

En Logroño, a 8 de marzo de 2013, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José M^a Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

12/13

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulada por la representación de D. J. S. B., por daños y perjuicios que entiende causados en el SERIS al extirparle quirúrgicamente dos testículos, sin evidencia posterior de tumoración maligna en los mismos, y que valora en 600.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

En fecha 11 de noviembre de 2011, la Abogada D^a Y. A. G., que manifiesta actuar en nombre del precitado paciente, presenta escrito de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de la Administración, en reclamación de la cantidad de 600.000 euros, haciendo constar el siguiente relato de hechos:

“Mi representado decidió tener hijos con su esposa, pero, al cabo de un tiempo sin quedar su esposa embarazada, decidió acudir al Especialista (Urólogo) para saber si padecía de alguna anomalía para tal fin. El Médico Urólogo solicitó la realización de una ecografía testicular.

El 12 de abril, acudió de nuevo a consulta para recibir los resultados y le comunicaron que habían salido dos lesiones nodulares: una, de 7 mm. en un testículo; y la otra, de 3mm en el otro. El Urólogo de la consulta comentó que, al ser lesiones bilaterales, seguramente serían benignas; no obstante, prescribió la realización de una resonancia magnética, por vía urgente. El Médico Urólogo le prescribió la realización de unos análisis de sangre para poder apreciar los marcadores tumorales. Los resultados de los marcadores tumorales fueron negativos.

Para confirmar la patología benigna, el Urólogo recomendó la realización de una intervención quirúrgica, que consistía en sacar los testículos fuera de la bolsa, sin extirparlos y hacer una biopsia de dichas lesiones. Se analizaba la biopsia en 20 minutos; y, si la biopsia salía correcta, se dejaban tal y como estaban y cerraban; y, si la biopsia daba malos resultados, se extirparían los testículos. En todo momento, el Médico le asegura al que si la biopsia salía bien, no le extirparían los testículos.

El domingo 17 de abril, (el paciente) ingresó en el hospital San Pedro. Se le realizaron las pruebas habituales pre-quirúrgicas. Hasta tres Urólogos examinaron al paciente, sin apreciar nada malo. La ecografía testicular confirmaba la inexistencia de tumores malignos, pero el cuadro médico confirmó la procedencia de practicar la exploración quirúrgica bilateral testicular.

El lunes 18 de abril, el Médico Anestesiista acudió a la habitación del (paciente) e indicó que la operación se realizaría con anestesia epidural, confirmándole la fecha de la operación. El paciente comentó al Médico que, en el caso de que algo saliese mal, desearía guardasen esperma y así poder tener la opción de ser padre, a lo que el Médico respondió que, si el tumor era maligno, el esperma estaría viciado, no apto para la fecundación.

El martes 19 de abril de 2011, (el paciente) entró en quirófano para la operación programada, de revisión quirúrgica testicular y, por algún motivo desconocido para esta parte, deciden en ese instante anestesiar de forma general (al paciente).

Al despertar, el paciente se palpó la zona testicular y notó que se le había implantado prótesis de silicona en ambos testículos. Se temió lo peor, la existencia de tumoración maligna en ambos testículos. Su mujer le indicó que los Médicos habían dicho que los tumores eran benignos.

El viernes 22 de abril, (al paciente) le dieron el alta con la obligación de tratarse de por vida con Testosterona. A raíz de estos sucesos, (el paciente) sufre una depresión que le hizo bajar 10 kg. de peso en dos meses.

El 13 de mayo, el paciente acudió a recibir los resultados de la biopsia y el tratamiento a seguir. El Urólogo de la consulta le dice que tiene dos noticias para él: una buena y una mala. La mala es que le hemos quitado los testículos sin necesidad, que lo siente mucho y que se fiaron de las pruebas y que el resultado es hipertrofia testicular; y la buena es que los testículos estaban sanos.

A la citada reclamación se adjunta diversa documentación relativa a la asistencia prestada.

En fecha 17 de noviembre, se requiere a la Letrada firmante del escrito inicial, que acredite su representación, lo que se verifica mediante comparecencia personal del representado en fecha 2 de diciembre.

Segundo

Con esa misma fecha, se dicta Resolución, en la que se indica que se tiene por iniciado procedimiento general de responsabilidad patrimonial, se nombra Instructora del

mismo, y se comunica igualmente al reclamante diversa información relativa a la instrucción del expediente.

Tercero

En la misma fecha, se solicita de la Dirección Gerencia del Área de Salud de La Rioja, Hospital *San Pedro*, cuantos antecedentes existan de la atención prestada al reclamante en el Servicio de Urología, su historia clínica relativa a la asistencia objeto de reclamación, y en particular, el informe de los Facultativos que le atendieron, comunicándose igualmente la reclamación a la Correduría de Seguros con la que se tiene contratada la póliza de responsabilidad civil. La citada documentación consta a continuación en el expediente administrativo.

Cuarto

En el expediente consta, a continuación, un informe médico de la Inspección, solicitado por el Servicio de Asesoramiento y Normativa de la Consejería de Salud, emitido el 28 de marzo de 2012, previa solicitud de información por la Inspectora, tanto al Servicio de Urología como al de Anatomía Patológica, y cuyas conclusiones son las siguientes:

“1.- Que (al paciente), siendo estudiado por un cuadro de infertilidad con azoospermia, se le detectaron, mediante eco-doppler testicular, dos lesiones nodulares en ambos testículos, sin poderse determinar su naturaleza histológica. Se continuó el estudio con la valoración de marcadores tumorales (AFP y HCG-B), que resultaron negativos, y mediante RNM testicular, que informaba de posibles seminomas.

2.- Que, ante dichos resultados, desde el Servicio de Urología, se le indicó la realización de una revisión quirúrgica testicular, con posibilidad de la realización de orquiectomía bilateral en el mismo acto quirúrgico, según los resultados obtenidos en la misma; intervención de la que puede considerarse que fue informado y que aceptó, habiendo firmado tanto el documento de inclusión en lista de espera para su realización, como el consentimiento informado.

3.- Que teniendo en cuenta el resultado de la RNM, que el paciente presentaba en sus antecedentes personales factores de riesgo de presentar un seminoma (atrofia testicular, infertilidad, criptorquidia), y que la biopsia intraoperatoria realizada de uno de los nódulos fue informada como crecimiento sólido, que impresiona tumoral, no se puede considerar injustificado que, dado el alto índice de sospecha patología tumoral, se optara por la realización de la orquiectomía bilateral, tratamiento que, en la literatura, sigue figurando de elección para casos de tumores testiculares bilaterales, pese a que también se hayan postulado técnicas de tratamiento conservador.

4.- Señalar, además, que los seminomas pueden cursar con marcadores tumorales negativos, como sucedió en este caso, no pudiendo considerar, tal y como se indica en la reclamación, que el hecho de no presentar marcadores tumorales positivos descartara la existencia de una posible patología tumoral maligna que desaconsejara el tratamiento propuesto.

5.- *Que no es cierto que al paciente no se le informara del posible uso de anestesia general durante la intervención, tal y como indica en su reclamación. Constan, firmados por él, tanto el documento de inclusión en lista de espera de la intervención, en el que se señala anestesia locorreional o regional, como el correspondiente consentimiento informado de anestesia general y locorreional.*

6.- *Que el diagnóstico histológico intraoperatorio de la lesión, en el que se sugería patología tumoral y que determinó que se realizara la extirpación de ambos testículos, no fue confirmado posteriormente en el estudio anatomopatológico definitivo, siendo el diagnóstico final el de un proceso benigno de hiperplasia de células de Leydig, para el que no existe indicación de realizar la extirpación testicular.*

7.- *Que el fallo en la valoración de la biopsia intraoperatoria ha supuesto que se realizara al paciente la extirpación de ambos testículos, siendo ésta innecesaria.*

8.- *Que, como consecuencia, el paciente precisa llevar tratamiento hormonal sustitutivo con testosterona de por vida.*

9.- *Que, en relación a la infertilidad que presenta tras la intervención, señalar que, si bien ésta es una consecuencia directa de una orquiectomía bilateral, en este caso no se puede atribuir a dicha intervención, dado que los datos analizados indican la esterilidad previa del paciente: los dos espermigramas que se le realizaron antes de la intervención, indicaban azoospermia (ausencia total de espermatozoides); y, en el estudio histológico de ambos testículos, no se apreció maduración germinal, lo que señala la falta de producción de espermatozoides por los testículos.*

10.- *Que no se puede valorar el perjuicio estético al paciente, teniendo en cuenta que se procedió a la colocación de prótesis testiculares.*

Quinto

Consta, a continuación, en el expediente un informe pericial emitido a instancia de la Aseguradora de la Comunidad Autónoma de La Rioja, cuyas conclusiones son las siguientes:

*“1.- Paciente con antecedentes de cirugía (a los 10 años) por criptorquidia (testículo no descendido), que consultó por infertilidad (azoospermia). En su estudio se detectaron: a) en la exploración física: **testículos atróficos**; b) en la ecografía, se observó una **masa testicular bilateral**, que se confirmó con resonancia magnética, con la **sospecha diagnóstica de seminoma (tumor maligno de testículo)**; c) los **marcadores tumorales** (alta-fetoproteína y beta-HCG) fueron **negativos**.*

*2.- El paciente presentaba los 3 factores de riesgo más importantes para el desarrollo de un tumor testicular: **criptorquidia (intervenida tarde a los 10 años)**, **infertilidad (azoospermia)** y **atrofia testicular**.*

3.- Ante estos hallazgos y de forma correcta, el paciente fue incluido en la lista de espera quirúrgica para Exploración quirúrgica bilateral testicular +/- orquiectomía bilateral +/- colocación de prótesis.

4.- *No se me ha proporcionado un documento de consentimiento informado para esta intervención, aunque, en el informe del Dr. V., se dice que, el 12-4-11 firmó un documento de consentimiento informado para la intervención.*

5.- *En el acto quirúrgico, se realizó la biopsia de la lesión palpable en el testículo derecho. El informe de la biopsia intraoperatoria fue de: "Crecimiento sólido que impresiona de tumoral. Pendiente de tipificación en parafina". Correctamente, se realizó la orquiectomía derecha.*

6.- *Antes de realizar la orquiectomía izquierda, se tendría que haber realizado una biopsia testicular (aunque no se palpara lesión intraoperatoria) para poder decidir la idoneidad de la realización de la orquiectomía.*

Sexto

El 18 de febrero de 2012, se dicta la Propuesta de resolución que, estimando parcialmente la reclamación formulada, fija en la cantidad de **veinticinco mil noventa y siete euros** la indemnización a percibir por el reclamante, como reparación integral de los daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

Dicha Propuesta de resolución es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos en fecha 23 de febrero de 2013.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado y enviado electrónicamente el 1 de marzo de 2013, registrado de entrada en este Consejo el día 4 de marzo de 2013, el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 4 de marzo de 2013, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo

El artículo 12.1 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una propuesta de resolución.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, remite a la normativa reguladora de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, legislación estatal, para la determinación del carácter preceptivo de los dictámenes. Por aplicación de dicha normativa, el dictamen será preceptivo cuando la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros, a partir de la entrada en vigor de la citada Ley 7/2011. Por lo tanto y reclamándose en este caso una cantidad de 600.000 euros, nuestro dictamen resulta ser preceptivo.

En cuanto al contenido del dictamen, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Segundo

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de La Rioja

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LPAC), reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión

pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario, para declarar tal responsabilidad, que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado y debiendo existir una relación de causa a efecto, directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración; así, como, finalmente que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo no constituye una suerte de “seguro a todo riesgo” para los particulares que, de cualquier modo, se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea las Administraciones públicas.

Lo anterior es también predicable para la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, si bien en estos casos y como señala la propuesta de resolución, la obligación del profesional médico y la Administración sanitaria es una obligación *de medios* y no *de resultado*, de manera que, en principio, cuando se actúe de acuerdo con la *lex artis*, los daños no le pueden ser imputados a la Administración, o lo que es lo mismo, no tendrían la condición de antijurídicos, so pena de incurrir en el despropósito que supondría el exigir a la Administración que garantice siempre la curación de los pacientes.

Como venimos indicando con reiteración al dictaminar sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea el ámbito de su actividad en que se manifieste ésta, lo primero que inexcusablemente debe analizarse en estos expedientes es lo que hemos llamado la relación de causalidad en sentido estricto, esto es, la determinación, libre de conceptos jurídicos, de cuáles son las causas que objetivamente explican que un concreto resultado dañoso haya tenido lugar. Para detectar tales causas, el criterio por el que hay que guiarse no puede ser otro que el de la *condicio sine qua non*, conforme al cual un determinado hecho o conducta ha de ser considerado causa de un resultado dañoso cuando, suprimido mentalmente tal hecho o conducta, se alcance la conclusión de que dicho resultado, en su configuración concreta, no habría tenido lugar.

Sólo una vez determinada la existencia de relación de causalidad en este estricto sentido y aisladas, por tanto, la causa o causas de un concreto resultado dañoso, resulta posible entrar en la apreciación de si concurre o no el criterio positivo de imputación del que se sirva la ley para hacer responder del daño a la Administración, que no es otro que el del funcionamiento normal o anormal de un servicio público a su cargo, y de si concurren

o no criterios negativos de esa imputación, esto es, de alguno de los que, expresa o tácitamente, se sirva la ley para negar esa responsabilidad en los casos concretos.

En el caso sometido a nuestra consideración, no existe discusión acerca de que existió un error en la valoración de la biopsia intraoperatoria. Tal extremo, no ha sido puesto en duda por nadie a lo largo de la tramitación del expediente administrativo. Por lo tanto, no cabe ninguna duda sobre la existencia de un evidente error de diagnóstico, motivado por el defectuoso informe de la mencionada biopsia intraoperatoria. Sin embargo, las consecuencias de ese error son diferentes para los dos informes médicos que obran en las actuaciones. Así, para la Inspección médica, ese error ha supuesto que se extirparan de manera innecesaria los dos testículos; mientras que, para el informe emitido a instancia de la Aseguradora de la Administración, la orquiectomía derecha se realizó correctamente a la vista de la biopsia intraoperatoria, pero, para realizar la orquiectomía izquierda, se tendría que haber realizado una biopsia testicular. De este modo, sólo se considera consecuencia directa de la actuación médica la pérdida del testículo izquierdo y, por ello, la indemnización que se reconoce, se corresponde con 20 puntos del baremo recogido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, a razón de 1.254,84 euros por punto.

Este Consejo Consultivo, a falta de cualquier otro medio de prueba, se muestra más conforme con el contenido del informe de la Inspección médica, pues, entre otras apreciaciones, el mismo se emite después de solicitar, de los distintos Servicios implicados en la asistencia prestada, información complementaria a la ya obrante en el expediente, y sus conclusiones no arrojan duda de ningún tipo. El citado informe, por otra parte, desvirtúa algunas manifestaciones realizadas por el reclamante en su escrito inicial, como ausencia o insuficiencia del consentimiento informado, problemas con la anestesia dispensada, y la esterilidad del paciente (que no puede considerarse como causa directa de la pérdida de sus testículos, sino que es consecuencia de la azoospermia que presentaba con carácter previo a la orquiectomía bilateral), circunstancias éstas, además, que no se ha molestado en contradecir el reclamante, el cual se ha limitado a formular su escrito inicial, aportando una serie de documentos, relativos a la asistencia prestada, interpretando algunos pasajes de los mismos a su exclusiva conveniencia, lo cual, sin dejar de ser legítimo, no sirve, sin embargo, para refutar tales conclusiones.

Así las cosas, por lo tanto, ya hemos de anticipar que no podemos compartir la cuantía de la indemnización recogida en la Propuesta de resolución. En primer lugar, hay que tener presente que se han perdido los dos testículos, lo que, según el baremo vigente en materia de accidentes de tráfico y que resulta analógicamente aplicable, según hemos mantenido en reiterados dictámenes, supone 40 puntos, a razón del 1808,22 euros el punto. Además de ello, el reclamante lleva dos prótesis, una en cada testículo, que no tendría que llevar, y debe tomar de por vida tratamiento de testosterona; sin que se haya acreditado, sin embargo, ni la existencia de perjuicio estético, ni las consecuencias del tratamiento de testosterona; esto es: los efectos adversos, si los hay; la incomodidad de su

administración, si la hay, etc. Nada de ello se ha acreditado a lo largo de la tramitación del expediente. Es por ello que, atendiendo a todas las circunstancias anteriormente mencionadas, consideramos que el importe de la indemnización a percibir debe ascender a la cantidad de ochenta mil euros.

CONCLUSIONES

Primera

A juicio de este Consejo Consultivo, la presente reclamación debe ser estimada parcialmente, en los términos contenidos en el cuerpo de este dictamen.

Segunda

La indemnización a percibir por el reclamante debe ser fijada por todos los conceptos, a juicio de este Consejo, en la cantidad de 80.000 euros, que deberán ser abonados en metálico, con cargo a la partida presupuestaria correspondiente.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero