

Dictamen nº: **726/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **22.11.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 22 de noviembre de 2022, 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 diagnosticado tardíamente por el Hospital Universitario Infanta Leonor (HUIL).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 20 de mayo de 2021 y reiterado en fecha 30 de junio posterior, la persona indicada en el encabezamiento formuló una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que considera deficiente la asistencia sanitaria dispensada en el Centro de Especialidades Vicente Soldevilla, perteneciente al Hospital Universitario Infanta Leonor, al entender que hubo un retraso en el diagnóstico de su embarazo y deficiente información sobre las posibilidades de interrumpir el embarazo.

En concreto relata que, acudió al médico el día 20 de enero de 2021 por problemas en el periodo desde hacía unos meses. La

doctora le hizo una “citología”, prescribiendo Progevera 5 mg/24 hr., durante 5 días “si no baja la regla en 10-15 días”. Indicó que, cuando bajara la regla, debía contar 21 días para realizar una analítica hormonal.

Por petición de su médico de cabecera (Centro de Salud Cerro Almodóvar), el día 9 de febrero se hizo una analítica de sangre y orina en el Hospital Infanta Leonor, cuyos resultados le dieron por vía telefónica 10 días después, comunicando que son normales, sin ningún tipo de alteración.

El día 17 de marzo de 2021 volvió a acudir al “Centro de Salud Vicente Soldevilla” y le comentó a su ginecóloga su preocupación por la falta del periodo y la ingesta de Progevera 5 mg. Ella cree que a lo mejor por su sobrepeso no ha funcionado y le vuelve a mandar una dosis superior para que le venga el periodo (10mg /24hr. durante 5 días), sin ningún tipo de prueba, indicando la posibilidad de tener ovarios poliquísticos y de su posible esterilidad futura.

El día 20 de abril siguiente volvió a acudir a hacerse la analítica hormonal y el 30 de abril le dieron los resultados. No estaba su doctora habitual y al explicar su situación le hicieron una “citología” (sic), comunicándole que llevaba sin periodo 4 meses porque estaba embarazada de 18 semanas.

La reclamante incide en que no le hicieron un test de embarazo, consideraron que tenía problemas hormonales y la doctora no supo ver que estaba embarazada, recetándole unas pastillas no indicadas para una persona embarazada.

Asimismo, añade que le informaron que al estar de 18 semanas no podía abortar. No obstante, acudió a un centro concertado donde la examinaron y le dijeron que sí podía interrumpir el embarazo pero que finalmente decidió no abortar.

Concluye indicando que el saber que estaba embarazada le ha causado gran ansiedad y problemas laborales y habitacionales, solicitando ser indemnizada en cuantía indeterminada.

Al informe acompaña distintos informes médicos relativos a la asistencia sanitaria recibida e informe de facultativo especialista en Psiquiatría de un centro concertado para la interrupción del embarazo, fechado el 4 de mayo de 2021, donde se recoge que por trastornos psíquicos puede someterse a la interrupción del embarazo.

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:

La reclamante, nacida en 1992, inicia consultas en Medicina Interna del HUIL el 23 de diciembre de 2020, derivada por oscilaciones de peso y astenia ocasional, con elevación progresiva de PCR sin clínica asociada junto a menstruaciones muy irregulares en los últimos dos años, con periodos de amenorrea prolongados, sin revisiones ginecológicas. Tras la exploración se planifica analítica completa con estudio hormonal y de orina, así como valoración por Ginecología.

El 20 de enero de 2021 acude a primera consulta en Ginecología por baches amenorreicos de 3-4 meses con vello en cuello sin otros síntomas de virilización estando pendiente de analítica hormonal. Fecha de última regla a finales de diciembre con tiempo menstrual irregular sin métodos de anticoncepción. Se inspecciona genitales externos, se realiza ecografía (útero en anteversión con endometrio proliferativo de 8 mm, ovario derecho de aspecto y tamaño normal con dificultad para visualizar ovario izquierdo). Se instaure

tratamiento con Progevera® 5mg/d durante 5 días y analítica a los 21 días de bajar la regla, así como nueva revisión.

El 22 de febrero se anota analítica en Medicina Interna, que es informada telefónicamente a la paciente al día siguiente, indicándose mínima elevación de testosterona y progesterona; se anota que ha estado en tratamiento con Progevera® 5mg/24 horas, sin haberle bajado la regla. Se le insta a que siga las indicaciones de Ginecología.

El 17 de marzo es valorada en Ginecología por otra profesional por no haber presentado regla tras tratamiento con Progevera®, por lo que se planifica nuevo ciclo a dosis de 10 mg al día durante 5 días, analítica (citada para el 20 de abril) y nueva consulta con resultados el 30 de abril

El 30 de abril se anota resultados de analítica hormonal y se realiza ecografía donde se visualiza feto único con biometría correspondiente a 18-19 semanas de gestación y fecha de última regla el 23 de diciembre de 2020. Se le cita para ecografía del segundo trimestre y resto de pruebas para control de embarazo.

Ese mismo día, 30 de abril acude a Urgencias por ansiedad tras conocer el embarazo y dudas al respecto. Se le explica que la progesterona no daña al feto y que incluso se pone como tratamiento a algunas gestantes. Sobre la posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo se le explica que es hasta la semana 14.

El curso de la gestación tiene lugar dentro de los límites considerados normales o fisiológicos, sin que se objetive patología alguna en los controles clínicos y ecográficos realizados.

El 17 de septiembre de 2021, la paciente es ingresada por rotura prematura de membranas en la semana 38 de gestación,

iniciando parto inducido que llega a dilatación completa el 19 de septiembre a las 9.30 horas.

Tras 4 horas de dilatación completa y al objetivar la falta de descenso de la presentación, se decide realizar cesárea por desproporción pelvifetal, obteniendo un feto varón vivo con apgar 4/9 y pH 7.16. La evolución materna postcesárea transcurrió sin incidencias y el alta hospitalaria es el 21 de septiembre de 2021.

TERCERO.- En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, se ha incorporado al expediente informe del servicio interviniente, de fecha 17 de junio de 2021, del jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario Infanta Leonor, en el que se expone:

- *“Que en la primera consulta que realizó no existía atraso menstrual alguno y en la exploración y ecografía realizadas lógicamente no había ningún dato que hiciera sospechar que la paciente podía estar gestante en ese momento.*
- *Que la exposición al fármaco indicado fue puntual y de corta duración (5 días) en su primera toma, y que cuando lo toma por segunda vez ya se habían superado las 12 semanas de gestación por lo que el riesgo de inducir malformaciones fetales es extremadamente bajo ya que para estas se precisan exposiciones más prolongadas y a mayor dosis como sucede con los preparados inyectables o tratamientos orales mantenidos en el tiempo.*
- *Que en definitiva se trata de un retraso en el diagnóstico de la gestación inducido por el historial previo de ciclos irregulares con atrasos menstruales (de hasta 3- 4 meses) que fue la razón de su derivación para estudio.*

- Que a fecha de hoy la gestación está transcurriendo dentro de los límites fisiológicos sin mayores incidencias”.

Solicitado informe a la Inspección Sanitaria, se emite con fecha 1 de abril de 2022, considerando la inspectora informante, tras valorar la historia clínica que se tendría que haber realizado prueba de embarazo dentro del estudio de la paciente con amenorrea secundaria por ciclos irregulares en la segunda consulta de Ginecología dada la ausencia de la misma.

Consta en el expediente informe pericial de dos especialistas en Ginecología, en el que aprecian lo siguiente:

1. En la consulta de 17 de marzo de 2021, no hubo una aplicación apropiada de los métodos establecidos para el estudio de la amenorrea secundaria que presentaba la paciente.
2. La asistencia prestada el 30 de abril de 2021 sí es correcta, diagnosticándose el embarazo de 17-18 semanas.
3. La administración de Progereva en el embarazo no tuvo consecuencia alguna.
4. La reclamante pudo interrumpir el embarazo por grave riesgo para la salud.

El órgano instructor acuerda dar trámite de audiencia a la reclamante el 31 de julio de 2022, sin que formule alegaciones.

El 17 de octubre de 2022, 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 D. 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 22 de noviembre de 2022.

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 indeterminada 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 reclamante 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, el embarazo se diagnosticó el 30 de abril de 2021, por lo que la reclamación formulada el 20 de mayo esta presentada en plazo, sin necesidad de considerar que el parto sin incidencias se produjo el 17 de septiembre posterior.

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, y un informe pericial complementario, tras lo cual se ha dado audiencia a la interesada, aunque no haya realizado 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 anterior 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:

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 4ª) 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, la reclamante refiere que el conocimiento de su embarazo le ha producido gran ansiedad y llevado consigo problemas laborales y dificultades para una futura vivienda. Asimismo, reprocha la defectuosa información sobre la posibilidad de interrumpir el embarazo.

A este respecto, cabe traer a colación la doctrina fijada por nuestra jurisprudencia en relación con los nacimientos no deseados, en la que se niega que el nacimiento de un hijo pueda entenderse como un daño. En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 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, resulta incontrovertido que hubo un retraso en el diagnóstico del embarazo efectuado el 30 de abril y que, a juicio de la inspectora médica y las peritas que han informado a instancia del órgano instructor, debió de haberse diagnosticado el 17 de marzo de 2021, cuando la reclamante estaría de 11 o 12 semanas de gestación.

Sin embargo, este hecho ha carecido de trascendencia en relación con el ejercicio de la autonomía de su voluntad, dado que, como ella misma acredita, bien pudo interrumpir el embarazo tras el diagnóstico certero de su gestación, como así informó un especialista en Psiquiatría del centro concertado al que acudió, y que apreció un trastorno adaptativo mixto por ansiedad y depresión, lo que hacía que estuviera bajo el supuesto previsto en el artículo 15. a) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Como la propia reclamante expone, la razón de no someterse a la interrupción del embarazo fue una decisión personal tras recibir toda la información al respecto. Todo ello hace que el retraso en la detección del embarazo haya carecido de trascendencia alguna.

Por lo que se refiere a la prescripción de un medicamento durante el embarazo antes de ser este diagnosticado, como consta que se le informó a la reclamante y hacen constar los informes del jefe del servicio interviniente y de las peritas que han dictaminado en el expediente, ninguna repercusión tiene en el feto ni en la madre, siendo así que el bebé nació sin patología alguna atribuible al fármaco prescrito indebidamente.

Por tanto, si bien la asistencia sanitaria prestada en la consulta del 17 de marzo de 2021 por una facultativa especialista en Ginecología puede considerarse errónea e inadecuada, ello no ha producido daño real y efectivo alguno, lo que hace que no pueda existir responsabilidad patrimonial por ello.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no concurrir daño alguno derivado de la prestación del servicio público sanitario.

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 22 de noviembre de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 726/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid