

Dictamen nº: **788/22**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **22.12.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 22 de diciembre de 2022, sobre la consulta formulada por la alcalde de Madrid, a través del consejero de Administración Local y Digitalización, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido Dña. y su esposo D., por los daños y perjuicios sufridos por un embarazo no deseado tras la inserción de un Dispositivo Intrauterino (DIU), en un Centro de Madrid Salud, de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente de responsabilidad patrimonial trae de causa del escrito de reclamación patrimonial formulado por las personas citadas en el encabezamiento de este dictamen, presentado el día 1 de junio de 2022 en el registro telemático del SERMAS y dirigido inicialmente frente a la administración sanitaria autonómica.

Mediante oficio de la responsable de la Unidad Técnica de Responsabilidad Patrimonial del SERMAS, del día 7 de junio de 2022, se remitió la reclamación al Organismo Autónomo Madrid Salud, dependiente del Ayuntamiento de Madrid -folio 3-.

Los reclamantes detallan que en junio de 2017 estuvieron acudiendo a consultas de reproducción asistida en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, derivados por su médico de Atención Primaria, al no conseguir con facilidad un primer embarazo, pese a lo cual, en la tercera cita -el día 6 de septiembre del mismo año- les confirmaron que esperaban un bebé. Explican que el 4 mayo de 2018, nació su primera hija, tras un complicado embarazo y parto, que finalmente se resolvió con una cesárea.

Según relatan, tras acudir a una consulta de planificación familiar, se procedió a implantar un DIU de cobre a la reclamante el día 26 de septiembre de 2018. La reclamación recoge expresamente que, los reclamantes *“...confían plenamente en el método anticonceptivo que se les prescribió, en donde en todo momento se les confirmó una posibilidad remota de embarazo”* -sic-.

Un año más tarde decidieron ampliar la familia y el 21 de noviembre de 2019 le fue retirado el DIU a la reclamante, concibiendo a su segunda hija, que nació el 12 de agosto de 2020.

Señalan que, debido a la buena experiencia con el método anticonceptivo anterior, la reclamante decidió implantarse entonces un segundo DIU, el día 8 de octubre de 2020. Afirman que *“la mencionada doctora, con los debidos respetos y a juicio de esta parte, no explicó ninguna recomendación, simplemente se limitó a los informes anteriores aseverando que no existía posibilidad de embarazo, ya que Dña. ...sufría probables problemas de concepción, unido a que el método anticonceptivo elegido, según experiencia de la doctora era fiable al 100 %...”*.

Manifiesta la reclamante que la inserción, en esa ocasión fue más molesta y trabajosa que en la primera, prolongándose durante más de 20 minutos.

Relatan que en el mes de mayo del año siguiente, ante la ausencia de amenorrea, decidieron acudir a las Urgencias hospitalarias y allí se les confirmó el embarazo de su tercera hija, explicándoles también las complicaciones y riesgos añadidos por la presencia del DIU.

Afirman los reclamantes que todo ello les provocó una situación de enorme nerviosismo y ansiedad y que “*se derrumbaron*”, desarrollándose en adelante un embarazo muy complejo, en el que la reclamante padeció varias amenazas de aborto y un síndrome depresivo, por lo que recibió una baja laboral que se prolongó durante 6 meses, hasta el nacimiento de su tercera hija, que tuvo lugar el 20 de enero de 2022, mediante una tercera cesárea, especialmente compleja, en la que se le realizó adicionalmente una salpinguectomía bilateral al no ser posible efectuarle la ligadura de trompas, que había solicitado la reclamante.

A continuación manifiestan los reclamantes que, la llegada del quinto miembro de la familia les ha ocasionado una profunda depresión, que está afectando –incluso– a su relación de pareja y ha alterado sensiblemente todas sus previsiones de futuro, incluidas las económicas ya que, según explican, han tenido que cambiar de vivienda y adquirir un vehículo de gran tamaño, para poder emplazar los tres sistemas de retención de sus hijas, imprescindibles por su edad.

En definitiva, consideran que “*algo falló y no puede haber otra explicación que un defecto, bien del producto, bien en la praxis en su inserción*” -sic.-, motivo por el que formulan la presente reclamación, que inicialmente dirigieron solidariamente frente al SERMAS, al fabricante del DIU y a la doctora que lo implantó, solicitando una indemnización de 300.000 €, sin mayor justificación de esa cantidad.

El escrito de reclamación se acompaña de diversa documentación médica relativa a la interesada, a la implantación de los dos DIU que se

le efectuaron y al nacimiento de sus tres hijas, incluyendo copias de sus certificados de nacimiento (folios 4 a 141 del expediente).

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

La reclamante, de 35 años de edad en el momento de los hechos, el día 24 de agosto de 2020, acudió a la consulta de planificación familiar, del Centro de Salud Comunitaria de Arganzuela, del Organismo Autónomo Madrid Salud, dependiente del Ayuntamiento de Madrid, solicitando la colocación de un DIU, tras haber dado a luz por cesárea a su segunda hija, el día 8 del mismo mes y año.

Se le proporcionó información sobre los métodos anticonceptivos viables y la paciente comentó que antes del embarazo de su hija recién nacida ya había sido portadora de un DIU de cobre, cuyos beneficios y riesgos conocía y que, por eso lo volvía a elegir.

Le proporcionaron dos copias del documento de consentimiento informado y le indicaron que debía llevar una de ellas, firmada, el día de la inserción.

Según lo previsto, el día 8 de octubre de 2020, acudió la paciente y entregó el documento de consentimiento firmado. En el mismo se incluye la expresa mención de los riesgos de un embarazo no deseado, cuantificándose entre el 1 y el 3 %, la posibilidad de fallo del método contraceptivo elegido y se dejaba claro también, que la afectada comprendía, consentía y aceptaba la colocación del dispositivo.

Tras la correspondiente asepsia y antisepsia, se le insertó sin incidencias a la reclamante un DIU de cobre modelo Silverline 380 CU, lote DFR 0101, con caducidad de octubre de 2025, proporcionado por el Departamento de Farmacia del Ayuntamiento de Madrid. El DIU implantado era de “*alta carga*” (más de 300 mm), con una tasa de riesgo

de embarazos no deseados que oscila entre el 0,2-0,3 y 1,4 %, según los protocolos SEGO/SEC.

Al acabar el procedimiento se realizó una ecografía de control, como parte del proceso de inserción del DIU. Se le enseñó a la paciente en pantalla la imagen ecográfica del DIU normoinserto en cavidad, sin patología ginecológica emergente, en esos momentos y se la cito el 18 de noviembre para control ecográfico del DIU.

El día 18 de noviembre de 2020, se constató que el DIU estaba normoinserto, se informó de ello a la paciente y se le enseñó en pantalla, citándola para control ecográfico en 1 año.

El día 4 de marzo de 2022 se recibió en el correo electrónico del centro médico de Arganzuela un mail de la reclamante, que estaba dirigido a la doctora que la atendió, solicitando el envío por mail del consentimiento firmado para la colocación del DIU. Se le informó por la misma vía, que esa documentación no podía ser remitida por mail, entre otros motivos porque la afectada no tenía autorizada esa vía comunicaciones que afectaren a sus datos personales y se le ofreció una consulta presencial el día 10 de marzo de 2022, que aceptó.

El día señalado, estando presentes la doctora y una auxiliar sanitaria en la consulta, acudieron los reclamantes acompañados de su tercera hija, solicitando expresamente el consentimiento que constara en los archivos del Centro Municipal de Salud Arganzuela, debidamente firmado, explicando la reclamante haberse quedado embarazada con el DIU implantado en 2020, así como que se lo quitaron en el parto y que le dijeron que era defectuoso.

Explicaron que el embarazo de su tercera hija les había generado un gran trauma y un enorme incremento de gastos, pues les había obligado a cambiar de casa y de coche, al convertirse en familia

numerosa. Añadieron que estaban analizando actuaciones contra la compañía fabricante del DIU y contra el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, donde le habían acabado realizado una salpinguectomía bilateral a la reclamante, sin su consentimiento.

El día 4 de junio de 2022, la doctora que implantó el DIU recibió un burofax, dirigido al Servicio Madrileño de Salud, a la compañía farmacéutica que fabricó el DIU empleado y a ella en particular, solicitando que se enviara al correo electrónico de la reclamante la historia clínica e informando de que los afectados iban a formular una reclamación por importe de 300.000 euros.

TERCERO.- Presentada la reclamación, 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).

Consta en el expediente que, con fecha 7 de julio de 2022, se requirió a los interesados para que aportaran declaración de no haber sido indemnizados por la misma causa, indicación de si habían efectuado otras reclamaciones y la aportación de los medios de prueba de los que pretendieran valerse.

Con igual fecha, la Subdirección General de Contratación y Régimen Patrimonial de Madrid Salud procedió a solicitar al Centro de Salud Comunitaria de Arganzuela, dependiente del referido Organismo Autónomo, informe detallado sobre todos los hechos objeto de la reclamación y de todas las asistencias recibidas por la reclamante, además del testimonio de los profesionales intervinientes en el proceso asistencial y copia completa del documento de consentimiento informado firmado por la reclamante para la inserción del DIU, al que se refiere su reclamación y para otras posibles actuaciones invasivas que se le hubieran realizado en el mismo centro.

El requerimiento efectuado a los reclamantes fue atendido el 14 de julio de 2022, mediante un escrito en el que declararon que no habían sido indemnizados por los hechos objeto de reclamación, ni iban a serlo y que no habían iniciado ninguna reclamación adicional y, en referencia a las pruebas de que fueran a valerse en el procedimiento, reiteraron su interés en que se admitiera la documental acompañada a su escrito de reclamación y anunciaron una pericial psicológica de ellos mismos, que no adjuntaban a ese escrito.

En el curso de la instrucción, se han emitido diversos informes procedentes del Centro de Salud Municipal de Arganzuela. A saber:

- Informe de 14 de junio de 2022 suscrito por la jefa de Sección del Centro Madrid Salud de Arganzuela. En el mismo se indica que la reclamante fue vista por primera vez en la consulta de Ginecología el día 24 de septiembre de 2020, solicitando la inserción del DIU. En dicha consulta se realizó la anamnesis y la correspondiente valoración de las pruebas ginecológicas aportadas por la afectada y se le entregó un modelo de consentimiento informado, pidiéndole que lo leyera detenidamente y lo llevara firmado el día que fuera a someterse al procedimiento para implantarle el DIU.

Acudió para inserción el día 8 de octubre de 2020 y en su historia clínica consta literalmente que llevó el consentimiento firmado, que lo entendía, comprendía y aceptaba. Conforme a lo interesado, se le insertó un DIU modelo Silverline 380 CU, lote DFR 0101, con caducidad de octubre de 2025 y fue citada a las 5 semanas, en cuya revisión se observó el DIU normoinserito, por lo que se le indicó control al año.

La interesada no contactó con el centro de salud hasta el día 4 de marzo de 2022, fecha en que remitió un correo solicitando que se le enviara, en un plazo máximo de 5 días, una copia del consentimiento

informado para la inserción del DIU, firmado por ella y por la doctora que se lo colocó.

Se indica también que, el día 10 de marzo de 2022, estando en la consulta la doctora y la técnica auxiliar, acudió la paciente con su pareja y una niña nacida en enero de 2022. Según consta en la historia y manifiestan las dos profesionales presentes, la interesada refirió haberse quedado embarazada, a pesar del DIU; que el DIU se lo quitaron en el parto y era defectuoso y que estaban analizando lo que había pasado.

Pidió el consentimiento firmado por ella y por la Dra. ... y se le entregó una copia.

Su pareja refirió también que estaban analizando la actuación del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, donde le habían extirpado las trompas (salpingectomía bilateral) sin su consentimiento.

Contaron que se habían convertido en familia numerosa, habían tenido que comprar casa y coche nuevo y que estaban muy angustiados.

La Dra. ... les ofreció su ayuda y les pidió que la informasen si realmente el DIU era defectuoso, para alertar al fabricante.

El informe concluye indicando que el día 1 de junio de 2022, la Dra. ... recibió un burofax de la interesada solicitando el envío de la historia clínica a su correo electrónico y diciéndole que iba a presentar una reclamación por importe de 300.000 €.

-Un informe sobre la eficacia de los DIU de cobre, firmado por el jefe de la Sección de Salud Laboral de la Mujer, el día 14 de septiembre de 2022.

En el mismo se indica que ese informe está basado en los protocolos y recomendaciones de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) y la sociedad española de contracepción (SEC) y se indica expresamente:

“un DIU de cobre es un método anticonceptivo reversible de larga duración y altamente eficaz.

A lo largo del tiempo los DIUs han ido evolucionando, siendo utilizados actualmente los de alta carga (más de 300 mm).

La tasa de embarazos para los DIUs de carga de (380mm) oscila entre el 0,2-0,3 y 1,4 según los protocolos SEGO/ SEC.

Existe una relación dosis dependiente, ya que a mayor carga de cobre produce una mayor eficacia anticonceptiva, siendo los de 380mm los de máxima carga.

Se han propuesto diferentes mecanismos de acción en los DIUS de cobre:

1.- El más importante es la destrucción de los espermatozoides a su paso por el útero.

2.- También se produce un espesamiento de moco cervical, lo que impide o dificulta el paso de los espermatozoides.

Los controles que las pacientes deben seguir después de la inserción son una visita de control a las 3-6 semanas o postmenstrual. No son necesarias más visitas que las recomendadas por los programas de salud vigentes.

Los efectos adversos que se pueden producir son:

1.- Sangrado abundante y prolongado.

2.- Dolor durante la menstruación.

Estos inconvenientes son más frecuentes durante los primeros 3 a 6 meses de uso.

3.- Fallos del método con resultado de embarazo, a pesar de ser un método anticonceptivo muy eficaz. Es más frecuente durante el primer año de uso.

Es necesario, en caso de producirse un embarazo, descartar un embarazo ectópico (fuera del útero), que se produce en un 5-6% de los casos de embarazo con DIU.

En los embarazos en portadoras de DIU los riesgos de aborto se sitúan en un 50-60%.

Es imprescindible que la paciente firme un consentimiento informado antes de la colocación de cualquier tipo de DIU, en el que se especifiquen cuáles son los efectos secundarios posibles, los riesgos y la posibilidad de embarazo por fallo del método.

En el caso por el que se solicita este informe se ha utilizado un DIU de alta carga (380 mm), que son los más efectivos y se han seguido los protocolos antes expuestos”.

- Un informe de 15 de septiembre de 2022, de la técnica sanitaria de la consulta de Ginecología del Centro de Salud Municipal de Arganzuela, que explica:

“el 10 de marzo de 2022, en la realización de mis funciones de apoyo en la consulta de planificación familia, acude Doña..., acompañada por quién se presenta como su pareja.

El motivo de la consulta no es otro, que solicitar el consentimiento informado por colocación de DIU en dicha consulta; alegando que lo ha perdido y/o extraviado.

Se les informa que se les puede facilitar una copia, ya que el original debe permanecer en su historia.

Pues como es habitual en consulta de Planificación Familiar para inserción de DIU, a las usuarias se les hace entrega del consentimiento para que puedan leerlo con detenimiento y traerlo firmado a consulta concertada para inserción del dispositivo.

Doña...refiere que se ha quedado embarazada con el DIU; el cual le ha sido extraído en el parto.

Su pareja expone que están investigando si el DIU puede ser defectuoso. A lo que la Dra. ...les insta a que le informen del hecho, en el momento que conozcan el resultado, para ponerlo en conocimiento de la empresa fabricante.

Asimismo explica que, a Doña...en la Fundación Jiménez Díaz le han realizado una salpingectomía bilateral sin haber dado consentimiento, que han pasado a ser una familia numerosa, situación que les ha supuesto la compra de un nuevo coche y vivienda.

La Dra..... en todo momento mostrando una comunicación empática y escucha activa; les ofrece su apoyo; algo que la usuaria y su pareja agradecen al finalizar la consulta, y se les hace entrega de una copia del consentimiento informado”.

- Un informe de 21 de septiembre 2022 suscrito por la doctora que asistió a la reclamante, implantándole el DIU, que explica con todo detalle la secuencia de los hechos, relatando que el día 24 de agosto de

2020, acudió la paciente a la consulta de Planificación Familiar, habiendo tenido a su segunda hija en un parto por cesárea, el día 8 del mismo mes y año y solicitando la colocación de un DIU. Se indica que le informaron “*de los pros y contras de la colocación y funcionamiento del DIU*” y que la paciente comentó que antes del embarazo de su hija recién nacida ya había sido portadora de un DIU similar, por lo que conocía los beneficios y riesgos de ese método contraceptivo en particular y que, por eso lo volvía a elegir.

Le proporcionaron dos copias del documento de consentimiento informado y solicitaron que llevara una de ellas firmada, el día de la colocación.

Según lo indicado, el día 8 de octubre de 2020, acudió la paciente y entregó el consentimiento firmado, donde figura expresamente que hay un riesgo del 1 al 3 % de posibilidad de fallo del método contraceptivo elegido y donde se dejaba claro también que comprendía, consentía y aceptaba la colocación del DIU.

Tras la correspondiente asepsia y antisepsia, se colocó un DIU de cobre modelo Silverline 380 CU, lote DFR 0101, provisto por el Departamento de Farmacia del Ayuntamiento de Madrid, sin incidencias. La paciente refirió durante la colocación “*dolor levé a moderado*”, lo que es común en la colocación de este método contraceptivo y figura en el consentimiento como parte de los eventos que pueden ocurrir, por lo que no se produjo ningún evento “*fuera de lo habitual*” en la inserción.

Al acabar el procedimiento se realizó una ecografía de control, como parte del proceso de inserción del DIU, práctica rutinaria en casos de colocación de este método contraceptivo. Se le enseñó a la paciente en pantalla la imagen ecográfica del DIU normoinserito en cavidad, sin patología ginecológica emergente, en esos momentos y se la cito el 18 de noviembre para control ecográfico del DIU, como es práctica habitual.

El día 18 de noviembre de 2020, se constató que el DIU estaba normoinserito, se informó de esto a la paciente y se le enseñó en pantalla, citándola para control ecográfico en 1 año.

El día 4 de marzo de 2022 se recibe en el correo electrónico del centro médico de Arganzuela un *mail* de la reclamante dirigido a la doctora, solicitando el envío del consentimiento firmado para La colocación de un DIU. Se le informó por la misma vía, que esa documentación no puede ser enviada por *mail*, entre otras cosas porque no tenía firmada la autorización para envío de datos personales por correo electrónico. Se le ofreció una consulta presencial el día 10 de marzo de 2022, que aceptó vía *mail*.

El día señalado, estando presentes la auxiliar sanitaria y la propia doctora, en la consulta, acudió la paciente con quien dijo ser su pareja y una niña *“que me informan es su tercera hija, que ha nacido por cesárea electiva, en enero de 2022”*.

La paciente solicitó expresamente el consentimiento que constara en los archivos del Centro Municipal de Salud Arganzuela, firmado por ella y por la propia doctora, indicando como razón para esa petición, que se habían mudado de casa y les había extraviado la copia que se les entregó en su día, reclamando una nueva copia de ese documento.

Indagando sobre ese motivo, el informe señala que *“la paciente, con cierta reticencia, refiere haberse quedado embarazada con el DIU colocado en 2020. Comenta que el DIU, que se lo quitaron en el parto, y le dijeron que era defectuoso”*. Se les proporcionó una copia del consentimiento, puesto que el original es documentación perteneciente al centro de salud.

Sobre los motivos de la solicitud, el informe indica: *“su acompañante, más claro a la hora de explicar el real motivo de la petición*

del documento, me dice que el embarazo de su tercera hija les ha generado un gran trauma, que han tenido que cambiar de casa y de coche, al convertirse en familia numerosa. Que esto les ha generado un aumento considerable en los gastos familiares y de momento están analizando actuación contra la compañía fabricante del DIU y contra el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, donde le han quitado las trompas a su mujer sin su consentimiento. Habían solicitado esterilización permanente, con ligadura de trompas bilateral, y le practicaron una salpinguectomía bilateral. Refiere que están muy angustiados desde que se han convertido en familia numerosa, porque han tenido que comprar casa, que están reformando y coche nuevo, de 7 plazas”.

El informe concluye indicando que el día 4 de junio de 2022, la doctora recibió un burofax, dirigido al Servicio Madrileño de Salud, a la compañía farmacéutica que fabricó el DIU colocado a la paciente, y a ella en particular, solicitando que le enviara la historia clínica al correo electrónico de la reclamante, e informando de que iban a reclamar por importe de 300.000 euros.

Se añade que, “según las pruebas aportadas por la paciente en su burofax, concretamente en el punto 7; el día 31 de mayo de 2021 se le realizó una ecografía en un centro externo al ayuntamiento, que demuestra un embarazo con la imagen ecográfica del DIU normoinserito, lo que contribuye a justificar que la colocación había sido realizada correctamente y, su caso, puede atribuirse al fallo del 1 al 3%, propio del método elegido”.

- El documento de consentimiento informado suscrito por la reclamante y la doctora que implantó el DIU, que incluye entre los riesgos “...En la evolución:...• “Gestación (1-3%), si ésta se produce, existe un mayor riesgo de aborto y de embarazo ectópico. La tasa real de

fracaso como método anticonceptivo es mayor en el 1º año, entre 1-3 %” - folios 173 y 174-.

- Documentación técnica sobre el DIU de cobre, publicada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios –folios 177 al 198- y el prospecto del concreto dispositivo implantado -199 al 201-.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia a los interesados, el día 30 de septiembre de 2022. Consta en el expediente que el día 13 de octubre concurrió el reclamante a tomar vista del expediente en la sede del organismo autónomo Madrid Salud – folio 207 y 208-.

Los reclamantes efectuaron alegaciones finales el día 16 de octubre de 2022, insistiendo en sus argumentos iniciales, considerando acreditados los presupuestos de la responsabilidad que pretenden y, en particular, considerando vulnerado su derecho a la información sobre el método anticonceptivo empleado, negando que se les informara adecuadamente de los riesgos, con el detenimiento preciso y no como un simple trámite formal e irrelevante y que se les entregara el correspondiente documento con antelación al momento en que lo firmaron, llegando a apuntar la posible falsedad de las firmas de la doctora consignadas en la copia del consentimiento informado que se les proporcionó, pues indican que no hay coincidencia gráfica aparente entre la misma y la firma de la doctora del informe incluido en el procedimiento.

Con el escrito de alegaciones los interesados aportaron diversa documentación médica -folios 210 al 236-, en concreto un informe pericial psicológico suscrito por una profesional en Psicología Clínica, en el que se concluye que los reclamantes están profundamente afectados en el plano emocional y psicológico por la materialización de ese tercer embarazo, no deseado, manteniendo ambos un estado de

ansiedad muy acusado y la reclamante, también un ánimo depresivo, que no se ha resuelto tras 63 sesiones, desarrolladas desde el 26 julio de 2021 y que perjudica directamente a la pareja, además de poder tener impacto adicional en la salud de sus hijas.

Finalmente se ha formulado propuesta de resolución suscrita por el gerente de “Madrid Salud”, que desestima la reclamación al considerar que no se ha acreditado la existencia de daño alguno, ni físico ni psíquico, como consecuencia de la actuación de las profesionales del Centro de Salud Comunitaria de Arganzuela, dependiente del Organismo Autónomo Madrid Salud, del Ayuntamiento de Madrid, no existiendo, por tanto, ningún daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado que pueda ser reclamado.

CUARTO.- El 11 de noviembre de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente a la letrada vocal Dña. Carmen Cabañas Poveda, 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 diciembre 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 15.000 euros, y a solicitud de la alcaldesa de Madrid, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3 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 se regula en la LPAC, dado que este procedimiento se incoó a raíz de la reclamación formulada con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma.

Formula la presenta reclamación, tanto la persona directamente afectada por la asistencia sanitaria reprochada, la portadora del DIU, cuya legitimación resulta incuestionable, al amparo del artículo artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -en adelante, LRJSP-, como su esposo. En cuanto a este último, debemos rechazar la que derive de la intervención sanitaria directamente considerada y/o de sus efectos físicos en el cuerpo de la mujer, por su carácter personalísimo, que afectan exclusivamente a la reclamante; no obstante, siguiendo la lógica argumental de la reclamación, habrá de admitirse la referida a las consecuencias económicas del aumento indeseado de la familia, en las que se centra especialmente esta reclamación, pues sin duda afectan al esposo las decisiones sobre la planificación familiar de la pareja y – sobre todo- las consecuencias económicas indeseadas producidas por su fallo.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva del Ayuntamiento de Madrid, en cuanto que es la Administración de la que depende el organismo autónomo Madrid-Salud, que presta su actividad asistencial en centros y establecimientos sanitarios de competencia municipal,

entre los que se incluye el Centro de Salud Comunitaria de Arganzuela, al que se imputa el daño.

En cuanto al 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 (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, en el que se reclama por los daños y perjuicios sufridos por un embarazo no deseado de la interesada, que ocurrió teniendo implantado un DIU; el *dies a quo* sería el momento del nacimiento de la concebida en esas circunstancias, que se produjo el día 20 de enero de 2022, por lo que la reclamación formulada el día 1 de junio de 2022, se encuentra formulada en plazo.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. Se ha recabado informe de la Dirección del Centro de Salud Comunitaria de Arganzuela; informe de la Sección de Salud Laboral de la Mujer de la Subdirección General de Prevención de Riesgos Laborales de Madrid Salud; informe del técnico sanitario de la consulta de Ginecología del centro; informe de la profesional ginecóloga que implantó el DIU; consentimiento informado correspondiente al acto médico de inserción del DIU firmado por la reclamante, y por la ginecóloga implicada en el proceso asistencial. Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a los reclamantes, que formularon alegaciones en el trámite conferido al efecto.

Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución que ha sido remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la 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”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o

perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2017 (recurso 787/2015), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, *“en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria 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, que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, 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. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha lex artis respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son*

imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado”.

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado.

Sobre el particular, recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009, que “(...) *la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado*”.

En este caso, la reclamación se fundamenta en el fallo de un método anticonceptivo, destacando la afectación moral y económica de los reclamantes, lo que obliga a referirnos en primer término a la naturaleza del daño eventualmente producido.

Para situaciones como la presente, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 (rec. núm. 4397/2010), 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 -concreta a continuación la referida sentencia-, “*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”.

Así, en los casos en los que se produce un embarazo no deseado, serían resarcibles ciertos conceptos que el Tribunal Supremo agrupa en las categorías del daño moral y del lucro cesante. En cuanto al daño moral, consistiría en la lesión del poder de autodeterminación de la persona, que a su vez podría constituir la vulneración de su dignidad en cuanto valor jurídicamente protegido puesto que *“(...) el embarazo habido (...) 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 mínimum ético constitucionalmente establecido”.*

Y, por lo que se refiere al lucro cesante, indica el Tribunal Supremo que constituiría *“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. Sólo podría existir lucro cesante en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica o social del interesado o de los interesados”.*

Así las cosas, en este caso, el daño de los reclamantes residiría únicamente en la lesión de su derecho a la autodeterminación. En cambio, no puede considerarse como daño la disminución de la capacidad económica familiar por los gastos de manutención de su tercera –e inesperada– hija, puesto que esos gastos tienen el deber

jurídico de soportarlos, y no se ha acreditado en modo alguno que se produzcan las circunstancias que la jurisprudencia recién citada exige para la indemnización del lucro cesante.

Aclarado el daño producido a los reclamantes, hemos de considerar si se dan los demás requisitos necesarios para que pueda reconocerse la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en reclamaciones precedentes sobre los fallos de los métodos anticonceptivos.

Así, por ejemplo, la Sentencia de 2 de octubre de 2007 (RC 9209/2003), en la que se planteó la procedencia de indemnizar a una mujer por el fracaso del método anticonceptivo instaurado en la sanidad pública, o más concretamente, las de 29 de marzo de 2006 (RC 271/2002) y de 3 de octubre de 2000 (RC 3905/1996), estas dos últimas relacionadas con hijos habidos después de haberse sometido sus respectivos padres a una vasectomía, vienen a incidir en la diferencia entre la medicina curativa y la satisfactiva, en cuya categoría se incluiría la implantación de un DIU.

Así, la citada sentencia dictada en el año 2007, recogiendo lo que anterior jurisprudencia venía estableciendo, recuerda lo siguiente: “(...) *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 de 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*”.

En definitiva, por mucho que en la medicina satisfactiva lo comprometido sea un resultado; en este ámbito de la planificación familiar, la propia jurisprudencia citada especifica que el hecho de que, después de someterse a ella se tenga un hijo, no implica *per se* que la Administración esté obligada a reparar el daño. En este punto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2011 (recurso de casación 4823/2009), manifestó: *“(...) en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria es también causa de exclusión de la misma la observancia de la lex artis, según es de ver, por todas, en nuestra reciente sentencia de 4 de octubre de 2011, dictada en el recurso de casación núm. 3536/2007. Y, en fin, porque ello ocurre también en el ámbito de la llamada medicina satisfactiva, aunque no se alcance finalmente el resultado pretendido, si la actuación sanitaria ajustada a la praxis médica va precedida de una información comprensible que incluya la veraz advertencia de que la satisfacción estética o funcional buscada no está plenamente garantizada (así es de ver, por todas, en la sentencia de 3 de octubre de 2000, dictada en el recurso de casación núm. 3905/1996, que la de instancia trae a colación con todo acierto)”*.

Llegamos de esa forma a la necesidad de referirnos al derecho a la información, como elemento que eliminaría la antijuridicidad del daño, máxime en el caso de un método anticonceptivo -como ocurre en el presente supuesto-, cuyos resultados no resultan ni definitivos, ni absolutos.

La necesidad de suministrar al paciente información completa de las actuaciones que se van a llevar a cabo en el ámbito de su salud, resulta impuesta por los artículos 4 y 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Según se indicó en el reciente dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora 712/22 de 22 de noviembre, la finalidad de esta 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 Española, según ha considerado el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 37/2011, de 28 de marzo.

Como hemos sostenido en anteriores dictámenes (así el dictamen 402/21, de 31 de agosto), en la información que se ha de ofrecer en los documentos de consentimiento informado ha de existir un equilibrio, de tal forma que se contenga una información suficiente sin caer en informaciones excesivas o de naturaleza técnica.

En este caso, se observa que en el documento de consentimiento informado firmado por la reclamante se resaltaba especialmente la posibilidad de un pequeño porcentaje de fallos, en los resultados que se asignan a este método en su función contraceptiva, pudiendo producirse embarazos, en un porcentaje que oscila de entre un 1 y 3 % y, si tuvieran lugar, concurriendo un mayor riesgo de abortos y/o de embarazos ectópicos; concluyendo que, por todo ello, la tasa real de fracaso de este método anticonceptivo es mayor en el primer año y se cifra entre 1-3 % -folios 173 y 174-.

Además de recogerse tales datos en el documento de consentimiento informado, los reclamantes ya conocían las características de este método anticonceptivo al haberlo empleado con anterioridad, como reconocen expresamente en su escrito de reclamación. De ese modo, los reclamantes eran formal y materialmente conocedores de que el método anticonceptivo de su elección no era

100 % seguro, aceptando por tanto un riesgo que, al haberse materializado ha perdido su carácter de antijurídico.

A mayor abundamiento, según las explicaciones que se contienen en los informes emitidos en el curso del procedimiento, la actuación llevada a cabo por los profesionales del Centro de Madrid Salud de Arganzuela, circunscrita al ámbito de sus competencias en materia de planificación familiar y anticoncepción fue la adecuada y se ajustó al protocolo de actuación establecido por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia y, finalmente, de los informes médicos y de la documentación que obra en el expediente, que no ha sido desvirtuada por los reclamantes mediante prueba alguna en contrario, no resulta que el dispositivo implantado fuera defectuoso.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación formulada al no haberse acreditado mala praxis en la asistencia sanitaria dispensada en el Centro de Madrid Salud de Arganzuela.

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 diciembre de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 788/22

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid