

Dictamen nº: **607/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **02.11.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 2 de noviembre de 2011, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre en el asunto promovido por M.T.P.C. y J.C.B.C., sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, por los daños y perjuicios sufridos por la deficiente asistencia sanitaria por parte del Hospital Doce de Octubre, por el embarazo y posterior interrupción voluntaria del mismo tras haber sido intervenida quirúrgicamente para la ligadura de trompas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Sanidad, mediante oficio de 23 de agosto de 2011, registrado de entrada el día 26 del mismo mes, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 2 de noviembre de 2011.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que en formato cd, numerada y foliada, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- El 5 de noviembre de 2010, en el registro del Servicio Madrileño de Salud, los interesados presentaron escrito por medio del cual formulan reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria por la deficiente asistencia dispensada por parte del Hospital 12 de Octubre, al haberse quedado embarazada la reclamante, tras la realización de una ligadura de trompas, embarazo que no llegó a término por someterse a una interrupción voluntaria del mismo, lo que ha “*tenido consecuencias muy graves físicas y psíquicas para [los reclamantes]*”.

No determinan cantidad indemnizatoria. Con posterioridad y a requerimiento de la Administración, fijan la indemnización en 175.000 euros e insisten en que con el fin de evitar un procedimiento judicial están dispuestos a un acuerdo y escuchar su ofrecimiento, si se reconoce la negligencia. Añaden que “*En relación a los criterios a seguir, la pérdida de una vida humana no tiene precio alguno; más aún siendo de la manera en que se causó*”.

Adjunta a su reclamación copia de diversos informes médicos y de un informe de ecografía obstétrica realizado en una clínica privada.

De la documentación clínica que obra en el expediente se desprende lo siguiente:

La interesada, de 41 años de edad, con antecedentes médicos de virus de la hepatitis C, virus de la inmunodeficiencia humana y virus del papiloma humano y antecedentes obstétricos de dos gestaciones a término por vía vaginal, acude el 10 de marzo de 2010 a la consulta de ginecología oncológica del servicio de obstetricia y ginecología del Hospital 12 de Octubre. En el evolutivo correspondiente a ese día consta que la paciente es vista sin historia porque está en medicina interna. Presenta estudio preoperatorio y valoración preanestésica para electrocoagulación tubárica, firmando los documentos de consentimiento informado. En el

correspondiente a la intervención quirúrgica (folios 62 y 63), el punto 4 indica:

“Aun siendo el método de oclusión tubárica el más efectivo de los métodos de planificación familiar, su efectividad no es del 100%. Existen un porcentaje de fallos en los que se produce una nueva gestación. Este porcentaje de fallos es del 0,4-0,6%”.

Por el servicio de ginecología y obstetricia se cursa solicitud de ingreso programado para realizar electrocoagulación tubárica el 23 de marzo de 2010 a las 8:00 horas. Consta en dicho documento que la paciente no ingresa (folio 73).

Con carácter previo a la intervención se realiza una citología, el 11 de marzo de 2010, de la que resultan atipias epidermoides, no se descarta SIL de alto grado, por lo que se efectúa estudio molecular para detección y tipaje de HPV, cuyos resultados, informados el 26 de marzo de 2010, son: *“PCR positiva para virus HPV 53 y 70”*, que se considera de alto riesgo (folio 47).

La intervención de oclusión tubárica se realiza el 13 de abril de 2010, el posoperatorio transcurre con normalidad y es dada de alta el mismo día con la indicación de acudir a su Centro de Salud para que le retiren los puntos en 10 días, analgesia si precisa y revisión en la consulta del especialista de área.

Acude a la consulta de ginecología oncológica el 20 de abril de 2010; en la hoja de consulta consta, entre otras anotaciones, los resultados de la citología previa a la intervención quirúrgica. En la misma consulta se realiza biopsia cervical en cuatro cuadrantes y legrado del endocérvix (folio 20). El informe de anatomía patológica de 26 de abril de 2010 diagnostica que el material es insuficiente para el diagnóstico y la *“mucosa exocervical con pequeña zona de transformación de metaplasia escamosa inmadura”* (folio

48). Citada para consulta el 13 de mayo, consta que la interesada no acude (folio 20).

El 28 de julio de 2010, la paciente ingresa en el servicio de urgencias del Hospital 12 de Octubre por sospecha de embarazo. Con el juicio clínico de gestación en curso, es dada de alta con la recomendación de acudir a la consulta de obstetricia al día siguiente, donde solicita la interrupción voluntaria del embarazo. Los dos especialistas en ginecología que atienden a la interesada, emiten el siguiente informe clínico:

“Infección crónica por el VIH y VHC en tratamiento. Fecha última regla, 20-marzo-2010, irregular. Gestación actual 19 semanas (diagnóstico tardío gestación) Gestación tras ligadura trompas.

La intervención no se llevará a cabo en el hospital de referencia”.

El informe concluye con el dictamen estimando que se encuentra incluida en el supuesto número “2: Presunción de graves taras físicas o psíquicas para el feto”. El 5 de agosto de 2010, la paciente, con una edad gestacional de 21 semanas, se somete a la interrupción voluntaria del embarazo en un centro privado.

TERCERO.- Por los hechos que anteceden se ha incoado el correspondiente expediente por responsabilidad patrimonial de la Administración de conformidad con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP).

En fase de instrucción se han recabado los informes médicos que conforman la historia clínica de la paciente (folios 11 a 99), entre los que figura el informe realizado por el jefe de servicio de obstetricia y ginecología

del Hospital 12 de Octubre, de 22 de noviembre de 2010, en el que se hace un relato de la asistencia sanitaria dispensada a la reclamante (folios 98 y 99).

También consta en el expediente el informe de la Inspección Sanitaria, con fecha 20 de diciembre de 2010 (folios 101 a 103), que concluye:

“A la vista de la documentación del expediente y a tenor del contenido de la misma, consideramos que la atención sanitaria prestada a la reclamante se ha ajustado a la estricta lex artis sanitaria, no encontrando ningún motivo reprochable a la misma”.

En cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, fue conferido trámite de audiencia a la parte interesada, por correo con acuse de recibo, a fin de que pudiera realizar las alegaciones que tuviera por convenientes, sin que conste en el expediente que se hayan formulado.

El 6 de julio de 2011 se dicta por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria propuesta de resolución desestimatoria, que es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos de la Consejería de Sanidad.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en adelante LCC), por ser la cuantía de la indemnización superior a quince mil euros, y se efectúa por el Consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 14.1 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesados, y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, desarrollados en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que sufre el daño moral y físico causado por tener que someterse a una interrupción voluntaria del embarazo tras someterse a una intervención quirúrgica de ligadura de trompas.

Ahora bien, en cuanto al reclamante, sólo ostenta legitimación pasiva por lo que se refiere al daño moral, mas no por el daño físico, pues éste es un daño personalísimo cuyo resarcimiento sólo puede reclamarlo quien lo sufre.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid en cuanto que titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Por lo que al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad se refiere, el derecho a reclamar prescribe al año desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o manifestarse su efecto lesivo. Tratándose de daños físicos o psicológicos el plazo comienza a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (artículo 142.5 LRJ-PAC). En el presente caso, la reclamación se interpuso el 5 de noviembre de 2010 y la paciente fue sometida a interrupción voluntaria del

embarazo el 5 de agosto de 2010, por lo que la reclamación ha de considerarse interpuesta en plazo.

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación mencionada en la anterior consideración. Especialmente, se ha procedido a la práctica de la prueba precisa, se ha recabado informe del Servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigido en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y 82 y 84 LRJ-PAC.

CUARTA.- 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"*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1.- 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".*

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: 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) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Por otra parte, no puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-, 30 de septiembre de 2003 -recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 -recurso 4067/2000-, entre otras).

QUINTA.- Alegan los reclamantes que se les ha irrogado un daño moral por haber tenido que recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo, además del daño físico padecido por la embarazada al someterse a dicha interrupción.

Como ya hemos señalado en anteriores dictámenes, por todos los Dictámenes 378/2010 y 431/10, si bien el daño moral es susceptible de indemnización, no podemos entender por tal una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de marzo de 2006 (RJ 2006/5482) *“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”*.

Continúa señalando dicha Sentencia que esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 11 de abril de 1985 (RTC 1985/53), *“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 ha ocurrido después de haberse sometido a una intervención quirúrgica de ligadura de trompas 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.

Acreditada, pues, la existencia del daño moral, así como del físico inherente a la propia interrupción del embarazo, resulta necesario examinar si concurre el requisito del nexo causal entre la actuación administrativa y el daño por el que se reclama indemnización a fin de que sea efectiva la responsabilidad objetiva de la Administración.

En el ámbito sanitario es preciso hacer referencia a la distinción entre medicina curativa y medicina satisfactiva que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007 (recurso 9208/2003), con cita de la Sentencia de 3 de octubre de 2000, *"consiste "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 (sentencia de la Sala Primera de este Tribunal de 11 de febrero de 1997, núm. 83/1997, rec. 627/1993).

El resultado, en la cirugía satisfactiva, opera como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, de tal suerte que su consecución es el principal criterio normativo de la intervención. Por el contrario, cuando se actúa ante un proceso patológico, que por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que abordar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud convierte en necesaria la asistencia y eleva a razón primera de la misma los medios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. El criterio normativo aplicable se centra entonces en la diligencia y adecuación en la instrumentación de aquéllos, teniendo en consideración las circunstancias”.

En el caso que nos ocupa, la decisión de los reclamantes de que la interesada se sometiera a una ligadura de trompas entra en el ámbito de la medicina satisfactiva, tendente a la consecución de un objetivo concreto cual es el evitar la concepción en el contexto de la planificación familiar de la pareja.

Ahora bien, aunque en este ámbito de la medicina satisfactiva el resultado sea el parámetro de la valoración de la actuación sanitaria no cabe pasar por alto que en el estado actual de la ciencia no se puede evitar por completo el fracaso de la técnica anticonceptiva, de manera que de ese fracaso no puede deducirse sin más que la intervención se hiciera negligentemente y sin la debida pericia.

No ha quedado acreditado en el expediente, a pesar de que la carga de la prueba recae sobre los reclamantes, que el embarazo se haya debido a una mala praxis en la realización de la ligadura tubárica. Por el contrario, la

Inspección sanitaria sostiene en su informe la sujeción a la *lex artis* de toda la actuación sanitaria, sin que tampoco en el protocolo quirúrgico de la intervención se hiciera constar la existencia de complicaciones.

SEXTA.- Sentado lo anterior, tampoco se aprecia la concurrencia del requisito de la antijuricidad. El daño no se considera antijurídico cuando habiéndose procedido conforme a la “*lex artis*”, existe la aceptación expresa del paciente o enfermo, en el llamado consentimiento informado.

Atendiendo a la fecha de los hechos, el consentimiento informado se regula en los artículos 8 a 13 de 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 cuyo artículo 8 dispone que “*toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que reciba la información prevista en el artículo 4 (finalidad y naturaleza de la intervención, sus riesgos y consecuencias), haya valorado las opciones propias del caso*”.

En cuanto al ámbito del consentimiento informado la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de noviembre de 2005 (Recurso nº 6620/2001), en relación con el consentimiento informado explica que: “*El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección ó el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada (...). Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica*”.

La paciente otorgó su consentimiento con la firma del documento previo a la intervención de ligadura de trompas, el 10 de marzo de 2010, en los términos que prevé el artículo 10 de la precitada Ley 41/2002, de 14 de

noviembre. En dicho consentimiento informado se advierte de la posibilidad de fallo del método. Expresamente se indica: *“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 nueva gestación. Este porcentaje de fallos es del 0,4-0,6%”*.

De esta manera la paciente quedaba informada de que la efectividad del método anticonceptivo no es completa y, en consecuencia era conocedora de que a pesar de realizarse correctamente puede producirse, aunque con una escasa probabilidad, el embarazo.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación por responsabilidad patrimonial formulada al no concurrir el requisito de daño antijurídico y haber sido la actuación médica conforme a la *lex artis ad hoc*.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 2 de noviembre de 2011