

Dictamen nº: **494/21**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **05.10.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 5 de octubre de 2021, aprobado por unanimidad, sobre 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 procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña., por daños derivados de su embarazo posterior a la intervención de ligadura de trompas en el Hospital La Paz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en el registro electrónico el día 9 de marzo de 2020, la persona citada en el encabezamiento formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de embarazo y nacimiento de su cuarto hijo por la falta de realización de ligadura de trompas a la que debía haber sido sometida por el Hospital la Paz al momento de realizarle una cesárea en julio de 2017, tal y como estaba previsto y se le había informado.

Según se recoge en el escrito, al haber tenido dos hijos anteriores nacidos mediante cesárea, al programarse la nueva cesárea para el nacimiento de su tercer hijo, se le iba a realizar la ligadura de trompas,

dado el peligro que acarrearía un nuevo embarazo tanto para su vida como para su futuro hijo.

Antes de ser intervenida firmó el consentimiento informado en el que se le explicaba que era el mejor método para no volver a ser madre, pero en ningún caso se le explicó que debía tener o utilizar métodos anticonceptivos, ni le explicaron las probabilidades de tener un cuarto hijo. Posteriormente, fue informada de que la ligadura de trompas había sido un éxito, pero, según relata, esa afirmación fue errónea debido a que la ligadura de trompas no se efectuó, siendo la razón por la cual se quedó embarazada de nuevo, debiendo efectuarse la ligadura de trompas en el Hospital 12 de Octubre.

La reclamante añade que la no ejecución de la ligadura de trompas y el nacimiento de su cuarto hijo ha puesto en riesgo su vida y la del feto, aunque finalmente naciese bien, causándole unos perjuicios económicos, familiares y personales graves, al no tener previsto el nacimiento de un cuarto hijo, cuyos gastos aproximados calcula en 200.000 euros.

Al escrito acompaña informes médicos de la asistencia prestada en el Hospital La Paz en julio de 2017 y del Servicio de Urgencias de ese mismo centro sanitario de fecha 27 de diciembre de 2018, en el que se recoge el diagnóstico de gestación en curso. También se aportan informes del Servicio de Ginecología del Hospital 12 de Octubre, de fecha 6 de julio de 2019, donde consta la realización de cesárea programada y ligadura tubárica bilateral.

Asimismo, se acompaña copia de demanda de medidas de guarda, custodia y alimentos, interpuesta por la reclamante contra un tercero, ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 8 de Madrid, y certificado de nacimiento de una hija en fecha 3 de julio de 2019.

SEGUNDO.- Acordado el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, el órgano instructor ha recabado la historia clínica, de la que se extraen los siguientes datos de interés para la emisión del presente Dictamen:

En fecha 11 de julio de 2017, la reclamante, con seguimiento ambulatorio de embarazo, es remitida a Urgencias para valoración, desde la consulta de preanestesia, en la que estaba citada, para preoperatorio de cesárea programada, por manifestar que desde el día anterior no nota al feto y ha tenido un flujo abundante en tres ocasiones (probable rotura de bolsa).

Es atendida en Urgencias del Hospital La Paz, donde se recoge: *“gestante de 39+3 semanas con cesárea programada el 12 de julio por cesárea iterativa, sospecha de bolsa rota desde el día anterior por la mañana. No refiere metrorragia ni dinámica uterina”*.

En consulta se planteó ligadura tubárica. El 11 de julio firma consentimiento informado, en el que se recoge *“aunque se trata del método más efectivo de los métodos de planificación familiar, existe un 0.4-0.6% de fallos en los que se produce una nueva gestación”*.

Se realiza cesárea ese mismo día 11 y ligadura de trompas por técnica de Pomeroy, y se remiten piezas quirúrgicas al Servicio de Anatomía Patológica. El puerperio evoluciona sin incidencias.

El 8 de agosto de 2017, Anatomía Patológica emite informe de 2 fragmentos de trompa uterina 7cm x 3mm y 8cm x 3mm sin lesiones histológicas significativas.

El 27 de diciembre de 18, es derivada a Urgencias Ginecológicas desde el centro de salud, por test de embarazo positivo, a pesar de

intervención de oclusión tubárica, que se realizó en la cesárea anterior (Julio 17). Se confirma embarazo acorde a 12 semanas.

El seguimiento de este embarazo se realiza en el Hospital Universitario 12 de Octubre, que se desarrolla sin incidencias, siendo derivada a consulta de preanestesia para realización de cuarta cesárea y solicita nueva ligadura de trompas. Se programa cesárea para el 3 de julio, entregando consentimiento informado de cesárea y ligadura de trompas.

El 3 de julio consta parto por cesárea en el que se realiza salpinguectomía parcial bilateral, sin incidencias.

TERCERO.- En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, se ha incorporado al expediente los informes de los servicios intervinientes.

Así, con fecha 15 de mayo de 2020, el jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital de La Paz, emite su informe en el que, refiere que el 11 de julio de 2017 se realizó ligadura y sección de trompas bilateral, como consta en el protocolo quirúrgico y se confirma con el análisis anatomopatológico de las trompas de Falopio. Añade que como dice la propia reclamación se le informó de que la posibilidad de quedarse embarazada era mínima, no inexistente, habiendo una tasa de fracasos relacionada con procesos de fistulización entre extremos o repermeabilización espontánea, riesgo que se recoge en el consentimiento informado que firmó la paciente.

Solicitado informe a la Inspección Sanitaria, se remite con fecha 2 de febrero de 2020. La inspectora médica, tras el examen de la historia clínica y hacer las valoraciones médicas de la misma, concluye afirmando que la asistencia sanitaria prestada a la reclamante fue adecuada y acorde a la *lex artis*.

El órgano instructor acuerda dar trámite de audiencia a la reclamante, formulándose alegaciones en fecha 11 de agosto de 2021, en las que viene ratificarse en su reclamación.

El 31 de agosto de 2021, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública fórmula propuesta de resolución, por la que desestima la reclamación al considerar que no concurren los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad, con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 2 de septiembre de 2021, se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, al letrado vocal Don Carlos Hernández Claverie, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 5 de octubre de 2021.

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 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a quince mil euros y por solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de

Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de interesada, según consta en los antecedentes, se regula en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas según establece su artículo 1.1.

En cuanto a la legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, la paciente la ostenta al haber recibido la atención sanitaria objeto de reproche.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado en un centro sanitario público de su red asistencial.

Por último y en lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.2 LPAC el derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, la intervención para la ligadura de trompas se realizó el 11 de julio de 2017, conociéndose con certeza el embarazo el 27 de diciembre de 2018, cuando la reclamante acude a Urgencias de Ginecología. En principio, podría considerarse que ésta es la fecha que podría tomarse para el inicio del cómputo del plazo de prescripción por ser ese el momento en el que se tiene conocimiento del daño; sin embargo, como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de febrero de 2005 (Recurso de casación para unificación de doctrina núm. 145/2004), en supuestos como el presente, los efectos lesivos no terminan hasta el instante del parto o, en su caso, el de la interrupción del embarazo. Además, debe tenerse en consideración que en el caso

que nos ocupa, la decisión de adoptar ese método anticonceptivo estaba motivada por el grave riesgo para la madre y el feto por un nuevo parto al existir tres antecedentes de cesárea. Ello hace que no sea hasta el nacimiento sin incidencias del cuarto hijo el día 3 de julio de 2019, cuando puedan conocerse con exactitud las consecuencias de la falta de eficacia de la ligadura tubárica. Por tanto, la reclamación presentada el 9 de marzo de 2020 debe reputarse formulada en plazo.

Respecto al procedimiento seguido, se ha solicitado y emitido el informe preceptivo previsto en el artículo 81.1 LPAC, esto es, al Servicio de Ginecología y Obstetricia cuya actuación es objeto de reproche. También consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria y se ha incorporado al procedimiento la historia clínica obrante en el SERMAS, tras lo cual se ha dado audiencia a la interesada, realizando sus correspondientes alegaciones.

Por último, se ha formulado la oportuna propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 106.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) en su título preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes. Regulación que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere conforme a lo establecido en el art. 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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”*.

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 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) *“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 la asistencia sanitaria, 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.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4^a) de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) 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”.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las Sentencias de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010) y de 27 de abril de 2015, (recurso de casación núm. 2114/2013), en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales *“puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido”*, cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

QUINTA.- Entrando a analizar en el supuesto concreto la existencia de los elementos antes mencionados, se plantea si el nacimiento de un hijo puede entenderse como un daño efectivo. A este respecto, la reclamante arguye que ese hecho ha provocado que rompa la relación con el padre de su hija, y perjuicios económicos por el mantenimiento de la menor hasta su independencia económica.

Sin embargo, la doctrina fijada por nuestra jurisprudencia en relación con los nacimientos no deseados niega que el nacimiento de un hijo pueda entenderse como un daño. En ese sentido, la Sentencia de la de 4 de noviembre de 2008, (Rec. de casación núm. 4936/2004) dice *“no cabe en el ordenamiento español lo que, en terminología inglesa, se denomina wrongful birth”*, ya que *“no hay nacimientos equivocados o*

lesivos, pues el artículo 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida". Por eso mismo, en la indicada sentencia se descarta expresamente que los gastos derivados de la crianza de los hijos constituyan, en principio, un daño, ya que son inherentes a un elemental deber que pesa sobre los padres y, desde luego, no enervan esa obligación legal.

Sin embargo, como recoge el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de mayo de 2015 (Rec. núm. 4397/2010), «estos principios deben matizarse en los casos en los que el nacimiento se produce como consecuencia de un embarazo que la madre habría querido evitar y que no pudo hacerlo como consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios sanitarios. En estos supuestos, la doctrina básica la encontramos en la Sentencia de esta Sala de 28 de septiembre de 2000, reiterada después en pronunciamientos posteriores, en cuyo fundamento de derecho quinto se afirma lo siguiente:

“Alega el recurrente que la paternidad inesperada le supone un daño moral, que relaciona, entre otras circunstancias, con la situación de inquietud e incertidumbre que ha padecido, así como un daño emergente derivado de los gastos realizados y un lucro cesante relacionado con los gastos necesarios para el mantenimiento de su hija.

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, de 11 de abril, “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 [...]”.

Junto a estos perjuicios, debe tenerse en cuenta la existencia de daño emergente, ligado a los gastos necesarios para la comprobación de la paternidad, que la intervención quirúrgica realizada convierte en incierta. También, sin duda, al lado del daño emergente, existen consecuencias dañosas que podrían encuadrarse en el lucro cesante. Sería, sin embargo, un grave error integrar este concepto resarcitorio con el importe de las cantidades destinadas a la manutención del hijo inesperado, pues ésta constituye para los padres una obligación en el orden de las relaciones familiares impuesta por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que el daño padecido no sería antijurídico, por existir para ellos la obligación de soportarlo».

En la reclamación que nos ocupa, la decisión de no tener más hijos obedecía, según refiere de manera expresa la reclamante en el trámite de audiencia, a la recomendación de los facultativos por la existencia de un riesgo cierto para la vida de la madre y la paciente en caso de un nuevo nacimiento, al haber sufrido tres cesáreas anteriores.

Afortunadamente, el nuevo nacimiento se produjo sin ninguna incidencia para la salud, lo que no obsta a que ese embarazo no deseado le causara hasta el parto una lógica angustia y desasosiego susceptible de ser considerado un daño moral y como tal, indemnizable.

Admitida la existencia de un daño real y efectivo, corresponde determinar si el mismo fue debido a la asistencia sanitaria y reviste el carácter de antijurídico. En este punto, la reclamante sostiene que no se efectuó la ligadura de las trompas de Falopio a la que había consentido y así se le había informado. Sin embargo, no solo el informe quirúrgico recoge la efectiva realización de la ligadura programada, también el informe de Anatomía Patológica identifica y analiza fragmentos de las trompas uterinas, lo que excluye la hipótesis de la falta de realización de esa ligadura tubárica.

Por otra parte, sostiene la reclamación que no recibió información sobre el riesgo ni las probabilidades de tener un cuarto hijo; sin embargo, esa afirmación se contradice con la mención que hace después de que, tras la operación, se le informó de que las posibilidades de quedarse embarazada eran mínimas. Ciertamente, el hecho de que el porcentaje de ineficacia de ese método anticonceptivo fuera escaso no quiere decir que fuera nulo, reconociéndose expresamente en el consentimiento informado debidamente firmado, que existe un 0,4-0,6% de fallos en los que se produce una nueva gestación, riesgo que el informe del jefe del servicio interviniente atribuye a procesos de fistulización o repermeablización espontánea.

Por tanto, la reclamante era conocedora de la existencia de un riesgo de nuevo embarazo, aceptando el mismo, lo que excluye la antijuridicidad del daño por el que reclama.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no concurrir daño antijurídico alguno.

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 5 de octubre de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 494/21

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid