



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 7 1 3 / 2 0 1 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 7 de octubre de 2010.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.M.D.H. y R.G.C.P., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 669/2010 IDS)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. La solicitud de Dictamen, de 16 de agosto de 2010, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 1 de septiembre de 2010.

De la naturaleza de esta Propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los arts. 12.3 y 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, este último precepto, con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

### II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de M.D.H. y R.G.C.P. al pretender el resarcimiento de un daño que se le irrogó en su persona como consecuencia, presuntamente, de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

---

\* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

2. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

4. La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

5. Se cumple, por otra parte, el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues la reclamación que da lugar al procedimiento que nos ocupa se presentó en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud el 3 de agosto de 2007, habiéndose determinado el daño por el que se reclama el 21 de agosto de 2006.

### III

1. Los hechos que son objeto de la reclamación que nos ocupa son los siguientes:

A. El 6 de noviembre de 1989, M.D.H. ingresa en el Hospital de Ntra. Sra. de La Candelaria donde permanece hasta el 16 de noviembre de 1989. Ingresó por "bolsa rota + pródomos de parto", con antecedentes de "Soplo sistólico. Cardiopatía", diagnóstico de "parto mediante ventosa y tratamiento de asistencia al parto. Ligaduras de trompas post-parto".

Los médicos que la atendieron le informaron que un nuevo embarazo sería perjudicial para su salud a causa de los padecimientos del corazón y la informaron de la necesidad de practicar una ligadura de trompas. Dichos médicos le aseguraron que así no volvería a quedar embarazada y sin que ninguno le informara de los riesgos potenciales de embarazo.

B. El 23 de enero de 2001, M.D.H. ingresa en el centro hospitalario de H.S., donde permanece hasta el 27 de enero de 2001. Fue diagnosticada de amenaza de aborto. Por ese nuevo embarazo entre los días 22 y 27 de agosto de 2001, estuvo ingresada en el Hospital Universitario de Canarias. Se le practica una cesárea electiva ya que se trataba de una presentación podálica. Previa petición y autorización de la paciente, se procede a volver a ligar ambas trompas de Falopio. Se utiliza la técnica Pomeroy. Juicio Diagnóstico: Gestación a término. Presentación podálica. Teórica macrosomía fetal. Incompatibilidad RH materno- fetal (...).

C. Por la presunta conducta negligente de los médicos que practicaron la primera ligadura de trompas, el 30 de octubre de 2001, la interesada presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Canario de la Salud, para que se reconociera su derecho percibir 120.202,45 € como indemnización de daños físicos y morales, así como de daños materiales. Dicha reclamación motiva que el 6 de noviembre de 2001, el Servicio Canario de la Salud abriera el Expediente de Responsabilidad Patrimonial nº 68/2001.

D. Al no ser dictada la resolución en el plazo legal previsto, los interesados recurrieron ante la jurisdicción contencioso-administrativa contra la desestimación presunta por silencio administrativo.

E. El Juzgado Contencioso Administrativo nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria tramita el Procedimiento ordinario nº 516/2002 contra el Servicio Canario de la Salud. El 14 de octubre de 2004, se dicta sentencia parcialmente estimatoria reconociendo a los actores el derecho a ser indemnizados en la cantidad de 30.000 € más los intereses legales.

F. Dicha sentencia fue recurrida por el Servicio Canario de la Salud y confirmada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en nueva Sentencia dictada el 28 de octubre de 2005 en el recurso de apelación nº 69/2005.

G. El 21 de agosto de 2006, por Resolución de la Dirección General de los Servicios Sociales del Gobierno de Canarias, se le reconoce a su hijo, D.C.D., nacido el 22 de agosto de 2001, un grado de minusvalía definitivo de un 38%, sobre la base de un dictamen técnico facultativo de fecha 11 de agosto de 2006 donde se reconoce una minusvalía psíquica por Retraso Madurativo (2105) y Trastorno del Desarrollo (2106).

Es por lo que, según los reclamantes, procede que de nuevo se reconozca la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por la referida minusvalía de su hijo, nacido tras la primera ligadura de trompas fracasada, solicitando como indemnización por daños y perjuicios morales, así como daños materiales, la cantidad de 180.000 €, con sus intereses.

## IV

1. En este procedimiento, el plazo de resolución está vencido, sin que se justifique la demora, lo que, sin perjuicio de los efectos y responsabilidades que ello comporte, no exime a la Administración de resolver expresamente (arts. 42.1 y 7 y 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC).

Por otra parte, constan, es el procedimiento de responsabilidad patrimonial que nos ocupa las siguientes actuaciones:

1) Mediante escrito de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de 31 de agosto de 2007, se informa a los interesados de que, al haber sentencia judicial en relación con la causa por la que se reclama ahora en vía administrativa, la cosa juzgada impide el presente procedimiento. Ello se informa a fin de que los interesados aleguen lo que estimen pertinente.

2) Tras notificarse el citado escrito el 23 y el 27 de octubre de 2007, los reclamantes presentan escrito de alegaciones el 29 de octubre de 2007.

3) Por Resolución de 19 de noviembre de 2007 de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, se inadmite a trámite la reclamación que nos ocupa.

4) Tras solicitarse, el 20 de noviembre de 2010, informe, el Servicio Jurídico viene a emitirlo el 11 de diciembre de 2007. En él se pone de manifiesto que, *“si bien no existe duda de que la causa de pedir es la misma entre la resolución judicial y lo solicitado en vía administrativa al derivar ambas de la ligadura de trompas practicada, no está tan claro en cuanto al petitum, al no motivarse ni acreditarse que la indemnización concedida en su día abarcara lo pretendido actualmente por la minusvalía de su hijo”*.

5) Así pues, por resolución de 12 de febrero de 2008, de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación de los interesados, lo que se notifica a éstos el 27 de febrero de 2008 y al Hospital Universitario de Canarias el 25 de febrero de 2008, solicitando en este momento el Consorcio

Sanitario de Tenerife mediante escrito de 10 de marzo de 2008 que se le tenga por parte interesada y se le remita la documentación relativa al expediente, lo que se hace el 12 de marzo de 2008. No obstante, adecuadamente según se ha indicado en otras ocasiones por este Consejo Consultivo, no se ha tenido por parte interesada al Consorcio, siendo sólo considerado como un tercero.

6) Por escrito de 12 de febrero de 2008 se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones, lo que se reitera en varias ocasiones, de tal manera que los reclamantes instan, en escritos de 6 de febrero de 2009 y 29 de septiembre de 2009, que se emita a la mayor brevedad tal informe, al estar suspendido el procedimiento hasta entonces.

Se emite el citado informe el 13 de octubre de 2009, a cuyos efectos se recaba la documentación oportuna. Así, el 7 de marzo de 2008, se solicita copia de la historia clínica del hijo de los reclamantes obrante en el HUC y en Atención Primaria.

En aquel informe se recoge:

"Fecha de nacimiento de D.C.D., el 22 de agosto de 2001.

En agosto de 2006, el Equipo de Valoración y Orientación del Centro Base de Santa Cruz de Tenerife, reconoce al menor un grado de discapacidad global de 33% que, al añadirle factores sociales complementarios de 5 puntos, resultó un grado total de minusvalía del 38%, debido al retraso madurativo, por diagnóstico sin especificar y etiología no filiada.

En fecha 29 de enero de 2007, en historia clínica de Atención Primaria, consta retraso del lenguaje y la comprensión.

En fecha 23 de octubre de 2007, se describe estudio realizado por Neurólogo sin hallazgos. Precisa tratamiento logopeda y apoyo escolar.

En Informe emitido por Centro Especializado en Psicología Infantil, CEPI, consta: *"(...) el Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica de la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias y Equipo Especifico Provincial de Trastorno Generalizado del Desarrollo, aprecia la existencia de un posible trastorno del desarrollo que incide en la interacción social, la comunicación y el juego simbólico".*

*Conclusiones:*

*Del estudio de la historia clínica que consta en el expediente, no se encuentra relación de causalidad entre la asistencia sanitaria recibida por el menor en el Servicio Canario de la Salud y la patología por la que se reclama”.*

7) A fin de dictar acuerdo probatorio, el 16 de octubre de 2009 se insta a los reclamantes a proponer las pruebas que estimen oportunas, lo cual hacen éstos el 9 de noviembre de 2009, tras haber recibido notificación el 28 de octubre de 2009.

8) Se dicta acuerdo probatorio el 18 de noviembre de 2009 que es notificado a los interesados el 26 de noviembre de 2009. En el mismo se estiman pertinentes las pruebas propuestas, y se decide no abrir periodo probatorio al tratarse de documentos obrantes en el expediente, a excepción del expediente de responsabilidad patrimonial abierto en su día por los mismos interesados actuales, el 68/2001, que se incorpora al expediente el 23 de noviembre de 2009 a petición de los reclamantes.

9) El 27 de noviembre de 2009 se presenta por la parte interesada escrito señalando que no se tienen intención de recurrir la resolución relativa al acuerdo probatorio, a fin de que continúe el procedimiento.

10) El 30 de noviembre de 2009 se acuerda la apertura del trámite de audiencia, del que se notifica a los reclamantes el 16 de diciembre de 2009.

Éstos por comparecencia personal de 21 de diciembre de 2009 retiran copia del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, así como de las historias clínicas de su hijo del HUC y de Atención Primaria. Sin embargo, no se realizan alegaciones.

11) El 26 de enero de 2010 se emite por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud Propuesta de Resolución en la que se desestima la pretensión de la parte interesada, lo que se eleva a definitivo el 16 de agosto de 2010 tras haber sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico el 12 de agosto de 2010.

A este respecto es de señalar que el citado informe jurídico fue solicitado en varias ocasiones hasta su emisión, lo que dio lugar a que se interpusiera por la parte reclamante escrito, el 5 de mayo de 2010, solicitando que se instara nuevamente su emisión. A ello se le contestó el 1 de junio de 2010 (notificación de 11 de junio de 2010) informando de que se había reiterado la solicitud de aquel informe y que con posterioridad se solicitaría el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, antes de dictarse resolución.

## V

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión de los reclamantes con fundamento en la documentación obrante en el expediente, argumentando lo siguiente:

*“Es necesario indicar que en la reclamación de los interesados, no se alega mala praxis durante el seguimiento del embarazo y/o durante la atención al parto, sino una vez más, mala actuación del Servicio Canario de la Salud en la ligadura de trompas realizada. Mala actuación que debe traducirse en falta de la información suficiente sobre los riesgos que puede conllevar la ligadura de trompas, como en su día ya estimara el Juzgado de lo Contencioso Administrativo en su sentencia de 14 de octubre de 2004: «(...) por apreciar que la Dra. D. de manera voluntaria solicitó la ligadura si bien sin ser informada de modo correcto de los posibles riesgos de nuevos embarazos».*

*Por lo tanto, deben separarse dos hechos distintos, claramente diferenciados: Primero.- Intervención de ligadura de trompas.*

*Cuestión ya resuelta en vía judicial y que por lo tanto, no debe ni puede ser objeto de un segundo pronunciamiento en vía administrativa.*

*El 3 de agosto de 2007, se formuló nuevamente reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio Canario de la Salud, por los mismos hechos que ya habían sido sometidos a decisión judicial anteriormente, es decir, la ligadura de trompas a la que fue sometida la interesada en 1989 y el nacimiento de su cuarto hijo, el 22 de agosto de 2001, sin haber sido informada previamente de los potenciales riesgos de nuevos embarazos (idénticos hechos fueron los que motivaron la solicitud de indemnización por daños físicos, morales y materiales, de la reclamación de 2001 en la vía administrativa y posteriormente, en vía judicial).*

*Segundo.- La minusvalía que presenta el menor.*

*Sobre esta cuestión nada se alega ni se aporta por parte de los interesados a fin de acreditar o justificar un nexo causal entre el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud y la minusvalía que presenta el menor. La Jurisprudencia en los procedimientos de responsabilidad patrimonial pone de manifiesto la importancia de la prueba al decir que ha de probarse la realidad del daño así como indicar en las circunstancias en las que se produjo aportando las pruebas para acreditar su existencia y justificación (STS de 18 de mayo de 1992).*

*En esta nueva reclamación de responsabilidad patrimonial de 2007, se añade que su hijo, nacido tras la primera ligadura de trompas fracasada, presenta una minusvalía del 38%. Sin embargo, en ningún momento se alude, ni siquiera someramente, al motivo o la causa por la cual se atribuye al Servicio Canario de la Salud la responsabilidad de dicha minusvalía (cuyo porcentaje se fija, además, el 24 de mayo de 2006, excediéndose, en cualquier caso, el plazo de un año para reclamar, si se hubiese esgrimido algún motivo para ello) volviendo a aludir como origen del daño, la ligadura de trompas efectuada en 1989.*

*Además, a mayor abundamiento, la prueba solicitada por los interesados resulta ser el testimonio íntegro del expediente de responsabilidad patrimonial nº 68/01, incoado por la ligadura de trompas y posterior embarazo, dejando patente que el motivo de esta segunda reclamación de 2007, es idéntico al formulado con anterioridad, en el 2001.*

*Quien reclame a la Administración la indemnización de unos daños sólo tiene que acreditar su realidad y la relación de causalidad que existe entre ellos y la actuación o la omisión de aquélla (STSJ de Galicia 225/2009, RJCA 2009/700). Por todo lo anterior, no acreditándose, ni alegándose siquiera, mala praxis en el seguimiento del embarazo ni en la asistencia al parto, no cabe apreciar la existencia de un nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del Servicio Canario de la Salud y la minusvalía presentada por el menor. Se concluye pues que, faltando el requisito necesario de la relación de causalidad no puede apreciarse responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (STS de 15 de abril de 2005, RJ 2005/3442; STSJ del País Vasco 167/2006, de 10 de marzo, RJCJ 2006/357)".*

2. Pues bien, entendemos que la Propuesta de Resolución se ajusta a Derecho, dada la información que obra en el expediente, y siguiendo los mismos argumentos expresados en ella, pues, si bien no hay duda de la responsabilidad de la Administración por el embarazo no deseado de la reclamante, fruto del cual nace un hijo con deficiencias, ha de señalarse lo siguiente.

En primer lugar que, en relación con el nacimiento mismo de un hijo tras una ligadura de trompas en la que no se informó a la interesada de los riesgos de futuro embarazo, ya hay una sentencia judicial, estimando parcialmente la demanda interpuesta por los ahora reclamantes, que acudieron a la vía judicial al haber entendido desestimación de su pretensión por silencio administrativo en expediente administrativo nº 68/2001.



Así pues, a este respecto, la cosa juzgada impide pronunciamiento administrativo en relación con este punto.

En segundo lugar, en cuanto a la deficiencia del hijo nacido de aquel embarazo no deseado, no cabe apreciar relación de causalidad entre el proceso asistencial prestado a la madre y el perjuicio por el que reclama.

En realidad, los padres pretenden ahora que se les resarza por un "plus" de responsabilidad de la Administración sanitaria que se encuentra en la ligadura de trompas fracasada en su día, un "plus" surgido, o al menos conocido, tras la sentencia judicial referida a lo largo del expediente. Nos encontramos, pues, ante un mismo hecho, con igual causa, si bien se ha determinado actualmente que el alcance del daño es mayor que aquél por el que se indemnizó en vía judicial.

Y es que, ciertamente, la causa remota del nacimiento del hijo, con deficiencias o no, es el fracaso de ligaduras de trompas no informado adecuadamente, mas, sobre este punto ya ha habido pronunciamiento judicial e indemnización.

Sobre el punto relativo a la deficiencia misma del hijo, no hay nexo causal "novedoso" (que no sea la propia existencia del hijo, pues, claro, si no hubiera nacido no tendría ningún grado de incapacidad, obviamente) requerido para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues la atención sanitaria a lo largo del embarazo (ya hemos dicho que no deseado, por lo que se ha indemnizado ya a los padres del nacido) ha sido la adecuada.

En cualquier caso, no deja de ser el propio nacimiento lo que ha dado lugar a tener un hijo con deficiencias, ahora bien, de ser de nacimiento aquéllas, es cierto que debió influir en la cuantía indemnizatoria que se determinó en la sentencia judicial, pues el perjuicio no es igual por un embarazo no deseado, que por un embarazo no deseado del que además nace un hijo con deficiencias (con las consecuencias que ello conlleva para los padres, desde el punto de vista patrimonial y moral), mas, no es éste el momento de dilucidar esta cuestión, precisamente porque ello es una elemento más de la causa judicial ya enjuiciada, en la que no puede incidirse ahora por esta vía. Y es que, si, como hemos visto, la causa a la que imputan los padres -pues no hay otra- el "plus" de responsabilidad de la Administración vuelve a ser el nacimiento mismo no deseado a causa del fracaso, no informado, de la ligadura de trompas de la madre, lo que aquí se pretende es la alteración parcial del alcance de una sentencia firme, lo que no cabe por la vía que nos incumbe.

## **C O N C L U S I Ó N**

Se considera ajustada a Derecho la Propuesta de Resolución, que propugna la desestimación de la reclamación de los interesados.