

Dictamen nº: **738/22**

Consulta: **Consejero de Sanidad**

Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación: **29.11.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 29 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 D. y Dña., por daños derivados de la falta de información sobre los riesgos de la intervención de vasectomía realizada al primero de ellos en el Hospital Universitario Severo Ochoa (HUSV).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 7 de julio de 2021, las personas indicadas en el encabezamiento formularon una reclamación patrimonial en la que alegan que en la operación de vasectomía realizada el 16 de mayo de 2018 en el HUSV no le informaron de los riesgos de posible recanalización, y que produjo un embarazo no deseado.

En concreto, el escrito detalla que el reclamante se encontraba en seguimiento por semioma de bajo grado, por el que se le practicó orquidectomía total derecha en el año 2015. En el año 2018, le es diagnosticado recidiva ganglionar, debiendo someterse a la extirpación de

la masa adenopática y, al no desear tener más hijos se le propuso realizar vasectomía izquierda en la misma intervención.

Añade que el 30 de abril de 2018 se le facilita consentimiento informado para la extirpación de los ganglios, pero no se le da el documento del consentimiento informado para la vasectomía, realizándose la cirugía conjunta el 15 de mayo posterior.

El 6 de noviembre del 2018 se realizó espermiograma, tras cuyo resultado se le indicó que no necesitaba seguir utilizando medidas anticonceptivas.

El 9 de julio de 2020, la pareja tiene conocimiento de que ella está embarazada lo que se comunica al Servicio de Urología del HUSV, realizándose nuevo espermiograma, en el que se comprueba que hay esperma. Su nuevo hijo nació el 16 de noviembre posterior.

El 21 de diciembre de 2020, dicen que se le da consentimiento informado para nueva vasectomía, en el que sí se incluye el riesgo de recanalización espontanea.

Tras el relato de esos hechos exponen que entienden vulnerado el derecho a su autonomía personal, por lo que, atendiendo a criterios recogidos en diferentes sentencias que citan, solicitan ser indemnizados con 70.000 euros.

Al escrito acompañan los informes médicos de la asistencia recibida y el consentimiento informado firmado para la segunda cirugía de vasectomía, libro de familia, así como declaración del impuesto sobre la renta de los reclamantes.

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:

El reclamante, nacido en 1980, es sometido en mayo de 2015 a orquitectomía derecha por seminoma, y posterior quimioterapia.

En un TAC de control realizado el 9 de abril de 2018, se objetiva conglomerado adenopático, anotándose que se comenta la posibilidad de vasectomía en el mismo acto quirúrgica para su extirpación, que se practica finalmente el 15 de mayo de 2018, constando confirmado consentimiento informado de cirugía y anestesia, si bien no se encuentra consentimiento específico para la vasectomía.

Con fecha 6 de noviembre de 2018, 5 meses y 20 días después de la intervención quirúrgica, se realiza espermiograma posvasectomía en el Servicio de Análisis Clínicos y Bioquímica del Hospital U. Severo Ochoa. En el informe aparece literalmente el siguiente resultado:

“Volumen Eyaculado 3,5 ml (>=1,5).

Informe Vasectomía:En la muestra examinada no se observan espermatozoides (menos de 56000/mL)

Diferentes sociedades de urología europeas y americanas (EUA, CUA, AUA) recomiendan el cese de medidas anticonceptivas cuando se observa menos de 100.000 espermatozoides inmóviles.

Por tanto, no necesita seguir utilizando medidas anticonceptivas”.

El 5 de octubre de 2020, consta que refiere embarazo de su pareja tras vasectomía, pidiéndose seminograma, cuyo resultado es: “*Se observan 4.3 millones/mL de espermatozoides. En torno a un 25% con movilidad progresiva*”.

Consta documento de consentimiento informado nominativo para vasectomía, fechado el 21 de diciembre de 2020 pero sin firma del paciente ni del facultativo. No habiendo más datos posteriores.

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, el jefe del Servicio de Urología del HUSV, en el que, tras exponer las actuaciones realizadas expone: “*si se confirma la paternidad y la autenticidad de la muestra de seminograma que se entregó para su análisis en el laboratorio, se trataría de una recanalización espontánea del deferente izquierdo.*”

La vasectomía es un método contraceptivo eficaz ya que prácticamente en el 100% de casos esteriliza a todos los pacientes, sin embargo, existe una pequeña proporción de casos en los que podría producirse una recanalización espontánea entre ambos extremos del deferente en un porcentaje que oscila entre un 0,16%, 0,2-1% y un 2%.

Con fecha 12 de abril de 2022 se emitió informe por la Inspección Médica haciendo constar la correcta y adecuada a la *lex artis* la ejecución técnica y posterior seguimiento de la vasectomía, pero considera que no es ajustada a la buena práctica la información facilitada, al no constar que se advirtiese del posible fracaso de la esterilización por recanalización espontanea.

Otorgado trámite de audiencia, los reclamantes presentaron alegaciones fechadas el 8 de junio del presente año, en las que vienen a reiterar su pretensión.

Finalmente, el 17 de octubre del 2022 se formula propuesta de resolución estimatoria parcial, considerando que se debe indemnizar al primero de los reclamantes con 6.000 euros.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad, con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 8 de septiembre de 2022, 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 29 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 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, el reclamante la ostenta al haber sido la persona a la que se le privó de la información sobre los riesgos y complicaciones de la intervención quirúrgica. Por el contrario, su esposa, aun cuando pudiera verse indirectamente afectada, no ostenta legitimación para reclamar por el daño moral derivado de la vulneración de la autonomía de la voluntad de su marido.

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, los reclamantes dicen haber tenido conocimiento del embarazo el 9 de julio de 2020, lo que comunicaron al Servicio de Urología interviniente en octubre del mismo año, naciendo el hijo el 16 de noviembre posterior, por lo que la reclamación formulada el 7 de julio de 2021 está presentada 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 Urología 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 los interesados, quienes formularon alegaciones según consta.

Por último, se ha formulado la oportuna propuesta de resolución de la reclamación, que ha sido estimatoria parcial.

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 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.

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».

Asimismo, como recogíamos en nuestro Dictamen 25/20, de 23 de enero, hay que atender a lo expuesto en la importante Sentencia de 3 de octubre de 2.000 (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”.

QUINTA.- En el presente caso, no resulta controvertido que el reclamante se sometió a una vasectomía sin firmar el consentimiento informado para ello, habiendo suscrito únicamente el consentimiento de la cirugía para extirpación de masa adenopática, que se realizó en el mismo acto quirúrgico.

Tampoco existen dudas respecto a la correcta técnica y su seguimiento, no haciendo los reclamantes reproches algunos a este respecto. La eficacia de la práctica médica se puso de manifiesto con el primer semiograma realizado. Sin embargo, tras referir el embarazo de su esposa, el segundo semiograma mostró la recanalización espontánea,

riesgo que se cifra en los informes obrantes hasta en el 2 % de casos. La falta de consentimiento informado hace presumir que el paciente no conocía ese riesgo de pérdida de eficacia de ese método anticonceptivo, que entendía definitivo, lo que presuntamente determinó el referido embarazo, si bien no consta la realización de prueba de paternidad.

Nos encontramos, por tanto, ante una vulneración del derecho de información reconocido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de Autonomía del Paciente sino también una lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y a la libertad, que no son meros derechos subjetivos que sólo vinculen negativamente a los poderes públicos, sino que éstos también tienen el mandato constitucional de proteger tales derechos, coadyuvando a que su disfrute sea real y efectivo. En ese sentido, interesa citar la importante sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo.

Como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su reciente sentencia de 23 de julio de 2021 (Rec. 573/2020), en un supuesto análogo, «*el daño derivado de la falta de información constituye una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario y un daño moral que afecta al derecho de autonomía del paciente, que la jurisprudencia califica como incumplimiento de la lex artis. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000 declaró que “esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información (...) supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”.*

Salvo supuestos excepcionales, entre los que no se halla el de autos, el importe de la indemnización no se equipara a la que correspondería por la reparación del daño material resultante de la asistencia sanitaria, aunque el mismo haya de ser tenido en cuenta junto a otras circunstancias.

En orden a la indemnización del daño moral, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2.011(recurso de casación 2.302/2009) vino a

declarar que ha de tenerse en cuenta que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de “preium doloris”, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso».

Ya señalábamos en nuestro Dictamen 25/20, de 23 de enero, que 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 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”*.

En dicho dictamen se fijaba por esta Comisión una indemnización de 6.000 euros, cantidad coincidente con la fijada en la más reciente Sentencia dictada en supuestos similares por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 23 de julio de 2021 (Rec. 573/2020).

Esa cantidad, que es también la recogida en la propuesta de resolución, entendemos debe ser debe ser actualizada, lo que hace razonable fijar una indemnización de 9.000 euros.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial y reconocer al reclamante la indemnización de 9.000 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 29 de noviembre de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 738/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid