

Dictamen nº: **731/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **21.12.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 21 de diciembre de 2011 sobre la consulta formulada por el Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2.007, de 21 de diciembre, promovido por M.A.P.C. y J.A.P.R., en adelante “*los reclamantes*”, por la deficiente asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario de Getafe.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 3 de octubre de 2003, los reclamantes presentaron una reclamación de responsabilidad patrimonial, por los daños y perjuicios derivados del resultado fallido de una vasectomía practicada (según manifiestan en el escrito de reclamación) a J.A.P.R., en octubre de 2001, que tuvo como consecuencia el embarazo de su esposa M.A.P.C., la cual dio a luz una niña en octubre de 2003.

Solicitan por ello una indemnización por importe de 150.000 euros.

La historia clínica y restante documentación médica, han puesto de manifiesto los siguientes hechos:

J.A.P.R. consultó al servicio de urología del Hospital Universitario de Getafe, solicitando la realización de una vasectomía bilateral alegando como motivo su deseo de no tener más hijos.

Examinado el paciente e informado de las características, riesgos y limitaciones de la intervención a que se iba a someter, fue incluido en la lista de espera siendo intervenido el día 22 de noviembre de 2000, no en octubre de 2001 como afirma la reclamación, cumpliéndose sin incidencias el protocolo quirúrgico.

Posteriormente el paciente se sometió a varias comprobaciones necesarias para determinar el resultado de la vasectomía, entre ellas, las de los días 19 de febrero y 6 de junio de 2001, en las que en ambas se informa (mediante los correspondientes seminogramas) de la presencia de espermatozoides móviles en la primera y de aislados espermatozoides inmóviles en la segunda.

Consta en la documentación aportada el que existía una cita programada para consulta de urología el día 25 de marzo de 2002 pero no consta ninguna información sobre si se acudió a dicha consulta y los resultados de la misma.

A estos efectos se requirió por la Inspección Médica aclaración a los reclamantes sobre los resultados de esa cita así como sobre la fecha de nacimiento de la hija de los reclamantes mediante correo certificado sin que conste la recepción de la misma por los reclamantes ni actuación alguna de estos.

SEGUNDO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y por 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 (RPRP).

El 23 de diciembre de 2003, el Servicio Madrileño de Salud notificó a los reclamantes un requerimiento para completar la solicitud, solicitando que se identificase el centro sanitario en el que fue realizada la intervención y la aportación de cuanta documentación médica obrase en su poder. Dicho requerimiento fue atendido mediante escrito presentado el 16 de febrero de 2004.

De conformidad con el artículo 10.1 del precitado reglamento se ha emitido informe del Jefe del Servicio de Urología, de fecha 19 de abril de 2004, en el que se declara que “*J.A.P.R. consultó con el Servicio de Urología del Hospital Universitario de Getafe (Consulta del Centro de Especialidades de Parla) el 26 de mayo de 2000, requiriendo la realización de esterilización masculina por fin del deseo genésico.*

En aquel momento, J.A.P.R. no refería ningún antecedente personal de interés patológico y en la exploración física dirigida a los órganos genitales a la que fue sometido se identificaron unos conductos deferentes sin anomalías. Se informó al paciente de las características, riesgos y limitaciones de la técnica quirúrgica de vasectomía bilateral y como prueba de ello, el paciente firmó con fecha 22 de noviembre de 2000 el documento de consentimiento informado de vasectomía (se adjunta copia). Con la misma fecha de 26 de mayo de 2000, se introdujo al paciente en la lista de espera quirúrgica para ser intervenido de vasectomía bilateral.

El día 22 de noviembre de 2000 el paciente fue intervenido quirúrgicamente de vasectomía bilateral bajo anestesia local, sin incidentes durante el acto operatorio como queda reflejado en el protocolo de la intervención, del cual se adjunta copia.

Después de la intervención el paciente pasó a control ambulatorio en el Centro de Especialidades de Parla -Consulta de Urología-. Desde ese momento carecemos de la información clínica necesaria para precisar los

pasos seguidos, ya que al no existir sistemas de archivo de documentación clínica es el mismo paciente el custodio de la Historia Clínica. Por lo aportado sabemos que con fecha 19 de febrero de 2001, J.A.P.R. se sometió a un seminograma informado como "se observan espermatozoides móviles" y de nuevo el 6 de junio de 2001 informado como "se observan aislados espermatozoides inmóviles y 1-10 leucocitos por campo". La última hoja de documentación aportada es una cita para la consulta de Urología del Centro de Especialidades de Parla para el lunes 25 de marzo de 2002 y probablemente un volante de citación de seminograma a realizar antes de dicha consulta. Esta aseveración la podemos realizar en base al modo de trabajo de nuestra consulta y del laboratorio de nuestro Hospital. Los pacientes que se van a someter a pruebas analíticas se les entrega un volante de analítica, en el caso que nos ocupa, una analítica especial marcada en la casilla de seminograma vasectomía, y posteriormente son citados en las diferentes consultas para recibir los resultados. De nuevo, en este caso inferimos que esa cita para recoger los resultados del seminograma postvasectomía, de acuerdo con este modus operandi, es la cita del 25 de marzo de 2002.

Por todo lo expuesto hasta este momento, por la información contenida en el documento de consentimiento informado que firmó. J.A.P.R. y por la práctica de actuación en el postoperatorio de pacientes vasectomizados en este Servicio de Urología (no damos de alta a un individuo hasta conseguir al menos una muestra seminal con azoospermia, esto es ausencia de espermatozoides, y mientras tanto les informamos de la necesidad de mantener medidas anticonceptivas durante sus relaciones sexuales) no podemos afirmar que J.A.P.R. haya sido informado por nuestro servicio para poder mantener relaciones sexuales sin medidas anticonceptivas, ya que no existe ningún seminograma con ausencia de espermatozoides, en la documentación disponible".

Por último, el informe de la Inspección Médica, de fecha 6 de julio de 2004, en el que se concluye que “(...) *En base a lo anteriormente expuesto consideramos que dicha reclamación debe desestimarse, ya que no hay constancia de que J.A.P.R. hubiera sido dado de alta en Urología y por tanto de que hubiera seguido las indicaciones de anticoncepción dadas desde el Servicio de Urología, ya que desconocemos el resultado de la consulta de 25.03.02., siendo este el motivo por el que se le solicitó información adicional*”.

Tras la emisión de dichos informes se ha cumplimentado adecuadamente el trámite de audiencia a la reclamante. Al ser devueltos por el Servicio de Correos los avisos de recibo por ser “*desconocido*” con fechas 25 de enero y 7 de febrero de 2011 (folios 58 y 62), se procedió a la notificación por edictos publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (B.O.C.M. nº 116, 18 de mayo de 2011, pág. 74) y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Serranillos del Valle (folio 69) conforme establece el artículo 59.5 LRJ-PAC.

Una vez tramitado el procedimiento, se dictó propuesta de resolución desestimatoria el 5 de septiembre de 2011, la cual fue informada favorablemente por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

TERCERO.- El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 11 de noviembre de 2011, que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 17 de noviembre de 2011, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 21 de diciembre de 2011.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LRCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros (150.000 euros) y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

SEGUNDA.- Ostentan los reclamantes legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC, por cuanto son las personas afectadas por la supuesta deficiente asistencia sanitaria dispensada por el Servicio Público de Salud.

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

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tal efecto dispone el artículo 142.5 de la LRJ-PAC *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de*

las secuelas". En el caso objeto del presente dictamen, el nacimiento de una hija de los reclamantes que puso de manifiesto el carácter fallido de la vasectomía tuvo lugar el 4 de octubre de 2003 por ello, la reclamación ha de entenderse en plazo, siendo incluso prematura si bien dicha fecha parece tratarse de un error toda vez que la reclamación señala que la niña fue ingresada en el Hospital en julio y en octubre de 2003 (permaneciendo ingresada en el momento de la reclamación). En ese caso habría prescrito si bien al no constar claramente la fecha de nacimiento es necesario entrar en el fondo de la reclamación.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial se contempla en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, desarrollado en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Se han cumplido los requisitos establecidos al efecto en la normativa aplicable, habiéndose practicado el trámite de audiencia, regulado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

No obstante ha de destacarse la excesiva dilación de la tramitación de este procedimiento incluso teniendo en cuenta la situación de ausencia de los reclamantes.

CUARTA.- Entrando ya a considerar el fondo de la pretensión que formula la reclamante, debemos partir de la consideración de que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, supone la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (Recurso 3261/2009):

- 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 cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente recoge dicha Sentencia que *"La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que "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".*

QUINTA.- En el ámbito sanitario la jurisprudencia ha utilizado como criterio para determinar el carácter antijurídico del daño la llamada *lex artis*, definida en la Sentencia de 19 de junio de 2008 (Recurso 2364/2004) indicando (FJ 4º), que *"Según jurisprudencia constante de esta Sala, un acto médico respeta la lex artis cuando se ajusta al estado de conocimientos de la comunidad médica en ese momento y, así, realiza lo que generalmente se considera correcto en el tipo de situación de que se trate".*

Por ello, la Administración no causa un daño antijurídico si su actuación no ha sido efectiva, pese a haberse aportado los medios necesarios actuando conforme la *lex artis*. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2011 (Recurso 2192/2010), recuerda que “... frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2009, recurso 9484/2004, con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la *lex artis*, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles.

En otros términos, que la Constitución determine que “Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derechos 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”, lo que es reiterado en la Ley 30/1992, RJAP y PAC, con la indicación que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente

e individualizado con relación a una persona o grupo de personas", no significa que la responsabilidad de las Administraciones Públicas por objetiva esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deba tener obligación de soportar por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento".

La carga de la prueba corresponde al reclamante de la responsabilidad patrimonial conforme establece el artículo 217 LEC. Si bien en ocasiones en la materia sanitaria la jurisprudencia ha invertido la carga de la prueba, considerando la mayor facilidad probatoria de la Administración sanitaria, no es menos cierto que quien reclama debe probar, siquiera de forma indiciaria, la vulneración de la *lex artis*, momento en el que se produciría la inversión de la carga de la prueba. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2010 (Recurso 3339/2006), considera que *"La "lex artis", criterio sin duda modulador de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de las prestaciones médicas, supone, conforme reiterada jurisprudencia, que a los servicios de la salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica diaria. Se trata de una obligación de medios condicionada por el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en el que se requiere el concurso de los servicios sanitarios, a los que no puede exigirse la curación del paciente. (Sentencias de 23 de febrero de 2009 -recurso de casación 7840/2004- y 30 de abril de 2010 -recurso de casación 3785/2005-).*

También conforme reiterada jurisprudencia indicábamos en las sentencias de referencia que a quien reclama incumbe justificar, al menos de forma indiciaria, incluso mediante la prueba de presunciones prevista

en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se ha producido por parte de las instituciones sanitarias un mal uso de la "lex artis", con la matización de que una vez acreditado que un tratamiento no se ha realizado de forma idónea o que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación, esto es, que probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que actuó como le era exigible".

SEXTA.- En relación a la práctica de vasectomías se ha pronunciado este Consejo en el Dictamen 139/11, de 6 de abril. En el mismo y sobre la base de lo establecido por el Tribunal Supremo en sentencias de 29 de marzo y 26 de abril de 2006 se reconoce que el nacimiento de un hijo tras la práctica de una vasectomía permite reclamar daños económicos por la crianza del hijo y morales como consecuencia de la frustración derivada de haberse sometido a una intervención inútil restringiendo la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad.

Reconocida por la jurisprudencia la existencia de daños en los casos de operaciones de vasectomía que no han impedido un embarazo ulterior, debe determinarse si existe una relación de causalidad con la actuación administrativa y si dichos daños han de considerarse antijurídicos.

Como se ha expuesto en la materia sanitaria rige el criterio de la *lex artis*.

En este caso no se ha acreditado por los reclamantes ninguna infracción de la *lex artis* en la operación de vasectomía que, según afirman el informe del Servicio de Urología del Hospital Universitario de Getafe y el de la Inspección Médica, se desarrolló sin complicaciones.

Así pues, el embarazo, habida cuenta de la presunción de paternidad del marido establecida en el artículo 116 CC, pudo deberse bien a que hubo

relaciones sexuales sin que se hubiese comprobado la ausencia de espermatozoides o bien que se hubiera podido producir una repermeabilización espontánea de la vía seminal.

A ambas circunstancias se refiere el consentimiento informado firmado por el reclamante (folios 28 y 29) en el que se advierte de la posibilidad de repermeabilización y se indica expresamente que *“Es importante seguir utilizando los mismos métodos anticonceptivos después de la intervención hasta que se realice uno o más espermiogramas de control aproximadamente a los dos meses. Estos tienen que demostrar la ausencia total de espermatozoides en el eyaculado (azoospermia) antes de poder iniciar las relaciones sexuales sin ninguna medida anticonceptiva”*.

En este caso los dos espermiogramas realizados al reclamante mostraban la existencia de espermatozoides por lo que no debería haber mantenido relaciones hasta que no se le hubiera confirmado la azoospermia.

La reclamación contiene fechas erróneas, tanto la de la práctica de la vasectomía como la del nacimiento de la hija de los reclamantes. En cualquier caso es claro que el reclamante mantuvo relaciones sexuales antes de que, conforme se le había indicado en el consentimiento informado, pudiera dejar de utilizar medidas anticonceptivas por existir una ausencia total de espermatozoides.

En definitiva los servicios sanitarios cumplieron en todo momento la *lex artis* e informaron al reclamante de las actuaciones a seguir con posterioridad a la intervención. Al incumplir el reclamante las prescripciones indicadas en el consentimiento informado debe asumir las consecuencias eliminando su actuación la responsabilidad de la Administración, indicando a estos efectos la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2009 (Recurso 1316/2005) que no existe

responsabilidad de la Administración cuando es la conducta del propio perjudicado la determinante del daño producido.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por la supuesta deficiente asistencia sanitaria dispensada por los servicios sanitarios debe ser desestimada por no concurrir los requisitos legales.

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.

Madrid, 21 de diciembre de 2011