

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

Rollo de apelación nº 246/2019

Parte [REDACTED]

Parte apelada: SERVEI CATALA DE LA SALUT, HOSPITAL COMARCAL DE L'ALT PENEDES (CONSORCI COMARCAL DE L'ALT PENEDES) y ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA

En aplicación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, a fin de adaptar el ordenamiento jurídico español al reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se hace saber a las partes que los datos de carácter personal contenidos en el procedimiento tienen la condición de confidenciales, y está prohibida la transmisión o comunicación a terceros por cualquier procedimiento, debiendo ser tratadas única y exclusivamente a los efectos propios del mismo procedimiento en que constan.

S E N T E N C I A N º 3506 / 2020

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

D. [REDACTED]

MAGISTRADAS

D^a. [REDACTED]

D^a. [REDACTED]

En la ciudad de Barcelona, a treinta y uno de julio de dos mil veinte

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL

SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN CUARTA), constituida para la resolución de este recurso, arriba reseñado, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguiente Sentencia para la resolución del presente recurso de apelación, interpuesto por D. [REDACTED] Y [REDACTED] [REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales [REDACTED] [REDACTED], y asistido por la Letrada D^a Luisa Blanco Delgado contra la Sentencia nº 29/2019, de fecha 28 de enero de 2019, recaída en el Procedimiento Ordinario 331/2017 del Juzgado Contencioso Administrativo nº 12 de Barcelona, al que se opone el SERVEI CATALA DE LA SALUT, representado por el Procurador D. [REDACTED] y defendido por el Letrado [REDACTED], HOSPITAL COMARCAL DE L'ALT PENEDES (CONSORCI COMARCAL DE L'ALT PENEDES) representado por el Procurador [REDACTED] y defendido por la Letrada [REDACTED] Y ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA, representado por el Procurador [REDACTED] y defendido por el Letrado [REDACTED].

Ha sido Ponente la Ilma. [REDACTED] [REDACTED] quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 28 de enero de 2019 el Juzgado Contencioso Administrativo nº 12 de Barcelona, en el Procedimiento Ordinario seguido con el número 331/2017, dictó Sentencia desestimatoria del recurso interpuesto contra desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por los recurrentes el 20 de junio de 2016 ante el Servei Català de la Salut . Sin expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido por el Juzgado de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta Sección.

TERCERO.- Desarrollada la apelación, finalmente se señaló día y hora para votación y fallo, que tuvo lugar el 6 de julio de 2020.

CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado

y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de apelación y pretensiones de la parte apelante

La representación de la parte actora impugna la Sentencia nº 29/2019, de 28 de enero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Barcelona, que desestimó el recurso interpuesto por ambos demandantes contra la desestimación presunta de la reclamación por responsabilidad patrimonial formulada en fecha 20 de junio de 2016, reclamándose una indemnización por las lesiones sufridas por su hija menor [REDACTED] como consecuencia de la distocia de hombro sufrida que imputan a una actividad negligente de la actividad asistencial.

1. El primer motivo, descansa en una infracción del art. 118.1 y 2 de la LEC, en relación con la violación del art. 24 y 120 de la CE, calificando la conclusión jurídica de la Sentencia es incongruente e injusta, en la medida en que la Juez de instancia obvió casi en su totalidad la prueba documental. Tampoco valora en su totalidad la prueba pericial aportada por la actora haciendo una interpretación sesgada ni el protocolo aportado por el codemandado del Servei Català de la Salut (Protocolo del Hospital Clínic) y que obra en el expediente (Bloque 6, pág. 62 a 69 del EA) y, en especial, la ausencia del curso clínico y de enfermería desde las 15:29 hasta las 20:49 tras el parto y se limita a mencionar que la parte alega la ausencia de asistencia durante horas.

2. Error en la valoración de la prueba documental que debe también ser tomada en consideración junto con el resto de pruebas. En cambio, la Sentencia ha priorizado los informes periciales de las demandadas y la testifical del Dr. [REDACTED] cuya actividad profesional es la que la parte denuncia.

La Sentencia:

(i) no valora el alcance de la inexistencia de curso clínico y de enfermería desde las 15:29 horas hasta las 20:49 horas cuando el ginecólogo redacta el curso del parto. La actora denuncia que durante este tiempo no hubo atención sanitaria de la evolución del parto, aduciendo que el expediente no está completo ni foliado por lo

que acude a los documentos aportados junto a la demanda (docs. 8 y 9) de los que resulta que la [REDACTED] que fue quien atendió a la parturienta desde que entró en el hospital a las 9:00 horas hizo dos anotaciones: a las 9:02 y a las 13:47 horas. Desde ese momento no hay atención por ginecólogo hasta las 20:49 horas. Y en la página 2 del doc. 9 de la demanda, el curso de enfermería se detiene en la anotación de las 15:29 horas (anotación del enfermero [REDACTED]) y no se vuelve a anotar nada hasta las 00:24 horas. Pese a la obviedad, la Sentencia no valora dicha falta de curso evolutivo, lo cual es erróneo porque la falta de medios a disposición, la no atención sanitaria infringe la lex artis ad hoc en la medida en que dicha documental avala la posición de la demanda de que desde el cambio de guardia de ginecólogo a las 17:00 horas la parturienta estuvo desatendida (bloque 6, pág. 6);

(II) La Sentencia no valora los elementos desencadenantes de esta desatención sanitaria y que son: que se desconociera la evolución del parto que comportó que no se tomaran las decisiones que requería la parturienta. El personal sanitario no controló la progresión del descenso de la cabeza, y por eso no consta anotado y no se puede saber si se detuvo en algún plano excesivamente a fin de tomar la decisión clínica oportuna; que no se valoraron los factores de riesgo previos al parto e intraparto que se estaban dando y que requerían decisiones médicas de urgencia, como pudo ser la indicación de cesárea; que se desconozca la evolución del parto y que no se pueda valorar si la actuación y decisiones del [REDACTED] fueron acordes a la norma praxis; que la asistencia del [REDACTED] no fue desde las 17 horas como afirma en el informe elaborado 10 meses después del parto, lo que corrobora que desde que la [REDACTED] visitó a la paciente por última vez hubo falta de asistencia sanitaria (a las 13:47 horas, según doc. 8).

(iii) No valora las consecuencias de que no exista partograma. El único documento que informa de lo ocurrido durante el parto es la historia obstétrica que obra en la página 4 del doc. 5.

(iv) La progresión del descenso: la presentación cefálica estaba en primer plano desde el ingreso a las 8:43 horas (curso enfermería, doc. 9, pág. 3). En el momento del parto, sobre las 20h estaba en 3r plano. No obstante, la historia clínica no permite saber cuándo la cabeza pasó al 2º plano y en qué momento pasó al 3r plano, información que tampoco pudo ofrecer el [REDACTED] en su declaración.

Entiende al apelante que este dato es importante porque en función del plano que presentaba la cabeza del bebé y ante un expulsivo prolongado o un riesgo de sufrimiento del feto, se podía optar por una cesárea si se encontraba en primero o segundo plano, o instrumentalización del parto si se hallaba en tercer plano. No obstante, se desconocen estos extremos porque la historia clínica adolece de la información necesaria. El informe del [REDACTED] que redactó 10 meses después del

parto, y en el que se detallan maniobras y actuaciones que no se habían reflejado en la historia del parto, no explicara la evolución y progresión del parto, ausencia de transparencia y parcialidad del testigo que, a su entender, revela que indebidamente no se hicieron las anotaciones de la evolución del parto y que intencionadamente no se han proporcionado con la intención de ocultar datos de importancia.

3. La Sentencia otorga valor de historia clínica a un informe que se redactó 10 meses después de los hechos: la historia obstétrica no describe que a la parturienta se le realizara ninguna de las maniobras que la SEGO describe para resolver una distocia (pag. 4 del doc. 5). En cambio, la Sentencia concluye que sí se hizo la maniobra de McRoberts en base a un documento redactado por el [REDACTED] 10 meses después del parto (que reproduce en la parte que corresponde).

Y la valoración como historia clínica es irracional e ilógica porque: (i) se trata de un documento nuevo, redactado a posteriori (ii) responde a la reclamación previa interpuesta por los recurrentes; (iii) es el documento que sirve al [REDACTED] para justificar su actuación profesional y que está viciado por el interés que él mismo tiene en la solución de la reclamación. Este documento es contrario a la historia clínica y se redacta 10 meses después, por lo que no cabe concluir que el [REDACTED] realizara las maniobras necesarias para resolver la distocia de hombros.

Además, la Sentencia yerra cuando aprecia que la actora no negó que efectivamente se llevaron a cabo dichas maniobras pues sí lo hizo en la página 21, alegación sexta de la demanda.

Además, esta prueba documental entra en contradicción con la propia declaración del [REDACTED] (perito de la compañía aseguradora) que a preguntas de la actora sobre si es normal o habitual que no hubiera partograma, que no se sepa cuando el feto alcanzó los planos, contestó que “nosotros realizamos un partograma está claro”, explicando como en el mismo se indica cómo la cabeza del feto va progresando y reconoce negando rotundamente que en la historia clínica no aparece ni la administración de oxitocina ni la evolución de la cabeza.

Del mismo modo, admite que en la historia clínica no aparece que se hiciera a la embarazada la maniobra de MacRoberts, según asevera el [REDACTED] en su informe, aceptando que “No, no está claro”.

Sobre las deficiencias de la historia clínica contesta que “posiblemente podrían haber sido más explícitos. La descripción es como un poquito parca”.

4. Concluye que hubo error en la valoración de la prueba documental (historia clínica) porque hubo falta de medios a disposición de la parturienta ante la ausencia de atención sanitaria desde las 15:29 horas, falta que es per se una deficiencia y que es causalmente relevante en el resultado final porque provocó que: - no se valoraran debidamente los factores de riesgo que se iban sumando y que podían desencadenar complicaciones, como la que ocurrió; - no se valoró que se estaba ante un expulsivo prolongado; - no se controlaron las alteraciones del registro cartográfico y no se tomaron las decisiones médicas a tiempo, como finalizar antes el parto mediante cesárea.

De ello concluye: existe una vulneración de la lex artis, porque el [REDACTED] estaba obligado a dejar constancia de todos los acontecimientos del parto, su progresión y maniobras que se hicieron.

En la fase final del parto, y constatada al complicación de distocia de hombros, extrajo a la bebé aplicando los Forceps, pero no aplicando ni la Maniobra de MacRoberts, ni ninguna otra indicada para dicha complicación. Y dicha infracción es la causa de las lesiones de la menor. De ahí que concluye que el [REDACTED] no atendió a la parturienta hasta el final del trabajo del parto y que acudió alertado por las alteraciones del Registro, ante un expulsivo prolongado; le quitó el electrodo (no hay registro desde las 19:30 horas) para que el comadrón procediera a empujar la barriga de la madre y procedió a aplicar el fórceps para extraer el bebé.

En consecuencia, la no aplicación de maniobras para resolver la distocia, junto con una fuerza excesiva en la aplicación del fórceps fue lo que provocó las graves lesiones a la bebé: fractura de clavícula, luxación de cabeza del húmero, rotura de la raíz nerviosa C5 y avulsión de las raíces nerviosas de C6 y C7.

Invoca las SSTJC de 4 de diciembre de 2013; de 29 de noviembre de 2013; STS de 6 de mayo de 2015 y SSTSJ de Navarra de 16 de enero de 2019 y de 5 de diciembre de 2016.

5. En tercer lugar alega un error en la valoración de la prueba, protocolos de actuación médica y error en la valoración de la indicación de la cesárea.

A tales efectos, toma en consideración el protocolo aportado por la propia Administración demandada (protocolo de cesárea del Hospital Clínico, bloque 6, pág. 39) que aplicado al caso le lleva a concluir que desde las 18:30 horas era necesaria la cesárea por desproporción pélvico-cefálica, por lo siguiente: (a) la

parturienta estaba con analgesia epidural y era primípara; (b) llevaba 3 horas de dilatación completa y dinámica activa y pujos activos (desde las 15:29 horas según curso enfermería, pag. 2 doc. 9) y (c) no había alcanzado el tercer plano, que según el [REDACTED] se alcanzó cuando aplicó el fórceps, sobre las 20:00 horas.

No obstante, en este caso, a las 18:30 horas como nadie controlaba el parto y se ignoraba la progresión del descenso de la cabeza del bebé, no se valoró por el personal sanitario la necesidad de proceder a la cesárea en curso de parto o de recurso como exige el protocolo.

6. La Sentencia de instancia valora incorrectamente las alegaciones de la actora en cuanto a la indicación de la cesárea y valora de forma incorrecta la prueba practicada en cuanto a la indicación de la cesárea pues de la lectura de la Sentencia se infiere que defendía una cesárea programada, lo que no es cierto, porque lo que se criticaba era la no realización de una cesárea en curso de parto teniendo en cuenta los factores de riesgo que se calificaron de alto (obesidad de la madre e incremento excesivo de peso durante el embarazo) y los factores de riesgo que se producían por haber administrado la oxitocina; expulsivo prolongado y parto instrumental) y que no se decidiera indicar una cesárea que hubiera evitado la distocia de hombros.

Además cuestiona la afirmación de la Sentencia “Aunque no esté documentado en qué momento comenzó a aplicarse el procedimiento de parto instrumental, lo que sí se sabe es que desde que pudo haberse tomado la decisión de cesárea hasta que se produjo el parto con ayuda del fórceps pasaron menos de 30 minutos”, porque no se conoce la hora en que se aplicó el parto instrumental y con una distocia de hombros todos los protocolos exigen una actuación urgente, pues no puede ni demorarse la extracción del bebé. Esta afirmación es incongruente con la propia declaración del [REDACTED] que manifestó que el periodo de expulsión comenzó a las 15:29 horas y, admitió, que tres horas más tarde (a las 18:30 h) ya se estaba ante un expulsivo prolongado, para admitir que por eso se tomó la decisión de ayudar a sacar el feto. Pese a ello, aún retrasó una hora más esa ayuda a sacar el feto.

Ello, junto con los protocolos de la SEGO aportados por la actora (doc. 85), le lleva a afirmar que a las 18:30 horas todo indicaba la necesidad de tomar una decisión, la cual dependía del plano que hubiera alcanzado la cabeza -que se desconoce por no constar en la historia clínica- y que sería: (i) cesárea si la cabeza del bebé no hubiera alcanzado el plano III o (ii) instrumentalizado si hubiera alcanzado el plano

III.

7. Error en la valoración de la prueba en relación con (i) los factores de riesgo que concurren durante el parto y que nadie niega y valoración de la prueba en relación con la maniobra de extracción.

Los factores de riesgo existentes hacen que la distocia de hombros que presentó el bebé al nacer no pudiera ser considerada imprevisible o inesperada (STSJ de Navarra, de 5 de diciembre de 2006), siendo que en este caso reduce la cuestión controvertida a dilucidar si se hicieron las maniobras obstétricas necesarias para solucionar la distocia de hombros, porque la historia clínica no deja constancia de qué concreta maniobra se realizó atendida la descripción del parto y que no recoge la maniobra de MacRoberts que está considerada de primer nivel por tratarse de una mera manipulación externa para poder modificar la dimensión y posición de la pelvis y que en un 60% de los casos soluciona las distocias que raramente causa lesiones en el feto, mientras en el caso de autos se causaron las graves lesiones no solo en el plexo braquial sino que se fracturó la clavícula y se provocó la luxación de la cabeza del húmero, con singular gravedad porque pese a haber sido intervenida quirúrgicamente y haber pasado varios años, la menor sigue presentando una parálisis braquial derecha que los peritos valoradores de la demandada definen como monoparesia superior grave. Ante tal gravedad, es la Administración quien ha de acreditar que efectivamente las maniobras realizadas y la atención dispensada durante el parto fueron las correspondientes, lo cual no está acreditado por la declaración del [REDACTED] que no tiene credibilidad objetiva y que recordaba con nitidez algunos datos sobre el parto, pero no otros. Esta falta de una más completa documentación hace albergar dudas sobre la correcta aplicación de las maniobras obstétricas indicadas, lo que no ha de resolverse en favor de la Administración, sin que se proponga una inversión de la prueba relativa al nexo causal sino la valoración errónea por la Sentencia en lugar de reconocer la prueba indiciaria proporcionada por elementos reveladores de una incorrecta praxis

(ii) la valoración del registro cardiotocográfico que hace la Sentencia es sesgada porque no lo relaciona con las pruebas pericial y testifical. El propio perito Dr. [REDACTED] afirmó que a las 19:30 horas y en relación al registro manifestó que “yo si estoy delante o conduciendo este parto veo esto y lo primero que digo es finalizo el parto”. Un fórceps se hace en minutos (así lo reconoció el [REDACTED] no se valora por qué se demoró más de media hora más.

La parte entiende que lo que ocurrió no es lo descrito en el informe, sino que: la paciente fue atendida desde su ingreso hasta las 17 horas [cambio de guardia] por otra Ginecóloga, entrando en la fase de expulsivo con la cabeza en I plano a las 15:29 horas; no es cierto que el [REDACTED] estuviera desde las 17 horas hasta las 20.03 horas del nacimiento con la parturienta porque reconoció que se incorporó en la fase final del parto; que no hay un curso clínico detallado del descenso de la cabeza ni de las administraciones de oxitocina: se desconocen porque no se tomaron o porque intencionadamente no han sido aportados; a las 19:30 horas el registro comienza a salir alterado y llaman al [REDACTED] y al ver la situación de gravedad con un feto que empieza a sufrir, con más de 4 horas de expulsivo, con la bolsa rota, con madre primeriza, con anestesia epidural y el feto que no sale. Ante esta situación se le quita a la madre el electrodo para que el comadrón empuje desde la barriga y por ello no hay registro materno. El Ginecólogo empieza a realizar un fórceps rápido con tanta urgencia que el propio fórceps provoca la distocia de hombros, posibilidad que admite la pericial del [REDACTED]. En cambio, si se hubiera aplicado la maniobra de McRoberts (que no describe la historia clínica) no se entiende que el resultado fuera el que fue.

8. Error en la valoración del consentimiento informado, que se aporta como doc. 6 y que la Sentencia rechaza porque no se detallara expresamente en la reclamación previa.

El documento consta firmado el 20 de noviembre de 2015 por la embarazada y su pareja y por el colegiado 29.002 [pág. 10 y 11 del Bloque 5 Història clínica Hosp. Com. Alt Penedès_D_CA), en el que no se mencionan los factores de riesgos que padecía la paciente y que eran conocidos por los facultativos que la trataban (obesidad y aumento excesivo de peso durante el embarazo, que llevó a catalogar el parto de riesgo medio). Estos riesgos eran conocidos y de las complicaciones que se pueden provocar: la distocia de hombros, por lo que el personal sanitario estaba obligado a informales debidamente de los mismos pues dicha omisión les privó de la oportunidad de optar entre un parto natural o una cesárea e incluso la de optar por recabar otra valoración médica.

Por todo ello, solicita que se estime el recurso y que se dicte Sentencia de conformidad con lo solicitado en la demanda.

SEGUNDO.- Oposición de las partes apeladas

1. El Institut Català de la Salut se opone al recurso, partiendo de que la Sentencia ha satisfecho el derecho a la tutela judicial efectiva porque se ha dictado de forma fundada, motivada, clara y precisa y congruente con las pretensiones, sin que sea exigible una motivación exhaustiva.

En relación con la valoración de la prueba que se hace en la Sentencia, sostiene que es correcta pues la Juez de instancia ha efectuado una valoración conjunta de la prueba y la Sentencia analiza las pruebas practicadas, especialmente los dictámenes periciales, y la testifical pericial del [REDACTED] razonando los motivos por los que llega a la conclusión de desestimar el recurso.

Además, corresponde a la parte actora soportar la carga de la prueba, sin perjuicio de que tal carga pueda atemperarse por el principio de buena fe.

Examina la valoración de los tres informes periciales, en los términos que resultan expuestos en el escrito de oposición concluyendo que la cesárea no estaba indicada por no cumplir con los riesgos; que no ha quedado acreditada ninguna relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada y la aparición de la distocia de hombros que es una complicación imprevisible y que se produce una vez completada la salida de la cabeza del feto, por lo que la cesárea no era una alternativa, ya que el feto ya había salido del canal del parto y solo puede finalizarse el expulsivo con las maniobras realizadas por el facultativo, como sucedió en este caso. Como la lesión del plexo braquial no puede predecirse tampoco puede atribuirse a ningún defecto técnico asistencial sino que se ha de entender como una complicación que, hoy en día, es aún imprevisible e inevitable. Tampoco hubo sufrimiento fetal porque el Ph del cordón umbilical y el índice de Apgar fueron normales, lo que evidencia una interpretación errónea del [REDACTED] porque las pruebas objetivas son irrefutables.

En cuando a la cuantía de la indemnización, con carácter subsidiario, se opone a la cuantía solicitada de contrario acogiendo la que resulta del dictamen pericial del Dr. [REDACTED]

Por todo ello, solicita que se desestime el recurso de apelación con imposición de costas.

2. El Hospital Comarcal de l'Alt Penedés (ConSORCI Sanitari de l'Alt Penedés) también se opone al recurso de contrario. En primer lugar, pone de relieve que la parte

apelante reproduce íntegramente los mismos argumentos y razonamientos que contiene la demanda inicial que ha sido ya examinada de forma clara, exhaustiva y excelente en la Sentencia de instancia recordando la doctrina de la STSJ de Cataluña nº 750/2014, de 14 de octubre.

También examina los hechos acreditados, la prueba objetiva, los informes periciales y documentales y los hechos carentes de acreditación, teniendo en cuenta que el Dr. [REDACTED] informó que en este caso, dos de los factores más frecuentemente asociados a las distocias de hombros (diabetes materna y macrosomía fetal) están ausentes en este caso por lo que se está ante una distocia de hombros inesperada e impredecible antes del parto y que hubo que resolver de forma inmediata.

Respecto a la evolución del parto se produjo un estacionamiento del periodo expulsivo durante más de 4 horas, tiempo que considera “estacionado”, añadiendo que “ante esta situación, ha de acordarse como adecuada la indicación de acortar dicho periodo, dadas las condiciones obstétricas ortodoxas” concluyendo que ante la ausencia de sospecha antenatal de un peso elevado y teniendo en cuenta que las condiciones obstétricas se ajustaban a la ortodoxia para instrumentar el parto, la conducta obstétrica no transgredió de la normopraxis asistencial, habiendo sido informada la paciente de la decisión de instrumentar el parto, concluyendo que la distocia de hombros fue impredecible e inevitable y que para su resolución se utilizó la combinación de dos maniobras (McRoberts y Mazzanti), que considera de primer nivel, con las que se resuelve un 60% de los casos.

El [REDACTED] coincide en que en la mayoría de los casos de distocia de hombros no pueden ser pronosticados ni prevenidos porque no existen métodos precisos para identificar qué fetos van a desarrollar complicación y cuando existen factores de riesgo asociados con la distocia de hombro “se ha demostrado que la identificación real de casos individuales antes de su aparición es imposible”. También entendió que la utilización del fórceps era procedente y que se ajustó a las recomendaciones de la Guía del Parto Instrumentalizado de la SEGO, concluyendo que (i) la conducta obstétrica se ajustó a la lex artis ad hoc; (ii) no existió indicación de cesárea en base a la evolución del periodo de dilatación que se mantuvo dentro de los límites normales; (iii) una vez alcanzado el periodo expulsivo, la indicación del fórceps fue adecuado y las condiciones de aplicación ortodoxas: presentación cefálica en primer plano de Hodge y dilatación completa; (iv) la aparición de distocia de hombros puede entenderse como inesperada e inevitable; (v) las lesiones que presentó la recién nacida fueron secundarias a las dificultades en la resolución de la

distocia de hombros; (vi) incluso en manos expertas la resolución de este tipo de distocias puede conllevar lesiones de plexo braquial; (vii) no es imputable a los facultativos la distocia de hombros que han de resolverla a fin de evitar que el feto sufra daños neurológicos o incluso fallezca.

Examina el informe del ICAM y la doctrina de nuestra Sentencia nº 994/2015, de 18 de diciembre, en relación con la valoración de la prueba en segunda instancia y solicita que el recurso se desestime, con expresa imposición de costas a la parte apelante.

3. La compañía aseguradora se opone también al recurso recordando la finalidad del recurso de apelación (STJC nº 780/2017, 16 de noviembre) y alegando que la Sentencia responde motivadamente a los motivos de imputación de la actora.

En cuanto al error en la valoración de la prueba, sostiene que quedó claro en el proceso que ni existían motivos para practicar cesárea ni la actuación de los profesionales que asistieron a la gestante se apartó de la *lex artis ad hoc*. Señala que el recurso de apelación da la impresión de que la obligación de los médicos es la constatación documental al instante de todas y cada una de las circunstancias que se produzcan en el transcurso del parto, es decir, que se practique la denominada medicina defensiva, en vez de dedicarse a lo que corresponde que es atender al paciente.

Y lo que ocurrió, como señala la Sentencia, ha quedado perfectamente acreditado tanto por la prueba documental como mediante la testifical y pericial.

Según consta en la historia clínica la gestante ingresó en la sala de partos a las 8:52 horas del día 3 de diciembre de 2015, produciéndose el parto, que fue instrumentado, a las 20:33, teniendo una duración el expulsivo de 4 horas y 33 minutos.

En el mismo documento consta que las condiciones obstétricas fueron la presentación cefálica en III plano de Hosdger, OIDT. Nació una niña con un peso de 3.650 gramos, con Apgar 9/10/10. También se refiere que se produjo una distocia de descenso, produciéndose la rotura de la clavícula y diagnosticándose parálisis del plexo braquial.

En consecuencia, las circunstancias esenciales del parto quedaron perfectamente

documentadas.

Además, contrariamente a lo que pretende la parte, no existía a priori riesgo de que se produjese una distocia de hombros, por lo que no estaba indicada una cesárea electiva que requiere diabetes materna o sospecha de macrosomía del feto, factores que no se daban en este caso. La actora efectúa un examen ex post, conociendo ya cuál ha sido el resultado, que no está permitido por la jurisprudencia.

Además, examina el informe del [REDACTED] y el Protocolo de la SEGO aplicable, que es el de 2013, acompañado como doc. A junto a sus conclusiones, y del que resulta que procede el parto instrumentado por la "Progresión inadecuada de la segunda etapa del parto. En nulíparas: no progresión a pesar de presentar buena dinámica uterina durante más de 4 horas, con anestesia loco-regional o más de 3 horas sin anestesia". En este caso, como el expulsivo duró 4 horas y 33 minutos está claro que la decisión estaba ajustada a los protocolos, pues como señala la Sentencia "desde que pudo haberse tomado la decisión de cesárea hasta que se produjo el parto con ayuda del fórceps pasaron menos de 30 minutos, pudiendo presumirse que de haberse realizado cesárea el parto se hubiera retrasado más, con el riesgo que ello podía implicar para el feto y para la madre".

Tampoco se acreditó la existencia de sufrimiento fetal, que hubiera obligado a la realización de una cesárea, pero el registro cardiotocográfico no muestra en ningún momento dicho sufrimiento, como explicó el [REDACTED] en su declaración que explicó de forma completamente coherente el porqué de las variaciones en el registro y que obedecen a los momentos en los que la parturienta empujaba. Del mismo modo, las determinaciones del Ph realizadas fueron normales, descartando la existencia de sufrimiento fetal, pues la recién nacida no presentó tras el parto síntoma alguna de haberlo padecido.

Por lo demás, ante una distocia de hombros, las lesiones de plexo braquial se producen en un 63,4% de casos y las fracturas de clavícula en un 38,6%. Por lo tanto siendo inevitable la distocia de hombros, también lo son aquellas consecuencias que son habituales lo que viene a demostrar que no son debidas a mala praxis.

Sobre el consentimiento informado, además de lo dicho en la Sentencia que considera que estamos ante una cuestión no planteada en vía administrativa, sostiene que en caso de hechos naturales como es el del parto no es preceptivo el

consentimiento informado (STS de 24 de septiembre de 2012, recurso 6137/2011). Y estamos ante una asistencia pública, por lo que son los profesionales de acuerdo con criterios exclusivamente técnicos, quienes deciden lo procedente: continuar el parto natural, instrumentalizándolo, o practicar una cesárea.

Por último y en relación a la cuantía que se reclama, el dictamen pericial aportado por la compañía aseguradora le lleva a considerar que caso de estimarse el recurso solo debería ser indemnizada en relación al mismo.

Por todo ello, solicita que se desestime el recurso, con imposición de costas a la parte apelante.

TERCERO.- Resolución de la controversia

Vistas las alegaciones de las partes, ya podemos avanzar que el recurso de apelación ha de ser estimado. De entrada hemos de poner de relieve que la actora en su demanda sí negó que efectivamente se llevaran a cabo las maniobras, como consta claramente en la página 21 de la demanda (folio 125 de las actuaciones).

Una vez sentado que tal negativa sí debí haber sido objeto del proceso, hemos de partir de que la alegación de la parte apelante relativa a que la Juez de instancia no tuvo en cuenta la prueba documental existente y que dio valor de historia clínica al informe emitido por el [REDACTED] el 27 de septiembre de 2016.

Este Tribunal ha visionado las declaraciones del [REDACTED] y de los peritos y ha examinado la prueba documental de la que resulta claramente una deficiente anotación en la historia clínica en los términos que denuncia la parte demandante y que más adelante se transcribirá, omisión que apreciamos y nos hace dudar incluso de los informes periciales puesto que tal ausencia conlleva que no puedan haberse basado más que en suposiciones o en atribuir una veracidad absoluta al informe del [REDACTED] que no es historia clínica, sino expediente administrativo, que se elaboró como respuesta a la reclamación de responsabilidad y que tampoco hay que olvidar fue el médico que asistió a la recurrente en el acto del parto.

Si examinamos la historia clínica, folio 6, Bloque 5. Història clínica Hosp. Com. Alt Penedès_D_CA, resulta indudable que durante la guardia de la [REDACTED] la paciente, entonces de 34 años y gestante de 39.SG estuvo atendida.

(a) La primera anotación, hecha por la [REDACTED] el 3 de diciembre a las 9:02h:

Constata que ingresó en urgencias por rotura de membrana (RPM) en su domicilio el día 3 de diciembre de 2015 sobre las 8:00h, agua clara, y acudió a urgencias al Hospital codemandado a las 8.53h. Había sido controlada con buen curso hasta el momento, si bien se apreciaba "Riesgo medio por obesidad". "Feto reactivo". "Buena variabilidad" "No DU".

TV (comadrona) cérvix central. "esborrat" "dil 3mmm", "Cef INS" "flueixen aigues clares". "Risc part baix".

"Pla: Via perifèrica, evolució espontània, Sense inconvenient obstètric per anestèsia intrapart si la pacient ho sol·licita"

(b) La siguiente anotación se produce a las 10:42h, cuando el [REDACTED] anota "coloco catéter peridural lumbar sin incidencias. Bup 0,25%. 10cc. Fent 0,10 Bomba 10 ml/h.

(c) La tercera anotación de las 13:47h de la [REDACTED]
"RCTG correcte"

(d) La siguiente anotación, a las 20:49h es del [REDACTED]
"3-12-15

FKjelland distocia de rotación y descenso

Rn mujer 3650

9-10-10

L. materna

Madre A Rh positivo

A. peridural

EMLD.

(e) Otra anotación del [REDACTED] a las 20:50h
Probable fractura calcicula (sic) izquierda. Valoración pediatría

(f) La siguiente anotación de la [REDACTED] a las 11:46h del 4/12/2015:

"BEG constants correctes

Periné correcte, hemorroide pauto ruscus

Pèrdues normals".

Consta en la hoja de enfermería, anotación del 3 de diciembre de 2015 que sobre las 08:43 fue atendida por el comadrón, por posible RPM (doc. 9, folio 165 de las

actuaciones).

En la pagina 7, Bloque 5. Història clínica Hosp. Com. Alt Penedès_D_CA

Resulta también el ingreso en la sala de partos de la paciente el día 3 de diciembre de 2015 sobre las 08:52:29 por RPM, treball de part, estant gestant de 39.1 hores. Amniorexi espontània. Després d'un treball de part de 11h13m amb monitoratge fetal durant el part i anestèsia peridural, s'assisteix a un part amb fórceps per Distòcia de rotació, expulsio perllongat, disòcia de descens el dia 03/12/2015 a les 20:03:17, obtenint-se un nadó de sexe femení de 3.650 gr. de pes. Apgar 9-10-10 normal, Episiotomia si/ Estrip no estrips. Alletament matern, etc..

El doc. 9 de la demanda, curso clínico de enfermería, folio 164, contiene otra anotación del día 3 de diciembre de 2015, a las 15:29 horas, del [REDACTED] -comadrón- "TV: dilatación completa, cefálica en I plano", es decir que habiendo rotura de las membranas sobre las 8:00 horas y estando ingresada en el hospital sobre las 9:00 de la mañana, a las 15:29 horas esta era la situación del proceso de alumbramiento.

La siguiente anotación que consta en el doc. 9 de la demanda, también del Sr. [REDACTED] es el 4 de diciembre de 2015, a las 00:24 horas: "Parto instrumentado, fórceps de Kjelland. Posible fractura de clavícula izquierda del RN [recién nacido]" "Puerperio fisiológico ¿(febrícula de 37.3º). se retira vía periférica de mediana izquierda a la petición de la puérpera por la dificultad en la movilidad y manejo del RH, ya que se palpa úero [sic] en contracción y sangrado escaso". "Dolor referido como moderado". "RN visto por pediatría". "Se comunica a planta y se procede a traslado".

Y el mismo día 4 de diciembre de 2015, a las 4:00h, cuando llega a planta, la enfermera Sra. [REDACTED] anota lo siguiente:

"Arriba partera procedent de sala de parts a les =0:15h després de part discòcic fórceps de Kjelland.

Cts estables. Afebril.

Úter contret i pèrdues fisiològiques.

Pdt primera micció.

Inicida dieta a les 1,30h ben tolerada, es pren aigua i suc però no vol menjar res.

Deixo via intermitent.

Es queixa una mica dels punts. Aplico fred al periné. Sembla que es queda més

tranquil·la. Dono tb l'ibuprofé.

Alletament matern iniciat a sala de parts. El nadó també s'agafa aquí a planta. Li costa una mica agafar-se però després bé”.

La elaboración de la historia clínica resulta imprescindible para poder revisar si la actividad asistencial se ha ajustado o no a la lex artis ad hoc. En ella han de anotarse todas las cuestiones que se planteen en el parto que puedan tener relevancia para una revisión retrospectiva, es decir, para permitir que los técnicos que auxilian al Tribunal -que están sujetos a juramento o promesa de actuar conforme a su leal saber y entender- puedan llevar a cabo un examen de la aplicación de la lex artis ad hoc ajustada al acto concreto que descansa en datos objetivos, pues recordemos que están obligados a informar en todo aquello que favorezca o beneficie a cualquiera de las partes (art. 335.2 de la LEC).

En el caso de partos tenemos también el partograma. El [REDACTED] fue tajante cuando puso de relieve que ellos elaboraban un partograma (ahora ya por ordenador) pues este instrumento permite conocer el nivel en el que se hallaba la cabeza del feto en cada momento. En este caso, no se elaboró (o se elaboró y no se ha aportado).

El [REDACTED] además, reconoció las omisiones de la historia clínica. No constaba que se hubiera administrado oxitocina ni la evolución de la cabeza. Admitió también que en la historia clínica no aparece que se hiciera a la embarazada la maniobra de MacRoberts. Sobre las deficiencias de la historia clínica contesta que “posiblemente podrían haber sido más explícitos. La descripción es como un poquito parca”.

A consecuencia de tales omisiones los informes periciales se han elaborado tomando como ciertas las explicaciones del informe del [REDACTED] que, como ha quedado dicho, se hizo a posteriori y no se sustentan en datos objetivos constatados en la historia clínica.

Sus aclaraciones se ajustaron más a cómo se habrían comportado ellos suponiendo una praxis ad hoc que a cómo resultaba la actividad respaldada por la historia clínica.

Esta falta de anotaciones lleva a concluir que los informes descansan en conjeturas, en la representación que se hicieron los peritos que suplieron las ausencias de la

historia clínica con ese informe del [REDACTED] elaborado 10 meses después, a pesar de que tal informe no es más que una declaración de un testigo, cualificado si se quiere, pero testigo en definitiva.

Por otra parte, el [REDACTED] se mostró también dubitativo al responder a muchas de las cuestiones que se le plantearon con la vista en la historia clínica (muy parca). Incluso en otras ocasiones no pudo contestarlas.

En este caso, el informe del [REDACTED] -como documento que forme parte del expediente administrativo, no resulta convincente porque no viene apoyado en datos que, por su relevancia para revisar la asistencia sanitaria dispensada, debería contener la historia clínica.

Si comparamos el informe de la Dra. [REDACTED] vemos que está respaldado con sus anotaciones en la historia clínica. No pasa lo mismo con el informe del Dr. [REDACTED]. El primero goza de credibilidad, pero no el segundo. Abundaremos sobre éste más adelante.

En relación con la maniobra de McRoberts, cuya utilización como hemos dicho más arriba niega la parte actora, fue explicada incluso gráficamente por el Dr. [REDACTED]. Esta maniobra era esencial en la atención sanitaria del caso de autos junto con la maniobra de Mazzanti. Ninguna de ambas consta anotada y la única referencia que tenemos sobre su utilización es el citado informe del Dr. [REDACTED]. De las anotaciones del comadrón no consta ni que se utilizara la maniobra MacRoberts (por el facultativo) ni la maniobra Mazzanti (por el comadrón).

Debemos tener en cuenta la regla de que “nadie puede obtener ventaja de sus propios errores como manifestación del principio general del Derecho nemo auditur propriam turpitudinem allegans (nadie puede ser escuchado, invocando su propia torpeza)” (STS de 841/2018 de 23 mayo, RJ\ 2018\ 2389).

Asiste pues la razón a los demandantes cuando ponen de relieve que no existe constancia de que se utilizaran dichas maniobras.

Igualmente se ignora en qué momento se llegó al III nivel. Este es otro de los datos determinantes para indicar una cesárea dado que se estaba ante un parto prolongado y de riesgo medio. Conocer cuándo se llegó a ese nivel hubiera resultado determinante.

Además de que no podemos conocer cuál fue la evolución del parto, se reconoce que fue un parto prolongado lo cual tiene relevancia si tomamos en consideración el protocolo que obra en el expediente, aportado por la Administración, en relación con las indicaciones de cesárea en el curso del parto, folio 39, Bloque 6. Informe ICAM i escrits susp. ter._D_CA, que aconseja la cesárea en caso de

“Proporción pelvifetal: se disgnosticará cuando, en situación de dilatación completa, dinámica activa y pujos activos, el punto guía de presentación no llegue al tercer plano tras un periodo de tiempo que dependerá de la paridad y la analgesia:

- Sin analgesia epidural: 1 hora en multíparas y 2 horas en primíparas
- Con analgesia epidural: 2 horas en multíparas y 3 horas en primíparas”.

Del Protocolo de la SEGO de 2013, resulta que procede el parto instrumentado por la “Progresión inadecuada de la segunda etapa del parto. En nulíparas: “no progresión a pesar de presentar buena dinámica uterina durante más de 4 horas”, con anestesia loco-regional o más de 3 horas sin anestesia”, topándonos de nuevo con la orfandad de la historia clínica que nos impide conocer si se daban o no las condiciones que recoge este protocolo.

Incluso si tomamos en consideración la hora en que se instrumentalizó el parto, según resulta de la historia clínica (20:03:17) y el momento en que el Dr. [REDACTED] decide quitar el electrodo para que el comadrón procediera a empujar la barriga de la madre a las 19:30, transcurrió un periodo de tiempo innecesario pues el propio Dr. [REDACTED] reconoció que la utilización del fórceps se podía efectuar de inmediato.

El propio perito Dr. [REDACTED] manifestó que si él hubiera conducido el parto “veo esto y lo primero que digo es finalizo el parto” porque un fórceps se hace en minutos.

Del informe del Dr. [REDACTED] hemos de destacar lo siguiente: los dos primeros párrafos resultan de las anotaciones en la historia clínica de la Dra. [REDACTED] y servicio de guardia en el turno en que entró la paciente así como los antecedentes relativos a la gestación.

El apartado tercero no resulta explicativo sino determinadamente exculpatario por lo que no arroja ningún dato objetivo (hora, resultado de la exploración, etc.) relevante a tener en cuenta para examinar si se observó la lex artis ad hoc.

En consecuencia, este Tribunal entiende que sí hubo mala praxis ad hoc en la medida en que no ha acreditado que a la pacientes se le aplicaran todos los medios que están al alcance de la ciencia. Por otra parte, la falta de datos objetivos en la historia clínica no puede recaer sobre quien defiende la falta de asistencia sanitaria durante un periodo de tiempo anterior al parto en el que es determinante el conocimiento de los datos que se han ido produciendo y que resultan decisivos para indicar una u otra actuación. Tales datos y circunstancias eran imprescindible para poder revisar si la actuación sanitaria, que es de medios no de resultado, se ajustó a la norma praxis asistencial que requería el caso concreto, lo que nos ha de llevar a la estimación del recurso de apelación en la medida en que se ha producido una lesión antijurídica que es consecuencia de la defectuosa asistencia sanitaria dispensada.

Solo nos queda fijar la indemnización. En este punto, hemos de acoger la indemnización que resulta del informe pericial del Dr. [REDACTED] y que fija una cantidad total de 92.267,17 euros, según desglose que no es menester reproducir pues consta suficientemente en autos, cantidad que devengará el interés legal desde la fecha de la reclamación en vía administrativa.

CUARTO.- Costas

La estimación del recurso de apelación, comporta que no se haga imposición de costas en esta segunda instancia.

FALLAMOS

1º) Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. [REDACTED] contra la resolución judicial arriba indicada, la cual revocamos por no ser conforme a Derecho.

2º) Condenar solidariamente a las demandadas a abonar a los recurrentes la cantidad de [REDACTED] EUROS [REDACTED] ([REDACTED] euros), además de los [REDACTED]

intereses legales que correspondan a contar desde la fecha de su solicitud en vía administrativa.

3º) Sin imponer las costas.

Notifíquese a las partes la presente Sentencia, que no es firme, contra la misma cabe deducir, en su caso, recurso de casación ante esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo III, Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el art. 89.1 de la LJCA.

El ingreso de las cantidades se efectuará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado concertada con el BANCO SANTANDER (entidad 0049) en la Cuenta de Expediente núm. [REDACTED] o bien mediante **transferencia bancaria** a la cuenta de consignaciones del BANCO DE SANTANDER en cuyo caso será en la Cuenta núm. ES [REDACTED] indicando en el beneficiario el TSJ SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Sección 4ª [REDACTED] y en el apartado de observaciones se indiquen los siguientes dígitos [REDACTED] en ambos casos con expresa indicación del número de procedimiento y año del mismo.

Y adviértase que en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado el Acuerdo, de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

Firme la presente líbrese certificación de la misma y remítase juntamente con el respectivo expediente administrativo al órgano demandado, quien deberá llevarla a puro y debido efecto, sirviéndose acusar el oportuno recibo.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal a los autos principales, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. [REDACTED] estando la Sala celebrando audiencia pública el día 31 de julio de 2.020, fecha en que ha sido firmada la sentencia por los Sres. Magistrados que formaron Tribunal en la misma. Doy fe.