

Dictamen nº: **25/20**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **23.01.20**

DICTAMEN de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 23 de enero 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 D. (en adelante, “*el reclamante*”) por los daños y perjuicios derivados de un embarazo no deseado que atribuye una vasectomía mal realizada en el Hospital Universitario La Paz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 16 de marzo de 2018, el abogado del reclamante presenta un escrito en el registro electrónico del Ministerio de Hacienda y Función Pública en el que manifiesta que a su representado, nacido en 1956, le fue practicada una vasectomía bilateral el 25 de noviembre de 1998 en el Servicio de Urología del Hospital Universitario La Paz. Refiere que el informe de Anatomía Patológica de las piezas obtenidas en la cirugía disponía lo siguiente: “*A) Deferente derecho: estructura tubular de 4 mm. B) Deferente izquierdo: estructura tubular de 8 mm*”. Según la reclamación, cuarenta y cinco días después de la operación se le practicó al reclamante un seminograma, que determinó la existencia de espermatozoides viables,

por lo que se le recomendó no mantener relaciones sexuales sin protección durante tres meses. El reclamante hace constar que su esposa en aquel momento tenía practicada una ligadura de trompas.

Se señala en el escrito que el reclamante tiene actualmente otra pareja con la que, habida cuenta de la vasectomía que él creía correctamente realizada, mantiene relaciones sexuales sin la utilización de métodos anticonceptivos. Con fecha 23 de marzo de 2017, se le realiza a su actual pareja una ecografía que acredita que se encuentra embarazada, dado lo cual el reclamante acude a consulta de Urología de su seguro privado, siendo prescrita la realización de un espermograma, llevado a cabo el 5 de abril de 2017. La prueba refleja la existencia de 96 millones de espermatozoides por mililitro con morfología y movilidad normal y, en consecuencia, acredita la fertilidad del reclamante. En opinión del médico privado, la vasectomía había sido mal realizada.

Señala el reclamante que, posteriormente, acude con tales resultados a la consulta de Urología del Centro de Especialidades Peña Grande, dependiente del Hospital Universitario La Paz, donde un espermograma arroja la existencia de 150 millones de espermatozoides por mililitro ante lo cual, la doctora concluye que tal recuento no corresponde con la realización anterior de una vasectomía. Según la reclamación, el reclamante fue derivado al Servicio de Urología del Hospital Universitario La Paz “*para resolver el problema*”, solicitando la doctora su ingreso inmediato, sin cita previa, el 14 de junio de 2017.

El 28 de agosto de 2017 nace el hijo del reclamante, de modo que el 14 de septiembre de 2017 se realiza una prueba de paternidad en un centro privado cuyo resultado, recogido en informe de 21 de septiembre de 2017, concluye que la probabilidad de paternidad del

reclamante es del 99,99999%, valor que se encuentra dentro del rango considerado como “*paternidad prácticamente probada*”.

Manifiesta el escrito que, para evitar la eventualidad de posteriores embarazos, el reclamante se sometió a una vasectomía en la clínica Quirón San José de Madrid el 10 de febrero de 2018. En el informe de alta hospitalaria se recoge lo siguiente: “*bajo sedación se realiza vasectomía según técnica habitual, observando en el conducto deferente derecho granuloma de recanalización del mismo*”.

Por último, señala el reclamante que el embarazo no deseado tuvo como consecuencia la ruptura de su relación con la madre del menor, que actualmente reside con su hijo en Santa Cruz de Tenerife, a la cual ha de abonar todos los meses la cantidad de 300 euros en concepto de pensión de alimentos. Tiene además otros tres hijos con su primera mujer.

Solicita una indemnización total de un millón de euros (más las correspondientes actualizaciones e intereses).

Tras requerimiento efectuado por la jefa de servicio de Responsabilidad Patrimonial de 4 de abril de 2018, el reclamante aporta diversa documentación: espermiograma realizado en laboratorio privado el 5 de abril de 2017, certificación literal de nacimiento, dictamen pericial de investigación biológica de la paternidad, informe de alta tras procedimiento quirúrgico de vasectomía bilateral y nuevo espermiograma realizado el 2 de abril de 2018.

El reclamante alude en su escrito a un dictamen pericial realizado por perito médico nefrólogo, que finalmente aporta por escrito de 9 de mayo de 2019.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente administrativo remitido, a efectos de fijar los hechos relevantes para la emisión del presente Dictamen, interesa referir la ausencia de documentación clínica relativa a la intervención origen de la presente reclamación, realizada en 1998, de modo que, a falta de contradicción documental por parte de la Administración, habrá de atenerse esta Comisión al relato fáctico realizado por el reclamante en su escrito, si bien es preciso destacar dos documentos relevantes, cronológicamente posteriores, y que sí figuran en la historia clínica remitida.

En efecto, consta en el expediente estudio clínico de Andrología del Hospital Universitario La Paz de 4 de mayo de 2017 en el que se refleja lo siguiente: “*en la visualización de la muestra entregada en frasco se observan 150 millones de espermatozoides por mililitro*”. Por ello, y así se refleja en el segundo documento al que aludimos, la doctora perteneciente al Servicio de Uroología del mismo hospital hace constar en la historia clínica del reclamante, el 14 de junio de 2017, la siguiente conclusión “*este recuento espermático no corresponde a sus antecedentes de vasectomía y la esposa del paciente está actualmente embarazada. Considero que el caso debe ser valorado por el actual jefe de Servicio de Uroología para resolver el problema del paciente..*”

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 del jefe del Servicio de Uroología del Hospital Universitario La Paz de 7 de mayo 2018, el cual señala

que el reclamante resalta en su escrito que “*se extirpó una longitud de deferente muy por debajo de la longitud mínima de seguridad y que se evalúa en 6 cm. como mínimo. A este extremo debo de decir que en los manuales y textos urológicos de prestigio y de referencia no se cita dicha longitud.*” Además, “*el señor... firmó el consentimiento informado de vasectomía, en el que figura que no se extirpan porciones largas del conducto deferente y que, tras la vasectomía se puede producir una recanalización espontánea del mismo y el peligro de embarazo*”. Por último, el informe señala que “*en el seminograma que se realizó tras la intervención se verificó que todavía tenía espermatozoides viables, recomendándose al paciente que repitiera el espermiograma en el plazo de 3 meses, aspecto que también fue ignorado por el paciente, no habiendo comprobado en ningún momento que había dejado de ser fértil*”.

En este punto, conviene recordar que integra el expediente nota interior del jefe de Sección de Urología del hospital de 2 de agosto de 2018 en la que se afirma que “*una vez revisada la historia clínica proporcionada, no se encuentra la documentación requerida (consulta previa a la cirugía, parte de quirófano, informe de alta con recomendaciones, revisiones posteriores a la cirugía y consentimiento informado de la cirugía)*”.

Asimismo se ha incorporado al procedimiento el escueto informe de 4 de diciembre de 2018 de la Inspección Sanitaria, que hace suyos los hechos narrados en la reclamación ante la ausencia de historia clínica y afirma que “*según la reclamación presentada por el paciente y que no se ha podido comprobar, a los cuarenta y cinco días de la vasectomía se realizó un seminograma con el resultado de espermatozoides viables, por lo que se recomendó no mantener relaciones sexuales sin protección durante tres meses...No hay datos de análisis posteriores que demuestren si persistía esa situación...*” Por ello

manifiesta que “*se solicita información sobre historia clínica de procedimiento realizado por el Servicio de Urología en 1998.. Con fecha 2 de agosto de 2018 el Dr.... responde que no se encuentra la documentación solicitada...*”.

En definitiva, concluye que “*ninguna técnica es efectiva al 100%. Es necesario confirmar en una analítica la existencia de azoospermia. No se ha aportado la historia clínica de la intervención realizada en 1998*”.

Tras la incorporación al procedimiento de los informes anteriores, el 4 de abril de 2019 se comunica la apertura del trámite de audiencia al reclamante, con remisión del expediente administrativo. Presenta escrito de alegaciones de 30 de abril de 2019 señalando, a la vista del informe del jefe del Servicio de Urología del Hospital Universitario La Paz en el que se alude a un supuesto consentimiento informado firmado por el paciente para la intervención de 1998, que tal consentimiento no existe en el expediente, de modo que al reclamante no se le informó de modo previo sobre la cirugía y sus posibilidades de éxito, ni se le dieron las recomendaciones posteriores al alta, como la realización de un espermiograma en el plazo de tres meses desde la intervención. Además, la falta de historia clínica les ha privado de su consulta y, en todo caso, a la vista del dictamen pericial aportado, la vasectomía practicada en 1998 fue mal realizada.

Finalmente, el 25 de noviembre de 2019 se ha redactado la oportuna propuesta de resolución, 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 3 de diciembre de 2019, 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 dia 23 de enero 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).

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. El 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 interpuesta en plazo legal, pues se presentó el 16 de marzo de 2018, mientras que el supuesto fáctico que origina el presunto daño reclamado, el nacimiento del hijo del reclamante, tuvo lugar el 28 de agosto de 2017

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. No obstante, conviene recordar que no se ha aportado la historia clínica relativa a la intervención objeto de la presente reclamación.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a las reclamantes, 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.

2º.- 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, la realización de una vasectomía, 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 mínimo ético constitucionalmente establecido, como no puede menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica (artículo 16 de la Constitución)».

En relación a la práctica de vasectomías se ha pronunciado el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus Dictámenes 139/11, de 6 de abril y 731/11, de 21 de diciembre. En los mismos y sobre la base de lo establecido por el Tribunal Supremo, se reconoce que el nacimiento de un hijo tras la práctica de una vasectomía permite, en determinadas circunstancias, 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.

QUINTA.- Por otra parte, 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 de la historia clínica por parte de la Administración 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 partes 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 este sentido, el reclamante aporta un dictamen pericial realizado por un especialista en Nefrología y Medicina Interna de 11 de marzo de 2018, en el que se afirma que “*la vasectomía realizada en noviembre de 1998 no fue correcta, dado que en el conducto deferente derecho sólo se extirparon 4 mm. del mismo entre los extremos ligados lo que está muy por debajo de esa longitud de seguridad que se evalúa en 6 cm. como mínimo*”.

Sin perjuicio de recordar que no se ha aportado historia clínica sobre la intervención que pueda atestiguar la veracidad de tal afirmación, debemos señalar que se trata de una opinión sostenida por un perito de otra especialidad, que no de Urología, y que tanto en el informe del jefe del Servicio de Urología del Hospital Universitario La Paz de 7 de mayo de 2018 (“*en manuales y textos urológicos de prestigio y de referencia no se cita dicha longitud*”) como en el correspondiente a la Inspección sanitaria, se afirma con rotundidad que no existe en la bibliografía consultada ninguna referencia específica a una longitud concreta de seguridad.

En lo que sí coinciden los diferentes informes, y así se consigna según el reclamante en el informe de alta (“*granuloma de recanalización del conducto deferente derecho*”) del centro privado donde se le practica una nueva vasectomía el 10 de febrero de 2018, es en la existencia de una recanalización, proceso que no es ajeno a una vasectomía, pues como señala la Inspección en su informe “*es imposible conocer la incidencia real de la recanalización tardía dado que no se realizan análisis de forma periódica. La recanalización es superior*

al número de embarazos postvasectomía, porque no todas las recanalizaciones dan lugar a una gestación”.

Por ello, siendo la recanalización uno de los posibles complicaciones o causas de una vasectomía fallida, la ausencia de historia clínica cobra especial trascendencia en el presente supuesto, pues no consta si el reclamante, como el mismo alega en su escrito de 30 de abril de 2019, fue adecuadamente informado sobre los riesgos y complicaciones de la intervención a efectuar y firmó el correspondiente consentimiento informado, a pesar de que el informe del jefe del Servicio de Urología del hospital así lo afirme.

En este punto, conviene recordar que el art. 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, vigente a la fecha de la operación, fijaba el derecho de todo usuario de la sanidad a recibir información de los servicios sanitarios. Así el art. 10.2, segundo inciso, establecía su derecho: “*2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso*”, añadiendo en el apartado 5: “*5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento*”. El precepto no fijaba una información alternativa (escrita “o” verbal, sino que utilizaba la conjunción copulativa “y”).

De igual modo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 3 de Octubre de 2.000 (Rec. Casación 3905/96) determina lo siguiente:

“En el caso de la medicina satisfactiva, la obligación de informar y el consentimiento del paciente adquieran perfiles propios.

Por una parte, la jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal declara, como una de las consecuencias del carácter satisfactivo del acto médico-quirúrgico, en consonancia con la elevación del resultado a criterio normativo de la obtención de un resultado, con

las salvedades apuntadas, una intensificación de la obligación de informar al paciente tanto del posible riesgo inherente a la intervención, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención (sentencia, ya citada, de 25 de abril de 1994). Como consecuencia de ello, podemos añadir aquí que la información cuya ausencia vicia el consentimiento no es sólo la del riesgo de fracaso, en sí mismo, de la intervención, sino también la de las posibles consecuencias negativas que el abandono del tratamiento postoperatorio del paciente hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta puede comportar, así como de la necesidad o conveniencia de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para advertir a tiempo, en la medida de lo posible, el fracaso tardío que pueda existir y conducir a la necesidad de una nueva intervención o de atenerse en la conducta personal a las consecuencias de haber recuperado la capacidad reproductora.

Por otra parte, esta Sala observa que en la medicina satisfactiva los perfiles con que se presenta la prueba del consentimiento adquieren peculiar relieve en la medida en que esta medicina es por definición voluntaria, de tal suerte que será menester tener en cuenta las características del acto de petición de la actividad médica, el cual por sí mismo, y atendidas sus circunstancias, puede aportar elementos que contribuyan a la justificación de la existencia de consentimiento en sí mismo, cosa que no ocurre en la medicina asistencial, especialmente en los supuestos de existencia de grave riesgo para la salud, en los que cabe presumir que la iniciativa de la prestación médica y del carácter de la misma corresponde de modo exclusivo o preponderante a los servicios médicos, pues responde a una situación de necesidad no dependiente de la

voluntad del paciente. Mas esto no minora la exigencia de mayor rigor en el deber de información en la medicina satisfactiva, aun cuando éste se proyecta, más que sobre la intervención en sí, sobre el resultado perseguido y el riesgo de no obtenerlo, pues la petición de asistencia médica, que puede ser suficiente para justificar la existencia de consentimiento en cuanto al hecho de la intervención, no lo es en cuanto al conocimiento de sus resultados y riesgos. A ello se añade, finalmente, la consideración de que cuando la propuesta de la intervención encaminada a lograr un determinado resultado procede de los propios servicios médicos, especialmente si estos están integrados en la red pública de salud, la asunción de la iniciativa acentúa, si cabe, el deber de información”.

En consecuencia, la ausencia de constancia documental del consentimiento informado debidamente suscrito por el reclamante, a pesar de lo afirmado por el jefe del Servicio de Urología del Hospital Universitario La Paz, da lugar a la responsabilidad de la Administración, pues priva al paciente de la posibilidad de valorar las posibles circunstancias adversas que dificultan la obtención del resultado perseguido con la intervención antes de decidir su realización. La finalidad de la información es permitir al paciente tomar la decisión de someterse a la técnica médica de que se trate con conocimiento de los riesgos que pueden derivarse de la misma y la falta de información equivale a una limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral contemplado en el artículo 15 de la Constitución según tiene declarado el Tribunal Constitucional en la STC 37/2011, de 28 de marzo.

En este supuesto se produce una inversión de la carga de la prueba y corresponde a la Administración probar que proporcionó al paciente toda la información necesaria en relación con la intervención por lo que no existiendo el documento de consentimiento informado

firmado por el paciente, ha de entenderse que se ha vulnerado el derecho a la información del reclamante y se le ha ocasionado un daño moral.

En estos casos la valoración de dicho daño es extremadamente complicada por su gran subjetivismo -sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 (r. 592/2006) y 23 de marzo de 2011 (r. 2302/2009)-. En cuanto a su concreta indemnización, la reciente 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*”.

Esta Comisión viene valorando el daño ocasionado por la falta de consentimiento en 6.000 euros.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada por mala praxis al no haberse acreditado la información facilitada al reclamante en la intervención quirúrgica llevada a cabo el 25 de noviembre de

1998, lo que ha causado un daño moral que debe indemnizarse con un importe de 6.000 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 23 de enero de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 25/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid