

Dictamen n°: **337/18**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **19.07.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por unanimidad, en su sesión de 19 de julio de 2018, emitido ante 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 asunto promovido por D., en nombre y representación de D., por los daños y perjuicios sufridos que atribuye a la biopsia testicular realizada en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente remitido trae causa de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la persona citada en el encabezamiento en una oficina de Correos el día 29 de julio de 2009, registrada de entrada en el Servicio Madrileño de Salud el 31 de julio siguiente (folios 1 a 16 del expediente administrativo).

Según el relato de los hechos que se contiene en la reclamación, a finales del mes de octubre de 2008, el interesado se sometió a un estudio de fertilidad en el Hospital Universitario Santa Cristina, que remitió al reclamante a la Unidad de Reproducción Humana del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, pautándose una recuperación de espermatozoides

mediante biopsia testicular que se realiza el 17 de febrero de 2009, intervención que según los médicos era sencilla con un postoperatorio en domicilio de 3 días. El escrito de reclamación subraya que en el informe de la intervención se indicó que la misma había cursado "*sin incidencia*" lo que aduce no ser cierto "*pues se atravesó hasta llegar a la uretra*".

Continuando con el relato fáctico de la reclamación, el escrito indica que después de la operación el interesado recibió el alta, pero en el mismo hospital al intentar orinar y preso de grandes dolores, con una tensión 70/40, se observó abundante sangrado y hematoma en el pene. Según el escrito dos urólogos habrían intentado sondar al reclamante sin éxito, permaneciendo durante el resto del día sin poder orinar, con nuevo sangrado y gran dolor. Posteriormente el interesado sería sondado en el Servicio de Urgencias, recibiendo posteriormente el alta con la previsión de pedir cita al urólogo de zona.

El escrito de reclamación da cuenta de una nueva asistencia al Servicio de Urgencias del citado centro hospitalario el día 21 del mismo mes de febrero, siendo remitido de nuevo al urólogo de zona. Más tarde, a los 7 días de la intervención habría acudido de nuevo a la Unidad de Reproducción asistida, donde no pudieron quitarle la sonda permaneciendo en esa situación 10 días más.

El reclamante sostiene que tras el alta mostró dificultad para orinar llegando a ser casi imposible con dolores punzantes en zona testicular y perineal. Expone que como la cita para el urólogo de zona tenía una demora de 25 días acudió a un urólogo privado que le ha tenido que practicar tres intervenciones: uretrotomía endoscópica el 17 de abril de 2009 para dejar una sonda vesical; una segunda uretrotomía para poner otra sonda de mayor calibre el 29 de abril de 2009, y una uretroplastia terminoterminal el 20 de junio de 2009. El interesado sostiene que resulta acreditado el origen iatrogénico de la

estenosis de la uretra según el informe de alta que adjunta a su escrito de reclamación.

En virtud de todo lo expuesto el reclamante sostiene que en la biopsia testicular realizada en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón se cometió un gravísimo error atravesando el testículo y el cuerpo cavernoso del pene hasta alcanzar la uretra.

Por todos ello reclama una indemnización por importe de 160.000 euros que califica como provisional a expensas del resultado final de la recuperación del interesado y lo que se derive de la historia clínica una vez que se tenga acceso a la misma. Para cuantificar el importe del daño se alega que el interesado a la fecha de la reclamación continúa de baja no solo *“por motivos médico corporales sino también psíquicos”*, entre los que se encuentra la imposibilidad en ese momento de mantener relaciones sexuales.

El escrito de reclamación se acompaña con la escritura de poder otorgada por el interesado a favor del firmante del escrito de reclamación, y con diversa documentación médica relativa a la asistencia en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón y el informe de alta por estenosis de uretra el 20 de junio de 2009 en un centro privado.

SEGUNDO.- Del examen de la historia clínica y restante documentación médica obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos que se consideran de interés para la emisión del dictamen:

El reclamante, con 45 años en la fecha de los hechos, se encontraba en estudio en Servicio de Esterilidad del Hospital Universitario Santa Cristina de Madrid, desde el año 2007, por causa de esterilidad. En noviembre de ese año se remitió al reclamante a la

Unidad de Infertilidad masculina del Servicio de Urología de ese hospital para completar el estudio con el diagnóstico de azoospermia. En diciembre de 2007 en la consulta de dicha unidad la exploración física dio como resultado que el teste izquierdo era normal en tamaño y consistencia, el derecho no se palpaba en el escroto y ecográficamente era hipoecogénico, midiendo 21,8mm x 10,8 mm. El pene era normal y no existía ningún antecedente de enfermedad urológica.

En abril de 2008 por parte del Servicio mencionado de Urología-Infertilidad masculina se consideró necesaria la realización de RQE (recuperación quirúrgica de espermatozoides) y FIV-ICSI (fecundación in vitro - inyección intracitoplasmática de esperma) con derivación al Hospital General Universitario Gregorio Marañón según era la práctica habitual del Hospital Universitario Santa Cristina.

El reclamante fue estudiado en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón por el Laboratorio de Diagnóstico Molecular y valorado por el Servicio de Reproducción que confirmó la necesidad de practicar biopsia testicular como procedimiento de obtención de espermatozoides. El interesado firmó el documento de consentimiento informado para biopsia testicular con fines reproductivos el 27 de enero de 2009, en dicho documento se contiene la descripción del procedimiento y los riesgos generales de la técnica señalándose que son poco frecuentes y generalmente leves si bien podían presentarse complicaciones anestésicas u operatorias, que excepcionalmente podrían ser graves y/o dejar secuelas. Se indica que las complicaciones más frecuentes son el dolor, el hematoma y la infección, que en situaciones extremas pueden hacer aconsejable el ingreso y/o la reintervención.

El reclamante fue incluido en la lista de espera quirúrgica y el 3 de febrero de 2009 firmó el consentimiento informado para la anestesia.

El 17 de febrero de 2009 el interesado fue sometido, bajo anestesia general a la intervención quirúrgica de biopsia testicular, realizada por dos especialistas en Ginecología y Obstetricia de la Unidad de Reproducción Humana del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital General Universitario Gregorio Marañón. Según el protocolo de la intervención, esta comenzó a las 09:45 de la mañana y finalizó a las 10 horas. Consta en dicho protocolo lo siguiente: "*Exploración: testículo izquierdo en canal inguinal. Testículo derecho atrófico.*" "*Incisión transversal de == 2 cm en testículo derecho. Apertura de t. (túnica) vaginal y t. albugínea objetivándose tejido testicular con intensa fibrosis*". "*Toma de muestra de tejido testicular que se envía a Laboratorio de Reproducción*" "*Hemostasia. Comprobación de hemostasia*". "*Cierre por capas con Vicryl 5-0*". "*Cierre de piel con Vicryl 3-0 en sutura discontinua*". "*Sin incidencias*". El paciente salió del quirófano a las 10:20 horas, pasando a la Unidad de Recuperación Postanestésica 1.

En esta Unidad de Recuperación Postanestésica 1 se tomaron y registraron las constantes del paciente cada 10-15 minutos. A las 11:35 pasó a la Unidad de Reanimación II de la que el interesado fue dado de alta a las 12:35 con una tensión de 111/75. El reclamante tuvo que reingresar en la Unidad de Recuperación Postanestésica 1 donde se le aplicó meperidina como analgésico y se le volvió a controlar, desde las 12:50 hasta las 14:30 horas, la presión arterial, frecuencia cardíaca y saturación de oxígeno con resultados normales. A las 14:30, el paciente pasó a la Unidad II donde recibió el alta.

El interesado reingresó a las 16 horas por dolor intenso al miccionar y se anotó: "*avisan por mal estado general, dolor abdominal*

e imposibilidad para la micción por parte del paciente. A nuestra llegada el paciente presenta palidez cutánea, TA de 100/55, FC 70 lpm, a la exploración globo vesical y hematoma peneano importante, por lo que se decide llamar urólogo de guardia y traslado a la urgencia de urología para valoración por su parte".

El reclamante pasó a ser atendido por el Servicio de Urgencias-Sección Urología del centro hospitalario. En el Informe de esa asistencia se hizo constar la imposibilidad para la micción tras cirugía y que el paciente refería que había intentado orinar y que no había podido porque había expulsado un coágulo y se había cortado la micción así como que *"se había intentado en la Unidad de procedencia (Cirugía Mayor Ambulatoria) el sondaje urinario del paciente con sondas de dos calibres (22 y 12F), sin éxito"*. El especialista procedió a colocar una sonda denominada de Tiemann y el reclamante evacuó abundante orina clara. Recibió el alta.

El 24 de febrero de 2009 el reclamante acudió al Servicio de Reproducción del Hospital General Universitario Gregorio Marañón refiriendo hemorragia perisonda. Se recomendó permanecer una semana más con el sondaje que fue retirado el 9 de marzo de 2009.

Según la sentencia que ha recaído en el proceso penal seguido por los mismos hechos que son objeto de reclamación de responsabilidad patrimonial, el interesado fue sometido a una uretrotomía endoscópica el 17 de abril de 2009 para dejar una sonda vesical y el 29 de abril de 2009 a una uretrotomía para poner otra sonda de mayor calibre para ver si dilataba. Según el informe de la Inspección Sanitaria tales procedimientos se realizaron en un centro privado.

El 14 de mayo de 2009 el interesado acudió al Servicio de Urología del Hospital Universitario Santa Cristina. Se anotó que el reclamante se había sometido a una RQE y le habían causado una

lesión uretral. Presentaba *“estenosis de uretra péndula a unos 6-8 cm del meato”*. Se pautó la realización de una uretrocistografía retrógrada y miccional, que se llevó a cabo el 27 de mayo de 2009 en el Hospital Universitario Santa Cristina. En el informe relativo a ese procedimiento se reseñó: *“se realiza URETROCISTOGRAFIA RETROGRADA retirando la sonda que lleva el paciente hasta tercio distal de la uretra peneal, donde se visualiza estenosis corta circunferencial moderado severa. Resto de la uretra de morfología normal. Se intenta recolocar sonda en vejiga siendo dificultoso su paso por lo que se deriva al paciente a urología sin sondar”*.

El reclamante fue valorado el 28 de mayo de 2009 por el Servicio de Urología del centro hospitalario, que pautó una uretroplastia que se realizó el 20 de junio de 2009 por el urólogo de dicho servicio pero en su consulta privada, según ha informado el citado especialista.

Según los hechos probados de la sentencia penal el reclamante *“tardó en curar 361 días, de los cuales estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales 151, y de baja laboral desde el 17 de febrero de 2009 al 13 de marzo de 2009 y del 20 de abril de 2009 al 24 de julio de 2009”*. Según la sentencia le quedó como secuelas *“disfunción eréctil por fibrosis cicatricial del pene que precisa de tratamiento farmacológico continuado con dificultad (en ocasiones) para mantener relaciones sexuales y trastorno depresivo reactivo”*.

TERCERO.- Presentada la reclamación anterior, por el Servicio Madrileño de Salud se inicia el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC) y el Reglamento del Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado mediante Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del paciente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón y del Hospital Universitario Santa Cristina (folios 24 a 67 del expediente).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se ha incorporado al procedimiento el informe de 14 de septiembre de 2009 del jefe de la Sección de Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario Gregorio Marañón, en el que relata los hechos, dice, según los recuerda porque no tiene la historia clínica, y en el que subraya que la intervención trascurrió sin incidencias ni sangrado y refiere no entender cómo *“la biopsia testicular pudo desencadenar el episodio por el que demanda el paciente”* y añade *“no es posible lesionar la uretra biopsiando el testículo salvo anomalías anatómicas que son imposibles de identificar previamente”*.

También figura en el expediente el informe de 1 de diciembre de 2009 del Servicio de Urología del Hospital Universitario Santa Cristina emitido a instancias de la Inspección Sanitaria en el que se da cuenta de que el reclamante acudió a la consulta de ese servicio por primera vez el día 14 de mayo de 2009, presentado una estenosis de uretra, localizada a unos 6-8 cm del meato, asociada a una cicatriz y fibrosis en el escroto. Presentaba importantes molestias locales y un síndrome miccional obstructivo severo. Se realizó al reclamante una uretrocistografía miccional y retrógrada, confirmándose el diagnóstico de estenosis uretral de 1 cm. de longitud, localizada a 6 cm, del meato uretral. Finalmente se operó al interesado en la consulta privada del informante por decisión personal del paciente.

El informe realiza las siguientes consideraciones médicas sobre la lesión uretral del interesado:

- La lesión uretral se asocia a la incisión escrotal única existente, previsiblemente realizada para la RQE (recuperación quirúrgica de

espermatozoides) realizada en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

- La lesión se produjo al utilizar un único acceso quirúrgico en línea media, sobre el cuerpo esponjoso del pene y el mecanismo de producción debió ser una lesión de uretra y cuerpo esponjoso al realizar la incisión cutánea o el acceso quirúrgico al testículo.

- Parece razonable que dicha lesión se produjera durante la RQE, sobre todo teniendo en cuenta que tras dicha cirugía fue necesaria la participación de los urólogos por una uretrorragia severa y además fue necesario sondar al paciente.

Por último indica que no suele ser habitual la lesión uretral, pero en este caso se utilizó un acceso quirúrgico nada habitual, que facilitó la lesión ocurrida.

Tras la emisión del anterior informe, la Inspección Sanitaria formuló el suyo el 14 de diciembre de 2009, en el que tras analizar la historia clínica del reclamante y la asistencia sanitaria dispensada, compartió el criterio manifestado por el Servicio de Urología del Hospital Universitario Santa Cristina señalando lo siguiente:

“el acto de la toma de biopsia no ha constituido una adecuada práctica quirúrgica, ya que, al ser realizada la incisión y toma de tejido testicular, debió realizarse esta con el suficiente empuje, alcance y poca separación del pene como para producir lo aquí reseñado. La lesión aparecida NO es una complicación que pueda surgir por el hecho de intervenir (tal que un grado elemental de dolor y hematoma), sino que constituye un efecto adverso moderadamente importante que debe ser evitado sistemáticamente”.

Por lo dicho concluye que la realización de una biopsia testicular con fines reproductivos a cargo de facultativos de la Unidad de Reproducción del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón “*se considera INADECUADA; origen de la lesión uretral sufrida secundariamente por el paciente; lesión que ha requerido otra intervención quirúrgica de reconstrucción en junio de 2009*”.

Consta en el procedimiento que el día 21 de enero de 2010 compareció el representante del reclamante para tomar vista del expediente y el 23 de marzo de 2010 presentó un escrito solicitando la incorporación al expediente el informe de la biopsia testicular al no constar en la historia clínica examinada. Asimismo aportó nueva documentación médica de Atención Primaria y un informe de una biopsia de material uretral realizada en un centro privado el 24 de junio de 2009.

Obra en los folios 94 a 97 la incorporación al expediente del informe requerido por el reclamante así como el traslado del mismo al interesado para su conocimiento.

Consta en el expediente que el día 28 de marzo de 2011 el representante del interesado solicitó la suspensión del procedimiento de responsabilidad patrimonial al haberse incoado Diligencias Previas en el Juzgado de Instrucción nº 44, de Madrid. Figura en el folio 102 del expediente que el día 11 de junio de 2012 se acordó la suspensión del procedimiento hasta que recayera resolución judicial definitiva en las actuaciones penales.

Figura en los folios 104 a 112 documentación de la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud en la que consta un escrito fechado el 13 de mayo de 2010 en el que se hace referencia al ofrecimiento al interesado de una cantidad como indemnización que habría sido rechazada por el reclamante, por lo que se proponía la

estimación parcial de la reclamación en ese importe que según el dictamen pericial que se adjuntaba ascendía a la cantidad de 5.739,56 euros.

El día 23 de marzo de 2017 otro abogado distinto al firmante del escrito de reclamación inicial comunicó que el procedimiento penal había concluido por Sentencia de 28 de febrero de 2017 del Juzgado de lo Penal nº25, de Madrid, por lo que solicitaba la reanudación del expediente. Según la documentación complementaria que se solicitó por esta Comisión Jurídica Asesora, por Auto de 18 de julio de 2017 se declaró firme la referida sentencia.

La sentencia que obra en los folios 174 a 198 del expediente concluye con la absolución de los dos especialistas en Ginecología y Obstetricia que realizaron al interesado la biopsia testicular en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón. En la citada sentencia en la que se analizan múltiples informes periciales emitidos en el curso de las actuaciones penales se concluye, en base a la valoración de los mismos, que no resulta imposible que la estenosis uretral se produjera en la intervención, pero que era extraordinariamente difícil, pudiendo deberse también al sondaje y *“dicha posibilidad es suficiente para no poder dictar un pronunciamiento de condena”* en un proceso penal. No obstante en los fundamentos de derecho se recoge que *“sin la práctica de la biopsia testicular, la estenosis no se habría producido, por lo que necesariamente tiene que ser resarcido, por ello, debe ser indemnizado por todo el proceso que ha tenido que pasar y por las secuelas con las que tendrá que vivir”*.

El 10 de abril de 2017 el representante del interesado presentó un nuevo escrito en el que señaló que la sentencia a pesar de ser absolutoria reconoció el derecho del reclamante a ser resarcido. Tomando como base los hechos considerados probados por la

sentencia solicitó una indemnización de 60.289 euros, por aplicación del baremo correspondiente al año 2014, en atención a los siguientes conceptos:

- 5 días de baja hospitalaria a razón de 71,84 euros por día que alcanzan un importe de 359 euros.

- 151 días impeditivos indemnizados en una cantidad de 58,41 euros que arrojan una cifra de 8.820 euros. a ello se suma la cantidad de 6.443 euros por 205 días no impeditivos (31,43 euros por día).

- 20 puntos por disfunción eréctil que precisa de tratamiento farmacológico continuado con dificultad para mantener relaciones sexuales, que alcanzan un importe de 22.892 euros.

- Trastorno depresivo reactivo con tratamiento farmacológico indemnizable con 8.485 euros, más 1.000 euros de gastos de tratamiento psicológico.

- Factor de corrección del 10%.

- 10.000 euros en concepto de daño moral.

Figura en el expediente un dictamen pericial emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud el 12 de diciembre de 2017 en el que se reconoce el nexo causal y se valora el daño corporal fijando una indemnización de 34.524,38 euros, aplicando el baremo del año 2009, en atención a los siguientes conceptos:

- 361 días de incapacidad (3 días de estancia hospitalaria, 148 días impeditivos y 210 días no impeditivos).

- 10 puntos por la secuela de disfunción eréctil por fibrosis cicatricial del pene, ocasional, ya que el interesado declaró en el acto del juicio penal que no siempre precisaba tratamiento farmacológico para poder mantener relaciones sexuales.

- 5 puntos por la secuela de trastorno depresivo reactivo por cuanto que según la sentencia *“no hay más tratamiento de naturaleza psíquica documentada desde diciembre de 2010”*.

- Un 10% de factor de corrección por importe de 6.729,49 euros.

El dictamen también incluye los gastos de tratamiento psicológico por importe de 950 euros y los gastos de las intervenciones quirúrgicas: 1.700 euros por las dos cirugías de uretrotomía y 1.300 euros por la uretroplastia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJ-PAC y el artículo 11 del RPRP se confirió trámite de audiencia al interesado el 12 de enero de 2018. En uso del trámite conferido al efecto, el reclamante presentó un escrito oponiéndose a la valoración efectuada en el dictamen pericial. Así manifestó que el baremo del año 2009 se encontraba obsoleto; que los gastos de tratamiento psicológico ascendían a 1.000 euros según las facturas aportadas; que la valoración de las secuelas se había realizado sin examinar al reclamante; que la puntuación que reclamaba estaba suficientemente justificada en el escrito aportado por el interesado y que no se había valorado el indudable daño moral sufrido por el reclamante. Por ello acababa ratificando la indemnización solicitada.

Finalmente, por el viceconsejero de Sanidad -por delegación en la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud, - se dicta propuesta de resolución en fecha 21 de febrero de 2018, en la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial reconociendo la cantidad establecida en el dictamen pericial emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud en atención a la valoración económica del daño corporal (sin incluir por tanto los gastos del tratamiento psicológico y los gastos de las tres intervenciones) resultando una indemnización por importe de 37.942,29 euros según la actualización realizada a la fecha de la propuesta.

CUARTO.- El día 12 de marzo de 2018 tuvo entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de

dictamen preceptivo procedente de la Consejería de Sanidad, en relación con el expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 131/18, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

Al estimarse que el expediente estaba incompleto, al amparo de lo establecido en el artículo 19.2 del ROFCJA se solicitó documentación complementaria, suspendiéndose el plazo para la emisión del dictamen de este órgano consultivo. La documentación solicitada tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el día 3 de julio de 2018 reanudándose el plazo para la emisión del dictamen desde esa fecha.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 19 de julio de 2018.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de su Ley Reguladora 7/2015, de 28 de diciembre (LRCJA), según el cual: *“3.En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser*

consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”.

En el caso que nos ocupa, el reclamante ha cifrado el importe de la indemnización solicitada en una cantidad superior a 15.000 euros por lo que resulta preceptivo el dictamen de este órgano consultivo.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y al RPRP, al haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC, por cuanto es la persona afectada por la supuesta deficiente asistencia sanitaria. Actúa debidamente representado por un abogado habiéndose aportado la escritura de poder acreditativa de la citada representación.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico del Hospital General Universitario Gregorio Marañón integrado dentro de la red sanitaria pública madrileña.

El 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 142.5 de la LRJ-PAC). En el caso que nos ocupa, resulta de la documentación examinada que la biopsia testicular a la que se imputa el daño se realizó el 17 de febrero de 2009, por lo que independientemente de las intervenciones quirúrgicas a las que tuvo que someterse posteriormente el reclamante y de la fecha de la curación o de determinación de las secuelas, debe reputarse presentada en plazo la reclamación formulada el 29 de julio de 2009.

En la tramitación del procedimiento se han seguido los trámites legales y reglamentarios. Dicho procedimiento para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, se encuentra regulado en el título X de la LRJ-PAC (artículos 139 y siguientes), desarrollado en el citado RPRP.

Como se dijo anteriormente, se ha recabado y evacuado el informe de la Sección de Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario Gregorio Marañón. También durante la instrucción se ha incorporado el procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria y a instancias de esta se ha incorporado el informe del Servicio de Urología del Hospital Universitario Santa Cristina. Asimismo, se ha conferido trámite de audiencia, de conformidad con los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP. Finalmente se ha formulado la propuesta de resolución del procedimiento en la que se formula la estimación parcial de la reclamación.

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 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 LRJAPyPAC, 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 recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de mayo de 2016 (recurso 1153/2012) “ *que cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta,*

independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico”.

CUARTA.- En el caso que nos ocupa el interesado alega una mala praxis en la realización de la biopsia testicular llevada a cabo en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón, intervención a la que imputa la estenosis uretral, que le fue posteriormente diagnosticada y que le obligó a ser reintervenido en tres ocasiones, así como los daños y secuelas que dice padecer.

No resulta controvertido que el reclamante sufrió la estenosis uretral que reprocha a la asistencia sanitaria. En este caso el informe del servicio implicado en el proceso asistencial del reclamante, de manera muy escueta y sin contar con los datos de la historia clínica, según afirma, niega la relación entre la estenosis y la biopsia testicular. Por el contrario dos de los informes médicos que obran en el expediente, el del Servicio de Urología del Hospital Universitario Santa Cristina emitido a instancias de la Inspección Sanitaria y el de esta última coinciden en imputar la lesión a la biopsia testicular realizada al interesado el 17 de febrero de 2009.

No obstante en las actuaciones penales que se siguieron por los hechos objeto de reclamación también intervino el urólogo que trató al interesado en el Hospital Universitario Santa Cristina y que informó en el procedimiento de responsabilidad patrimonial a petición de la Inspección Sanitaria, y en el acto del juicio si bien sostuvo la mala praxis en la biopsia testicular no descartó que la lesión se hubiera podido producir por el sondaje dificultoso que presentó el interesado

en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón tras la biopsia testicular.

Resulta relevante tener en cuenta que en las actuaciones penales ninguno de los peritos informantes descartó que la lesión uretral se hubiera podido producir en la biopsia testicular, sin perjuicio de que fuera muy rara en ese tipo de intervenciones, y todos ellos salvo uno coincidieron en afirmar que también podía haberse producido por el sondaje. Por ello y ante esta última posibilidad, la sentencia penal absuelve a los dos médicos que realizaron la biopsia testicular, si bien ello no resulta relevante en el ámbito de la responsabilidad patrimonial y concretamente en el caso que nos ocupa.

En relación con lo que hemos expresado debe tenerse en cuenta que el proceso penal tiene una finalidad distinta de la del procedimiento de responsabilidad patrimonial, de manera que el enjuiciamiento y la calificación jurídica de los hechos resulta de la aplicación de normativas y criterios diferentes. En este sentido se manifestó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, así en su Dictamen 374/14, en el que se hizo eco de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1997 cuando explica lo siguiente:

“Ha declarado la jurisprudencia de este Tribunal (en Sentencias de 30 mayo 1983, 15 junio, 13 julio, 18 julio, 4 y 12 diciembre 1984, 7 noviembre 1985 y 27 mayo 1994, entre otras), los siguientes criterios de aplicación al caso examinado:

a) Fuera del caso previsto en el artículo 116.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (declaración de que no existió el hecho de que la responsabilidad civil hubiera podido nacer) las sentencias absolutorias de la jurisdicción penal no vedan a otros Tribunales de calificar el hecho como culposo o negligente en el ámbito civil y generador de la obligación de indemnizar, al amparo del artículo 1902 del Código Civil.

b) La Jurisdicción Penal no puede limitar ni condicionar la potestad específica de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues una y otra obligación nacen de causas distintas: la primera, de naturaleza penal para determinar la responsabilidad punible de los autores, la segunda dimana del funcionamiento de los servicios públicos y es determinante para concretar la responsabilidad patrimonial o extracontractual de la Administración (...)”.

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial, en casos como el que nos ocupa, acreditado el evento dañoso y su relación con el servicio sanitario prestado, contando con informes médicos que avalan la infracción de la *lex artis* denunciada, uno de ellos el de la Inspección Sanitaria, cuyo valor es destacado por esta Comisión Jurídica Asesora, y sin que el servicio implicado haya dado una explicación razonable de lo sucedido, no cabe sino reconocer la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, como también hace la Administración consultante al formular una propuesta de resolución estimatoria, y ello sin perjuicio de que la lesión se hubiera producido por la biopsia o por el sondaje pues en ambos supuestos la responsabilidad es imputable a la Administración sanitaria por infracción de la *lex artis*. Este extremo resulta corroborado por la sentencia penal, pues aunque absuelve a los médicos implicados reconoce que el interesado ha sufrido un daño “por lo que necesariamente debe ser resarcido por ello, debe ser indemnizado por todo el proceso que ha tenido que pasar y por las secuelas con las que tendrá que vivir”.

QUINTA.- Sentado lo anterior, procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del RPRP, 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 20 de enero de 2009, 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 que resultarán de aplicar durante 2009 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, pues esta es la norma aplicable según el momento en que los daños se produjeron –año 2009-, de conformidad con lo exigido por el artículo 141.3 de la LRJ-PAC. 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.

En este caso el reclamante, si bien solicitó inicialmente una indemnización de 160.000 euros, posteriormente, tomando como base los hechos considerados probados por la sentencia y aplicando el baremo del año 2014, solicitó una indemnización de 60.289 euros en atención a 5 días de baja hospitalaria; 151 días impeditivos y 205 días no impeditivos; 20 puntos por disfunción eréctil que precisa de tratamiento farmacológico continuado con dificultad para mantener relaciones sexuales, 10 puntos por trastorno depresivo reactivo con tratamiento farmacológico indemnizable más 1.000 euros de gastos de tratamiento psicológico. A lo dicho añade un factor de corrección del 10% y 10.000 euros en concepto de daño moral.

Por su parte el dictamen pericial emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud, en el que se basa la propuesta de resolución, aplicando el baremo del año 2009, reconoce una indemnización por el daño corporal de 34.524,38 euros en atención 361 días de incapacidad (3 días de estancia hospitalaria, 148 días impeditivos y

210 días no impeditivos); 10 puntos por la secuela de disfunción eréctil por fibrosis cicatricial del pene, ocasional, ya que el interesado declaró en el acto del juicio penal que no siempre precisaba tratamiento farmacológico para poder mantener relaciones sexuales ; 5 puntos por la secuela de trastorno depresivo reactivo por cuanto que según la sentencia *“no hay más tratamiento de naturaleza psíquica documentada desde diciembre de 2010”*. En dicha cantidad no están incluidos los gastos de tratamiento psicológico por importe de 950 euros y los gastos de las intervenciones quirúrgicas: 1.700 euros por las dos cirugías de uretrotomía y 1.300 euros por la uretroplastia que el dictamen pericial menciona como factores adicionales.

Antes de analizar los distintos conceptos indemnizatorios reclamados por el interesado, debemos comenzar señalando que, en contra del criterio manifestado por el reclamante, la valoración debe realizarse con arreglo a los criterios orientadores que establece el baremo correspondiente al año 2009, al ser el correspondiente a la fecha en que el daño se produjo por exigencia de lo dispuesto en el artículo 141.3 de la LRJ-PAC sin perjuicio de la actualización conforme a lo dispuesto en ese artículo.

En segundo lugar cabe manifestar que resultan relevantes los hechos que se consideran probados en la sentencia penal, sin perjuicio de lo que antes hemos afirmado en relación con la falta de vinculación con el enjuiciamiento y calificación jurídica de dichos hechos en el proceso judicial, pues como ya dijimos en nuestro Dictamen 260/17, haciéndonos eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así la Sentencia 27 de noviembre de 2015, RC 3346/2014) se han de *“ respetar los hechos que han sido declarados judicialmente probados con carácter firme, así como aquellos otros que hayan sido declarados inexistentes o no producidos, sin perjuicio de que la*

Administración pueda extraer de los mismos consecuencias jurídicas diversas a las alcanzadas por el órgano jurisdiccional”.

Por lo que se refiere a la incapacidad temporal existe coincidencia en reconocer 361 días de incapacidad como hace la sentencia, si bien la discrepancia recae en la determinación de los días de hospitalización que el reclamante cifra en 5 días y el dictamen pericial acogido por la propuesta de resolución en 3 días, teniendo en cuenta que la sentencia no lo concreta. Cabe señalar que si bien es cierto que el reclamante, a quien corresponde la carga de la prueba no ha aportado documentación relativa al tiempo de hospitalización de las citadas intervenciones que se realizaron en un centro privado, parece razonable considerar que las dos uretrotomías que son operaciones sencillas según las guías médicas consultadas le supusieron una hospitalización de un día cada una, sin embargo la uretroplastia es una intervención más compleja que puede llevar a una hospitalización de cómo mínimo 2 días por lo que parece razonable reconocer los 5 días que reclama el interesado. Así las cosas, habría de abonarse una indemnización de 327,4 euros(a razón de 65,48 euros por día) por los días de hospitalización. A dicha cantidad habrá de sumarse la cantidad de 8.033,2 euros por los 151 días que se consideran improductivos y 5.873,25 por los 205 días restantes de incapacidad considerados no improductivos. De esta manera por la incapacidad temporal del interesado habría de reconocerse una indemnización de 14.233,85 euros. A esta cantidad habría de adicionarse un 10% de factor de corrección que establece el baremo al encontrarse el interesado en edad laboral y no haber justificado ingresos, resultando una suma total de 15.657,23 por la incapacidad temporal.

Por lo que se refiere a las secuelas, el interesado reclama por los dos conceptos reconocidos en la sentencia, esto es, disfunción eréctil que precisa de tratamiento farmacológico, que valora con la máxima puntuación correspondiente a dicha secuela (20 puntos) y trastorno

depresivo reactivo con tratamiento farmacológico que también considera que debe valorarse con la mayor puntuación. Esas dos secuelas son también reconocidas por el dictamen pericial acogido por la propuesta de resolución, si bien modera la puntuación. A este respecto consideramos razonable la minoración que realiza el dictamen pericial toda vez que como recoge la sentencia el propio interesado manifestó en el acto del juicio *“que no siempre precisaba de tratamiento farmacológico para poder mantener relaciones sexuales”* y en cuanto al trastorno depresivo el interesado no acredita que haya precisado tratamiento psicológico con posterioridad al año 2010. Así las cosas cabe reconocer 10 puntos por la primera secuela y 5 puntos por la segunda como hace el dictamen pericial, de manera que la indemnización correspondiente a este concepto alcanzaría la suma de 13.708,35 euros, en atención a 913,89 euros por punto según corresponde a la edad del reclamante. A dicha cantidad debe adicionarse el 10% de factor de corrección establecido en la tabla IV del baremo para las lesiones permanentes, lo que arroja una cifra total de 15.079,18 euros por las secuelas.

A dicha cantidad deben adicionarse los gastos del tratamiento psicológico que según las facturas que obran en el expediente (de abril a diciembre de 2010) ascienden a 1.000 euros (y no los 950 euros que recoge el dictamen pericial).

Por otro lado el interesado no reclama los gastos de las intervenciones en la sanidad privada y no se alcanza a entender la razón por la que recoge dichos gastos el dictamen pericial, cuando de la documentación que obra en el expediente se infiere que fue una decisión voluntaria del reclamante que estaba siendo tratado en la Sanidad Pública por el mismo urólogo que le intervino en un centro privado, sin que se haya acreditado pasividad o falta de diligencia de la Sanidad Pública, para que el reclamante no haya tenido más

alternativa, para obtener solución a su dolencia, que acudir a la sanidad privada.

Por último el interesado reclama 10.000 euros en concepto de daño moral, si bien como es sabido la cantidad reconocida en el baremo por las secuelas incluye los daños morales por lo que atendiendo a las circunstancias del caso, que no se acredita tratamiento psicológico más allá del año 2010 y que la disfunción eréctil se puede calificar de ocasional, entendemos que dicho daño moral estaría resarcido con la indemnización fijada para las secuelas.

En suma, correspondería al interesado una indemnización de 31.736,41 euros, cantidad que deberá ser actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, conforme a lo establecido en el artículo 141.3 de la LRJ-PAC, y no a la fecha de la propuesta de resolución como hace la Administración consultante.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial y reconocer una indemnización de 31.736,41 euros, cantidad que deberá ser actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, conforme a lo establecido en el artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

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 19 de julio de 2018

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 337/18

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid