

Dictamen nº: **208/20**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **09.06.20**

DICTAMEN de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 9 de junio de 2020, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto sobre responsabilidad patrimonial promovido por la representación legal de Dña., al considerar deficiente la asistencia sanitaria dispensada a la interesada en el Hospital Universitario de Móstoles, ya que se llevó a cabo una intervención quirúrgica para extirpar las trompas de Falopio sin la realización previa de un test de embarazo ni siquiera de una ecografía reciente, detectándose posteriormente que estaba embarazada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 4 de julio de 2018, los abogados de la reclamante presentan un escrito en el registro electrónico de la Comunidad de Madrid en el que manifiestan que su representada, de 31 años de edad en el momento de los hechos, contaba con los siguientes antecedentes ginecológicos: 6 gestaciones, de las cuales 2 finalizaron en un parto eutócico y en cesárea por pérdida de bienestar fetal, terminando las restantes en abortos.

El 6 de octubre de 2017, la paciente acudió al Servicio de Ginecología del Hospital Universitario de Móstoles a fin de someterse a una intervención que evitase cualquier gestación de manera definitiva. El facultativo que asistió a la paciente, tras explicar el tratamiento a seguir (salpingectomía por laparoscopia), solicitó el preoperatorio y entregó el consentimiento informado a la paciente, que fue incluida en la lista de espera.

Tras dos meses de espera, el 19 de diciembre de 2017 se llevó a cabo la intervención quirúrgica para extirpar las trompas de Falopio con buena evolución postoperatoria, sin signos de dolor ni sangrado por lo que recibió el alta hospitalaria ese mismo día. Según la reclamación, no consta la realización previa de un test de embarazo ni siquiera de una ecografía reciente, pues la última fue practicada el 23 de mayo de 2017.

Refiere el escrito que el 12 de abril de 2018 la paciente acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Móstoles, pues desde la intervención presentaba amenorrea (ausencia de menstruación) que, a priori, tanto la paciente como su médico de Atención Primaria relacionaron con los efectos de la cirugía. No obstante, al dilatarse en el tiempo y al aparecer sintomatología propia de la gestación (náuseas, dolor abdominal...) acudió al centro hospitalario.

El personal sanitario accedió a los documentos que conforman el historial clínico de la paciente, entre ellos al protocolo quirúrgico en el que constaba el siguiente hallazgo: *“útero aumentado de tamaño de aspecto adenomiótico. Trompas y anejos anormales. Pequeño quiste hidatídico en anejo izquierdo”*.

Continúa la reclamación señalando que, ante la sospecha de embarazo, se practicaron las siguientes pruebas que confirmaron la

gestación en su segundo trimestre, pues la paciente se encontraba de más de cinco meses y medio:

*“Exploración ginecológica: Genitales externos y vagina: normales
Cérvix sin alteraciones. Útero aumentado de tamaño como
gestación de 20 semanas. Anejos sin patología palpable.*

Pruebas complementarias:

*Ecografía ginecológica: gestación única intrauterina cefálica,
acorde a 22-23 semanas aproximadamente. MCF+. Placenta
anterior.*

Cervicometría 28 mm

Biometría: DPB 54 mm acorde a 22+3 semanas

*Diámetros abdominales: 57 x 55 mm acorde a 22 + 4 semanas.
Longitud del fémur 40.1 mm. acorde a 23 semanas*

Test embarazo: Positivo”.

*Es necesario precisar que en el anterior informe consta: “FUR
5.12.18 (18+2 semanas). Reinterrogando a la paciente refiere que
duda que menstruara en diciembre”. Según el escrito, este dato es
de suma relevancia a la hora de intentar fijar la fecha en la cual
la paciente se quedó embarazada.*

Al día siguiente, la reclamante asistió al control gestacional. No obstante, dado el estado de nerviosismo, incredulidad y desasosiego no fue posible realizarlo pues fue informada de que el plazo legal para optar al aborto había transcurrido, por lo que tendría que continuar con su embarazo.

Un día después, el 14 de abril de 2018, la paciente, tras ingerir veinticuatro comprimidos y administrarse otros seis por vía vaginal de Cytotec para interrumpir la gestación debido al shock causado por la deficiente asistencia prestada, acudió de nuevo al hospital donde estuvo ingresada durante dos días hasta que recibió el alta hospitalaria sin consecuencias para el feto, continuando el embarazo con normalidad. La reclamación señala que el parto se espera para el 13 de agosto de 2018, fecha probable calculada por medio de la Fórmula Naegele (resta de tres meses desde la fecha de última regla, más 7 días más un año) y las pruebas practicadas (ecografía, biometría...), de modo que la paciente se quedó embarazada en noviembre, un mes antes de practicarse la cirugía. Por tanto, la fecha de última regla que aparece en los informes no se correspondería con la realidad, siendo simplemente un sangrado típico del comienzo de la gestación.

Concluye el relato afirmando que, dada la ausencia de pruebas preceptivas preoperatorias (ecografía, test de embarazo) y la desidia ante los hallazgos intraoperatorios sin que se tomara ningún tipo de medida, trascurrieron las catorce semanas para optar voluntariamente por la interrupción del embarazo (artículo 14 de Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo), obligando con dichas actuaciones omisivas a continuar con un embarazo no deseado vulnerando de dicha forma el derecho a la dignidad.

En cuanto a la calificación y cuantificación del daño ocasionado, la reclamación refiere que debe indemnizarse el consecuente daño moral y el lucro cesante consecuencia de los gastos imprevistos de un embarazo no deseado, por lo que se solicita la cantidad de 80.000 euros por los daños y perjuicios sufridos y se requiere la incorporación del historial clínico completo de la paciente al expediente administrativo.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente administrativo remitido, resultan los siguientes hechos relevantes para la emisión del presente Dictamen:

El 6 de octubre de 2017 la paciente, de 31 años de edad, acude a consulta de Obstetricia y Ginecología en el Hospital Universitario de Mostoles solicitando una esterilización definitiva. No presenta alergias conocidas ni hábitos tóxicos. Como antecedentes ginecológicos y obstétricos destacan menarquía a los 13 años, con TM: 3-4/28 y 6 gestaciones previas, con 4 abortos, un parto eutócico y una cesárea por sospecha de pérdida de bienestar fetal. Última citología realizada en 2008. Se señala en la historia clínica que la exploración realizada en 2015 es normal y se aporta, como prueba complementaria, una ecografía ginecológica de 23 de mayo de 2017, que objetiva los siguientes resultados: *TV: Útero en AVF con HTM de 106mm con LME de 26mm . Ovario derecho normal. Ovario izquierdo no visualizado. Sin líquido libre*”. Consta que el doctor solicita preoperatorio e inclusión en lista de espera quirúrgica. De igual modo, informa a la paciente de que se le hará salpingectomía por laparoscopia, para lo que entrega los correspondientes consentimientos informados y realiza su formulario de validación.

En la historia clínica incorporada al expediente, consta un informe de alta de la paciente de 19 de diciembre de 2017, en el que se refleja su ingreso el mismo día, a las 11 horas, para cirugía menor ambulatoria y el alta para recuperación post intervención en su domicilio. La reclamante ingresa en el Servicio de Ginecología y Obstetricia para ser intervenida de salpingectomía bilateral laparoscópica por deseo de esterilización quirúrgica definitiva.

Consta exploración, en la que se aprecian genitales externos y vagina normales y útero aumentado de tamaño y móvil. Sin dolor.

Como pruebas complementarias, sólo aparece reflejada la ecografía ginecológica de 23 de mayo de 2017, cuyos resultados fueron referidos anteriormente. Según el citado informe de alta, el 19 de diciembre de 2017 se realiza salpingectomía bilateral laparoscópica bajo anestesia general, con muestra de trompas remitida a Anatomía Patológica. En cuanto a la evolución postoperatoria, es satisfactoria, con buena tolerancia, sin dolor ni signos de sangrado. Como tratamiento y recomendaciones al alta, se aconseja acudir a Urgencias si se presenta fiebre superior a 38°C que no ceda con analgesia, que deberá administrarse en domicilio por vía oral habitual cada 8 horas. Se citará para revisión con el informe en 30 días en consulta de Ginecología General.

El día 12 de abril de 2018 la paciente acude a Urgencias de Ginecología y Obstetricia del hospital, por amenorrea desde la intervención, asociada a síntomas de embarazo. Se hace constar en la historia clínica que la fecha de última regla es el 5 de diciembre de 2018 si bien, reinterrogando a la paciente, refiere que duda que menstruara en diciembre.

En la exploración ginecológica, se objetivan genitales externos y vagina normales y cérvix sin alteraciones. Se presenta útero aumentado de tamaño correspondiente a una gestación de 20 semanas. Anejos sin patología palpable. Como pruebas complementarias, se realiza ecografía ginecológica, cuyo resultado muestra la presencia de una gestación única intrauterina cefálica, acorde a 22-23 semanas aproximadamente. Movimiento cardíaco fetal positivo. Placenta anterior. Cervicometría 28mm Biometría: diámetro biparietal 54 mm acorde a 22+3 semanas. Diámetros abdominales: 57x55mm acorde a 22+4 semanas. Longitud del fémur 40.1mm acorde a 23 semanas.

En cuanto a otras pruebas complementarias, se realiza test de embarazo con resultado positivo.

Se trata de una gestación de 2º trimestre y así se informa a la paciente, con cita al día siguiente para Obstetricia.

El 13 de abril de 2018 acude a la citada consulta para control gestacional. Se refleja en la historia clínica que *“la paciente está muy nerviosa, difícil anamnesis, y no desea la gestación. Realizar citología en próxima visita (hoy está la paciente muy nerviosa)”*.

Se hace constar como fecha de la última regla el 5 de diciembre de 2017 y como fecha probable de parto el 13 de agosto de 2018. No se ha realizado ecografía del primer trimestre.

Se realiza ecografía abdominal que objetiva gestación cefálica, latido cardíaco positivo, líquido amniótico normal, placenta cara anterior normoinserta. Biometría acorde a 22+4 semanas de gestación. Se solicita analítica de 1º y 2º trimestre y se cita para ecografía el día 16 de abril de 2018, para lo que se entrega consentimiento informado. Se pauta Yodocefol 1/24 horas.

El 14 de abril de 2018 la paciente acude a Urgencias, tras autoingesta de 24 comprimidos y haberse administrado otros 6 comprimidos de Cytotec por vía vaginal para finalizar gestación no deseada.

En cuanto a la evolución durante el ingreso, se muestra asintomática, sin sangrado vaginal. Se realiza ecografía de 2º trimestre que muestra gestación de curso normal de 22-23 semanas.

El 16 de abril de 2018 se realiza ecografía y se hace constar como fecha de la última regla el 5 de noviembre de 2017. El informe refiere *“Gestación única con latido cardíaco fetal: positivo. Movimientos*

fetales: positivo. Situación: longitudinal. Presentación ecográfica cefálica. BIOMETRÍA FETAL: diámetro biparietal (DBP): 52 mm., corresponde a 22.0 semanas. Longitud del fémur (LF): 42 mm., corresponde a 22 semanas. Circunferencia abdominal (CA): 182.12 mm. Longitud del fémur correspondiente Semanas: 23.7. Húmero: 37mm(23+2 semanas). Cálculo del peso fetal estimado (PFE): 503.0g. por DBP. 659.0g. por LF. 581.0g. promedio. ESTUDIO MORFOLÓGICO:: Normalidad. Sexo: aparentemente masculino. Placenta previa: no. Placenta: anterior. Líquido amniótico: normal. Cordón umbilical: 3 vasos. Longitud cervical 40mm.

Diagnóstico ecográfico: Gestación de curso normal”.

El 11 de julio de 2018 se realiza a la paciente ecografía y se hace constar de nuevo como fecha de la última regla el 5 de noviembre de 2017. El informe objetiva “gestación única con latido cardíaco fetal: Positivo. Movimientos Fetales: positivo. Situación: indiferente. Presentación ecográfica cefálica. BIOMETRÍA FETAL: Diámetro biparietal (DBP): 88 mm. Longitud del Fémur (LF): 68 mm.. Circunferencia abdominal (CA): 309.29 mm. Cálculo del peso fetal estimado (PFE): 2603.5g. promedio. ESTUDIO MORFOLÓGICO: Sexo: aparentemente masculino. Placenta previa: no. Placenta: anterior. Líquido amniótico: normal.

Diagnóstico ecográfico: Gestación de curso normal. Crecimiento correcto”.

La paciente recibe el consentimiento informado para parto tras cesárea y cordón umbilical. Se señala control en dos semanas, pero se le advierte que si sangra, rompe la bolsa, no percibe movimientos fetales en unas horas, tiene contracciones regulares, fiebre mayor a 38° o tensión arterial superior a 140/90 debe acudir al Servicio de Urgencias. Se remite a la paciente a consulta con Salud Mental.

El 12 de julio de 2018 la reclamante acude a Urgencias, por rotura prematura de membranas a las 05:15 horas del citado día acompañado por dolor tipo dismenorrea. Sin metrorragia. La paciente percibe movimientos fetales y se encuentra afebril.

En la exploración física al ingreso, se observa latido cardíaco fetal positivo y rotura de bolsa amniótica. Explorada por matrona, presenta amenorrea franca a la especuloscopia y al valsalva, líquido amniótico claro y en cantidad normal, cérvix blando centrado, formado, 1cm amplio.

A las 22.10 horas del citado día tiene lugar el parto instrumental, con ventosa y anestesia epidural, de un varón con peso de 2.880 gramos y Apgar: 7/8.

TERCERO.- Recibida la reclamación por el Servicio Madrileño de Salud, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (título preliminar, capítulo IV) (en adelante LRJSP).

Se incorporó al expediente la historia clínica y, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 79 y 81.1 de la LPAC, se ha incorporado al expediente el informe de la jefa del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario de Móstoles de 6 de septiembre 2018, el cual afirma que: *“Primero: No está protocolizado en el Servicio de Ginecología y Obstetricia de este Hospital ni la realización de un test de embarazo ni de una ecografía previa a la realización de una técnica de esterilización por medio de oclusión tubárica, ya que cuando se le entrega el consentimiento informado a la paciente, que en su caso se entregó en la Consulta del día 6 de octubre de 2017 con doble copia, una para el Hospital y otra para la paciente y*

que firmó la interesada, figura y cito textualmente: "Aun siendo el método de oclusión tubárica el más efectivo de los métodos de planificación familiar, su efectividad no es del 100%. Existe un porcentaje de fallos en los que se produce una gestación. Este porcentaje de fallos es del 0.4 al 0.6%". Por lo tanto el método puede fallar y el hecho de que existiera una gestación ya previa o posterior a la realización de la técnica está contemplado dentro del consentimiento.

Segundo: Sobre el hecho de que en el protocolo quirúrgico constara el hallazgo de un útero aumentado de tamaño de aspecto adenomiótico, este hecho en sí mismo no constituye un signo indirecto de gestación, además ya había una ecografía ginecológica previa del día 23/05/2017, que figura también en el informe de alta del 19/12/2017 donde pone: "útero en anteversión con histerometría de 106 mm., lo cual corresponde a un útero aumentado de tamaño en relación al tamaño estándar, por lo cual el aumento de tamaño del útero de esta paciente era previo a la cirugía y puede deberse a múltiples patologías como adenomiosis, miomas, elevado número de gestaciones, etc... Tal y como consta en el consentimiento informado, al cual me vuelvo a remitir, la oclusión tubárica no es una técnica con una efectividad del 100%, por lo que el hecho de que la paciente estuviera ya embarazada previamente no es ni una consecuencia de la técnica ni una contraindicación para su realización. Y además como la técnica tiene una tasa de fracasos del 0.4 al 0.6 %, según el consentimiento informado, si la paciente quedó gestante posteriormente a la realización de la oclusión tubárica esto tampoco constituye ni una complicación ni un riesgo.

Por lo tanto el hecho de una posible gestación puede ocurrir tanto antes como después de su realización, lo importante es que la intervención en sí no entraña ningún riesgo adicional y por lo tanto no hubo ningún tipo de desidia postquirúrgica ni tampoco, como he indicado arriba y avalado por el consentimiento informado, es necesario la realización de ninguna prueba adicional previa, puesto que aunque la

paciente ya esté embarazada previamente, la oclusión tubárica no entraña riesgos ni para la madre ni para el feto”.

Con posterioridad, el 22 de octubre de 2018, el mismo jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología remite el consentimiento informado para intervenciones de oclusión tubárica firmado por la paciente el 6 de octubre de 2017.

Asimismo, se ha incorporado al procedimiento el informe de 11 de abril de 2019 de la Inspección Sanitaria que, con carácter previo, el 8 de marzo de 2019, había solicitado la aportación al expediente del informe de ingreso hospitalario completo para la realización de salpingectomía bilateral laparoscópica del día 19 de diciembre de 2017. En su informe, tras las correspondientes consideraciones médicas acerca de los diferentes sistemas de esterilización definitiva, afirma que *“la ligadura tubárica laparoscópica es el principal método de anticoncepción definitiva en nuestro medio. La oclusión de trompas por laparoscopia es un método eficaz y seguro de anticoncepción permanente. Como procedimiento quirúrgico precisa una adecuada valoración preoperatoria, que ha de incluir: a) Correcta anamnesis y exploración ginecológica habitual... En el informe de alta de hospitalización de Ginecología del Hospital Universitario de Móstoles, de 19/12/2017, en el que se refleja que la paciente acude para ser intervenida de salpingectomía bilateral laparoscópica por deseo de esterilización quirúrgica definitiva, se observa que no hay ningún apunte con fecha de última regla, este dato aparece en el informe posterior de Alta de Urgencias de Ginecología de fecha 12/4/18. Consultadas fuentes relacionadas con el tema, así como bibliografía referente al caso que nos ocupa, no se pregunta a la paciente por fecha de última regla ya que no es relevante para poder realizar la cirugía y, en cualquier caso, la responsabilidad es de la paciente si está en amenorrea y no lo ha comunicado el día de la intervención, en que se*

podía haber realizado un test de embarazo. En cualquier caso, existen estudios de pruebas de embarazo en orina realizadas el día del procedimiento de esterilización han mostrado tasas de embarazo no diagnosticadas de 1,3 a 2,6 por ciento". Por otro lado, la Inspección sanitaria remite al contenido del informe emitido por la jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario de Móstoles en cuanto a la no previsión en el protocolo de un test de embarazo ni de una ecografía previa a la realización de una técnica de esterilización por medio de oclusión tubárica. Por ello concluye, en relación a la asistencia prestada a la paciente en el Servicio de Ginecología del Hospital Universitario de Móstoles, que *"está de acuerdo a "lex artis" tanto en las actuaciones diagnósticas como en los procedimientos terapéuticos empleados"*.

Tras la incorporación al procedimiento de los informes anteriores, el 7 de agosto de 2019 se comunica la apertura del trámite de audiencia a la reclamante, con remisión del expediente administrativo. Presenta escrito de alegaciones de 14 de agosto de 2019, señalando que la médico inspectora se ha basado únicamente en el informe de la jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del hospital, según el cual existe un documento de consentimiento informado referente a una intervención de oclusión tubárica (ligadura de trompas) firmado por la paciente y este escrito recoge la posibilidad de que se origine una nueva gestación. Refiere la reclamante en su escrito que es preciso recalcar que no es la cirugía a la que se sometió a la paciente pues como consta en el folio 71 del expediente se practicó una salpingectomía bilateral, es decir, se extirparon las trompas de Falopio con el fin de eliminar cualquier riesgo de embarazo tal y como estaba planificado.

Además, señala que en este caso no hubo ni anamnesis ni exploración ginecológica con anterioridad a la intervención ni siquiera se le preguntó a la paciente la fecha de última regla ni se realizó un

análisis de orina remitiéndose únicamente a la información médica de una ecografía realizada seis meses antes.

Finalmente, el 16 de diciembre de 2019 se ha redactado la oportuna propuesta de resolución, firmada por el secretario general del SERMAS, por delegación de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria, en el sentido de desestimar la reclamación y considerar adecuada a la *lex artis* la atención sanitaria dispensada.

CUARTO.- El consejero de Sanidad, mediante oficio que tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el 9 de marzo de 2020, formula preceptiva consulta.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada en la reunión del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 9 de junio de 2020.

A la vista de tales antecedentes formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a de la Ley 7/2015, de 26 de diciembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a quince mil euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la

Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

Se advierte que el presente procedimiento quedó suspendido en virtud de la disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Tras la derogación de esta medida por la disposición derogatoria única del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, con efectos desde el día 1 de junio de 2020, se ha reanudado el plazo para la emisión del dictamen.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, está regulada en la LPAC, según establece su artículo 1.1. La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el 32.1 de la LRJSP, en cuanto persona directamente afectada por la atención sanitaria presuntamente negligente.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid por ser la titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (*ex* artículo 67 LPAC). En el presente caso, la reclamación ha sido presentada el 4 de julio de 2018 y el nacimiento del hijo de la reclamante tiene lugar con posterioridad, el 12 de julio de 2018. Sin embargo, el supuesto fáctico que origina el presunto daño reclamado es el conocimiento de su embarazo una vez transcurrido el plazo legal, 14 semanas, para optar voluntariamente por su interrupción, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (artículo 14), conocimiento que

tiene lugar el 12 de abril de 2018, cuando acude al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Móstoles y se le realizan las correspondientes pruebas ginecológicas. En consecuencia, la reclamación ha sido formulada en plazo.

Se ha recabado el informe del servicio al que se imputa el daño, de acuerdo con los artículos 79 y 81 de la LPAC, y consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria. Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a la reclamante, de conformidad con el artículo 82 de la LPAC, que presentaron escrito de alegaciones.

Y finalmente, se dictó la propuesta de resolución según lo exigido en el artículo 91 de la LPAC

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*, previsión desarrollada por la LRJSP y que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC que dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

“1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2°.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2015 (recurso de casación 3547/2013) y 25 de mayo de 2014 (recurso de casación 5998/2011), requiere conforme a lo establecido en el artículo 139 LRJ-PAC:

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

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”.*

CUARTA.- En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19 de mayo de 2015, RC 4397/2010) ha señalado que *“(...) no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”*.

Todo lo anterior resulta relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, sino que únicamente debe responder de aquéllos que los

administrados no tengan el deber jurídico de soportar y sean causados por infracción de la llamada *lex artis*.

En cuanto al título para la atribución de responsabilidad en supuestos como el presente, un procedimiento de esterilización, se argumenta por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de febrero de 1997 (rec. 627/1993), que:

“Es preciso hacer referencia a la distinción existente, en materia sanitaria, entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención.

Esta distinción, aplicada al campo de la cirugía, ha permitido diferenciar entre una «cirugía asistencial» que identificaría la prestación del profesional con lo que, en el ámbito del Derecho privado, se asocia con la locatio operarum y una «cirugía satisfactiva» (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la presente) que la identificaría, en el mismo terreno de las relaciones entre particulares, con la locatio operis, esto es, con el reconocimiento del plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso”.

Además, conviene recordar que la sentencia de 3 de Octubre de 2000 (recurso 3905/2000), de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al analizar los requisitos que han de concurrir para apreciar aquella responsabilidad por un anormal funcionamiento de la administración sanitaria con motivo de una vasectomía con resultado inesperado de embarazo, sobre la concurrencia del requisito del daño efectivo y evaluable económicamente, señala expresamente que:

“Esta Sala ha considerado que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre --ciertamente presumible cuando de una operación de vasectomía con resultado inesperado de embarazo se trata--, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.

Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abr ., FJ 8, «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) [...]». En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, «la dignidad es un valor espiritual

y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...]».

*No cabe duda de que el embarazo habido ha supuesto haberse sometido a una siempre delicada intervención quirúrgica que ha venido en definitiva a demostrarse como inútil y, por otra parte, la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad y, con ello, ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al *mínimum ético constitucionalmente establecido, como no puede menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica (artículo 16 de la Constitución)*».*

QUINTA.- Trasladando todo lo anterior al presente supuesto, el daño reclamado deriva de la circunstancia de que, conocido el embarazo de la reclamante transcurridas las 14 semanas que establece como plazo para poder optar por la interrupción voluntaria del embarazo el artículo 14 de Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se ha visto privada de su derecho de elección y obligada a continuar con una gestación que, en principio, no deseaba.

En todo caso, no cabe obviar que en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es a la parte reclamante a la que incumbe, como regla general, la carga de la prueba. Así lo entendió también el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia núm. 1707/2008, de 17 de septiembre, al matizar que *“corresponde al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia se alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la lex artis médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los*

daños y perjuicios cuya indemnización reclama” y en la Sentencia de 20 de septiembre de 2016 (recurso 60/2014), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sin embargo, en el presente supuesto, la falta de aportación por parte de la Administración, requerida incluso para ello por la Inspección Sanitaria mediante escrito el 8 de marzo de 2019, de una parte fundamental de la historia clínica, cual es el preoperatorio y el informe completo de ingreso de la paciente, da lugar a una inversión de la carga de la prueba, en los términos ya recogidos en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 julio de 2012, dictada en el recurso 2742/2008, cuando afirma que *«sobre la carga probatoria cabe señalar que la falta de historia clínica invierte la carga de la prueba respecto de la parte que tiene mejor acceso a tal medio, es decir, al médico,..... hoy consagrado en el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuya virtud para la aplicación de los principios generales sobre carga probatoria -corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a su pretensión- el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las parte del litigio, lo que hace recaer sobre la Administración sanitaria o, en su caso, sobre el facultativo que desarrolla su actividad en el ámbito privado, las negativas consecuencias derivadas de una eventual infracción del deber de custodia y conservación de la historia clínica, y en todo caso sobre el facultativo el incumplimiento de la obligación del principio de existencia misma e integridad de la historia clínica habida cuenta que “deberá quedar constancia de toda la información sobre su proceso asistencial de modo que permita el conocimiento veraz y actualizado de su estado de salud” (artículo 4.1 del Decreto 101/2005, de la Consejería de Sanidad de la Junta por el que se regula la historia clínica), al margen de que la falta de custodia, pérdida o extravío de la*

historia clínica provoca, como consecuencia casi general, que al médico le resulte muy difícil probar sus afirmaciones y su actuación conforme a las reglas de la lex artis». En efecto, obrando en el expediente únicamente el informe de alta de 19 de diciembre de 2017, se solicita por la Inspección Sanitaria el referido informe completo de ingreso. Sin embargo, se remite de nuevo el mismo documento de alta de la paciente, en el que sólo consta la realización de una exploración e, incluso, como prueba complementaria, se emplea una ecografía ya realizada el 23 de mayo de 2017.

En este punto, conviene reseñar la contradicción en que incurre la propia Inspección Sanitaria pues, tras señalar que *“la oclusión de trompas por laparoscopia es un método eficaz y seguro de anticoncepción permanente. Como procedimiento quirúrgico precisa una adecuada valoración preoperatoria, que ha de incluir: a) Correcta anamnesis y exploración ginecológica habitual...”*, afirma posteriormente que *“consultadas fuentes relacionadas con el tema, así como bibliografía referente al caso que nos ocupa, no se pregunta a la paciente por fecha de última regla ya que no es relevante para poder realizar la cirugía y, en cualquier caso, la responsabilidad es de la paciente si está en amenorrea y no lo ha comunicado el día de la intervención, en que se podía haber realizado un test de embarazo”*.

En este sentido, procede recordar los deberes que la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica –en adelante, Ley 41/2002- impone a los profesionales en relación con la historia clínica de los pacientes. Así, en primer término, el artículo 2 de la citada Ley, bajo la rúbrica *“Principios básicos”* establece en su apartado 6 que: *“Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica (...)”*.

Desde el punto de vista del paciente el artículo 15. 1 de la Ley 41/2002 precisa que *“Todo paciente o usuario tiene 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”*.

Finalmente, el artículo 17.3 de la Ley 41/2002 señala que *“Los profesionales sanitarios tienen el deber de cooperar en la creación y el mantenimiento de una documentación clínica ordenada y secuencial del proceso asistencial de los pacientes”*.

Además, y frente a lo referido por la jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del hospital en su informe, consultado el protocolo de la SEGO sobre técnicas de anticoncepción definitiva laparoscópica, se señala expresamente que *“es importante evitar el riesgo de embarazo oculto, para lo que se debe realizar en fase menstrual o proliferativa del ciclo en mujeres no usuarias de anticoncepción segura. Si existen dudas es recomendable realizar una prueba de embarazo el día de la cirugía”*. Según consta en la historia clínica, la paciente utilizaba un método anticonceptivo de barrera, que aun siendo el más eficaz para evitar enfermedades de transmisión sexual no es el más seguro en materia anticonceptiva. A pesar de ello, no se refleja ninguna comprobación clínica sobre tales extremos, pues no se realiza analítica, ni ecografía ni siquiera se interroga a la paciente sobre la fecha de su última menstruación.

Conviene traer a colación el Dictamen 165/2015, de 1 de octubre, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias que, en un supuesto similar, desestima la reclamación bajo la premisa de la efectiva realización de pruebas preoperatorias. Señala el órgano consultivo que *“en el caso que analizamos, cuando la paciente acude a consultas externas de Ginecología del Hospital “X” el día 24 de marzo de 2014,*

refiere a la facultativa que la atiende que está tomando anticoncepción oral y así consta en la correspondiente hoja de notas de progreso que figura en la página 29 del expediente. En tales circunstancias y puesto que la paciente no refiere un deficiente seguimiento del tratamiento anticonceptivo ni amenorrea, no resultaba razonable suponer que pudiera estar embarazada aunque, en realidad, ya lo estuviese de 4-5 semanas. Además de sus propias manifestaciones, en la misma consulta se le realiza una ecografía que tampoco evidencia el embarazo, lo que resulta lógico si se considera que, como señala el autor del informe técnico de evaluación, “el tamaño del útero no varía en las primeras 6 semanas”. De conformidad con lo anteriormente señalado, puesto que no existían signos clínicos de gestación ni la paciente refería dudas al respecto y puesto que, según los informes que obran en el expediente, la ecografía no podía evidenciar el embarazo, hemos de concluir que el servicio público sanitario actuó correctamente al no realizar a la paciente un test preoperatorio de embarazo, dado que se pudo alcanzar la conclusión, “razonablemente segura”, de que la paciente no se encontraba embarazada”. Por oposición, en el presente supuesto no constan indicados tales extremos en la historia clínica de la paciente.

Por otro lado, llama la atención de esta Comisión Jurídica Asesora que tanto el servicio afectado como la propia Inspección Sanitaria refieran de modo constante que la paciente ha sido sometida a un procedimiento de oclusión tubárica para esterilización e, incluso, que figure en el expediente un consentimiento informado firmado por la reclamante para someterse a tal procedimiento cuando en realidad, como alega la interesada y así consta en la historia clínica, se le practicó el 19 de diciembre de 2017 una salpingectomía bilateral, intervención quirúrgica que supone una extirpación definitiva de las trompas de Falopio y que excluye cualquier posibilidad de embarazo natural posterior. Es por ello que no merece reproche alguno la actuación de la interesada que, pese a la amenorrea, no acude a los

servicios médicos públicos hasta que se encuentra gestante de 22-23 semanas pues, como señala la reclamación, *“desde la intervención presentaba amenorrea (ausencia de menstruación) que, a priori, tanto la paciente como su médico de Atención Primaria relacionaron con los efectos de la cirugía”*.

Por último, el Servicio de Obstetricia y Ginecología, con el refrendo de la Inspección, pretende ampararse en la existencia del ya citado consentimiento informado para eximirse de responsabilidad ante el eventual riesgo de gestación que dicho documento contempla. En este sentido, sin perjuicio de resaltar una vez más que se trata de un consentimiento para una intervención distinta de la practicada, tal documento, por la propia naturaleza de la operación, en cuanto se trata de una medicina satisfactiva, sólo abarcaría el riesgo de una gestación posterior, nunca una previa a su realización, que frustrara el resultado perseguido. En el presente supuesto, lo que se cuestiona por la reclamante es la mala praxis, la omisión de diligencia en el preoperatorio de la paciente, de modo que cabe concluir que la falta de pruebas adecuadas por parte de los facultativos impidieron advertir el embarazo previo de la paciente y limitaron el derecho que esta ostenta a decidir sobre el futuro de su gestación.

SEXTA.- Admitida la responsabilidad de la Administración, corresponde, por tanto, determinar la valoración del daño.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2005 *“(...) sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma.*

Esa pérdida del derecho de elección presenta grandes dificultades en su determinación jurisprudencial, ya que una valoración de ese tipo -

daño moral- tiene, pues no hay parámetros objetivos a los que ajustarse y la subjetividad en este caso es inevitable, como ya se ha dicho en otras sentencias, en la de 20 de julio de 1996, de 21 de abril de 1998 y de 13 de julio del 2002 (Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 25 abril 2005)”.

En el mismo sentido, la sentencia de 11 de mayo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (r. 1018/2013), resalta la dificultad de cuantificar ese daño moral, para lo cual deberán ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso a la hora de determinar la cuantía *“de un modo estimativo atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin que, ni siquiera con carácter orientativo, proceda fijar la cuantía de la indemnización con base en módulos objetivos o tablas indemnizatorias como las contempladas en las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones”.*

A juicio de esta Comisión, debe indemnizarse a la reclamante por el daño moral infligido en la cantidad de 15.000 euros.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada por mala praxis al no haberse realizado a la reclamante las pruebas oportunas para detectar su embarazo previo a una intervención de esterilización, lo que ha causado un daño moral que debe indemnizarse con un importe de 15.000 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 9 de junio de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 208/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid