

Dictamen Núm. 274/2020

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 3 de diciembre de 2020, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 4 de septiembre de 2020 -registrada de entrada el día 15 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la implantación de un dispositivo intrauterino.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 5 de diciembre de 2019, la interesada presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida a la Consejería de Salud- por los perjuicios derivados de la asistencia recibida en un hospital público.

Expone que, tras “un parto por cesárea con graves complicaciones” en el año 2016, “decidió someterse a (un) tratamiento anticonceptivo para evitar nuevos embarazos por el riesgo inherente a una nueva gestación y parto”, optando por la implantación de un dispositivo intrauterino el día “15-3-2017”, objeto de las “correspondientes revisiones y sustituciones”.

Señala que el día 4 de “septiembre de 2016” (*sic*, en realidad 2019) “empezó a sufrir molestias similares a las del embarazo”, por lo que consultó telefónicamente con el “servicio correspondiente”, desde el que se le advirtió de la normalidad de la sintomatología. Indica que “el día 10-09-2019, a las 18:46 h, se produce su ingreso en el (Hospital) con grandes dolores y sangrado”, comprobándose la existencia de una “gestación ectópica izquierda”.

Sostiene que “por culpa” del dispositivo intrauterino el embrión “no se ha asentado en el lugar de desarrollo”, con la “consecuencia de aborto y pérdida de feto”, así como el padecimiento de “diversas heridas por laparoscopia”. Añade que además “tuvo que ser operada de urgencia ante el riesgo de hemorragia eliminando la trompa izquierda, para posteriormente durante el desarrollo de la operación retirarle la otra trompa derecha”.

En cuanto a la relación de causalidad, considera obvia la existencia de “mala praxis” médica, ya que a la paciente le fue mal colocado el (dispositivo intrauterino) (el propio embarazo ectópico es prueba de ello). Con un resultado de embarazo, con pérdida del feto, proceso de dolores y sangrado, riesgo vital; además de la pérdida de la capacidad reproductiva”, con el “consecuente daño físico y moral”.

Adjunta diversa documentación médica relativa al proceso por el que reclama entre la que se incluye una copia del “consentimiento informado para inserción de un dispositivo intrauterino” suscrito el 15 de marzo de 2017.

2. Previa petición formulada al efecto, la reclamante presenta el 22 de enero de 2020 un escrito en el que procede a la cuantificación económica de su reclamación, que evalúa en setenta y seis mil ochenta y ocho euros con setenta

y dos céntimos (76.088,72 €), que desglosa en los conceptos de “secuelas por la pérdida de órganos de capacidad reproductiva” y “perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas”, que califica como grave.

3. El día 7 de febrero de 2020, el Director Económico y de Profesionales del Área Sanitaria III remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica de la paciente obrante en el Hospital, así como el informe emitido por el Servicio de Ginecología con fecha 5 de enero de 2020.

4. A continuación obra incorporado al expediente un informe pericial elaborado el 15 de marzo de 2020 a instancia de la compañía aseguradora por una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal. En él expone diversas consideraciones médicas con base en las cuales concluye que “la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis* y, por lo tanto, correspondería desestimar la reclamación”.

5. Mediante escrito notificado a la interesada el 24 de julio de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

Con fecha 4 de agosto de 2020, la perjudicada presenta un escrito de alegaciones en el que reitera los argumentos expuestos en su reclamación.

6. El día 12 de agosto de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, con base tanto en los informes emitidos durante la tramitación del procedimiento como en la documentación clínica obrante en el expediente.

En ella destaca la falta de “sustento probatorio en forma de dictamen médico-pericial”, así como la llamativa reiteración “tras las alegaciones, haciendo caso omiso de todos los documentos incorporados al expediente”, de

la existencia de mala praxis sin concreción alguna ni aportación de “argumento científico o técnico (...) que rebata los hechos expuestos en las periciales”.

Recuerda que la gestación constituye uno de los riesgos típicos propios de la implantación del dispositivo reflejados en el documento de consentimiento informado suscrito por interesada y que ella misma aporta (con especificación de que, en caso de embarazo, “existe un mayor riesgo de aborto y de embarazo ectópico”). Añade que “parece de reseñable gravedad” la formulación de la “gravísima acusación” de la pérdida de capacidad reproductiva, dada la constancia de que la “salpingectomía bilateral como método anticonceptivo” se realizó a solicitud de la propia reclamante.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de septiembre de 2020, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta el día 5 de diciembre de 2019, habiendo tenido lugar la intervención quirúrgica consistente en salpingectomía bilateral en el mes de septiembre de 2019, por lo que es claro que la acción se ejercita dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por una paciente que atribuye al servicio público sanitario la producción de diversos daños derivados de la implantación de un dispositivo anticonceptivo.

La documentación incorporada al expediente acredita que la perjudicada, portadora de un dispositivo intrauterino, presentó gestación ectópica tubárica que requirió la práctica de una salpingectomía bilateral laparoscópica, por lo que debemos presumir que ello implica un perjuicio cuya concreción realizaremos en caso de ser estimatorio el sentido de nuestro dictamen.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público y si ha de reputarse antijurídico, en

el sentido de que se trate de un daño que la interesada no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ha señalado este Consejo Consultivo en ocasiones anteriores (por todas, Dictamen Núm. 218/2019), el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para poder apreciar si el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También viene reiterando este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 81/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de estos supuestos tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la

lex artis médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama. Esto es, ha de constatarse tanto el reproche culpabilístico como el engarce fáctico entre el tratamiento dispensado u omitido y el resultado dañoso.

En dicho sentido, y con carácter preliminar, debemos advertir ya en este momento que a pesar de que incumbe a la reclamante la carga de la prueba, no desarrolla ninguna actividad probatoria al respecto, por lo que este Consejo Consultivo ha de formar su convicción sobre la base de los informes técnico-médicos que obran en el expediente. Informes que, por otra parte, aquella no rebate en el trámite de audiencia, sin que tampoco las historias clínicas avalen algunos de los datos que sustentan la reclamación.

La perjudicada imputa al servicio público sanitario una negligente actuación consistente en la mala colocación del dispositivo intrauterino que -según alega- provocó el embarazo ectópico; “consecuentemente, como desarrollo del procedimiento del fallo del (dispositivo intrauterino) perdió el embarazo y luego en la operación se le retiraron las dos trompas, por lo que además ha perdido la capacidad de tener hijos” a causa de “esa mala praxis”.

De acuerdo con tal argumentación, la primera cuestión que conviene despejar es la de la corrección técnica de la implantación del dispositivo, cuya deficiencia la interesada prueba exclusivamente con base en la posterior producción del embarazo. Frente a ello, conviene advertir que el documento de consentimiento informado suscrito por la paciente contempla precisamente como uno de los riesgos típicos del uso del dispositivo intrauterino el de la gestación, con un porcentaje de probabilidad del 1-3 %, precisándose que “si esta se produce existe un mayor riesgo de aborto y de embarazo ectópico”. Por tanto, resulta evidente que la mera existencia de la gestación no constituye prueba de una incorrecta inserción. La ecografía realizada en el Servicio de Urgencias el día 10 de septiembre de 2019 mostraba, además, “(dispositivo intrauterino) normoinserto en cavidad”.

El informe del Servicio actuante aclara que “el uso de (un dispositivo intrauterino) no aumenta el riesgo de gestación ectópica”, aunque sí impide el embarazo intrauterino; en todo caso, señala que “el riesgo de embarazo ectópico es mayor que con otros anticonceptivos pero menor que si no se usara ningún método anticonceptivo”, afirmación que avala con datos sobre la tasa de ese tipo de embarazo entre usuarias del dispositivo y las no portadoras del mismo. Al respecto, recuerda que además de constar en el documento de consentimiento informado correspondiente la ocurrencia de gestación en pacientes portadoras del dispositivo intrauterino, esta es una posibilidad “infrecuente, pero posible”, contemplada en “los protocolos, guías clínicas y tratados médicos”.

En segundo lugar, y dado que la perjudicada considera como daño autónomo “la pérdida del feto”, pese a que ella misma menciona al tiempo (folio 3) que se trata de un “embarazo ectópico inviable”, el informe del Servicio explica que el tratamiento quirúrgico urgente por vía laparoscópica “es la opción de elección según los protocolos de actuación” de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. Supone una contradicción, también, que la reclamante invoque como daño autónomo la situación que pretendía evitar al demandar de los servicios sanitarios la colocación del dispositivo intrauterino.

En tercer lugar, y por lo que se refiere a la propia técnica de laparoscopia empleada en el caso de un embarazo ectópico, el informe del servicio aclara que tal abordaje es el tratamiento de elección “en pacientes hemodinámicamente estables” según el citado protocolo. Asimismo, y en cuanto a las heridas que la reclamante manifiesta haber sufrido a consecuencia de la operación, recuerda que “corresponden a las incisiones necesarias para la colocación de los puertos laparoscópicos indispensables para la realización de la intervención”, puntualizando que en todo caso la cirugía laparoscópica es “mínimamente invasiva”, más aún en comparación con una “laparotomía abierta”. Por nuestra parte, observamos que el procedimiento figura descrito en el documento de consentimiento informado para laparoscopia ginecológica

firmado por la paciente, pues en él se refleja tanto la existencia de incisiones como de “herida quirúrgica”, ambas inherentes a la técnica empleada.

En cuarto lugar, el informe destaca que “la imposibilidad de nueva gestación no es consecuencia de la intervención, ni de ninguna complicación dentro de ella, sino que es el resultado del procedimiento solicitado por la propia mujer antes de entrar en quirófano”; dato que confirma la historia clínica y que tiene su reflejo también en el documento de consentimiento informado suscrito por la paciente. Efectivamente, en el documento “para laparoscopia ginecológica” se especifica que en el “caso concreto la intervención propuesta bajo laparoscopia es salpingectomía bilateral”, añadiéndose que cuando la operación “incluye la extirpación del útero y/o las trompas o su ligadura y/o los ovarios implicará”, entre otras consecuencias, “la pérdida (...) de la capacidad de tener hijos”.

A la vista de las consideraciones anteriores, compartimos la observación contenida en la propuesta de resolución advirtiendo que la severidad del alcance de la imputación (pues no considera la voluntariedad del alcance de la intervención de la que deviene la esterilidad) resulta proporcional al reproche que merece su afirmación, no solamente por la ausencia de toda prueba, sino a la vista de la solicitud de la adopción de una medida de carácter definitivo. Ello sin perjuicio de que, como observa el Servicio actuante, también se repare en la existencia de otros errores en el relato de la interesada -por ejemplo, que nunca existió sustitución del dispositivo intrauterino, cuando la duración prevista del mismo es de 5 años desde su colocación-.

En definitiva, de conformidad con lo señalado no cabe apreciar infracción de la *lex artis* en la colocación del dispositivo intrauterino, ni puede atribuirse al mismo la producción del embarazo ectópico, que no cabe considerar como daño antijurídico al constituir un riesgo típico aceptado por la reclamante e inherente a la utilización de dicho método anticonceptivo. Asimismo, no se observa infracción de la *lex artis* por la finalización de dicha gestación, que responde a una indicación médica según el protocolo aplicable, y tampoco pueden

reputarse antijurídicos los efectos de la voluntaria ampliación de la extracción a la trompa uterina derecha durante la intervención urgente, practicada con indicación expresa de sus consecuencias en el documento de consentimiento informado suscrito al efecto, ni la producción de heridas derivadas del abordaje laparoscópico, contemplada en el correspondiente documento.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada, y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.