

NOT 8-9-21



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 03 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 1 - 28020

Tfno: 914932682

Fax: 914932684

jprins003mad@madrid.org

42020310

NIG: 28.079.00.2-2019/0253739

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 72/2020

Autos: **Ordinario nº 72/20**
 Demandante: [Redacted]
 Procuradora: Isabel Afonso Rodríguez
 Letrado: Ignacio Martínez García
 Demandada: [Redacted]
 Procuradora: [Redacted]
 Letrados: [Redacted]

SENTENCIA - Nº 257/2021

En Madrid, a seis de septiembre de dos mil veintiuno.

Rafael Fluiters Casado, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta ciudad, vistos los autos de Juicio Ordinario sobre reclamación de daños y perjuicios, tramitados con el número 72/20 y seguidos a instancia de **[Redacted]** contra **[Redacted]**

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por la procuradora Isabel Afonso Rodríguez, en nombre y representación de **[Redacted]** (menor de edad representado por sus padres, El **[Redacted]**), se dedujo en fecha 12/12/2019 demanda de juicio ordinario contra la indicada **[Redacted]**, en la cual, y con base en los hechos y fundamentos que aquí se dan por reproducidos, terminaba solicitando se dictase sentencia por la que se condenase a la demandada a indemnizar al demandante en la cantidad 700.000,00 €, así como a pagar los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro LCS desde la fecha del siniestro, 05/06/2016, y las costas y gastos del procedimiento.

Segundo: Recibida la demanda por turno de reparto en 22/01/2020, y admitida a trámite por decreto de 29/06/2020, de la misma se dio traslado a la demandada, la cual la contestó, oponiéndose con base en los hechos y fundamentos que constan en el correspondiente escrito y que asimismo se dan aquí por reproducidos, solicitando su íntegra desestimación, con imposición de costas a la actora.

Tercero: Seguidamente se convocó a las partes a audiencia previa, a la cual, celebrada el 22/03/2021, comparecieron ambas, constándose la falta de acuerdo y ratificando cada una sus respectivas pretensiones, además de interesar el recibimiento del procedimiento a prueba; y, acordado este, por la actora se articularon los medios de documental, más documental y pericial; y por la demandada los de documental, más



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/covc mediante el siguiente código seguro de verificación: 0889277460938961807866



documental, testifical y dos periciales; las pruebas propuestas, salvo parte de la más documental de la demandada, fueron admitidas y declaradas pertinentes, señalándose día y hora para la celebración del juicio.

Cuarto: Llegado el día fijado, 23/04/2021, con suspensión y reanudación el 14/06/2021, se celebró el juicio y se practicaron las pruebas que venían acordadas, tras lo cual las partes las valoraron vertiendo las alegaciones que tuvieron por conveniente, y declarándose a continuación los autos conclusos para sentencia.

Quinto: En el presente procedimiento se han observado los trámites legales y, en lo posible, los términos y plazos, condicionado el inicio del expediente por la situación de pandemia, y no habiéndose cumplido el plazo previsto para dictar sentencia en atención a la acumulación de expedientes pendientes de resolución definitiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se ejercita por el actor, menor de edad (con tres años al interponerse la demanda y cinco en el día de hoy), representado legalmente por sus padres, [REDACTED], acción dirigida a obtener de la demandada, como aseguradora de la responsabilidad civil en la que pudiera incurrir la ginecóloga [REDACTED], la indemnización de los daños y perjuicios que se dicen para él derivados de la negligencia en la que habría incurrido en la conducción del trabajo o gestión clínica de su alumbramiento, el 05/06/2016, en el Hospital Los Arcos del Mar Menor de San Javier (Murcia), en el que la asegurada de la demandada desempeñaba la labor de ginecóloga de guardia, y que le habría producido una parálisis del plexo braquial por distocia de hombros, con axonotmesis de tres raíces vertebrales, C5, C6 y C7, habiendo requerido reconstrucción quirúrgica, con detección de un neuroma extendido a las terminaciones nerviosas, realizándose injertos neuríticos e infiltración de botox como tratamientos paliativos al existir muy escasas posibilidades de reinervación, pese a lo cual la secuela persiste, dando lugar a un grado de discapacidad del 33% de movilidad en brazo derecho reconocido en Dictamen Médico del Equipo de Valoración y Orientación del Instituto Murciano de Acción Social.

Se opone la demandada cuestionando primero su legitimación para soportar la demanda, cuando, según la póliza de seguro a la que la mencionada [REDACTED] se habría adherido (documento nº 2 de la contestación y páginas 103 a 123 del documento nº 4 de la demanda), estarían excluidas del seguro las *reclamaciones que estuvieran cubiertas bajo el condicionado de cualquier otra póliza anterior*, que en este caso sería la concertada por el Servicio Murciano de Salud, al prestar sus servicios como ginecóloga en un Hospital perteneciente a dicho Servicio; asimismo discute esa legitimación alegando que la doctora [REDACTED] no habría asistido al parto del actor, por lo que a la misma no le serían imputables los supuestos daños causados durante su nacimiento, no habiendo tampoco realizado el control, evolución y ecografías a la madre, señora [REDACTED], durante la gestación, habiendo tenido lugar el parto de forma eutócica, sin ser precisa la actuación de la asegurada, que, cuando habría llegado al paritorio, el feto ya había nacido y no tuvo que intervenir en ninguna maniobra; también alega pluspetición, en tanto el capital máximo asegurado por [REDACTED] era de 601.012,00 €; asimismo sostiene la excepción de prescripción, al considerar que se reclama la indemnización por unos daños generados en el ámbito de una responsabilidad



extracontractual, y desde la fecha del siniestro o nacimiento del demandante el 05/06/2016, y aun desde su intervención quirúrgica en fecha 23/03/2017, habría transcurrido más de un año hasta que se dirigiera la primera reclamación contra la Aseguradora, en 11/11/2018 y 28/10/2019; en cuanto al fondo del asunto, afirma que la actuación médica realizada en el Hospital los Arcos a la señora [REDACTED] habría sido correcta, ajustándose en todo momento a los protocolos asistenciales vigentes para este tipo de patologías; por lo demás, impugna los documentos de la demanda y en particular el informe pericial en que se funda la misma, considerando, de forma subsidiaria, que se estaría ante la solicitud de una indemnización desproporcionada, carente de base jurídica alguna y de informe de valoración del daño que acredite lo que "globalmente" concreta el demandante en la cantidad de 700.000,00 €; y tampoco considera procedente, en su caso, la fijación de intereses de demora a su cargo.

SEGUNDO: La excepción de falta de legitimación pasiva propuesta por la demandada en relación con la supuesta existencia de otra póliza que aseguraría la responsabilidad civil de [REDACTED] como empleada del Servicio Murciano de Salud no resulta de recibo, ya que dicha excepción, fundada en una cláusula excluyente de la responsabilidad contenida en la póliza a la que la referida [REDACTED] figura adherida, no sería oponible al perjudicado, al amparo del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro LCS, y figurando, además en el propio documento nº 2 de la contestación como "Objeto del Seguro" que "[REDACTED] garantiza, dentro de los límites fijados en las presentes Condiciones Especiales y en las Condiciones Generales, el pago de las indemnizaciones por daños y perjuicios económicos (en los términos en que dichas expresiones vienen definidas en las Condiciones Generales), causados a terceros por errores profesionales cometidos por el Asegurado en el ejercicio de su profesión y especialidad sanitaria indicada en las Condiciones Particulares", y entre los "Riesgos Cubiertos", la responsabilidad civil profesional.

Tampoco puede admitirse la excepción de prescripción, ya que, aun compartiendo que se está ante el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual, teniendo en cuenta que el artículo 1969 del Código Civil CC determina que "el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse", la jurisprudencia (por todas STS 17/07/2012 y las que en la misma se citan), en caso de daños derivados de negligencias médicas, ha determinado que el día a partir del cual se debe computar el término de la prescripción es aquel en el que el perjudicado adquiere el conocimiento de la realidad definitiva de su estado patológico o residual a resultas del tratamiento médico quirúrgico recibido, lo que en este caso solo puede considerarse producido tras el dictado en fecha 17/07/2019 por parte del Instituto Murciano de Acción Social de la Resolución por la que se reconoce al menor (hasta 19/02/2022) una discapacidad del 33%, ello con independencia de que la solicitud de diligencias preliminares frente a la mencionada [REDACTED] en fecha 01/03/2018 habría interrumpido la prescripción, al tratarse la solidaridad entre asegurada y aseguradora de una solidaridad propia, derivada de la ley (por todas STS de 14/03/2019), y en observancia del artículo 1974 CC.

TERCERO: Entrando en el fondo del asunto, no existe gran discrepancia entre las partes respecto a las consecuencias patológicas generadas al demandante a raíz de su nacimiento, habiéndose objetivado en la misma "hoja de parto y puerperio



inmediato" y "hoja del neonato" confeccionadas en el Hospital Los Arcos del Mar Menor "parálisis braquial alto derecha" [ver folios 23 y 24 del documento HC [REDACTED] B 4 (COPIA)_N (1) y folios 7 y 8 del documento HC [REDACTED] B 3 (COPIA)_N de los remitidos por el Servicio Murciano de Salud SMS], siéndole practicado un electromiograma en octubre de 2016 que arrojó como resultado "*exploración electromiográfica compatible con PBO (parálisis braquial obstétrica) derecha con axonotmesis parcial de grado severo en nivel C5/tronco superior, grado muy severo en C6/tronco superior y de grado moderado severo en nivel C7/tronco medio; la fase de evolución es subaguda - crónica (4 meses) y la ausencia de reinervación en curso (ongoing denervation) confiere un mal pronóstico para la recuperación funcional de musculatura afectada*".

Posteriormente, en el Hospital General de Alicante, el menor fue intervenido quirúrgicamente el 23/03/2017 (ver folios 263-271/312 del documento nº 5 de la demanda), observándose neuroma grande que llegaba hasta el foramen, llevándose a cabo neulolisis de tronco superior, neurotización selectiva de nervio espinal a supraescapular, redón y cierre, siéndole infiltrada toxina botulínica (25Uds) a subescapular.

Tras varias revisiones, con alguna nueva infiltración, y nueva intervención el 01/06/2020 por parte del doctor [REDACTED], consistente en "transferencia de redondo mayor a manguito rotador (supra e infraespinoso) y sección de ligamento coracoacromial, con inmovilización posterior", el menor ha ido evolucionando con mejoría, siendo la última revisión conocida del pasado 05/04/2021, en la que, en el Servicio de Rehabilitación del Hospital Los Arcos del Mar Menor, la doctora [REDACTED] responsable del proceso de rehabilitación, hace constar, tras haber sido revisado el paciente en el Hospital de Alicante el 30/03/2021, que presenta "*Escápula alada. BA (balance articular) activo de hombro: F (flexión) 100°, abucción 90° (pasivo libre), con rotación exterior activa 80°. Realiza maniobra de peinarse, rotación exterior mano-nuca con dificultad, capaz de meter mano en el bolsillo lateral del pantalón, pero no en el de atrás (no mano-glúteo). Supinación activa de antebrazo incompleta, a -15°. Garra y pinza libres y con BM (balance muscular) funcionales*".

Por otro lado, al demandante, con base en la deficiencia de monoparexia en miembro superior derecho y con diagnóstico de lesión del plexo braquial de etiología sufrimiento fetal, le ha sido reconocido un grado de discapacidad del 33% (28% por limitaciones en la actividad y 5% por factores sociales complementarios), por parte del Instituto Murciano de Acción Social en resolución de 17/07/2019, con validez hasta 19/02/2022.

CUARTO: Por lo que respecta a la causa de la lesión sufrida por el demandante, la PBO, parálisis braquial obstétrica (Erb-Duchenne) derecha, con axonotmesis parcial de grado severo en nivel C5/tronco superior, grado muy severo en C6/tronco superior y de grado moderado-severo en nivel C7/tronco medio, siendo evidente que la misma se produce durante el parto, se analizan las pruebas practicadas a fin de determinar si, como pretende la parte demandante, y conforme al dictamen de su perito, doctor [REDACTED], la causa de la lesión sería la tracción excesiva y desproporcionada del cuello fetal en la maniobra ejecutada para resolver la distocia de hombros presentada, o, si como sostiene la demandada, según el dictamen de su perito, doctor [REDACTED], no existiría una causa única, sino un conjunto de factores (macrosomía, parto muy precipitado, fuerzas maternas violentas, condición de múltipara

de la madre, la propia distocia de hombros, etc.), que habrían provocado la PBO, y no una mala praxis.

Pues bien, lo que en primer lugar se ha de constatar es la defectuosa confección de la historia clínica HC que, como es sabido, *comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro* (artículo 14.1 de la Ley 41/02, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica LAP), y que, como establece el artículo 15 LPA debe *incorporar la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente, teniendo todo paciente o usuario derecho a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales, realizados por el servicio de salud tanto en el ámbito de atención primaria como de atención especializada, y siendo su finalidad principal facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud.*

Y es que, como ambas partes coinciden, en la HC no figura el registro cardiotocográfico (aunque sí se hace constar que la monitorización habría sido normal), que, en su caso hubiese aportado más datos sobre lo que ocurriera en el paritorio, apareciendo en la misma, tanto en el documento "informe de objetos clínicos de pacientes" (página 170/312 del documento nº 5 de la demanda), como en la "hoja de paritorio" (página 30/52 del documento [REDACTED] B2 de los remitidos por el SMS) en el apartado "Observaciones (Libro de Paritorio)": "*Dificultad en extracción de hombros. Maniobra de McRoberts*", pero no apareciendo ni el momento (minuto aproximado), en que se avisa a la ginecóloga de guardia, ni el momento en el que la misma aparece, solo contándose a tal efecto con la propia declaración de la interesada, [REDACTED], quien asegura al deponer como testigo que ella no habría tardado más de "un minuto" en personarse en el paritorio, y comprobando que el niño ya había nacido, estando totalmente desprendido del seno materno, por lo que no tuvo que realizar actividad alguna.

Igualmente se aprecia una defectuosa documentación de la HC cuando, contra toda evidencia, el parto se califica en todo momento como eutócico, cuando la mera aparición de la dificultad en la extracción de los hombros supone una distocia (anomalía), definiendo el término "distócico" el diccionario médico de la Clínica Universidad de Navarra (www.cun.es) como "parto que no cursa con normalidad", y resultando evidente que la distocia de hombros se produjo, como objetivó el propio pediatra que atendiera al menor, [REDACTED], e hizo constar en la "hoja de parto y puerperio inmediato" (folio 24/39 del documento [REDACTED] B4 de los remitidos por el SMS) "*avisan por distocia de hombros; parálisis braquial alto derecha; glucemias según protocolo*". Ciertamente, no puede descartarse que en el "*lenguaje coloquial ginecológico*" se siga hablando de parto eutócico por el mero hecho de tratarse de un parto natural, o no instrumental (con utilización de fórceps, ventosas, etc.), pero debe considerarse poco rigurosa la calificación de un parto como eutócico cuando concurre una distocia cualquiera, y en particular una distocia de hombros; y llama la atención que en la redacción de la HC, en cuanto al parto, no se tuviese en cuenta la objetivada en la propia hoja de parto y puerperio inmediato de una PBO, incluso aunque inicialmente pudiera



haberse considerado hallarse ante una mera paresia (parálisis temporal o disminución de fuerza muscular), y no ante una propia parálisis braquial obstétrica.

Finalmente se constatan como datos relevantes de la HC (ver otra vez el referido "informe de objetos clínicos de pacientes" en páginas 169-170/312 del documento nº 5 de la demanda), que se consigna como "Fecha-Hora inicio expulsivo: 05/06/2016 10:00 horas", como "Fecha-Hora (Llegada a Dilatación): 05/06/2016 10:50 horas", como "Hora fin de parto: 11:25", como "Tiempo de alumbramiento: 5", y como "Duración total del parto: 0:40 horas".

Debe tenerse en cuenta que, como se deduce de lo establecido en el artículo 15.2 LAP, antes mencionado, la HC se confecciona con "criterio médico", y por consiguiente es un documento que se redacta por o bajo la supervisión del facultativo a cargo de la actuación, que en este caso solo puede considerarse la ginecóloga de guardia, doctora [REDACTED] aunque no consta que la misma firmase la "hoja de parto y puerperio inmediato", que solo parece suscrita por la matrona [REDACTED], además de por el pediatra antes mencionado, [REDACTED].

QUINTO: Ante las omisiones o silencios que se aprecian en la HC, tanto por la falta del registro cardiotocográfico, como por la falta de consignación de cuál fuera el momento del aviso a la ginecóloga de guardia por parte de la matrona o matronas que asistían al parto, e inexistencia de reflejo del tiempo empleado por dicha ginecóloga para llegar al paritorio, contándose solo con su afirmación, lógicamente exculpatoria de cualquier responsabilidad, los peritos que han intervenido en el pleito plantean posibles hipótesis sobre lo acontecido, debiéndose significar al respecto que, aun aceptando como factores que habrían podido incidir o coadyuvar en la causación de la lesión del feto los mencionados por el doctor [REDACTED] (macrosomía, parto muy precipitado, fuerzas maternas violentas, condición de múltipara de la madre, la propia distocia de hombros, etc.), necesariamente ha de consignarse que no existe en la HC mención alguna a esas fuerzas maternas violentas o pujo excesivo por parte de la madre, de lo cual, en su caso, debería haber quedado constancia, sobre todo cuando, inmediatamente después del parto, se objetiva, o al menos intuye, el resultado lesivo en el niño recién nacido, y apareciendo, como se ha dicho, que el "tipo de monitorización" habría sido "normal".

Debe aquí ponerse de manifiesto la contradicción flagrante en la que incurre el expresado perito [REDACTED], que, tras indicar en su conclusión general octava que "... Si añadimos a esta situación existencia de un feto de 4.910 gramos en una múltipara y una distocia de hombros, es muy probable que el parálisis braquial se deba más bien a este conjunto de factores que a la mala praxis...", en el juicio, celebrado el 23/04/2021 (minuto 12:13), afirma con rotundidad "para mí no hubo distocia de hombros", lo que inevitablemente conduce a dudar de su imparcialidad.

Sentado lo anterior, cabe preguntarse si la lesión producida en el menor habría resultado en este caso inevitable, o considerarla un mal menor, ante la posibilidad de que la distocia de hombros hubiese terminado provocando graves daños derivados de la insuficiencia de oxígeno (hipoxia) o su asfixia.

Pues bien, habiéndose hecho eco las dos periciales antes dichas de la "Guía práctica de asistencia de la Distocia de Hombros" DH, publicada por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia SEGO en abril del 2015, en esta se consigna (ver ambas periciales) que "*tras el diagnóstico de DH se recomienda:* • *la actuación debe ser rápida, a cargo, preferiblemente, de un obstetra experimentado;* • *se debe solicitar la presencia*

en el paritorio de un anestesista, un neonatólogo, una matrona y un auxiliar de enfermería; se recomienda anotar la hora de salida de la cabeza y contabilizar los minutos hasta la expulsión del cuerpo fetal; • se ha de analizar la situación estática existente: - grado de desprendimiento de la cabeza; - determinar la situación de cada hombro; - grado de enclavamiento y descenso de los hombros; - facilidad de rotación de los hombros; y - posición fetal (indica el sentido de las presiones externas a realizar y permite analizar el origen de la morbilidad si se produce); • además, se deben cumplir las medidas de: - impedir el pujo materno incontrolado y la tracción excesiva sobre la cabeza fetal; - contraindicar la aplicación de presión sobre el fondo uterino (maniobra de Kristeller); - evitar clampar o cortar una circular de cordón hasta que se haya resuelto la DH; - valorar la necesidad de episiotomía; no se considera obligatoria en todos los casos, reservándose para facilitar la realización de maniobras que requieran de una manipulación interna; - si la vejiga se encuentra distendida, realizar sondaje vesical; y - una vez resuelto el evento se deben constatar las actuaciones en el registro "Distocia de Hombros". Finalmente recoge que se han descrito numerosas maniobras de aplicación secuencial, no habiendo ninguna de ellas demostrado ser superior a la otra, y entre las que refiere: de primer nivel, Maniobra de McRoberts, Técnicas de Mazzanti y de Rubin (presión suprapúbica), y Maniobra de Gaskin (posición "a gatas"); de segundo nivel, Maniobra de destornillador de Woods, Maniobra de Rubin (maniobra de Woods inversa) y Maniobra de Jacquemier; y de tercer nivel, Fractura intencionada de clavícula, Maniobra de Zavanelli (reintroducción del vértice fetal en la vagina con posterior extracción mediante cesárea), Rescate abdominal (manipulación del hombro anterior a través de histerotomía segmentaria transversa baja para desimpactarlo y posterior extracción por vagina) y Sinfisiotomía o maniobra de Zárate.

También es preciso consignar que según esa misma guía, como refiere el perito [REDACTED], y no niega [REDACTED] una vez se ha producido una DH se recomienda que los pasos antes dichos deban quedar por escrito tanto en "Hoja de Tocurgia" por el facultativo especialista asistente, como por la matrona en la "Hoja de enfermería", haciendo constar la hora de la salida de la cabeza, la hora de la salida del cuerpo, especificando cuál es el hombro anterior (izquierdo o derecho) en el momento del diagnóstico de la DH, posición de la cabeza durante el periodo del expulsivo, secuencia de las maniobras empleadas, exploración del canal del parto y del periné, personal implicado en la asistencia a la madre y al recién nacido, Test de Apgar, tipo de reanimación y pH arterial de cordón umbilical del neonato, y evaluación neonatal inicial.

Así las cosas, resulta claro que en el presente caso la guía SEGO sobre asistencia de la Distocia de Hombros no se habría observado, o se habría observado en una pequeña parte, no habiéndose llegado siquiera a diagnosticar propiamente la DH, ni por consiguiente conformado el equipo recomendado (obstetra experimentado, anestesista, neonatólogo, matrona y auxiliar de enfermería), habiéndose sí avisado a la ginecóloga de guardia que, sin embargo, no consta diese instrucciones en el sentido mencionado, ni ordenado, bien la paralización o ralentización, hasta su llegada al paritorio, del proceso expulsivo, bien la realización de otras maniobras de primer (o segundo) nivel al alcance de las matronas.

Es preciso además tener en consideración que, como constata la propia SEGO en su documento Recomendaciones para la Organización de un Servicio de Obstetricia y Ginecología que aparece inserto en la página de la Consejería de Sanidad de la Junta de Andalucía (ver <http://www.sspa.juntadeandalucia.es/> ... informacion_parto/



... Organizaci%C3%B3n%20S%C2%BA%20&G%20SEGO-2005.pdf), y del que también se hace eco el Ministerio de Sanidad en el documento "Estándares y Recomendaciones de la Maternidad Hospitalaria" (ver www.mscbs.gob.es/.../AHP.pdf), la labor de un servicio de ginecología y obstetricia, además de debidamente protocolizada, y sin perjuicio del respeto a las competencias y habilidades de cada profesional, se realiza enmarcada en una estructura jerarquizada, además de coordinada, de forma que las matronas, aunque puedan considerarse autónomas en el ejercicio de sus funciones, actúan bajo la supervisión y superior dirección del/a ginecólogo/a, obstetra o tocólogo/a, no de manera independiente, que es lo que en definitiva viene a sugerir la ginecóloga [REDACTED] en su declaración como testigo, pretendiendo por ello ser ajenas a su actuación todas las decisiones adoptadas por la matrona o matronas que conducía/n el parto, lo que podría tener algún sentido de no haber recibido aviso, pero no en este caso en el que consta que desde el paritorio se avisó a la ginecóloga, momento a partir del cual le es exigible toda la responsabilidad por lo acontecido.

SEXTO: Por consiguiente, llegados a este punto, no solo se constata una deficiente documentación de la historia clínica, con claras omisiones, sino además, la ignorancia del protocolo para el tratamiento de la distocia de hombros contenido en la Guía SEGO sobre esa patología, que, como se ha dicho se relacionan para su aplicación secuencial, que ha de significar que si falla una se aplica otra, y así hasta conseguir el objetivo, que no ha de ser otro que el nacimiento de un niño sano, y sin perjuicio de la alta morbilidad/mortalidad de las maniobras de tercer nivel.

Además, si, como señala el perito [REDACTED], y no niega [REDACTED], ante una distocia de hombros, en la que los hombros fetales, al entrar en la pelvis de manera directa, quedan impactados contra la sínfisis del pubis o el promontorio del sacro, "*a partir de este momento se estima que el asistente al parto tiene unos siete minutos (según Barranco Armenteros M.; de 7 a 8 minutos, según Rodríguez Márquez, A.) para extraer un feto previamente bien oxigenado antes de que se produzcan daños por asfixia*", ese era el tiempo con que se contaba para intentar otras maniobras de primer nivel, de segundo nivel y aun de tercer nivel, por lo que resulta evidente que la extracción del feto del seno materno se habría llevado a cabo de manera precipitada, lo que, objetivada la consecuencia lesiva, permite concluir de manera lógica y racional, en ausencia de evidencia de que fuera otra la causa, que dicha extracción se habría realizado mediante una tracción excesiva por parte de la matrona o matronas (además de [REDACTED] [REDACTED] figura como segunda matrona [REDACTED]), sin que conste intervención alguna de la ginecóloga de guardia para evitarla o reconducirla.

SÉPTIMO: Con independencia de lo hasta aquí expresado, se ha de significar que, aunque la propia Guía práctica de la SEGO para el tratamiento de la Distocia de Hombros califica este episodio como evento impredecible o imprevisible, en la misma, como ambos peritos constatan (ver página 33/49 del informe de [REDACTED] y 17/47 del informe de [REDACTED]), se señalan como factores de riesgo asociados a esa distocia, algunos que concurrían en el embarazo de la señora [REDACTED], tales como la macrosomía fetal (en los controles ecográficos previos el peso del feto estaba por encima del correspondiente a la edad gestacional, con percentiles 96 y 80 en las semanas 32 y 38 de embarazo), antecedentes de macrosomía (en las dos gestaciones anteriores se trataba de fetos macrosómicos de 4.060 y 4.020 gramos respectivamente, aunque los dos partos anteriores fueron vaginales eutócicos y transcurrieron sin incidencias), y sexo



masculino del feto, todo lo cual sin embargo no modificó la calificación del embarazo como de bajo riesgo, y habiendo concurrido un factor de riesgo intraparto, el denominado "parto precipitado".

OCTAVO: Como tiene dicho la jurisprudencia (por todas SsTS de 24/11/2005, 10/06/2008, 02/10/2009 y 18/05/2012), en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva o una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, habiéndose establecido que el criterio de imputación del artículo 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo; por ello, la prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades, aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido (SsTS de 19/10/2007, 13/07/2010 y 18/06/2013).

También procede recordar la denominada doctrina del daño desproporcionado, que es aquél no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médico-sanitaria (SsTS 23/05/2007 y 08/11/2007), en cuyos casos, en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que el daño se produjo si se presenta en la esfera de su actuación profesional y no es de los que habitualmente se originan sino por razón de una conducta negligente, cuyo enjuiciamiento debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recaer sobre el que causa un daño no previsto ni explicable, de modo que la ausencia u omisión de la misma puede determinar la imputación.

Pues bien, aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, nos encontramos, en primer lugar, con una serie de actuaciones o de omisiones directamente imputables a la ginecóloga [REDACTED] como ginecóloga de guardia el día del alumbramiento del demandante; la historia clínica, responsabilidad de dicha profesional, por sus omisiones y contradicciones, no refleja adecuadamente el proceso del parto, no constando el momento en el que la dificultad en la extracción de los hombros (auténtica distocia de hombros) se produce, no apareciendo tampoco qué instrucciones habría dado la ginecóloga antes de su personación en el paritorio y el tiempo invertido en llegar al mismo; no se observó, o se observó indebidamente, el protocolo de distocia de hombros de la SEGO, no constituyéndose el equipo (obstetra experimentado, anestesista, neonatólogo, matrona y auxiliar de enfermería) ni documentándose la oportuna "hoja de tocurgia"; a excepción de la maniobra de McRoberts, no se practicaron las demás maniobras previstas como secuenciales en la guía indicada, y ello a pesar de que es más que probable que hubiese habido tiempo para ello, al aparecer en la HC como "tiempo de alumbramiento: 5", es decir cinco minutos de los siete u ocho con los que se cuenta para agotar esas maniobras sin provocar hipoxia o asfixia en el feto; y, finalmente, no consta realizada prevención alguna sobre esa posible distocia de hombros (alerta), a pesar de contar la madre con varios factores de riesgo de sufrir esa patología intraparto y concurriendo además el parto precipitado.



Por consiguiente, en atención a todo lo expresado, considerando que si bien la distocia de hombros es un evento imprevisible o impredecible, se estima que, concurriendo factores de riesgo, el equipo obstétrico debía estar alerta y, en el primer momento en que dicha distocia (dificultad), apareciera, debería haberse puesto en marcha de inmediato el protocolo correspondiente, intentando secuencialmente, y por obstetra experto, las maniobras antes indicadas, y evitando el resultado lesivo que, en consecuencia, y como daño desproporcionado no debidamente explicado por la ginecóloga a cargo del parto, debe considerarse a ella imputable por omisión, y, en consecuencia, deberá estimarse, en la cuantía que corresponda, la demanda entablada.

NOVENO: Estableciendo el antes mencionado artículo 1902 CC que *"el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"*, conforme a dicho precepto, y artículo 76 de la LCS, procede fijar la oportuna indemnización a favor del demandante y a cargo de la aseguradora demandada.

Sin embargo, al afrontar esa tarea es preciso constatar que la cuantificación efectuada en la demanda aparece huérfana de explicación o razonamiento, más allá de compararla con la que, a juicio del actor, le correspondería de derivar su lesión de un accidente de tráfico, es decir en aplicación del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, aunque en este caso tampoco explica la fuente técnica de su cuantificación en puntos y en cuantías, de forma que, aun siendo cierto todo lo que se expresa en la demanda, relativo a que el baremo de tráfico no es vinculante para casos diferentes a los que contempla la ley, y que la determinación de la cuantía que ha de servir de compensación de los daños ocasionados *"es el resultado de una actividad de apreciación que corresponde al juzgador, para lo que goza de amplia libertad que abarca la posibilidad de servirse de sistemas objetivos como el del baremo a efectos orientativos ..."*, se estima que, en supuestos como el de autos ese baremo sí puede ofrecer un parámetro objetivo y razonable de indemnización, más cuando el mismo, aun con sus carencias y limitaciones, fue revisado y mejorado en el año 2015, con la Ley 35/15, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Es por ello que, sin perder de vista la pretensión deducida en la demanda, y teniendo en consideración la única pericial específicamente dedicada en este juicio a la "valoración del daño personal", que es la emitida, en parte escrita, y en parte solo verbalmente en el juicio, a instancia de la parte demandada, por el perito Bernardo Perea Pérez BPP, no habiendo expresado su parecer en cuanto a las lesiones del demandante sino tras analizar el historial médico remitido por el SMS, se va a calcular cuál es la indemnización que razonablemente correspondería al demandante según el referido sistema.

Así, cuantificando primero la "Indemnización por Secuelas" (físicas), tabla 2.A.1. del sistema, el actor cuantifica la/s secuela/s en 40 puntos, mientras que el perito BPP la fija en 20 puntos. Pues bien, si se tiene en cuenta que el perito toma en consideración la secuela 01075 del sistema "Plejía por lesión plexo braquial (tipo ERB – Duchene) (raíces C5-C6)", pero rebajada a paresia, al no existir parálisis, pero considerando que el demandante además tiene afectada la raíz C7/tronco medio, que no se incluye en el tipo Erb-Duchenne, parece razonable acudir a la secuela 01032 "Monoparesia de miembro superior grado grave", que, aunque de origen medular, no periférico, permite computar en su conjunto la afectación, y sin olvidar que ambos tipos de secuela están conectados, como lo demuestra el comentario insertado al inicio del



apartado 2.2 de la descripción de las "secuelas motoras y sensitivomotoras de origen periférico", donde se dice que "La suma resultante por lesión de los nervios de la extremidad superior no puede superar a la monoplejía"; así las cosas, estableciéndose en la secuela 01032 una puntuación de entre 30 y 40 puntos, se considera procedente cuantificar la objetivada en 35 puntos, ya que, a la hora de considerar el resultado final del proceso evolutivo de [REDACTED] solo se cuenta con el diagnóstico final de la médico de rehabilitación, [REDACTED], consignado en el fundamento de derecho tercero, "Escápula alada. BA (balance articular) activo de hombro: F (flexión) 100°, abucción 90° (pasivo libre), con rotación exterior activa 80°. Realiza maniobra de peinarse, rotación exterior mano-nuca con dificultad, capaz de meter mano en el bolsillo lateral del pantalón, pero no en el de atrás (no mano-glúteo). Supinación activa de antebrazo incompleta, a -15°. Garra y pinza libres y con BM (balance muscular) funcionales", no habiendo inexplicablemente la parte actora proporcionado los informes emitidos por el Hospital General de Alicante tras la intervención del menor en fecha 01/06/2020 por parte del doctor [REDACTED]

Por lo que se refiere a las secuelas estéticas, integradas por las tres cicatrices que el perito BPP considera poco marcadas y la asimetría derivada de la "escápula alada", a la que se debe añadir la propia paresia como defecto visible y perceptible, significar, respecto a las primeras que, a la vista de las fotografías por el perito aportadas solo en parte se puede compartir su criterio, ya que, mientras la que aparece casi en la axila sí resulta poco visible, la existente en el pecho, junto al hombro derecho, resulta claramente visible e incluso parece tener un aspecto que loide, apreciable por terceros en cualquier actividad que requiera desnudar el torso, tales como la natación; pero lo más relevante es la asimetría que se aprecia en las fotografías y la paresia como defecto visible y perceptible, de forma que, conjuntamente ponderadas, como determina el artículo 103.2 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor LRCSCVM, se considera razonable la puntuación consignada en la demanda de 21 puntos, ya que ciertamente debe entenderse que se está ante un perjuicio estético entre medio e importante.

En cuanto a los daños morales complementarios por perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial (tabla 2.B), también se estima razonable la calificación como moderado que se hace en la demanda, en tanto la secuela va a condicionar toda la vida del demandante.

Por lo que se refiere a las indemnizaciones por lesiones temporales, se acepta que han de computarse todos los días desde el nacimiento del niño hasta la retirada de la escayola, que, fijada en seis semanas después de la intervención quirúrgica practicada al menor en Alicante en fecha 01/06/2020, con "transferencia de redondo mayor a manguito rotador (supra e infraespinoso) y sección de ligamento coracoacromial, con inmovilización posterior y próxima revisión con cirugía el 16/06/2020; el yeso debe llevarlo unas 6 semanas", que alcanzan los 1.499 días sugeridos por el perito BPP, si bien, a la vista de la HC (ver en concreto el documento HC [REDACTED] B 1 remitido por el SMS), se puede constatar que el niño, además de la intervención propiamente quirúrgica de 01/06/2020 ha sido además al menos dos veces infiltrado con botox en el mismo Hospital de Alicante, la primera en 23/03/2017, inmovilizado tres semanas con férula, y la segunda en 12/11/2018, siéndole retirado el yeso el 27/11/2018 (ver páginas 13 y 18/37 del referido documento). Por consiguiente, de esos 1.499 días, deben computarse como de perjuicio por pérdida temporal de calidad de vida grave, 6 días, 4 de la operación del 16/06/2020 y uno por cada día de infiltración; y 78 de perjuicio por pérdida temporal de



calidad de vida moderado (los períodos en los que ha debido llevar yeso o férula), siendo el resto, 1.415 días, de perjuicio personal básico.

Además, procede cuantificar la indemnización por intervenciones quirúrgicas, que, en atención a esas tres actuaciones, aunque dos fuesen de carácter ambulatorio, se estima proporcionado fijar en un total de 2.400,00 € (1.600,00 + 400,00 + 400,00).

También se estima procedente establecer una indemnización por los gastos de rehabilitación futura, siendo previsible que el perjudicado tenga que seguir con esa terapia de por vida, para intentar recuperar el máximo de movilidad y funcionalidad, o cuando menos no perder la lograda, y considerando razonable y ponderada la pretendida por ese concepto (con carácter comparativo) en la demanda de 269.960,00 € (4.000 €/año durante 67 años y medio, aproximadamente).

Finalmente, y en cuanto al lucro cesante, es el propio perito BPP el que reconoce que el perjudicado no podrá desarrollar en el futuro todos aquellos trabajos que supongan la realización de esfuerzos con los dos brazos de forma coordinada y simultánea (minuto 11:20 de la grabación del juicio), lo cual a todas luces le incapacita para llevar a cabo "una gran cantidad y variedad de actividades laborales", que es como el artículo 130.d) de la LRCSCVM define la incapacidad total en lesionados pendientes de acceder al mercado laboral menores de treinta años; así las cosas, conforme a lo establecido en el artículo 48 LRCSCVM y Tabla 2.C.8 de las "Bases Técnicas Actuariales del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios Causados a las Personas en Accidentes de Circulación", que obra en la página web de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (www.dgsfp.mineco.es), la indemnización correspondiente al perjudicado, pendiente obviamente de acceder al mercado laboral, es la de 96.217,00 €.

En resumen, la total indemnización que, conforme al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, le corresponde al demandante es la de 564.560,56 €, que se desglosa de la siguiente manera: 67.861,12 € por 35 puntos de secuela física; 31.166,44 € por 21 puntos de secuela estética; 2.400,00 € por (2+1) intervenciones quirúrgicas; 42.450,00 € por 1.415 días de perjuicio personal temporal básico; 4.056,00 € por 78 días de perjuicio personal temporal moderado; 450,00 € por 6 días de perjuicio personal temporal grave; 50.000,00 € por daños morales complementarios por perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial; 269.960,00 € por gastos de rehabilitación futura; y 96.217,00 € por lucro cesante derivado de incapacidad permanente total.

Y, al no superar dicha indemnización la suma de 601.012,00 € que se alega por la demandada como capital máximo asegurado, huelga hacer mención alguna a la excepción de pluspetición.

DÉCIMO: También se van a imponer a la demandada los intereses del artículo 20 LCS, al considerar que un estudio mínimamente riguroso por parte de la aseguradora demandada le habría llevado a considerar como cierta la negligencia por omisión de su asegurada, y la necesidad de indemnizar al perjudicado, y considerando por ello injustificada la falta de satisfacción de una indemnización, más cuando [REDACTED] ni siquiera contestó los requerimientos extrajudiciales y renunció a examinar al perjudicado hasta una vez formalizada la demanda.

UNDÉCIMO: Por último, se consideran plenamente de recibo las alegaciones de la parte demandante relativas a las costas, estimando de observancia la doctrina



contenida entre otras en SsAP Madrid 10ª de 30/05/2019 y 31/01/2019 y 18ª de 10/10/2016, y considerando en cualquier caso que, dadas las circunstancias y la dificultad de fijar de antemano el quantum indemnizatorio, se está ante una estimación sustancial de la demanda (leve diferencia entre lo pedido y lo concedido, SsTS 09/02/2006, 18/06/2008 y 16/02/2015), por lo que se impondrán las costas del procedimiento a la parte demandada en aplicación de lo establecido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimo sustancialmente la demanda formulada por la procuradora Isabel Afonso Rodríguez, en nombre y representación de [REDACTED], contra [REDACTED], y en su virtud, condeno a la demandada a indemnizar al actor con la cantidad de **quinientos sesenta y cuatro mil quinientos sesenta euros y cincuenta y seis céntimos de euro (564.560,56 €)**, con más sus intereses de demora del artículo 20 LCS devengados desde 05/06/2016, y con imposición a la demandada de las costas del procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en el término de veinte días, recurso de apelación ante este Tribunal para su resolución por la Audiencia Provincial de Madrid, justificando al hacerlo haber depositado la suma de 50,00 € en la cuenta de consignaciones del Juzgado.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en esta primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.