrado Sr. Moreno Alemán, dicto la presente resolución sobre la base de los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Con fecha 5 de mayo de 2011 y por los demandantes expresados, se interpuso recurso Contencioso-administrativo, contra la desestimación por silencio de la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial formulada el día 9 de abril de 2010.

SEGUNDO.-El recurso fue admitido a trámite por Decreto de 10 de mayo de 2011, requiriendo a la administración demandada la remisión del expediente administrativo.

Una vez verificado dicho trámite, por Diligencia de Ordenación de 22 de julio de 2011, se emplazó a la recurrente por veinte días para la formalización de la demanda.

TERCERO.-El escrito de demanda fue presentado el 26 de septiembre de 2011 y, en la misma, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estima de aplicación, la recurrente suplica el dictado de una sentencia por la que, previo recibimiento del pleito a prueba, se condene a la administración demandada a abonarle la cantidad de 300.000 euros (por error en las cifras se dice 300.500 euros) más los intereses legales desde la fecha de reclamación administrativa.

CUARTO.-Por la demandada se contestó en fecha 26 de septiembre de 2011, impugnado el recurso con base en los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, solicitando la confirmación del acto recurrido.

En idéntico sentido lo hizo la codemandada en fecha 22 de diciembre de 2011.

QUINTO.-Por Decreto de fecha 30 de diciembre de 2011 se fijó la cuantía en 300.000 euros.

SEXTO.-Por Auto de fecha 2 de febrero de 2011, se recibió el proceso a prueba y, tras la práctica de la acordada con el resultado obrante en autos, quedaron los autos conclusos para sentencia por providencia de 19 de octubre de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Constituye el objeto del presente recurso, la desestimación por silencio de la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial formulada, el día 9 de abril de 2010, ante el SNS-O por los actores en su propio nombre y en el de su hija menor de edad, Edurne , por los daños físicos y morales padecidos por lo que, a su juicio, fue una deficiente praxis médica en su nacimiento.

Según se narra en el escrito de demanda, Edurne nació el NUM000 de 2009 en el Hospital Reina Sofía de Tudela y, al producirse en el periodo expulsivo, una distocia de hombros, le fueron realizadas a la Sra. Amalia maniobras intempestivas e incorrectas, por parte de la matrona, para liberar el hombro anterior de la niña, por lo que se le causó a ésta una avulsión del plexo **braquial** con aparición de una parálisis **braquial** obstétrica. Añade que la matrona no puede realizar partos distócicos, sino que estos competen al obstetra y que no se informó a la gestante de la posibilidad de la aparición de una parálisis **braquial** obstétrica en el transcurso del parto vaginal. Considera, así mismo, que resulta aplicable la teoría del daño desproporcionado.

Por parte de la administración demandada y por la codemandada se argumenta que no existe prueba alguna de que las maniobras realizadas fueran incorrectas, siendo que en el caso de distocia de hombros es absolutamente necesaria llevarlas a cabo para evitar la morbilidad materna y fetal e incluso la muerte, añadiendo que la paciente fue debidamente informada de las complicaciones y dificultades que puede acarrear un parto. Subsidiariamente se muestra su disconformidad con el quantum indemnizatorio. En relación a la teoría del daño desproporcionado argumenta que no resulta de aplicación en el caso de autos.

SEGUNDO.-Para la resolución del presente pleito es necesario partir de los siguientes hechos probados en la mayor parte de los cuales existe conformidad entre las partes y entre los distintos peritos médicos intervinientes.



Según se constata en el partograma que obra el folio 64 del expediente, la Sra. Amalia , de 35 años de edad, comenzó con los trabajos de parto el día 19 de octubre de 2009 en la semana 40+6 de gestación, ingresando en el servicio de urgencias ginecológicas del Hospital reina Sofía de Tudela a las 5,45 horas dilatada de 4 a 5 cms y con la bolsa rota. A las 7,15 se le puso la epidural y continuó dilatando, observándose a las 11,45 una dilatación casi completa de 9 cms y presentación cefálica en primer plano. A las 13,55 comenzó el parto espontáneo presentando la bebé una circular apretada al cuello y distocia de hombros. El alumbramiento, por vía vaginal, se produjo a las 14.05 horas.

Según conviene tanto la perito de los recurrentes, Doctora Celsa , como los peritos de la codemandada, Doctora Elena , Doctor Gaspar y Doctor Gumersindo , la distocia de hombros consiste en la retención de los hombros después de la salida de la cabeza fetal en el parto vaginal por quedar los mismos enclavados en la sínfisis del pubis materno. Se habla de distocia cuando el promedio del tiempo entre la salida de la cabeza y el cuerpo del feto excede de 60 segundos y/o es necesario utilizar maniobras obstétricas para la extracción de los hombros. Todos los peritos de Zurich y no se discute de contrario, afirman que la distocia de hombros se presenta entre el 22,2 de los partos vaginales, llegando hasta el 51% en los casos de fetos que superan los 4 kgs (macrosomía fetal). Coinciden los peritos en que el atascamiento es una urgencia obstétrica y que es necesaria la realización de maniobras ginecológicas u otras actuaciones para solventarla, dado que, en caso contrario, puede comprometerse la salud y la vida del bebé y de su madre. Así mismo existe acuerdo en que, a pesar de que se han descrito supuestos de plexopatía **braquial** en partos por cesárea, en el caso de autos puede considerarse acreditado que tal lesión neurológica del feto está relacionada con la distocia de hombros, en la medida en que es una lesión habitual en partos distócicos que requirieron maniobras obstétricas para desatascar al feto (entre el 5 y el 15% según la pericial de la codemandada).

En el primer informe de pediatría en el que se refleja la situación de la menor recién salida del paritorio se da cuenta de que presentaba plexopatía **braquial** derecha, con actitud general de cuadriflexión, respuesta a estímulos normales, respuesta a estímulos nociceptivos con llanto vigoroso, tono activo normal, reflejos sinergias: moro superior incompleto. Realizada ecografía transfontanelar es informada como normal.

La parálisis del plexo **braquial** obstétrica es una lesión local de los nervios del plexo **braquial** que es la red de nervios que, desde la parte inferior del cuello y la parte superior del brazo, inervan el brazo, el antebrazo y la mano con movimiento y sensibilidad. Según los componentes del plexo **braquial** lesionados se habla de lesión de Erb -afecta al C5-C6 y ocasionalmente al C7- , tipo tronco radicular medio -lesión aislada del C7-, tipo brazo anterior o Dejerine-Kumpke -lesión de C8-T1- y tipo brazo total -lesión de C5-C6-C7 y T1-. En los casos en que está relacionada con la distocia de hombros su origen se encuentra en una excesiva tracción lateral de la cabeza fetal para lograr la extracción del hombro anterior en la última etapa del parto, lo que provoca el estiramiento de las fibras nerviosas del plexo **braquial**.

En el presente caso, efectuado electroneurograma el día 2 de diciembre de 2009 se constata que hay datos de compromiso de las raíces C5 y C6 derechas, con actividad aguda de denervación en músculos dependientes. Realizado otro el 13 de enero de 2010 se recoge "aunque retrasada se registra una respuesta muscular evocada, tras estimular el nervio circunflejo; ha aumentado la amplitud de las respuestas musculares obtenidas, tras estimular el nervio mediano derecho". Efectuado electromiograma se señala "No se registra actividad en reposo. Se registran PUMs polifásicos con puntas cortas de reinervación, de forma clara en deltoides y en menor cuantía en el músculo bíceps".

Pues bien, en relación a las maniobras obstétricas, los peritos coinciden en que existen diversos tipos y que debe utilizarse una u otra atendidas las circunstancias del caso concreto. Entre las que se citan por los profesionales médicos se incluyen: la de McRoberts, la presión suprapúbica o maniobra de Mazznoti, la maniobra del tornillo de Woods, el deslizamiento del brazo posterior, la ampliación de la episotomía, la rotura de la clavícula del feto...

La Doctora Celsa señala en su informe que de la conversación mantenida con la Sra. Amalia dedujo que se le realizó la maniobra de Kisteller para desatascar el feto, tratándose de una maniobra incorrecta que produjo la lesión descrita. No discute la parte actora que, en el concreto caso de autos, no existían indicios que hicieran presuponer que podía darse un parto distócico.

Por lo que respecta a los peritos de la demandada mantienen que, si bien no existen datos de las concretas maniobras realizadas, el buen estado del feto y los resultados del test de apgar indican que la distocia se solucionó con rapidez y que no hubo hipoxia, lo que indica que las maniobras acometidas fueron las correctas.

TERCERO.-Sentado cuanto antecede debe tenerse en cuenta que el sistema de garantías que ofrece el derecho administrativo español se concreta en la existencia de una serie de controles judiciales y no judiciales del actuar de las administraciones públicas, así como en la obligación de éstas de dar una respuesta indemnizatoria en aquellos casos en los que su actuación ocasione daños y perjuicios al ciudadano. Dicho



sistema tiene su máximo reconocimiento en los artículos 24 de la CE que establece el derecho a la tutela judicial efectiva y, de manera más específica, en el artículo 106.2 del mismo Texto legal que señala "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 los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

La Ley de Régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, en sus artículos 139 y siguientes regula la llamada responsabilidad patrimonial de la administración pública estableciendo el derecho de los particulares a ser indemnizados por la administración pública que corresponda, de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y, el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado. En orden a la apreciación de tal tipo de responsabilidad, la jurisprudencia ha venido precisando que es exigible la concurrencia de los siguientes requisitos (entre otras muchas, STS de 24 de marzo de 1992 , STS de 5 de octubre de 1993 , STS de 21 de abril de 2005):

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) La antijuridicidad o ilicitud de la lesión puesto que la lesión se define como daño ilegítimo, pues no todo perjuicio es constitutivo de una lesión en el sentido técnico-jurídico del término, porque si bien toda lesión es integrante de un daño y perjuicio no todo daño y perjuicio es constitutivo de una lesión.

Esa antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño o el perjuicio y ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito. Tal requisito desplaza, en materia de responsabilidad de la administración, el debate acerca de la conducta de las administraciones públicas a la de las obligaciones asumidas por el ciudadano, por contrato previo, por disposición legal o reglamentaria, por la existencia de una relación de sujeción especial con la administración, o la posición de riesgo en la que eventualmente puede colocarse éste.

c) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación, puesto que se trata de una responsabilidad objetiva que no precisa la concurrencia del actuar doloso o culposo del agente- de los servicios públicos. A estos efectos se ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo (STS 5 de junio de 1989 y 22 de marzo de 1995).

d) La existencia de una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal, entre la actuación u omisión de la administración y el evento dañoso. La jurisprudencia ha exigido tradicionalmente que el nexo causal sea directo, inmediato y exclusivo (SSTS de 20 de enero de 1984 , 30 de diciembre de 1985 o 20 de junio de 1986), si bien la línea

actual no exige la exclusividad del nexo causal y admite tal responsabilidad cuando interviene en la producción del daño, además de ella misma, la propia víctima o un tercero salvo que la conducta de uno y de otro sean tan intensas que el daño no se hubiera producido sin ellas. En este sentido, las STS de 6 de octubre de 1998 y la STS de 13 de octubre de 1998 , han precisado que " *no queda excluido que la expresada relación causal -especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos- pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad...no siendo admisibles, en consecuencia, concepciones restrictivas que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*".

Así mismo y, en relación al nexo causal, debe tenerse en cuenta que, tal y como recuerda la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 27 de octubre de 2010 , "no es acorde con el principio de Responsabilidad Patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aún de forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, y que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento, lo que, en otras palabras, significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo



que contrario se transformaría aquel en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico."

Por lo que respecta a las diversas teorías de la causalidad, señala la sentencia de 24 de mayo de 2000, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que "1) *se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél. A este respecto debe seguirse la llamada teoría de la causalidad adecuada, expuesta en la STS de 28 de noviembre de 1998 del siguiente modo: «El concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, y la doctrina administrativa, tratando de definir qué sea relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos,*

o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso, si el resultado se corresponde con la actuación que la originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una "condictio sine qua non", esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios».

2) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

3) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo decausalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor - única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente-, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, y la intervención de un tercero como agente activo, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

4) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia".

e) Ausencia de fuerza mayor.

En relación a la denominada culpa o negligencia médica existe un elaborado cuerpo jurisprudencial que se resume por la mentada sentencia de la Audiencia Nacional de la siguiente manera:

" a) *La culpa o negligencia médica surge con dotación de suficiente causalidad cuando no se realizan las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario y así lo ha reconocido esta Sala Tercera en relación con el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, en Sentencias de 13 de marzo , 7 de abril y 27 de diciembre de 1989 , 19 enero y 14 diciembre 1990 , de la Sección Primera ; 20 febrero , 6 marzo y 25 octubre 1989 , 8 febrero 1991, de la Sección Tercera ; 5 febrero y 20 abril 1991) , 10 mayo 1993) , de la Sección Sexta ; 11 febrero 1991 , de la Sección Séptima; b) También, la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha pronunciado en temas de actuación médica por responsabilidad extracontractual y ha adoptado criterio similar en relación con esta problemática en Sentencias de 5 mayo y 21 septiembre 1988 , 27 enero y 7 abril 1989 , 30 enero y 23 noviembre 1990 , 30 julio 1991 , 4 noviembre 1992 , 15 marzo y 21 septiembre 1993 , 8 abril 1996 „ completándose estos mismos criterios en Sentencias de 6 julio 1990 y en la posterior Sentencia de 11 de marzo 1996 .*



c) Es reiterada la doctrina de esta Sala que considera esencial para que se estimela responsabilidad patrimonial de la Administración la existencia de un nexo causal directo e inmediato entre el acto imputable a la Administración y la lesión causal que para ser resarcible, ha de consistir en un daño real, habiendo precisado la jurisprudencia (en Sentencias de 20 de octubre 1980 , 10 junio 1981 y 6 de febrero 1996 , entre otras), que el nexo causal ha de ser exclusivo sin interferencias extrañas procedentes de tercero o del lesionado, pues aquélla es una responsabilidad objetiva que ha de ser entendida en un sentido amplio, al tratar de cubrir los riesgos que para los particulares puede entrañar la responsabilidad del Estado, pero para que esa responsabilidad se haga efectiva, se exige la prueba de una causa concreta que determine el daño, en consecuencia, la conexión entre la actuación administrativa y el daño real ocasionado, como han puesto de manifiesto Sentencias como las de 24 octubre y 5 diciembre 1995 .

CUARTO.-Lo primero que debe dejarse sentado, para centrar la cuestión objeto de análisis, es que no se discute por los recurrentes que, en el concreto caso de la Sra. Amalia no existían datos (peso del feto, fisonomía o enfermedades padecidas por la madre) que pudieran hacer presuponer que pudiera producirse un parto distócico valorando, por tanto, la posibilidad de hacer una cesárea programada. Sin embargo ello no puede dar al evento la calificación de imprevisible o inesperada, desde un punto de vista jurídico, porque una complicación que se presenta en un 21% de los partos vaginales, cuando no hay otros condicionantes, no puede tenerse en tal concepto. Es, en definitiva, una complicación habitual que debe ser tenida presente por matronas y obstetras, puesto que puede presentarse en cualquier momento. En este sentido señala la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 5 de diciembre de 2006 , "la distocia de hombros puede presentarse sorpresivamente en un parto, sin que ningún factor de riesgo la haga predecible; pero no significa que no existan marcadores de riesgo que hagan posible, y debida, la consideración de su probabilidad y la adopción de medidas orientadas a evitarla y eludir las complicaciones que conlleva".

Dicho esto, del relato de hechos probados que ha sido puesto de manifiesto con anterioridad, se desprende que, en definitiva, la cuestión controvertida pasa por determinar si las concretas maniobras obstétricas llevadas a cabo por la matrona en el caso de autos fueron o no las correctas para solucionar la distocia de hombros de suerte que la lesión padecida por Eurne es consecuencia del estiramiento necesario para desatascar a Eurne del sínfisis del pubis materno para evitar su asfixia o, por el contrario, el factor determinante de la lesión fue que la incorrecta realización o elección de la maniobra obstétrica utilizada.

Y para analizar tal cuestión nos encontramos con un problema ya de entrada, cual es que en la historia clínica, -cuya redacción corresponde al SNS-O y que es por su propia configuración la prueba óptima para acreditar tal extremo-, ni consta qué concreta maniobra se realizó a la gestante, ni consta siquiera qué hombro era el que Eurne tenía atascado en el momento de su nacimiento. Manifiesta la matrona que atendió al parto, Sra. Alicia , que tras constatar la distocia de hombros y la vuelta de cordón, cortó el mismo y le realizó a la gestante la maniobra de Mc Roberts consistente en flexionar las piernas de ésta sobre su abdomen para ampliar el espacio de salida del feto, resolviéndose la situación entre unos 10 y unos 20 segundos. Afirma que dio aviso al obstetra pero que al resolverse pronto la situación no fue necesaria su intervención. No recuerda, sin embargo, qué hombro tenía atascado la niña.

Sin embargo, según se recoge en la pericial confeccionada por la codemandada, la maniobra de Mc Roberts, -considerada de primer nivel por tratarse de una mera manipulación externa para tratar de modificar la dimensión y posición de la pelvis y que soluciona un 60% de las distocias- raramente causa lesiones en el feto, mientras que en el caso de autos se causó la lesión descrita en el plexo **braquial** y, además, con una singular gravedad porque a pesar de haber sido intervenida quirúrgicamente y haber pasado varios años, la menor sigue presentando una parálisis **braquial** derecha que los peritos valoradores del daño corporal de la codemandada estiman en 45 a 55 puntos del baremo de tráfico. Por otro lado tampoco se contiene en el partograma, ni recuerda la matrona qué concreto hombro quedó enclavado, permitiendo de esta manera valorar la relación entre la complicación en el parto y la lesión acaecida, puesto que la lesión por estiramiento se produce en el brazo posterior.

En definitiva, existiendo una lesión como la que existe y que según afirman los peritos de la codemandada, no es habitual cuando se realiza la maniobra que la matrona manifiesta que realizó -a pesar de que no quede constancia en el historial clínico es al SNS-O al que competía acreditar que efectivamente las maniobras realizadas y la atención dispensada en el parto fueron las correctas, siendo, por otro lado, que la testigo, evidentemente, no goza de incredulidad subjetiva dado que fue la persona que realizó a la gestante las maniobras obstétricas y dado que la misma recordaba con nitidez unos datos del parto, pero no otros, como ya se ha apuntado y que, además, hizo constar en el partograma "alumbamiento espontáneo".

Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia anteriormente mencionada, "A la hora de juzgar la corrección de las maniobras aplicadas en el caso de autos, se echa de menos la constancia en un partograma -u hoja descriptiva del parto-de las personas que lo atendieron, dificultades e incidencias surgidas en su curso



y medidas adoptadas para su solución, con indicación precisa, aunque sea escueta, de maniobras, tiempos y resultados, especialmente tratándose de un parto con complicaciones de las que podían derivarse, como se han derivado, consecuencias. Con su omisión, el Servicio dejó de preconstituir un elemento probatorio relevante para el eventual enjuiciamiento de la adecuación y corrección de la técnica empleada en un parto cuyos resultados la hacían cuestionable...

... a la luz de los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria que el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga a conjugar con la regla de juicio, distributiva de la carga probatoria, en la solución de las dudas que sobre los hechos básicos del proceso se susciten en la decisión judicial...

.... A falta de una más completa documentación del curso del parto, las dudas que aquella indicativa o sugerente señal de una excesiva tracción hace albergar acerca de la correcta aplicación de las maniobras obstétricas indicadas al caso no pueden sino resolverse en perjuicio de la Administración sanitaria demandada a la que incumbía despejarlas en aplicación de las reglas y criterios probatorios arriba expuestos. Con ello, la Sala no está invirtiendo la carga de la prueba relativa al nexo causal, sino reconociendo a la prueba indiciaria proporcionada por aquellas reveladoras señales de una incorrecta praxis un valor definitivo, ante la ausencia de otras que neutralicen su muy sugerente o aparente indicación".

Tanto las manifestaciones del Doctor Anibal -Jefe del Servicio - como las periciales de la aseguradora codemandada, se basan en meras hipótesis cuando afirman la corrección de las maniobras obstétricas realizadas, ya que los mismos no conocían la que se utilizó o dice que utilizó la matrona, ya que ninguna constancia documental existía de tal extremo, reconociéndose en la pericial que se desconoce la concreta maniobra obstétrica utilizada.

Frente a ello la propia paciente -cuyas manifestaciones también constituyen una prueba válida en derecho- señaló a su perito la realización de una serie de manipulaciones que tanto su perito, como los de la codemandada identifican con la maniobra de Kristeller, contraindicada en este tipo de situaciones, sin que la realidad de su realización durante el expulsivo o únicamente al inicio del parto haya sido desvirtuada por el SNS-O o por la codemandada que no propusieron como prueba su interrogatorio.

Por lo demás, en nada obsta para llegar a las anteriores conclusiones, el hecho de que existan datos para concluir que la maniobra se solucionó rápido porque el feto no presentaba signos de hipoxia, porque la cuestión no es si se solucionó rápido, sino si se solucionó de forma correcta o, por el contrario, no se realizó la maniobra correcta produciéndose un estiramiento excesivo e innecesario del feto que causó la lesión descrita. En cualquier caso, en el informe de pediatría posterior al parto (folio 20 del expediente) se hace constar que existió asfixia leve en el feto.

En definitiva existen elementos de convicción suficientes para tener por probado que la maniobra obstétrica utilizada no fue la correcta produciéndose un excesivo estiramiento de la cabeza mientras el hombro permanecía impactado contra el pubis de la madre por una tracción incontrolada o excesiva, pudiendo haberse evitado la lesión con una actuación correcta, debiendo, pues, estimar la demanda en este punto.

QUINTO.-Por lo que respecta al concreto quantum indemnizatorio, la parte actora la cifra en 300.000 euros sin incidir sobre los criterios tenidos en cuenta para articular su pretensión, si bien señala que comprenden el periodo de hospitalización, el periodo de baja médica, las secuelas, la posibilidad de evolución de esas secuelas con el crecimiento y el Premium dolores de la menor y de sus padres.

La parte codemandada, con fundamento en la pericial confeccionada por la Doctora Elisabeth , especialista en daño corporal, realiza una valoración prudencial a fecha 15 de abril de 2010 conforme al sistema de puntuación utilizado por el llamado baremo de tráfico.

Pues bien, es práctica habitual en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad Foral la utilización, siquiera de manera orientativa, la utilización del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (recogido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre) a fin de fijar unos criterios uniformes y objetivos en las indemnizaciones concedidas en los casos de estimación de una responsabilidad patrimonial por funcionamiento de los servicios sanitarios.

En el caso de autos únicamente se cuenta, en este sentido, con la pericial confeccionada por la aseguradora codemandada que ya parte del hecho de que ofrece una valoración aproximada a fecha 15 de abril de 2010 porque, evidentemente, dada la edad de la menor y el sometimiento a rehabilitación de la misma es factible que se produzca una mejoría en su situación, señalando que el 90% de las parálisis **braquiales** superiores se recuperan. No obstante, como de manera reiterada ha venido señalando la jurisprudencia, es necesario hacer una valoración del momento concreto sin perjuicio de la eventual mejoría o empeoramiento que pueda

experimentar el paciente porque, lo contrario, privaría al mismo de la posibilidad de obtener un resarcimiento por los perjuicios sufridos.

Pues bien, según se recoge en la citada pericial de la Doctora Elisabeth y se evidencia en las actuaciones con respecto a la asistencia de Edurne consta en la historia neonatal fechada el día 19 de octubre de 2009, un test de Apgar de 7/9, con un pH de arterial umbilical de 7,21, y la existencia de una circular apretada al cuello y una distocia de hombros. A la exploración al ingreso en Neonatología, con respecto al sistema nervioso, presenta una flexopatía **braquial** derecha con actitud general de cuadriflexión. Respuesta a estímulos normales. Respuesta a estímulos nociceptivos con llanto vigoroso. Tono activo normal. Reflejos sinergias: moro superior incompleto. Se realiza una ecografía transfontanelar, que es informada como normal. Con respecto a la evolución Clínica se señala la existencia de una presión palmar prácticamente recuperada sin acabar de presionar con el pulgar.

Es dada de alta el día NUM000 del 2009, con el diagnóstico de recién nacido a término, con peso adecuado para la edad gestacional, con pérdida de bienestar fetal (asfixia leve) y flexopatía **braquial** (parálisis de Kumpkle). En el informe del Servicio de Pediatría del Hospital Virgen del Camino, con fecha de asistencia 29 de octubre del 2009, se constata la existencia de una parálisis **braquial** derecha.

En el apartado de historia actual, se señala neonato de 10 días de edad, que acude por sospecha de parálisis **braquial** derecha. En la exploración presenta reflejo de moro asimétrico, con extensión parcial del brazo derecho, y exploración neurológica con tono y fuerza muscular normal y reflejos normales. Radiografía de húmero y clavícula derechos normales.

En el estudio electroneurograma realizado con fecha 2 de diciembre del 2009, no se registra una respuesta valorable tras estimular el nervio circunflejo sobre el músculo deltoides. Aunque la conducción del nervio mediano está dentro de límites normales, la amplitud de los potenciales musculares es baja. El resto de la conducción está dentro de límites normales. En el electromiograma que informa que se registran positivos y fibrilaciones en deltoides y bíceps derechos. Las conclusiones de los estudios anteriores informan de datos de compromiso de las raíces C5 y C6 derechas con actividad aguda de denervación en músculos dependientes.

Por Resolución del Departamento de Asuntos Sociales del Gobierno de Navarra se reconoce a Edurne un grado de minusvalía física del 36% con efectos a partir de enero de 2010.

Existe un informe del citado centro por parte del Servicio de Neurofisiología fechado el 13 de enero del 2010 donde consta la realización de un Electroneurograma y un Electromiograma, señalando que ha mejorado con respecto al estudio previo del 2 de diciembre y que en el Electromiograma se registran PUMs con morfología de reinervación de forma clara en deltoides y en menor cuantía en bíceps. Se emite el juicio clínico de paresia **braquial** derecha. A continuación se indica que actualmente presenta una tendencia a la pronación de la extremidad superior derecha con abducción limitada. Desarrollo psicomotor adecuado a su edad.

El 14 de enero de 2010 cuando contaba con 2 meses y 26 días es valorada por el Servicio de Traumatología Infantil Virgen del Camino de Pamplona, a la exploración presenta: actitud en rotación interna de extremidad superior izquierda, antebrazo en pronación. Movilidad activa de mano y muñeca normales. Refieren que al nacimiento movía tan sólo los dedos de la mano izquierda y de forma progresiva va mejorando la movilidad de mano, muñeca y abducción del hombro. Triceps funcionante, bíceps a 0, deltoides difícil de valorar.

Con fecha 19 de febrero de 2010, existe un informe realizado por el Dr. Javier del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Adulto e Infantil del Instituto Universitario Dexeus de Barcelona, señalando: "paciente afecta de parálisis **braquial** obstétrica C5-C6 derecha. Visitada por primera vez en consulta el 15 de enero del 2010. La indicación quirúrgica a los 3 meses de edad se considera la mejor opción para obtener una buena reinervación en base a la experiencia acumulada en reconstrucciones micro quirúrgicas. Siempre que sea posible es la mejor indicación. Es intervenida el 25 de enero en el Hospital Quirón de Barcelona de reconstrucción micro quirúrgica del plexo **braquial**".

En la hoja de intervención se había hecho constar: Reconstrucción microquirúrgica de plexo **braquial**. Curso postoperatorio: infección por virus sincitial respiratorio. Infección de la herida por Staphilococo y Streptococo. Precisa limpieza quirúrgica y tratamiento.

En revisión de fecha 15 de abril de 2010 de la Dra. Socorro del Servicio de Rehabilitación del Hospital reina Sofía del Servicio Navarro de Salud se indica: IQ el 25-01-2010: Injerto nervioso sobre raíces C5-06 lesionadas, Infección herida Q, Vendaje enyesado toraco-**braquial** derecho 3-4 semanas, Remiten de neurocirugía par iniciar RHB, Exploración: Abd-flex hombro a 90º contra la gravedad, Flexión dedos: agarre y suelta objetos, Biceps: 0, Supinadores: 0.



Sobre la base de tales datos la Doctora Elisabeth fija el periodo de estabilidad lesiona y secuelas en: 1 días de hospitalización, 28 días impeditivos, secuela de parálisis **braquial** derecha con un máximo de 45 puntos de los 45 a 55 que comprende la horquilla del baremo, un perjuicio estético ligero de 7 a 12 puntos, posible incapacidad parcial para ocupación o actividad habitual.

Pues bien, se considera correcto el periodo de hospitalización -el día de la intervención en el Hospital Quirón- si bien el de estabilidad lesional no puede computarse desde la fecha de la operación hasta el 15 de abril de 2010 en que es revisada por Doña Socorro y en que ya podemos hablar de estabilidad lesiona -con los matices ya descritos de posibilidad de evolución en pacientes de tan corta edad- sino que debe computarse desde la misma fecha del nacimiento en que se produce la incorrecta intervención que causa la lesión, haciendo, por tanto, un total de 179 días impeditivos.

En relación a la secuelas funcionales restantes a Edurne a tal fecha de 15 de abril de 2010, según el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, la parálisis del plexo **braquial** en C5-C6 va de 45 a 55 puntos, si se tiene en cuenta el cuadro que refleja el informe de 15 de abril de 2010 (Abd-flex hombro a 90° contra la gravedad, Flexión dedos: agarre y suelta objetos, Biceps: 0, Supinadores: 0) la puntuación correcta ha de ser la de 52 puntos.

Por lo que respecta al perjuicio estético, en modo alguno puede ser calificado de moderado, dada la escasa movilidad del brazo y la edad de la niña, por lo que se estima como importante y debe valorarse en 24 puntos.

Así mismo concurre una causa de incapacidad permanente total puesto que queda afectada totalmente la realización de las tareas habituales de una niña de tan corta edad (Aprendizaje, juegos etc...) lo que es evidente si se atiende a la parálisis del brazo derecho y a la falta de habilidad que es propia de esa edad.

Por último y en relación al daño moral, si bien es cierto que el sistema utilizado incluye la indemnización por tal concepto en la de días impeditivos y secuelas no hace lo mismo con el daño moral causado a los padres y que, tal y como señala la sentencia del TSJ de Navarra ya referida en este

resolución, también concurre en el caso de autos. Señala la sentencia del año 2006 *"La Sala estima asimismo cierta la realidad del daño moral experimentado por los padres como consecuencia de la lesión de su hija, por el impacto de su constatación y la incertidumbre, angustia y zozobra de su evolución y consecuencias, así como por la mayor dedicación que el tratamiento y rehabilitación de la hija ha requerido de ellos, estimando adecuada a su indemnidad la suma de dieciocho mil euros (18.000 euros)."*

Conforme a lo expuesto, la indemnización que procede de conformidad con la Resolución de 20 de enero de 2009, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2009 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, es la siguiente:

1 día de hospitalización = 65,48 euros

179 días impeditivos × 53,20 euros = 9.522,80 euros

3. 52 puntos de secuela funcional × 2.014,11 euros = 104.733,72 euros

24 puntos de perjuicio estético × 1.250,94 euros = 30.022,56 euros

incapacidad permanente total (De 17.472,92 a 87.364,59 euros) =

40.000 euros

6. daño moral padres = 20.000 euros

Total = 204.344,56 euros.

SEXTO.-La cantidad objeto de condena devengará el interés legal desde la fecha de reclamación ante la administración (y, si procediere, el prevenido en el artículo 106.2 de la Ley 29/1998 reguladora de lo Contencioso-Administrativo.

SEPTIMO.-Conforme a lo dispuesto en el Art. 139 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción aplicable al presente procedimiento, no procede hacer especial imposición de las costas.

FALLO



QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Sra. Echarte, en nombre y representación de DON Hugo y DOÑA Amalia , en nombre propio y en el de su hija menor de edad Eburne y, en consecuencia:

Declaro que la desestimación por silencio de la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial formulada, el día 9 de abril de 2010, ante el SNS-O por los actores en su propio nombre y en el de su hija menor de edad, Eburne , no es conforme a derecho.

Condeno al SERVICIO NAVARRO DE SALUD-OSASUNBIDEA, a abonar a los recurrentes la cantidad de 204.344,56 euros en concepto de responsabilidad patrimonial, así como el interés legal de la citada cantidad desde la fecha de reclamación en vía administrativa.

No se hace expresa imposición de las costas.

Hágase saber a las partes que contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de QUINCE DÍAS, (artículo 81.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de Julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), debiendo acreditarse en el momento de la interposición haber consignado en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banesto, cuenta número 3190.0000.85.0309.11 la suma de 50 EUROS con apercibimiento que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido.

Así por esta mi Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. D. Ikerne Aznar Malo Magistrado que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; doy fe.

FONDO DOCUMENTAL