

Dictamen nº: **198/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **16.05.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 16 de mayo de 2019, 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 un abogado en nombre y representación de D. y Dña., por los daños y perjuicios sufridos por su hijo menor de edad,, que atribuyen al error cometido en la intervención quirúrgica de criptorquidia realizada en el Hospital Universitario de Móstoles.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 7 de octubre de 2016 se presentó en una oficina de Correos una reclamación de responsabilidad patrimonial, en la que un abogado, actuando en representación de las personas citadas en el encabezamiento, solicitaba una indemnización por los daños derivados de una intervención quirúrgica realizada al hijo menor de edad de los reclamantes en el Hospital Universitario de Móstoles.

En el escrito se relataba que el niño, nacido el 13 de febrero de 2009 había sido intervenido en octubre de 2010 de criptorquidia derecha (testículo derecho) y fimosis. En mayo de 2015, la madre, durante del baño del menor, apreció que el testículo izquierdo “*no estaba en su sitio*”, por lo que acudió a su médico de Atención Primaria que, al no palpar el testículo izquierdo en la exploración, remitió al niño al Servicio de Urología.

Continuando con el relato fáctico de la reclamación, el escrito señalaba que el niño fue visto en el Servicio de Urología del Centro de Especialidades Coronel de Palma, donde se informó la necesidad de que el menor fuera intervenido quirúrgicamente por lo que fue derivado al Hospital Universitario de Móstoles.

Los reclamantes detallaban que el 7 de octubre de 2015 se realizó la cirugía en el referido centro hospitalario, constatándose tras la intervención que el menor había sido operado de nuevo del testículo derecho, por lo que pidieron explicaciones al urólogo de Guardia que les habría indicado que la operación había salido bien y que el niño estaba operado anteriormente del testículo izquierdo. Subrayaban que se percataron en ese momento del grave error cometido y cuando les fue entregada la historia clínica, unas semanas más tarde, pudieron comprobar que en los antecedentes se había consignado por error que la cirugía de 2010 fue sobre el testículo izquierdo y que el objeto de la consulta (en 2015) era el testículo derecho. Añadían además que durante la cirugía se hizo al menor una apertura accidental de la albugínea, que hubo que cerrar con un punto de polysorb y una quemadura escrotal por transmisión de calor por el farabeuf.

A lo expuesto el escrito de reclamación añadía que la patología del testículo izquierdo seguía sin resolverse por lo que el menor tuvo que someterse de nuevo a un preoperatorio y a nueva intervención

quirúrgica, esta vez en el Hospital Universitario Rey Juan Carlos, donde el cirujano pediatra les habría informado de que la operación realizada en el testículo derecho *“había sido realizada como a un adulto”* y por ello la cicatriz, causada por la operación que califican de innecesaria, era mucho mayor.

Por lo expuesto solicitaban una indemnización de 60.000 euros, desglosados en 30.000 euros por los días de incapacidad temporal desde la primera intervención hasta el alta de la segunda y las secuelas, que no concretaban, y otros 30.000 euros por daños morales.

El escrito de reclamación se acompañaba con documentación médica relativa al menor, el poder de representación del firmante del escrito de reclamación y el libro de familia (folios 1 a 63 del expediente).

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

El hijo de los reclamantes, el 22 de octubre de 2010, cuando contaba con 20 meses de edad, fue intervenido quirúrgicamente en una clínica privada por criptorquidia derecha y fimosis, realizándole bajo anestesia general orquidopexia derecha y prepucioplastia, sin incidencias.

El 5 de mayo de 2015 el menor fue visto por el médico de Atención Primaria que realizó interconsulta al Servicio de Urología para valoración, haciendo constar que se trataba de un paciente de 6 años *“intervenido de criptorquidia derecha aproximadamente al año de vida”* y que a la exploración no se palpaba el testículo izquierdo en bolsa. Según aducen los reclamantes y recogen los informes que obran en el expediente y la propuesta de resolución el niño fue visto en el Servicio de Urología del Centro de Especialidades Coronel de Palma el 21 de

mayo de 2015 (el membrete de la hoja clínica correspondiente a ese día corresponde al Hospital Universitario de Móstoles). En la historia clínica se anotó que el menor contaba con antecedentes de “*hemorragia inguinal izquierda + criptorquidia izquierda + fimosis operada hace 5 años*”. En cuanto al motivo de consulta se consignó que el paciente había sido remitido por “*criptorquidia derecha. La madre no palpa el teste en el baño diario*”. En la exploración se anotó “*teste en canal inguinal que baja pero enseguida sube. Tamaño y consistencia normal*”. Se pautó cirugía.

Consta que se realizó en el Hospital Universitario de Móstoles preoperatorio que no contraindicaba la cirugía y la madre firmó el consentimiento informado para orquidopexia y/o funiculosis y para la anestesia general.

Con el juicio clínico de “*teste derecho retráctil*”, el día 7 de octubre de 2015 se realizó la cirugía mediante “*orquidopexia+funiculosis derecha*”. En el protocolo de la cirugía consta que se apreció el testículo localizado en la bolsa escrotal. También “*apertura accidental de la albugínea que se cierra con un punto de polysorb*” y además consta como incidencia “*quemadura escrotal por transmisión de calor por el farabeuf. Aplicación de silvederma sobre la quemadura*”.

Consta en la historia clínica que a las 20:48 horas del día de la intervención el urólogo de Guardia habló con la madre por las dudas que le habían surgido tras la cirugía y que la tranquilizó.

En el informe provisional de alta que obra en el expediente consta que el paciente había ingresado en el Servicio de Urología procedente de Consultas Externas con el diagnóstico de “*teste retráctil derecho*” y que valorado por el Servicio de Anestesia se realizó “*orquidopexia*”.

derecha” el 7 de octubre de 2015, cursando el postoperatorio sin incidencias, por lo que recibió el alta el día siguiente a la cirugía.

Según consta en la documentación aportada por los reclamantes, el día 8 de octubre de 2015 los interesados presentaron un escrito en el Hospital Universitario de Móstoles solicitando la historia clínica del menor.

El día 5 de noviembre de 2015 el menor fue visto en el Servicio de Urología del Hospital Universitario de Móstoles para la primera revisión tras la cirugía. Se anotó que el teste derecho *“reoperado”* era de forma y tamaño normal y se encontraba en la bolsa escrotal. El teste izquierdo se hallaba en el canal inguinal y bajaba con dificultad. Además se consignó *“se ha reoperado el teste derecho, está pendiente la funiculosis y orquidopexia izquierda”*. Se pautó revisión en seis meses y valorar la inclusión en lista de espera quirúrgica.

El 22 de abril de 2016 el niño acudió al Servicio de Cirugía Pediátrica del Hospital Universitario Rey Juan Carlos *“para valoración testicular”*. En la anamnesis se hizo constar que el menor había sido intervenido de criptorquidia derecha en dos ocasiones. En la exploración física se apreció el testículo derecho en la bolsa y el izquierdo en la entrada de la bolsa. Dados los hallazgos se solicitó preoperatorio para orquidopexia izquierda.

El 20 de mayo de 2016 bajo anestesia general y previo consentimiento informado firmado por el padre del menor se realizó la orquidopexia y descremasterización izquierdas, sin incidencias. En la exploración postcirugía se apreciaron ambos testes en bolsa; el derecho de menor tamaño y algo anclado en la cicatriz queloidea de la anterior cirugía y el izquierdo de buen tamaño y ligeramente inflamado. Se pautó control en un mes.

En la revisión de 1 de julio de 2016 se anotó que ambos testes se encontraban en bolsa, el derecho de menor tamaño y cicatriz que loide cicatricial en la herida inguinal derecha. Se pautó el alta y revisiones por el pediatra del niño.

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).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del niño del Hospital Universitario de Móstoles, de Hospital Universitario Rey Juan Carlos y de la clínica privada en la que se realizó la cirugía al menor en el año 2010 (folios 71 a 134 del expediente).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC, se ha recabado informe del jefe del Servicio de Urología del Hospital Universitario de Móstoles que el 8 de noviembre de 2016 manifestó que el niño fue derivado por su centro de salud con motivo de ausencia de testículo izquierdo en la bolsa, si bien en la anamnesis dirigida realizada a la madre se cambió dicha lateralidad, que es lo que se reflejó en la historia clínica del paciente. Subraya que los padres del menor no aportaron el día de la consulta, ni los informes médicos previos, ni los relativos a las intervenciones realizadas en el año 2010 y que ha visto por primera vez a raíz de la reclamación. Añade que ante la imposibilidad de saber con certeza por parte de los padres si la intervención anterior se realizó en el testículo derecho o en el izquierdo, el urólogo explora ambos testículos, alcanzando el diagnóstico de testículo derecho retráctil, motivo por el cual se informó a la familia que el niño debía ser intervenido quirúrgicamente. Destaca que en la exploración no se vio la cicatriz de la cirugía previa de la misma forma que tampoco pudo observarse durante la intervención quirúrgica.

El informe explica que los testículos retráctiles se pueden encontrar en la bolsa escrotal en determinadas circunstancias como por ejemplo durante la relajación muscular en la inducción anestésica, que es lo que ocurrió en este caso y que la posibilidad de reaparición de la criptorquidia en pacientes operados por testículos no descendidos pero palpables es del 8% en la literatura médica por lo que tampoco sería raro encontrar esta circunstancia.

El médico informante reseña que en ningún momento de todo el proceso, los familiares del paciente, conociendo la decisión de intervención quirúrgica, recordaron o entregaron los informes de la intervención realizada con anterioridad y por ello en el informe de preanestesia de 23 de junio de 2015 en el apartado relativo a cirugías previas tampoco se pudo indicar si la criptorquidia era derecha o izquierda.

Por último subraya que los padres fueron adecuadamente informados y firmaron los correspondientes documentos de consentimiento informado y que la cicatriz queloidea es una complicación del postoperatorio tardío que ocurre en un 4,5 y un 16 % de los pacientes operados y que aparece reseñada en el consentimiento informado.

Asimismo figura en el expediente el informe de la Inspección Sanitaria que tras relatar resumidamente los hechos averiguados y sin realizar ninguna consideración médica sobre los hechos descritos concluye que

“1. la indicación de orquidopexia se establece tanto en ausencia total como parcial de teste en bolsa.

2. A la exploración se indica que en la bolsa derecha el teste derecho está en canal inguinal por lo que se asume la necesidad de esa lateralidad quirúrgica.

3. Así pues la técnica estaba indicada”.

Obra en el folio 139 del expediente un escrito de la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud en el que indica no haber sido posible contactar con el abogado de los reclamantes, a pesar de haberlo intentado en varias ocasiones, motivo por el que da por fracasada la negociación.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia a los interesados. No consta en el expediente que los reclamantes formularan alegaciones en el trámite conferido al efecto.

Finalmente el 28 de febrero de 2019 la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud por delegación de firma del viceconsejero de Sanidad, formuló propuesta de resolución en la que se estima parcialmente la reclamación reconociendo una indemnización de 3.271,90 euros. La propuesta discrepa del informe de la Inspección Sanitaria, pues considera que aunque el testículo derecho pudiera presentar alguna patología, lo cierto es que la intención de los médicos no era su intervención en ese momento, ya que el menor fue derivado desde el centro de especialidades para una orquidopexia izquierda. La propuesta entiende que hubo una anotación errónea de la lateralidad por parte del propio centro de especialidades y considera únicamente indemnizable la segunda intervención del 9 de mayo de 2016, al no existir ningún otro aspecto reseñable, pues de la cirugía de 2015 el menor fue dado de alta al día siguiente y sin incidencias. Por ello propone indemnizar 1 día de pérdida de calidad de vida grave; 10 días

de pérdida de calidad de vida moderada; 850 euros por intervención quirúrgica y dos puntos de secuelas estéticas.

CUARTO.- El 28 de marzo 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 172/19 a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 16 de mayo de 2019.

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 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 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, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

El hijo menor de los reclamantes ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, 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), en cuanto es la persona que recibió la asistencia sanitaria reprochada. Los reclamantes actúan en nombre y representación del niño de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil, que atribuye la representación legal de los menores no emancipados a los padres. Se ha aportado para acreditar la relación paterno-filial fotocopia del libro de familia. Actúan representados por un abogado que ha acreditado la representación que ostenta de los reclamantes mediante la aportación al procedimiento de una escritura de poder.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria se prestó por el Hospital Universitario de Móstoles, centro hospitalario integrado en la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

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, los reclamantes denuncian mala praxis en la intervención realizada el 7 de octubre de 2015, a la que imputan un error por haber confundido la lateralidad en la cirugía que debía realizarse en el lado izquierdo y sin embargo fue efectuada en el lado derecho, y que obligó a realizar una nueva intervención el día 20 de

mayo de 2016, por lo que no cabe duda que la reclamación presentada el 7 de octubre de ese año se ha formulado en plazo legal.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. De acuerdo con el artículo 81 de la LPAC, se han recabado informe del Servicio de Urología del Hospital Universitario de Móstoles. Consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria, que obra en el expediente. Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a los reclamantes y por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, 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 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada Ley 39/2015, si bien, como ya apuntamos anteriormente, en este caso habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP, dada la fecha de iniciación del procedimiento.

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.- Como se ha visto en los antecedentes de hecho, los reclamantes denuncian que el 7 de octubre de 2015 el Servicio de Urología del Hospital Universitario de Móstoles intervino por error a su hijo de una criptorquidia derecha, de la que ya había sido intervenido

en otra ocasión anterior, cuando la patología por la que consultaron afectaba al testículo izquierdo. Sostienen que como consecuencia del error el menor tuvo que someterse a una segunda intervención, reclamando por los días de incapacidad temporal entre la primera y la segunda cirugía, por las secuelas y por el daño moral padecido.

En este caso resulta claro de la historia clínica que la madre consultó a su médico de Atención Primaria, al no palpar el testículo izquierdo del niño en la bolsa escrotal, y que este, tras la exploración, remitió al menor para valoración por el Centro de Especialidades Coronel de Palma con dicho diagnóstico y la anotación de que el niño ya había sido intervenido de criptorquidia derecha. Según la propuesta de resolución dicho centro de especialidades confundió la lateralidad y escribió las antecedentes del menor al revés, de manera que la derivación al Hospital Universitario de Móstoles para cirugía se realizó para criptorquidia derecha cuando debió ser izquierda. Como hemos hecho constar en los antecedentes existe en la historia clínica una atención al menor, el día 21 de mayo de 2015, que parece ser del Centro de Especialidades Coronel de Palma según los informes médicos y la propuesta de resolución, aunque la hoja clínica correspondiente a ese día lleva el membrete del Hospital Universitario de Móstoles, pero en cualquier caso no resulta relevante quien transcribió erróneamente los antecedentes del niño pues en uno u otro caso se trataría de un error cometido por la sanidad pública madrileña.

Como es sabido, de acuerdo con la jurisprudencia no todo error médico supone necesariamente la existencia de responsabilidad patrimonial por mala praxis, al existir circunstancias que pueden explicar aquél en determinadas circunstancias, pero también es cierto con arreglo a esa misma jurisprudencia que *“probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le*

era exigible". Así lo demanda el principio de la "*facilidad de la prueba*", que recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 6 de febrero de 2019 (recurso 538/2017) con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, (así la Sentencia de 16 de febrero de 2012).

El informe del Servicio de Urología implicado en el proceso asistencial del niño explica en descargo de su responsabilidad que los padres no aportaron los informes previos del menor, que no pudo saber con certeza por la información proporcionada por los padres cuál de los testículos había sido intervenido y que por ello exploró al menor alcanzando el diagnóstico de testículo derecho retráctil. Sin embargo no podemos considerar que lo indicado por el servicio constituya una explicación razonable de lo sucedido pues si bien pudiera ser cierto que los padres no aportaron los informes previos, no parece razonable por sus actuaciones precedentes que dudaran sobre la lateralidad de la patología y en cualquier caso el deber del especialista era realizar la exploración del niño que por lo que resulta de la historia clínica parece que no se realizó de manera cuidadosa pues no consta en la historia clínica que se realizara la exploración del testículo izquierdo, en el que no cabe duda que existía patología y que por tanto podría haber evidenciado el error, y en cuanto a la exploración del testículo derecho no parece que fuera muy minuciosa a tenor de lo informado por el propio servicio pues ni siquiera apreció la cicatriz de la cirugía previa. Por ello entendemos que el hecho de no haber realizado la exploración física de una manera adecuada representa una alteración del abordaje clínico más sencillo ante un cuadro de esta naturaleza lo que supone una vulneración de la *lex artis*.

En el presente caso, la Inspección Sanitaria, cuyo criterio en este punto podría haber sido esencial, dada su imparcialidad y objetividad,

obvia cualquier pronunciamiento sobre el error cometido, limitándose a realizar un escueto informe en el que se limita a reseñar brevemente los antecedentes del caso para después concluir que “*la técnica estaba indicada*” en el caso del testículo derecho, omitiendo cualquier pronunciamiento sobre la exploración del testículo izquierdo y la patología del mismo.

Por otro lado no parece claro por las explicaciones del servicio implicado si la cirugía del testículo derecho era o no necesaria en ese momento, pues aunque según el Servicio de Cirugía podría tener una explicación científica, lo cierto es que en la cirugía se halló el testículo derecho alojado en la bolsa escrotal. En cualquier caso lo indiscutible es que, como recoge la propuesta de resolución, no era la intervención para la que el niño había sido derivado al centro hospitalario, ni, añadimos nosotros, la que consintieron los padres pues indudablemente no prestaron su consentimiento para una reintervención en la que los riesgos y complicaciones resulta lógico que sean distintos a los de una primera cirugía.

QUINTA.- Sentado lo anterior, procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 34 de la LRJSP, pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados para lo que habrá que acudir como criterio orientador al baremo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, actualizado mediante Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, vigente durante el año 2015, pues esta es la norma aplicable según el momento en que ocurrió la lesión indemnizable que se imputa a la cirugía realizada el 7 de octubre de 2015. Además dicho baremo es

aplicable al haberse producido los hechos dañosos con anterioridad a la entrada en vigor (1 de enero de 2016) de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, de conformidad con lo establecido en el apartado 1º de su disposición transitoria.

Como hemos expuesto en los antecedentes, la propuesta de resolución estima que debe indemnizarse únicamente la segunda intervención para lo cual calcula una indemnización de 1.445 euros y 2 puntos de secuelas estéticas, a razón de 1.826,90 euros. Los reclamantes por su parte estiman que debe indemnizarse los días que mediaron entre la primera y la segunda intervención como días de incapacidad temporal y las secuelas, que, como dijimos, no concretan, lo que valoran conjuntamente y de manera global en 30.000 euros y además reclaman otros 30.000 euros en concepto de daños morales.

En primer lugar, esta Comisión considera razonable que se indemnice al niño el tiempo que ha mediado entre la primera intervención (errónea) y la segunda, pues resulta claro que existía una patología que debía haber sido intervenida el 7 de octubre de 2015 y sin embargo no lo fue hasta el 20 de mayo de 2016. No existen en el expediente datos que permitan entender que el menor estuviera incapacitado para el desarrollo de sus actividades habituales en el periodo de tiempo que medió entre las dos intervenciones por lo que pueden considerarse esos días como no impeditivos. A lo dicho habría que añadir un día de estancia hospitalaria para la cirugía y los días que mediaron hasta el alta el 1 de julio de 2016 por el Servicio de Urología en relación con la segunda cirugía, que pueden calificarse también como no impeditivos. Aplicando el baremo le correspondería una indemnización de 8.463,65 euros por estos conceptos.

Por lo que se refiere a las secuelas, como hemos dicho los reclamantes no las concretan. No parece de la historia clínica examinada que las dos incidencias que surgieron en la primera cirugía (*“apertura accidental de la albugínea que se cierra con un punto de polysorb”* y *“quemadura escrotal por transmisión de calor por el farabeuf”*) dejaran secuelas en el niño. Sí consta, por la historia clínica del Hospital Universitario Rey Juan Carlos, que el niño presenta una cicatriz queiloide en el testículo derecho, lo que supone indudablemente un perjuicio estético derivado de la reintervención errónea. Como hemos señalado en nuestros dictámenes la valoración del perjuicio estético resulta difícil por su claro componente subjetivo y además en este caso solamente contamos para su valoración con lo reflejado en la historia clínica del Hospital Universitario Rey Juan Carlos donde no se recoge que dicha cicatriz pueda ser muy significativa ni tampoco lo indicado por los reclamantes de que la reintervención del testículo derecho fuera realizada como a un adulto y por ello que la cicatriz fuera mayor. Por ello parece razonable reconocer dicho perjuicio como ligero, indemnizable con cuatro puntos de los establecidos en el baremo para ese perjuicio, lo que arroja una suma de 3.692,96 euros por este concepto.

Por todo lo expuesto procede abonar al menor una indemnización de 12.156,61 euros, cantidad en la que ya se incluye el daño moral, según el baremo, y que consideramos suficiente para indemnizar los perjuicios sufridos, sin perjuicio de que deba ser actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.4 de la LRJSP.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada y reconocer al menor una indemnización de 12.156,61 euros, cantidad que deberá ser actualizada a la fecha que se ponga fin al procedimiento.

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 16 de mayo de 2019

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 198/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid