

Dictamen nº: **236/19**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **06.06.19**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 6 de junio de 2019, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D. .... por la asistencia sanitaria prestada por el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz por falta de información sobre la posibilidad de criopreservación de espermatozoides con carácter previo a un tratamiento quimioterápico.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por escrito presentado el día 14 de marzo de 2017 en el registro del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), el interesado antes citado asistido de letrado, formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por la asistencia sanitaria prestada por el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz por falta de información sobre la posibilidad de criopreservación de espermatozoides con carácter previo a un tratamiento quimioterápico (folios 1 a 12 del expediente administrativo).

Según expone en su escrito, el día 16 de mayo de 2014 le fue realizada una biopsia ganglionar cuyos resultados fueron concluyentes:

*“Adenopatías cervicales bilaterales y axilares derechas, de tamaño significativo y con captación patológica del radiofármaco, sugestivas de infiltración tumoral. Juicio clínico: Linfoma T anaplásico de células grandes. Plan: Ingreso para colocación de PICC, punción lumbar con quimioterapia intratecal y CHOEP (primer ciclo)”.*

El interesado afirma en su escrito que recibió *“los resultados respecto a su estado de salud el día 3 de junio de 2014”* y que se le informó sobre el tratamiento médico que pasaba por recibir tratamiento quimioterápico, sin que se le informara de los efectos secundarios de dicho tratamiento. Afirma que el primer ciclo de quimioterapia se programó para el día 16 de junio de 2014 y que ese mismo día se le facilitó el documento de consentimiento informado en el que figuraba como *“riesgos probables en condiciones normales la esterilidad transitoria o definitiva (puede plantearse la congelación de semen u otras medidas)”*.

Alega que a su edad, 34 años, entre sus planes estaba aumentar la familia y que se le debería haber informado con mucha más antelación de los efectos del tratamiento con quimioterapia para poder valorar la posibilidad de criopreservación de espermatozoides y que desde que se le informó del resultado de la biopsia hasta que se procedió a administrar el primer ciclo *“hubo tiempo más que suficiente para que el paciente recurriera al Servicio de Ginecología para la criopreservación de su espermatozoides y más aún cuando el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz cuenta con un Servicio de Ginecología para la congelación de espermatozoides”* o, incluso, *“acudir a un*

*centro privado para llevar a cabo una criopreservación urgente de esperma”.*

Expone que el día 27 de junio de 2014 acudió a consulta de Ginecología para preservación de semen donde se le informó que, al haber iniciado hacía una semana la quimioterapia, *“no era posible la criopreservación por potenciales problemas teratogénicos”* y se le informó que *“cuando termine QT y pasen al menos 3 meses podríamos hacer estudio y valorar la criopreservación”*.

Finalizado el tratamiento quimioterápico acudió nuevamente a consulta de Ginecología para criopreservación de semen que, con fecha 14 de abril de 2015 informó que no se congelaba por azoospermia.

Refiere que en esas fecha fue diagnosticado de recidiva tumoral y acudió al Hospital 12 de Octubre para segunda opinión que planteó terapia de rescate con Bretuximab Vedotin, hasta alcanzar una respuesta óptima, puente a una consolidación con procedimiento de trasplante hematopoyético. Expone que antes de realizarse dicho trasplante, el día 2 de diciembre de 2015 contactó con una clínica privada de fertilidad que dispone de un servicio de criopreservación gratuita para el caso de circunstancias como la del reclamante y del que, alega, no fue informado por el SERMAS, sin que pudiera realizar dicha conservación.

Realizado el trasplante, con fecha 29 de septiembre de 2016 se realizó un espermograma que indicó la inexistencia de espermatozoides de ningún tipo en la muestra. Realizado nuevo espermograma el día 25 de enero de 2017, se confirmó la falta de espermatozoides en la muestra, y *“su definitiva infertilidad”*.

Solicita una indemnización de 50.000 € más intereses por los daños y perjuicios sufridos. Aporta con su escrito diversos informes médicos (folios 13 a 74).

**SEGUNDO.-** Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente Dictamen:

El reclamante, nacido en 1979, se encontraba en estudio en marzo de 2014 por el Servicio de Medicina Interna del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, por la aparición de adenopatías laterocervicales derechas de 3 cm en relación al músculo esternocleidomastoideo, adenopatías submandibular izquierdo de 3-4 cm con otra más de 2 cm más posterior, y otras adenopatías más pequeñas en la axila y laterocervicales izquierdas.

El día 16 de mayo de 2014, ingresó a cargo del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo del citado centro hospitalario para la realización de una biopsia de una de las adenopatías.

El día 3 de junio de 2014 fue valorado por el Servicio de Hematología Clínica del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz por linfadenitis cervical de un año de evolución y cuya biopsia fue de hiperplasia folicular linfoide en contexto de infección por citomegalovirus.

El día 4 de junio de 2014 se emitió informe por el Servicio de Anatomía Patológica sobre el resultado de la biopsia del ganglio linfático extirpado, que informó como Linfoma T anaplásico de células grandes, ALK negativo.

Con fecha 5 de junio de 2014 se le realizó una biopsia de médula ósea que se remitió a estudio de Anatomía Patológica y el 12 de junio de 2014 se le realizó un ecocardiograma transtorácico.

El día 16 de junio de 2014 fue nuevamente visto en consulta de Hematología Clínica. En el informe emitido ese día se recoge los resultados de las pruebas realizadas en los días anteriores. Así, se deja constancia del resultado del informe de la biopsia ganglionar realizada el día 16 de mayo de 2014 con el diagnóstico de Linfoma T anaplásico de células grandes, ALK negativo; el resultado de la biopsia de médula ósea, realizada el 5 de junio de 2014 que no evidenció infiltración por linfoma y del ecocardiograma transtorácico realizado 12 de junio que fue también informado como normal.

El informe de 16 de junio de 2014 concluía:

*“Adenopatías cervicales bilaterales y axilares derechas, de tamaño significativo y con captación patológica del radiofármaco, sugestivas de infiltración tumoral.*

*- Imágenes pseudonodulares en ambos lóbulos inferiores, de moderado grado metabólico, de dudoso significado oncológico en la actualidad y que podrían tener etiología inflamatoria como primera posibilidad diagnóstica. Se recomienda valoración en seguimiento para caracterización etiológica*

*- Resto del estudio sin evidencia de enfermedad neoplásica de moderado-alto grado”.*

El plan terapéutico para el paciente fue facilitado e informado ese mismo día y se entregó al paciente consentimiento informado de Hematología.

Al día siguiente, 17 de junio, el paciente ingresó en planta del Servicio de Hematología Clínica para recibir el primer ciclo de quimioterapia según esquema CHOEP (ciclofosfamida, adriamicina, etopósido, vincristina y prednisona).

El 17 de junio de 2014 se le colocó un catéter de vía central de acceso periférico PICC y se le inició tratamiento con ciclofosfamida, adriamicina, vincristina y etopósido los días 17, 18 y 19 de junio de 2014. Además recibió prednisona 100 mg i.v. los días 17, 18,19, 20 y 21 de junio. También se realizó profilaxis para evitar la progresión en el sistema nervioso central con terapia triple intratecal con 30 mg de citarabina, 20mg de hidrocortisona y 12 mg de metotrexato. Antes de dicha administración, se extrajo líquido cefalorraquídeo para su análisis que resultó negativo para malignidad.

Como tratamiento medicamentoso en domicilio de soporte se le indicó realizar profilaxis anti-infecciosa con septrin forte, antiemético con metoclopramida, y antiviral con aciclovir. Para evitar la neutropenia febril se le indicó filgastrim 300 mcs durante 3 días aproximadamente en el nadir del ciclo de quimioterapia.

Fue dado de alta el día 19 de junio con cita en la consulta de Hematología para el día 26 de junio de 2014.

El 27 de junio de 2014 el paciente acudió a la consulta de Ginecología pedida por él para intentar criopreservar espermatozoides y así asegurarse fertilidad. En dicha consulta se le informó que, dado que ya había comenzado con el tratamiento de quimioterapia, no era posible realizarlo por los posibles efectos teratogénicos y se le emplazaba a los 3 meses de haber acabado la quimioterapia.

La tolerancia a la quimioterapia fue buena a excepción de leve aumento de la GPT como única toxicidad relevante.

El 22 de julio de 2014 inició segundo ciclo de CHOEP, el 12 de agosto de tercer ciclo de CHOEP y el 2 de septiembre el cuarto ciclo de CHOEP, sin incidencias aparentes destacables.

El 24 de septiembre de 2014 se le realizó nuevo PET-TAC de revaloración de la enfermedad en el que se constató a nivel cervical persistencia focal de la actividad metabólica de elevado grado en amígdala palatina derecha con un SUV de 8,3), a nivel ganglionar disminución significativa tanto de tamaño como de actividad metabólica de las adenopatías previamente descritas en el anterior PET-TAC concluyendo que en este estudio se objetivó buena respuesta al tratamiento a nivel ganglionar con persistencia de la actividad metabólica en la glándula amigdalina palatina derecha. Se inició quinto ciclo de CHOEP.

El día 21 de octubre de administró el sexto ciclo de tratamiento y el séptimo el 11 de noviembre.

Fue valorado, dados los hallazgos en la PET-TAC, por el Servicio de Otorrinolaringología sin evidenciar nada significativamente patológico.

El 5 de diciembre de 2014 recibió octavo y último ciclo de CHOEP.

Tras este ciclo, presentó el 14 de enero de 2015 dolor en arcada mandibular derecha con flemón acompañado con escalofríos y agrandamiento glandular derecho con cervicalgia irradiada a región occipital. A la exploración física se detectó bultoma en raíz de molar derecho con aspecto de absceso y agrandamiento de adenomegalias que no impresionaban de voluminosas y de menos consistencia de las tumorales previas.

Se realizó el 26 de febrero de 2015 una TC de cuello con contraste que evidenció múltiples adenopatías cervicales derechas sospechosas de recidiva de la enfermedad junto con la probable afectación amigdalina palatina derecha.

El 23 de marzo de 2015 se realizó adenectomía derecha y amigdalectomía que evidenció infiltración por linfoma T anaplásico ALK negativo.

En abril de 2015 solicitó nueva consulta en Ginecología para criopreservación de semen, informándose los resultados, el día 14 de abril, como azoospermia.

Tras evidenciarse refractariedad al tratamiento se le propuso una segunda línea que consistió en Brentuximab-vedotin seguido de un trasplante de progenitores hematopoyéticos. El paciente pide una segunda opinión en el Hospital 12 de Octubre.

Consta en el expediente que desde septiembre de 2015 el paciente fue tratado en el Hospital Universitario Ramón y Cajal en la Unidad de Trasplante de Progenitores Hemopoyéticos (folios 81 a 575).

El 19 de septiembre de 2016 el reclamante solicitó realizar pruebas de fertilidad y el Servicio de Hematología emitió informe recomendando la realización de estas pruebas al año del transplante.

Según informe de una clínica privada de análisis de semen de 29 de septiembre de 2016, *“no se observan espermatozoides en la muestra analizada”*.

**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 (LPAC).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, se ha incorporado al expediente un informe del jefe de Servicio de Hematología Clínica del Hospital Universitario Fundación Jiménez

Díaz de 3 de mayo de 2017 (folio 1168) que aclara que el documento de consentimiento informado se firmó el día 16 de junio de 2014 y no el día 17 de junio como afirma el reclamante en su escrito de inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial. El informe señala que se informó al paciente de los efectos secundarios de la quimioterapia sobre su persona, *“completándose la información escrita en el consentimiento con las explicaciones correspondientes”*, frente a lo afirmado por el reclamante de que *“nada se le dijo acerca de los efectos secundarios del tratamiento oncológico”*. El informe reconoce que *“es cierto que no se le informó expresamente de la criopreservación de semen, como hacemos habitualmente de rutina previa a la administración de quimioterapia”*, omisión que atribuye *“a la enorme presión que impusieron el paciente y su familia, y a su deseo de iniciar con la mayor urgencia el tratamiento de quimioterapia”*. Según refleja el informe:

*“En la entrevista médica del día 16 de junio con el paciente, estando presentes también su esposa y sus padres, se les comunicó el estadiaje, el pronóstico, el planteamiento terapéutico, la necesidad de inserción de catéter, la necesidad de punción lumbar y administración de quimioterapia intratecal y sistémica, y la conveniencia de ingreso hospitalario para mejorar todos estos procedimientos y aliviar las molestias del primer ciclo.*

*Se urgió al ingreso, que se realizó al día siguiente, 17 de junio de 2017 (sic)”*.

El día 29 de mayo de 2017 el representante del reclamante presenta escrito con el que adjunta nuevos informes de la historia clínica del reclamante. Alega que según el informe de 3 de junio de 2014, al menos desde esa fecha, ya estaba previsto el tratamiento quimioterápico. Aporta también un informe de 19 de septiembre de 2016 de una hematóloga en el que recomienda realizar pruebas de

fertilidad a partir del año del trasplante y un informe de una clínica privada en el que consta que la pareja del reclamante se ha sometido a un tratamiento de reproducción asistida en febrero de 2017 con donante de semen y está embarazada de 5 semanas y 4 días (folios 1578 a 1594).

Con fecha 14 de julio de 2017 emite informe la Inspección Sanitaria (folios 1.595 a 1.602) que concluye que *“no se informó con el tiempo suficiente al paciente sobre los efectos secundarios que podía tener el tratamiento que iba a recibir sobre su fertilidad, con lo cual no pudo realizar una criopreservación, produciendo dicho tratamiento esterilidad”*.

Se ha incorporado al expediente un informe pericial emitido a instancia de la aseguradora del SERMAS que concluye que el paciente fue informado 24 horas antes de iniciar la quimioterapia por escrito que el tratamiento podía producir problemas de fertilidad y que, además se le aclararon en consulta todas las dudas que el paciente podía tener, por lo que el reclamante tenía 24 horas para haber revocado del consentimiento antes de iniciar el tratamiento.

El informe añade que *“el tratamiento con CHOEP no produce esterilidad necesariamente, aunque sí puede perjudicar la fertilidad. No pasó el tiempo necesario para considerar esterilidad definitiva, dado que por refractariedad del linfoma al tratamiento, el paciente tuvo que continuar con más tratamientos oncológicos, acabando finalmente con el trasplante haploidéntico mieloablativo de progenitores hematopoyéticos que sí produce esterilidad en todos los pacientes”*. El informe pericial concluye que el Servicio de Hematología del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz *“realizó buena praxis y dio información detallada y por escrito antes de iniciar el tratamiento”*.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes y de la historia clínica, se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia a todos los interesados en el procedimiento.

Con fecha 19 de noviembre de 2018 presenta alegaciones el gerente de la Fundación Jiménez Díaz (folios 1.623 a 1.625) reiterando que la atención prestada al reclamante se ajustó a la *lex artis*. No consta en el expediente que el interesado haya presentado alegaciones.

Se ha formulado propuesta de resolución por el viceconsejero de Sanidad (folios 105 a 108) con fecha 28 de febrero de 2019 desestimatoria de la reclamación al considerar que no se ha demostrado la existencia de mala praxis ni falta de información reprochable.

**CUARTO.-** Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 28 de marzo de 2019 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 174/19, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 6 de junio de 2019.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación en soporte CD, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

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 € por solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1 y su disposición transitoria tercera, apartado a), dado que este procedimiento se incoó a raíz de una reclamación presentada tras la entrada en vigor de dicha norma, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del Libro preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al haber recibido la atención sanitaria objeto de reproche.

Se cumple, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado en un centro sanitario concertado con la

Comunidad de Madrid, como es el caso del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz. En este punto cabe indicar que es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder. En este sentido se manifestó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (valgan por todos los dictámenes 211/12, de 11 de abril y el más reciente 13/15, de 21 de enero) y ha sido reiterado por esta Comisión Jurídica Asesora (Dictámenes 112/16, de 19 de mayo, 193/17, de 18 de mayo y 107/18, de 8 de marzo) asumiendo la reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresada, entre otras, en las Sentencias de 30 de enero (recurso 1324/2004, Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección 8ª) y de 6 de julio de 2010 (recurso 201/2006, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 9ª).

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el caso que nos ocupa, el interesado considera que debió haber sido informado de los riesgos del tratamiento quimioterápico y, en concreto, de la posible esterilidad y alternativas posibles como la criopreservación de semen con la suficiente antelación para haber adoptado las medidas oportunas al respecto.

En este punto ha de traerse a colación la doctrina del Tribunal Supremo sobre el *dies a quo* para ejercitar la acción de

responsabilidad en el caso de daños permanentes y diferenciarlos de los daños continuados.

Al respecto, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016 (RC 1166/2015) señala:

*«A tenor de la previsión contenida en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992 (...), la jurisprudencia ha distinguido entre daños permanentes y daños continuados, considerando daños permanentes aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, mientras que los continuados “son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo”. Y por eso, para este tipo de daños, “el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos”, o lo que es igual aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto».*

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2017 (recurso 2992/2015) señalaba que “a los efectos de la doctrina de la *actio nata*, esto es, cuándo se entiende que nace el derecho a accionar, distinguen entre daños permanentes y daños continuados o en evolución. Los primeros se identifican con los irreversibles e incurables, lo que no quita para que haya secuelas previsibles y como tal advertidas, que vayan evolucionando; los segundos son los que no permiten conocer el momento en que se producen los daños definitivos de forma que hasta que estos no quedan determinados no nace el derecho a reclamar”. Y citaba la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 (recurso de

casación 2099/2013) – que se refiere a que un daño calificado como permanente - con secuelas ya conocidas – en el que considera compatible con tratamientos paliativos o de rehabilitación ulteriores para obtener una mejor calidad de vida.

En el presente caso, el reclamante tuvo conocimiento del defecto de información en el consentimiento firmado el día 16 de junio de 2014, el día 27 de junio de 2014, cuando acudió a la consulta de Ginecología pedida por él para intentar criopreservar espermatozoides y se le informó que, dado que ya había comenzado con el tratamiento de quimioterapia, no era posible realizarlo por los posibles efectos teratogénicos y se le emplazaba a los 3 meses de haber acabado la quimioterapia, por lo que esta fecha -27 de junio de 2014- debería tomarse como “*dies ad quo*” del plazo para reclamar.

Por ello, ha de considerarse prescrita la acción para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En cualquier caso, aunque no hubiera prescrito el derecho a reclamar, tampoco procedería el reconocimiento de la existencia de la responsabilidad patrimonial porque del estudio de la historia clínica resulta que el reclamante firmó el documento de consentimiento informado el día 16 de junio de 2014 en el que sí se advertía del riesgo de esterilidad transitoria o definitiva y la posible adopción de medidas ante este riesgo, pues así lo recoge el documento de consentimiento informado al decir que “*puede plantearse la congelación de semen u otras medidas*”.

El reclamante ingresó para iniciar el tratamiento con quimioterapia al día siguiente al de la firma del consentimiento firmado, pudiendo haber solicitado información sobre la posible criopreservación del semen hasta el momento justo anterior a iniciar el tratamiento oncológico.

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

### **CONCLUSIÓN**

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al haber prescrito el derecho a reclamar y, en todo caso, por no concurrir la antijuridicidad del daño.

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 6 de junio de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 236/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid