

Expediente Núm. 200/2017
Dictamen Núm. 203/2017

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 13 de julio de 2017, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 1 de junio de 2017 -registrada de entrada el día 8 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios de un tratamiento quimioterápico que derivó en esterilidad de varón.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 7 de octubre de 2016, el interesado presenta en las dependencias de Correos y Telégrafos una reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida al Servicio de Salud del Principado de Asturias, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un tratamiento quimioterápico que derivó en esterilidad de varón.

Expone que "le fue diagnosticada una gran úlcera gástrica" que fue informada como "linfoma B difuso de célula grande (...) proponiéndose un tratamiento con ciclos de quimioterapia", del que recibió seis ciclos. El "tratamiento pautado R-CHOP incluía, entre otras sustancias y fármacos, Ciclofosfamida y Vincristina (...). Una vez iniciado el tratamiento y con motivo de los efectos secundarios derivados de la administración de la Vincristina que motivaron la suspensión de su uso (...) se le informa expresamente de los riesgos de esterilidad que podrían provocar el tratamiento concreto de quimioterapia que se le estaba dispensando (...). Es un hecho y no se va a negar que se suscribió un consentimiento informado con fecha de ocho de marzo de dos mil doce, siete días antes de iniciarse el tratamiento de quimioterapia. Es igualmente cierto que el facultativo (...) no le informó verbalmente del efecto secundario de la esterilidad, ni de la posibilidad de criogenizar o congelar sus células reproductoras (...). Cuestión que no es baladí desde el momento en el que el compareciente al someterse al tratamiento aún no tenía descendencia y su deseo vital era tenerla, lo que le habría llevado a decidir la criogenización o congelación de sus células reproductoras de haber sabido y conocido la alta probabilidad de que se produjese esterilidad derivada del tratamiento de quimioterapia./ El consentimiento informado suscrito no deja de ser un impreso general y generalista de preceptiva suscripción (...) que debe ir precedida, en todo caso, de una adecuada información verbal (...). El documento suscrito describe el proceso de forma general remitiendo a las explicaciones precisas del facultativo (...) que en este caso no fueron las necesarias, suficientes y preceptivas (...). Lo mismo se puede decir de los efectos secundarios previsibles, el documento se refiere a ellos como posibilidades con carácter transitorio en algunos casos, y, en otros, como simples posibilidades (...). El consentimiento suscrito no contempla riesgos personalizados (...) privándole de la posibilidad de decisión sobre la criogenización (...). Es inocuo a esta reclamación que el impreso recoja como un probable efecto secundario la esterilidad pudiendo plantearse, según dice el impreso, la congelación del semen, y es precisamente esta previsión la que

obligaba a facilitar información verbal al paciente sobre ella si el tratamiento a suministrar acarrease sustancias y fármacos que materializasen dicha previsión de efectos secundarios”.

El “compareciente afirma que ningún facultativo le informó verbalmente del riesgo de que el tratamiento concreto (...) podría causarle esterilidad, y menos aún que ésta pudiera ser definitiva (...). Es ilógico pensar, menos aún sostener, que si a un paciente se le informa sobre la posibilidad de criogenizar o congelar su semen (...) no hubiera optado por esta técnica (...). Lo cierto es que al compareciente se le privó de la posibilidad de procrear su propia estirpe, por cuanto, como se acredita, el tratamiento le ha producido esterilidad permanente, impidiéndole tener descendencia propia por medios naturales, debiendo recurrir a técnicas de reproducción asistida en un futuro”.

Relata a continuación que “finalizado el tratamiento de quimioterapia (...) interesó la realización de un seminograma (...). Recientemente, trascurridos tres años desde aquel seminograma, decide repetir la prueba (...) siendo que el seminograma dio resultados análogos a los de hace tres años, arrojando un déficit claro de movilidad y morfología de los espermatozoides de la muestra. El resultado indica que existe un 85 % de espermatozoides inmóviles, normales sólo un 5 % y anormales el resto, el 95 %./ Dado el tiempo transcurrido entre el tratamiento y los seminogramas realizados se puede considerar que la esterilidad provocada (...) es definitiva.

Sobre la cuantificación de la reclamación, considera concurren “dos conceptos indemnizables; de un lado el daño moral generado por la frustración ante la imposibilidad de tener descendencia de forma natural (...). De otro lado, un daño emergente consistente en la necesidad de acudir a la reproducción asistida para poder tener descendencia./ Por el primer concepto (...) se reclaman 30.000 euros (...). Por el segundo concepto (...) se reclama que la Administración responsable asuma el tratamiento de reproducción asistida necesario”.

Interesa “el recibimiento del procedimiento a prueba (...) mediante la aportación de cuantos documentos, justificantes y facturas fueren precisos para

adverar las manifestaciones formuladas y la cuantificación de la indemnización reclamada”, e “insta la incoación de procedimiento abreviado del art. 14 y siguientes del reglamento en relación con el art. 143. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Junto con la reclamación aporta: a) Informe del Servicio de Hematología de 13 de marzo de 2012. b) Documento de Consentimiento Informado para Tratamiento Quimioterápico de 8 de marzo de 2012. c) Seis hojas de control de administración de quimioterapia. d) Informe del Servicio de Hematología, de 7 de agosto de 2012. e) Analítica de “Andrología”, de fecha 1 de julio de 2016”.

2. Mediante oficio de 18 de octubre de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias una copia de la reclamación presentada.

3. Con fecha 16 de noviembre de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios notifica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

4. Mediante oficio de 29 de noviembre de 2016, el Responsable del Área Sanitaria IV remite al órgano instructor una copia de la historia clínica del paciente, “así como informe de hematología”.

El informe del Servicio de Hematología-Hemoterapia, suscrito por el Jefe del Servicio el 29 de noviembre de 2016, señala que “como se puede comprobar en la copia que se remite del documento de Consentimiento Informado firmado por el paciente con fecha 8-03-2012, recibió toda la información relacionada con su enfermedad en la que se incluyó, entre los posibles efectos secundarios provocados (...) el riesgo de esterilidad así como

de la posibilidad de congelación del semen, solicitud que nunca fue realizada por el paciente”.

Junto con el informe acompaña copia del documento de consentimiento informado y de informes que obran en la historia clínica.

5. Con fecha 27 de marzo de 2017, a instancia de la entidad aseguradora del Principado de Asturias, emite informe una Especialista en Hematología y Hemoterapia.

En el “resumen de los hechos”, señala que en 2012 fue diagnosticado de “linfoma no Hodkin difuso de célula grande B”, y que tras la firma del consentimiento informado “donde se incluye como efecto secundario: ‘Esterilidad, en varones puede plantearse la congelación de semen’”, inició su tratamiento el 15 de marzo de 2012, recibiendo los dos últimos “sin Vincristina. En el informe final de tratamiento, de fecha 7-8-2012 se refiere que el paciente toleró bien los tratamientos y que la Vincristina se omitió en los dos últimos por neuropatía periférica (...). Entre la documentación se incluye espermograma de fecha 1-7-2016, por tanto 4 años tras acabar la quimioterapia, en el que presenta una cifra disminuida de espermatozoides (...) con movilidad disminuida al 15 %, cuando lo normal es que haya un 40 % móviles. En ese informe no figura absolutamente ninguna conclusión, que indique que el paciente sea completamente estéril”. Constan “antecedentes de amebiasis en el 98”.

En el apartado de “consideraciones médicas”, sostiene que “el diagnóstico y el tratamiento de este linfoma es el correcto”, y que “el consentimiento informado firmado por el paciente contiene toda la información necesaria y suficiente”. Sobre esto último, afirma que el consentimiento “incluye la esterilidad como posible efecto secundario, y la posibilidad de que el paciente pudiera congelar su semen (...). Esta frase está claramente expresada y en un apartado específico, se lee con facilidad y destaca entre el contenido del documento./ Además el consentimiento indica por escrito que el paciente está de acuerdo en que ha podido preguntar todas las dudas y se le ha informado correctamente./ No figura en ningún lugar de la historia que el paciente

preguntara sobre este efecto ni tampoco se menciona que lo hiciera, en la reclamación”.

Sobre los efectos esperables del tratamiento pautado, afirma que “todos los esquemas de poliquimioterapia combinada diseñados para linfoma (...) contienen fármacos que pueden dañar a las células gonadales, pero generalmente están perfectamente estudiados y diseñados para causar el menor daño posible (...). El esquema CHOP (el tratamiento dispensado) es universalmente utilizado en todo el mundo hace 50 años (...). En todas las publicaciones, y en los textos con recomendaciones, se considera que el daño gonadal masculino del CHOP en pacientes adultos es modesto, reversible y muy poco frecuente la esterilidad permanente. El único agente (...) gonadotóxico (...) es la Ciclosfosfamida. Se considera que la dosis a partir de la cual se puede producir daño permanente es de 10 gr/m^2 , en este caso este paciente recibió lo habitual para 6 ciclos que son $4,5 \text{ gr/m}^2$ (...) en este caso, con una edad de 36 años, el efecto esperable no era la esterilidad permanente, sino de disminución reversible y temporal de la producción de espermatozoides”. Refiere que según los estudios publicados, esa disminución temporal “se recupera en un plazo entre 3 y 7 años. Solo se puede considerar irreversible si no hay recuperación en el plazo máximo de esos 7 años, y la velocidad y el porcentaje de recuperación” depende de muchos “factores genéticos del paciente, sin poder excluir que no tuviera cierta afectación previa de la espermiogénesis, cosa que es muy frecuente, y no suelen hacerse estudios basales para comprobarlo./ Por este motivo no existe una recomendación universalmente aceptada de congelar el semen a todos los pacientes que reciben ciclos de CHOP (...). En España, en el que disponemos de un sistema público sanitario extenso, no existen circuitos establecidos para hacerlo en los hospitales públicos. De hecho la criopreservación (...) no está organizada, ni reconocida, ni siquiera recomendada. Generalmente hay que enviar a los pacientes a otro hospital, o que ellos mismos lo gestionen en un centro privado, lo que hacer perder tiempo y demora el inicio del tratamiento (...). Este retraso puede ser peligroso (...). En el caso de este paciente, con 36 años, y un linfoma

localizado y agresivo, pero curable, era de esperar un efecto sólo transitorio y reversible (...). Por otra parte, el espermograma que se aporta, no señala falta absoluta de espermatozoides, sino una disminución modesta de su número (...) y de su movilidad (...). En mi experiencia, no siendo especialista en urología, ese espermograma no es indicativo de esterilidad absoluta. Se realizó a los 4 años, y ya hemos comentado como la literatura médica señala que puede ocurrir recuperación hasta los 7 años./ Como aclaración adicional, el efecto secundario más frecuente de la Vincristina no es en absoluto la esterilidad sino la afectación de la conducción de los nervios periféricos, que condicionan dificultad para los movimientos finos de las extremidades. Es por este motivo, y no por otro, por lo que no se le administraron las dos últimas dosis (...) dado que, habiendo recibido 4 ciclos completos con los 4 fármacos, la Vincristina no es totalmente imprescindible. El paciente se recuperó bien de esta supuesta toxicidad neurológica”.

Como conclusiones, sostiene la autora del informe que el paciente “estuvo bien diagnosticado y tratado” de su enfermedad, que el consentimiento informado “contiene claramente indicación sobre la esterilidad, y sugiere que el paciente podría congelar su semen. Tuvo tiempo de leer este extremo y preguntar sobre ello (...). No se le dieron más explicaciones verbales ni se le conminó a realizar esta criopreservación por razones perfectamente explicables”. Además, el recuento “espermático a los 4 años (...) no indica esterilidad absoluta y tiene posibilidades de recuperarse”. Por último afirma que no cabe excluir “que el paciente no tuviera razones previas para tener una lenta recuperación de la espermatogénesis, ya que no se realizó espermograma antes del inicio del tratamiento”, por lo que afirma no encontrar “ninguna mala” praxis, en el tratamiento dispensado.

6. Mediante escrito notificado al interesado el 18 de abril de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

7. El día 24 de abril de 2017 un representante del interesado se persona en las dependencias administrativas y obtiene un CD que contiene una copia del expediente. Aporta un "poder procesal" conferido por el interesado el día 19 de ese mismo mes de abril.

8. El día 5 de mayo de 2017, el representante del interesado presenta en las dependencias de Correos y Telégrafos un escrito de alegaciones.

Reitera que el "consentimiento informado ha de ir precedido de una información básica ", que el consentimiento suscrito por el paciente "es un impreso general en el que consta un apartado previsto para los riesgos personalizados derivados de la situación particular de cada paciente, que en este supuesto no fue cubierto"; considera que "la información básica que debió ser transmitida al paciente debió hacer hincapié en la afectación transitoria y generalmente reversible de la producción espermática", que la "firma del paciente vino precedida de un déficit informativo, producido sin duda porque al tiempo de la firma del consentimiento aún no se había propuesto el tratamiento según se deduce de la documental aportada y que obra en el expediente dado que la propuesta del mismo se produjo cinco días después de suscribirse el consentimiento". También afirma que ha quedado acreditado que se incumplió "la obligación de facilitar la información básica de forma oral al paciente, en relación con la afectación cierta que el tratamiento implicaría en producción espermática", que el "porcentaje del 20 % de esterilidad permanente es suficientemente importante para que se haga mención al mismo en la información básica del tratamiento, y se recalque la posibilidad de la criopreservación del semen".

En prueba, dado que el informe que aporta la entidad aseguradora, no está suscrito por especialista en Urología, solicita que se incorpore copia de los dos "semiogramas" realizados al interesado, y que "por facultativo especialista, se emita dictamen sobre la situación de producción espermática (...) y sobre si (...) se puede concluir sobre la reversibilidad o irreversibilidad de la situación, y sobre aquellas cuestiones que procedan en medicina".

9. Con fecha 18 de mayo de 2017, el instructor acuerda denegar la práctica de la prueba propuesta por el representante del interesado. Argumenta que tal prueba “es manifiestamente improcedente e innecesaria toda vez que ya ha sido emitido informe sobre lo que el reclamante pretende y a la luz de lo expuesto no es posible determinar con seguridad la reversibilidad o no de la situación hasta transcurridos siete años. Esta afirmación hecha por la médico especialista en Hematología, quien a su vez reconoce que no es especialista en Urología, se basa en los estudios existentes en la literatura médica, no siendo por tanto una opinión de carácter personal”.

10. El día 22 de mayo de 2017, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Sobre la base de los informes incorporados al procedimiento, afirma que “los espermogramas realizados no señalan falta absoluta de espermatozoides”, y que el realizado en 2016 “no es indicativo de esterilidad absoluta ni definitiva y no es posible saber si el cuadro es reversible hasta que hayan transcurrido siete años de acuerdo con la literatura médica./ De todas formas sea reversible o no, el paciente sufrió o pudiera sufrir la materialización de un riesgo típico contemplado en el consentimiento informado y del que fue debidamente informado. El consentimiento informado firmado (...) contiene toda la información necesaria y suficiente. El consentimiento informado de quimioterapia que firmó el paciente antes de iniciar los ciclos de R-CHOP incluye de manera expresa la esterilidad como posible efecto secundario, y la posibilidad de que el paciente pudiera congelar su semen previo al inicio. Esta frase está claramente expresada y en un apartado específico. Además el consentimiento indica por escrito que el paciente está de acuerdo en que ha podido preguntar todas las dudas y se le ha informado correctamente. No figura en ningún lugar de la historia que el paciente preguntara sobre este efecto ni tampoco se menciona que lo hiciera, en la reclamación./ Es difícil comprender la alegación (...) relativa a que el facultativo debió explicarle

verbalmente este tipo de riesgo concreto y no debería hacerlo también sobre todos y cada uno de los demás riesgos típicos recogidos en él. Evidentemente se trata exclusivamente de un argumento litigante./ Por tanto (...) no ha existido mala práctica ya que el paciente fue correctamente tratado, de una forma diligente y adecuada y se ha curado de su linfoma. Figuraba la esterilidad como efecto secundario en el consentimiento informado que firmó y era improbable con este tipo de esquema de quimioterapia, no existiendo una recomendación de congelar el semen en pacientes adultos con este linfoma y este tratamiento, a las dosis habituales”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 1 de junio de 2017, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Sanidad, cuya copia en soporte digital adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP),

está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC), dispone que "El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas". En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 7 de octubre de 2016, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen (los resultados del Seminograma de los que el interesado deduce la prueba de la esterilidad) el día 1 de julio de 2016, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación no es otro que el establecido con el carácter de común en el título IV de la LPAC.

En aplicación de la normativa citada, se han observado los trámites fundamentales de audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución. Asimismo se ha incorporado al expediente, como especialidad propia de este tipo de procedimientos, el preceptivo informe del servicio afectado, previsto en el artículo 81.1 de la LPAC.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b, de la referida LPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- En la presente reclamación el interesado solicita una indemnización por “el daño moral generado por la frustración ante la imposibilidad de tener

descendencia de forma natural”, como consecuencia de la esterilidad que atribuye a los efectos secundarios de un tratamiento quimioterápico. En segundo lugar, también alude a un “daño emergente consistente en la necesidad de acudir a la reproducción asistida para poder tener descendencia”.

Pese a que el interesado alega sufrir una esterilidad permanente, lo cierto es que los informes médicos incorporados al procedimiento cuestionan que esos efectos sean definitivos, dado que la recuperación de la función reproductora podría producirse, según esos informes que el interesado no rebate mediante pericias médicas, durante los 7 años posteriores a la finalización del tratamiento. En este caso, al ahora reclamante se le administró el último ciclo de quimioterapia el día 19 de junio de 2012, por lo que el análisis que presenta, fechado el día 1 de julio de 2016, no constituiría prueba del daño permanente alegado, y ello dejando al margen el dato de que ese informe solo recoge una disminución del número y calidad de los espermatozoides, y no su ausencia total, y que, dada la ausencia de análisis previos al tratamiento, no cabe descartar que tales disfunciones pudieran ser anteriores.

En supuestos similares, hemos venido manifestando que la realidad y efectividad del daño constituye el presupuesto previo ineludible de toda valoración sobre la responsabilidad administrativa, lo que implica su necesaria y plena acreditación, y cuya falta de concurrencia, supone la ausencia de un requisito esencial para la eventual declaración de responsabilidad de la Administración pública, conduciendo, sin más, a la desestimación de la reclamación (Dictámenes, entre otros, núm. 12/2013 y núm. 78/2015). En consecuencia, dado que no está acreditada la realidad del daño que dice haber sufrido -la esterilidad permanente-, la reclamación debe ser desestimada.

No obstante, el análisis que el interesado aporta sí podría reflejar la existencia de un daño -en el momento actual, temporal- consistente en la disminución del número y movilidad de las células reproductoras masculinas. Con las cautelas señaladas, cabría entonces considerar acreditado, a efectos de mera procedibilidad de la reclamación, la existencia de un daño que el

interesado anuda a los efectos secundarios de un tratamiento quimioterápico, efectos de los que, según afirma, no fue informado.

Ahora bien, aunque se pueda considerar acreditado un daño real, efectivo, individualizado, evaluable económicamente y surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario, ello no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento del servicio público.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega.

A estos efectos, en el caso que nos ocupa nos encontramos con que el reclamante, quien afirma haber suscrito un documento de consentimiento informado que el mismo aporta con su reclamación, reprocha al sistema público sanitario un incumplimiento 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, en concreto lo dispuesto en su artículo 10, Condiciones de la información y consentimiento por escrito, que establece: "1 El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: / a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. / b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. / c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. / d) Las contraindicaciones" y "2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente".

No niega que el documento que suscribió el 8 de marzo de 2012 (previo al inicio del tratamiento el día 15 del mismo mes) recoja de modo expreso, entre otros posibles "efectos secundarios (...) Esterilidad (en varones puede plantearse la congelación de semen)", sino que tales advertencias (la posible esterilidad y la posible congelación de semen) no se le hicieron de forma verbal, a lo que, afirma, obliga este artículo 10. Y en prueba de que apenas habría tenido tiempo para reflexionar y preguntar sobre este tipo de cuestiones, pone de manifiesto que la indicación del tratamiento se realizó el día 13 de marzo de 2012, solo dos días antes de su inicio.

Por lo que se refiere a los hechos, hemos de añadir algunos datos omitidos en su relato. El primero es que el diagnóstico del cáncer que padeció se realizó en las consultas del Servicio de Digestivo, y el día 7 de marzo de

2012 desde esa consulta, a la vista del resultado de una gastroscopia, se derivó al paciente de urgencia al Servicio de Hematología para valorar la actitud terapéutica. Al día siguiente, 8 de marzo de 2012, es valorado en consulta de Hematología, con el diagnóstico ya establecido, desde donde se solicita una prueba diagnóstica (PET urgente) a los solos efectos de "estadiaje", previo al tratamiento. No obstante, es en ese día 8 de marzo cuando el paciente firma el documento de consentimiento informado. Y en ese documento ya pone de manifiesto que conoce cuál será el tratamiento que se le plantea y sus efectos secundarios (al margen del "coctel" concreto de fármacos y del número ciclos que el servicio especializado establecerá unos días después, valorando todas las pruebas realizadas). No resulta coherente que el día 8 el interesado suscriba un documento donde afirma que acepta el tratamiento quimioterápico que se le va a aplicar y que, sin embargo, el mismo interesado señale que fue 5 días después, el día 13, cuando se le propuso tal tratamiento. Lo cierto es que en un breve lapso temporal -al que obligaba la gravedad de la enfermedad manifestada-, fueron completados los análisis correspondientes y establecida, a la vista sus resultados, la respuesta quimioterápica concreta, si bien la necesidad de someterse a quimioterapia, y sus riesgos, ya le habían sido comunicados en la consulta del día 8 de marzo, como lo prueba la fecha del consentimiento suscrito por el ahora reclamante.

En segundo lugar, también hemos de poner de manifiesto la propia literalidad del documento que suscribió el día 8 de marzo de 2012. Y es que en aquel momento avaló con su firma la siguiente declaración: "he sido informado por el médico abajo mencionado de:/ Las ventajas e inconvenientes del procedimiento arriba indicado (recordemos, "Tratamiento quimioterápico")./ Las posibles alternativas al mismo./ Que en cualquier momento puedo revocar mi consentimiento./ He comprendido la información recibida y podido formular todas las preguntas que he creído oportunas".

En consecuencia, según sus propias declaraciones que constan por escrito, fue puntualmente informado por la médica, cuyo nombre y rúbrica constan también en el mismo documento, de lo que ahora dice se habría

omitido. Según el artículo 7.1 del Código Civil, “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”, y en este caso, las alegaciones del interesado pugnan con la fuerza vinculante de los actos propios y el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas (“*venire contra factum proprium non valet*”).

Al margen de todo lo anterior, hemos de reparar finalmente en que el interesado centra sus reproches en que no se cumplimentó el apartado de “riesgos personalizados”, y en que la médica debió enfatizar el riesgo de la posible esterilidad. Sin embargo, a la vista de los informes incorporados al procedimiento, no queda acreditado riesgo personalizado alguno que debiera ser contemplado, ni tampoco el interesado refiere un riesgo o una circunstancia especial que mereciera tal tratamiento. Y por lo que hace al riesgo de la esterilidad, hemos de reparar igualmente en el dato, puesto de manifiesto en el informe aportado por la aseguradora, de que “la dosis a partir de la cual se puede producir daño permanente (por la administración de la Ciclosfosfamida, que es el fármaco incluido en su tratamiento) es de 10 gr/m². En este caso este paciente recibió lo habitual para 6 ciclos que son 4,5 gr/m²”, por lo que, “en el caso de este paciente, con 36 años, y un linfoma localizado y agresivo, pero curable, era de esperar un efecto sólo transitorio y reversible en su gonadopoyesis con los 6 ciclos de CHOP necesarios para curarlo”. Por ello, dado que el artículo 10 de la Ley citada dispone que se informará verbalmente de “c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención”, hemos de concluir que el riesgo de esterilidad permanente no era un riesgo que debiera considerarse probable en condiciones normales, y por ello el reproche que efectúa el interesado carece de apoyo en la normativa de aplicación.

Con dichos antecedentes, este Consejo ha de concluir necesariamente que no existe prueba del daño alegado, la esterilidad permanente, pero que en todo caso, tal como concluye la propuesta de resolución, aunque el paciente “pudiera sufrir la materialización de un riesgo típico contemplado en el consentimiento informado y del que fue debidamente informado”, el daño no

resultaría antijurídico, y en consecuencia el interesado tendría la obligación de soportarlo.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.