



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen **217/2012**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 20 de septiembre de 2012, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 24 de abril de 2012, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **113/12**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 26 de agosto de 2011 (de certificación en la Oficina de Correos), x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por los siguientes hechos según describe:

Con ocasión del nacimiento de su tercer hijo, la reclamante y su esposo decidieron que se le practicase la oclusión de ambas trompas de Falopio, mediante el procedimiento de ligadura tubárica bilateral, con la única finalidad de impedir nuevos embarazos.

Con fecha 9 de noviembre de 2009 la paciente ingresó en el Hospital Virgen de la Arrixaca, de Murcia para practicarle la intervención de ligadura coincidiendo con la cesárea, siendo dada de alta el 13 siguiente.

Tras el proceso de amamantamiento del bebé y dado que no iba a tener más hijos, el 30 de julio de 2010 se sometió a una mamoplastia de reducción en el Hospital San Carlos de Murcia, cuyo coste fue de 5.850 euros.

A finales de mes de septiembre, cuando habían transcurrido unos 10 meses desde la ligadura de trompas consultó con un especialista en obstetricia y ginecología, Dr. x, quien mediante ecografía transvaginal, en fecha 7 de octubre de 2010, confirmó el diagnóstico de embarazo, siendo calificado de alto riesgo por el Hospital Virgen de la Arrixaca.

Finalmente, con el seguimiento realizado, el embarazo discurrió con cierta normalidad hasta que el 12 de mayo de 2011 nació su cuarto hijo, de nombre x.

Por todo ello, considera que el nacimiento de su cuarto hijo ha tenido unas consecuencias en el plano físico y psicológico derivadas de la gestación y el alumbramiento, debido a una inexistente o deficiente intervención de oclusión tubárica bilateral, que concreta en los siguientes padecimientos:

1. Consecuencias en el plano físico y psicológico. Volver a pasar por un embarazo calificado de alto riesgo, que precisamente quería evitar, implica un padecimiento físico y psicológico durante los 9 meses de la gestación, con rechazo a la misma y al propio feto. También ineficacia sobrevenida de la operación mamaria estética.
2. Consecuencias en el plano económico. Es evidente que un hijo supone un gasto de por vida difícil de cuantificar, máxime cuando ya tienen tres hijos, dos de ellos con una enfermedad diagnosticada. Pero aún así existen gastos directamente relacionados con el nacimiento, tales como la adquisición de un vehículo nuevo al no ser posible su utilización por 6 pasajeros, de un carro portabebés doble para los pequeños, además de otra cantidad de material especializado, de una silla de automóvil, de biberones, etc.

Además expone la necesidad de contar con la ayuda de una tercera persona puesto que ambos cónyuges trabajan.

Imputa el daño al funcionamiento del personal médico del Servicio Murciano de Salud, que concreta en la asistencia sanitaria prestada el 9 de noviembre de 2009, a la que achaca que bien no fue practicada la intervención de esterilización, bien aunque fuera realizada fracasó por un defecto de la técnica y no por causas naturales, puesto que sostiene que la recuperación en estos casos de la capacidad generativa de los conductos de Falopio se produce en un plazo superior a un año, cuando en este caso el embarazo se produjo sólo unos 9 meses y medio después de la supuesta ligadura.

Finalmente, tras describir los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial que en su opinión concurren en el caso, concreta las distintas partidas indemnizatorias:

- Gastos cuantificables: 52.652,28 euros.
- Gastos no directamente cuantificables derivados de compromisos económicos futuros: 30.000 euros.
- Daños morales y psicológicos: 70.000 euros.

Concluye solicitando una cuantía indemnizatoria de 152.652,28 euros, que podrá ser incrementada por otros conceptos que pudieran materializarse durante la tramitación del procedimiento, más los intereses legales correspondientes, acompañando los documentos que figuran en los folios 23 a 55 del expediente, proponiendo como prueba documental la historia clínica de ambas intervenciones y el protocolo quirúrgico correspondiente. También muestra su disposición a un acuerdo convencional con la Administración sanitaria.

SEGUNDO.- Con fecha 22 de septiembre de 2011, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación presentada, la cual fue notificada a las partes interesadas, entre ellas a la compañía aseguradora del Ente Público, a través de la correduría de seguros.

Al mismo tiempo se solicitó copia de la historia clínica, los protocolos quirúrgicos e informe de los facultativos que atendieron a la paciente al Hospital Virgen de la Arrixaca.

TERCERO.- Desde el Hospital Virgen de la Arrixaca se remitió, en fecha 27 de octubre de 2011, la copia de la historia clínica y el informe del Dr. x con el siguiente contenido:

"La paciente x acudió a la puerta de urgencias del Hospital Maternal del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca de Murcia el día 9 de Noviembre de 2009, por referir contracciones. Se encontraba en la semana gestacional 36+3 y ésta era su tercera gestación, las dos anteriores finalizaron por cesárea. La paciente presentaba contracciones (dinámica uterina), por lo que se preparó para intervenir de cesárea urgente, cursando las analíticas pertinentes. La paciente firmó el consentimiento informado de cesárea (por presentar dos cesáreas previas y dinámica uterina) y oclusión tubárica. En este último documento se indica que la oclusión tubárica es el método más efectivo de los métodos de planificación familiar, aunque su efectividad no es del 100 %. Existe un porcentaje de fallos en los que se produce una nueva gestación. Este porcentaje de fallos es del 0.4-0.6%.

Ese mismo día se practica la cesárea, en la que se realiza ligadura tubárica bilateral. El procedimiento quirúrgico transcurre sin mayores incidencias, dejando por escrito en el protocolo quirúrgico que se realiza la oclusión tubárica bilateral y que se envían fragmentos de ambas trompas de Falopio al Servicio de Anatomía Patológica para su cotejo y estudio. La paciente es dada de alta el día 13 de noviembre de 2009, con un postoperatorio inmediato normal y sin más complicaciones. El informe de anatomía patológica es emitido el día 12 de noviembre de 2009, informando de que recibieron dos fragmentos de trompas uterinas sin alteraciones.

Posteriormente en 2010 la paciente queda gestante, y se le programa cesárea electiva en la semana de gestación 37 por tener tres cesáreas anteriores. El día 12 de mayo de 2011 se practica cesárea firmando la paciente el consentimiento de cesárea y nuevamente el de oclusión tubárica. En el procedimiento quirúrgico se redacta que se realiza nuevamente ligadura tubárica sobre la cicatriz de la ligadura practicada el día 9 de noviembre de 2009. El resto de la intervención quirúrgica, según se indica en el protocolo de esta cuarta cesárea, no expone ninguna incidencia.

La paciente es dada de alta el día 12 de mayo de 2011 con un postoperatorio inmediato normal".

Consta en el historial el consentimiento informado de la paciente para la intervención de oclusión tubárica (folios 79 y 80), en cuyo documento figuran los porcentajes de fallos en el sentido expresado por el facultativo que la intervino, así como las complicaciones específicas de esta intervención. También figura el informe de anatomía patológica sobre las muestras de las trompas de Falopio, fechado el 12 de noviembre de 2009 (folio 83).

CUARTO.- Por la Compañía Aseguradora del Ente Público, --, se aporta informe médico pericial (folios 98 a 100), que concluye:

"- Que x ingresó en el Hospital Virgen de la Arrixaca el 9-11-09 para finalización de su tercer embarazo mediante

cesárea.

- Que solicitó que durante dicha cesárea le fuera realizada una ligadura de trompas.
- Que dicha técnica se llevó a cabo mediante extirpación de un fragmento de cada trompa y cierre de los cabos.
- Que la paciente quedó nuevamente embarazada a los ocho meses del procedimiento.
- Que la técnica utilizada es la más efectiva, a pesar de lo cual presenta un 0,4- 0,6% de fracasos.
- Que este fracaso no depende de una técnica inadecuada sino de una respuesta del organismo sobre la que el cirujano no puede tener control.
- Que esta información se puso en conocimiento de la paciente.
- Que las actuaciones médicas fueron correctas y adecuadas a las normas de la buena práctica".

QUINTO.- Por el órgano instructor, transcurridos más de 3 meses desde la solicitud de informe a Inspección Médica sin haberse emitido, se otorgó trámite de audiencia a las partes. Con posterioridad, el 13 de marzo de 2012 tuvo entrada en el Servicio Jurídico el informe de Inspección Médica de 2 de marzo anterior (folios 106 a 108), que no aprecia razones para la indemnización.

Dicho informe es remitido a la Compañía Aseguradora, y retirado personalmente por la propia reclamante (folio 109).

SEXTO.- Por parte de la reclamante se presenta escrito de alegaciones de 28 de marzo de 2012, en las que reitera las vertidas en el escrito de reclamación, considerando que dado el escaso tiempo transcurrido desde la ligadura hasta la gestación, que no supera el año, únicamente caben dos opciones, un defecto de la técnica aplicada o que la recanalización se haya producido por causas naturales. Según manifiesta, por causas naturales es unánime la opinión que ha de transcurrir un lapso de tiempo suficiente que, en todo caso, es superior al año, no concurriendo en el presente caso, puesto que la reclamante quedó embarazada a los 9 meses y medio tras la realización de la ligadura, por lo que el fracaso es achacable a un defecto de ejecución de la técnica empleada.

Además señala (primer otrosí digo) que los informes médicos de la Administración son claramente insuficientes, soslayando una parte importante del objeto de la reclamación, solicitando que los informantes se pronuncien sobre la posibilidad de recanalización espontánea de las dos trompas en el plazo de 9 meses y medio tras la ligadura de ambas trompas, aplicando la técnica correcta, con independencia de que la parte reclamante manifieste que solicitará el informe de un especialista, que será aportado a la Administración a la mayor brevedad posible. Hasta tanto se acompaña, como prueba, el Dictamen núm. 809/2010, de 9 de noviembre, del Consejo Consultivo de Canarias, sobre un caso exactamente igual al suyo, según refiere.

De otra parte, expresa que le resulta sospechoso que el documento de envío de muestras de la oclusión tubárica al Servicio de Patología sea de fecha anterior a la propia intervención, cuando además la paciente ingresó el mismo día de la intervención y no cinco días antes, pese que se pretenda justificar así en el informe de la Inspección Médica.

También pone de manifiesto que en la decisión de no tener más descendencia, que fue motivada, incidió también el hecho de tener dos hijos con alguna complicación, como la neutropenia autoinmune padecida por una hija o la hidrocefalia diagnosticada a otro hijo, tratados en el mismo Hospital Virgen de la Arrixaca; en el caso de este último se ha detectado retraso motor muy significativo en fechas recientes, acompañando la documentación acreditativa de su derivación al Servicio de Neurología.

Finalmente, propone al Servicio Murciano de Salud (folios 118 y 119) que amplíe el periodo de prueba en los siguientes extremos:

1. Requerir a los informantes obrantes en el expediente (perito de la compañía aseguradora e Inspección Médica) para que completen el informe, pronunciándose sobre la posibilidad de recanalización espontánea de, no una, sino de las dos trompas en el plazo de 9 meses y medio desde la ligadura de ambas aplicando la técnica correcta. También que con dicha ampliación se permita a la parte reclamante aportar un informe pericial sobre el extremo anterior.
2. Que por el Servicio Murciano de Salud se realicen las averiguaciones pertinentes sobre el envío de muestras al Servicio de Patología en la primera intervención, dado que es de fecha anterior a la propia intervención, aunque *a posteriori* se pretenda justificar en el informe de la Inspección Médica que dicha fecha se refiere a la descrita por la paciente, pero dicho dato no cuadra porque ésta ingresó el mismo día de la intervención, no cinco días antes.

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 12 de abril de 2012, desestima la reclamación presentada por no ser antijurídico el daño alegado, al estar firmado el documento de consentimiento informado en el que se recogen los porcentajes de fallos de la intervención practicada, sin que en el documento suscrito se especifique que debe transcurrir más de un año para la recanalización espontánea, careciendo de fundamentación científica dicho dato.

OCTAVO.- Con fecha 24 de abril de 2012 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Reglamento del Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP) y con el artículo 142.3 LPAC en la redacción dada por la Disposición final cuadragésima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

SEGUNDA.- Sobre la instrucción del expediente.

La doctrina consolidada de este Consejo Jurídico sobre la instrucción en los procedimientos de responsabilidad patrimonial (Memoria correspondiente al año 1999), viene a destacar la necesidad de que se desarrollen de oficio los actos de instrucción para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución (artículo 78.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC en lo sucesivo). También que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes por los interesados se encuentra enraizado en el derecho a la defensa y, por tanto, es claramente extensible a los procedimientos contradictorios como el administrativo en general y el de exigencia de responsabilidad patrimonial en particular, que se positiviza en el artículo 80.3 LPAC, en el sentido de que si bien posibilita rechazar al instructor pruebas propuestas por los interesados, pero, por su trascendencia para el ejercicio de su derecho de defensa, rodea tal decisión de garantías, tales como la exigencia de una resolución expresa que ha de ser motivada, atendiendo a si dicha prueba guarda relación con el objeto del procedimiento (prueba improcedente) o porque no resulta idóneo para la aclaración de los hechos (prueba innecesaria), conforme se indicó en la Memoria correspondiente al año 2006.

La potestad que asiste al reclamante para interesar que se practiquen cuantas pruebas considere necesarias para acreditar los hechos en los que se funde la existencia de su derecho, debe ser enjuiciada por el órgano instructor a la hora de su ejercicio, pero siempre teniendo en cuenta que la actividad instructora debe estar presidida por la nota de neutralidad o imparcialidad, como reflejo de la objetividad a que viene obligada la Administración por mandato del artículo 103 de la Constitución, ya que, como indicamos en nuestro Dictamen núm. 63/2004, "la labor del instructor consiste, pues, en traer al expediente toda la información que, en hipótesis, pueda ser necesaria para decidir el contenido de la resolución, sin perjuicio de que, con posterioridad, fundamente su propuesta en los hechos y razonamientos jurídicos que juzgue convenientes. Y se trata de una potestad fiduciaria, que no ejerce para sí en función de la propuesta de resolución que decida elevar a la autoridad competente para resolver, sino que la desarrolla, precisamente, para que dicha autoridad pueda adoptar la resolución final, siguiendo la propuesta o separándose de ella, pero contemplando la totalidad de hechos, elementos, circunstancias y alegaciones que influyan o puedan influir en la bondad de su acuerdo" (Dictamen núm. 190/2005 de este Consejo Jurídico).

La anterior doctrina se trae a colación en el presente caso por las siguientes razones:

1ª) En las alegaciones presentadas durante el trámite de audiencia otorgado, la reclamante sostiene que los informes médicos evacuados en el expediente soslayan una parte importante de sus imputaciones, concretamente las relativas al defecto en la ejecución de la ligadura tubárica bilateral de trompas, porque para la recanalización de forma natural y espontánea de las trompas se precisa, según opinión unánime (sic), un lapso de tiempo suficiente, que se fija en todo caso en plazos superiores a un año, plazo que no concurre en su caso, pues se quedó embarazada a los 9 meses y medio. Tal imputación también la sostuvo en el escrito de reclamación. Para acreditar tal dato aporta el Dictamen núm. 809/2010 del Consejo Consultivo de Canarias, que reproduce en su contenido este parecer médico en el expediente allí examinado.

Por ello, la interesada pide al órgano instructor que solicite la ampliación de los informes del perito de la compañía aseguradora y de la Inspección Médica para que se pronuncien sobre "la posibilidad de recanalización espontánea de, no una, sino de las dos trompas en el plazo de 9 meses y medio desde la ligadura de ambas aplicando la técnica correcta". Finalmente, solicita que se amplíe el plazo para la práctica de la prueba en el aspecto reseñado y para aclarar las dudas que suscita la realización del envío de muestras de la primera intervención al Servicio de Patología (figura una fecha anterior a su realización) por la discordancia existente. También expresa que aportará

un informe pericial al expediente, desconociéndose si por la parte reclamante se ha remitido al órgano instructor con posterioridad a la petición del Dictamen a este Consejo Jurídico.

2ª) Sobre esta petición de ampliación del periodo de instrucción y de la prueba propuesta por la parte reclamante, no consta un pronunciamiento expreso del órgano instructor como exige el artículo 80.3 LPAC, aun cuando dicha petición pudiera ser considerada como extemporánea, o su práctica innecesaria o improcedente. Únicamente se refleja en la propuesta de resolución (Antecedente Séptimo) que dichas alegaciones no son objeto de un nuevo trámite de audiencia porque no aportan elementos nuevos al expediente (de hecho esta imputación ya fue formulada en el escrito de reclamación). Sin embargo, se omite cualquier decisión sobre la necesidad de completar de oficio la instrucción en este aspecto, limitándose a señalar en el último Considerando de la propuesta que el dato del año carece de fundamentación científica, pero sin hacer referencia al informe o estudio que sustente tal afirmación, pues los obrantes en el expediente no entran a considerar dicha concreta imputación de la reclamante sobre defectos en la técnica aplicada.

3ª) Aun siendo plausible el esfuerzo del órgano proponente para agilizar los procedimientos de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria (la presente reclamación se presentó a finales de agosto de 2011), siendo fruto de ello el "Protocolo de agilización del procedimiento de responsabilidad patrimonial", aprobado por Acuerdo del Consejo de Administración del Servicio Murciano de Salud, en sesión de 27 de mayo de 2011, al que hace referencia el Dictamen núm. 193/2012 de este Consejo Jurídico en relación con el carácter del informe de la Inspección Médica, dicha celeridad e impulso procedimental no puede ir en detrimento del derecho de defensa de la parte reclamante, dada la obligación de la Administración de realizar de oficio aquellos actos de instrucción tendentes a la comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución (artículo 78.1 LPAC). No cabe duda de que en el presente procedimiento se han probado determinados extremos de relevancia para la resolución del procedimiento (existencia de consentimiento informado por la paciente con la advertencia de errores en la práctica de esta intervención), pero no queda completamente desvirtuada, de forma motivada, la imputación sobre el periodo en el que puede producirse la recanalización por causas naturales y no por defectos de la técnica empleada. También convendría que se aclarara la contradicción de los datos sobre el envío de las muestras en la primera intervención, en relación con la afirmación de la parte reclamante en el escrito de alegaciones *"aunque a posteriori se quiere justificar en el informe de la Inspección Médica (folio 108) que la fecha se refiere sin duda a la descrita para la paciente. Pero tampoco esto cuadra puesto que la paciente ingresó el mismo día de la intervención, y no 5 días antes"*.

En consecuencia, este Órgano Consultivo considera que procede completar de oficio la instrucción, solicitando a la Inspección Médica, por reunir su informe las cualidades de imparcialidad y objetividad que lo dotan de un especial valor probatorio, una aclaración sobre la concreta imputación formulada por la reclamante tanto en los escritos de reclamación, como en el de alegaciones ("la posibilidad de recanalización espontánea de, no una, sino de las dos trompas en el plazo de 9 meses y medio desde la ligadura de ambas aplicando la técnica correcta"), así como sobre lo argumentado en contra de lo informado por dicha Inspección sobre la contradicción de los datos en el envío de las muestras de la primera intervención, lo que permitirá al órgano competente para resolver que pueda adoptar una resolución congruente con las imputaciones de la parte reclamante. Tras su emisión, habrá de otorgarse un nuevo trámite de audiencia a las partes interesadas y elevarse nueva propuesta de resolución para la emisión de Dictamen sobre la cuestión de fondo planteada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSION

UNICA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, al ser procedente completar la instrucción en los términos expresados en la Consideración Segunda, debiendo elevarse de nuevo para la emisión de un Dictamen sobre la cuestión de fondo planteada, previa audiencia a las partes de las actuaciones practicadas.

No obstante, V.E. resolverá.

