



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 1 8 / 2 0 0 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 23 de octubre de 2007.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por F.R.V., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario. Diagnóstico erróneo (EXP 373/2007 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución, formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, Organismo Autónomo de la Administración de la Comunidad Autónoma, por la que se propone desestimar la reclamación de indemnización por daños, que se alega se han producido por el funcionamiento del servicio público sanitario, presentada por la representante del interesado en el ejercicio del derecho indemnizatorio contemplado en el Ordenamiento Jurídico, en el art. 106.2 de la Constitución, en exigencia de la correspondiente responsabilidad patrimonial del titular del Servicio, porque se estima deficiente la actuación de los servicios sanitarios.

2. La solicitud del Dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Estando legitimada para solicitarlo la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la misma Ley.

3. La representante del afectado afirma que el 24 de julio de 2005 llevó a su hijo al Hospital Universitario Ntra. Sra. de La Candelaria, al presentar fiebre, episodios

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

con diarreas, dolores abdominales, colocándose en posición fetal; se le da sin embargo el alta de inmediato, diagnosticándosele un posible cólico nefrítico.

Su hijo, de 18 años de edad, es autista y tiene retraso mental, lo que dificulta su exploración; sin embargo, los doctores no colaboraron en su atención. Tras el alta referida, su hijo mostró en los días sucesivos una gran inquietud, continuando con las molestias estomacales. Después de volver del colegio, con diversos hematomas, la representante llevó al afectado a su médico de cabecera, quien le recetó varios tranquilizantes, como "valium", indicándole a la madre del afectado que con el paso de los días se tranquilizaría. Esto no se produjo, acudiendo a varios Centros sanitarios privados, en donde se le comunicó que el malestar de su hijo podía estar debido a que le estaban saliendo los cordales.

4. El 6 de agosto de 2005, empeoró de sus problemas estomacales, acudiendo de nuevo al Hospital Universitario de la Candelaria.

Allí, la madre del interesado le comentó a los médicos que su hijo presenta, desde el día 24 de julio los mismos síntomas que cuando en otras ocasiones se ha tragado objetos extraños, como un palillo de dientes; pese a ello y después de haber ordenado que se le efectuaran unas radiografías torácicas y de abdomen, se le diagnosticó una gastroenteritis aguda, dándosele de inmediato el alta y prescribiéndosele un tratamiento y una dieta propia de este tipo de padecimiento.

5. El 8 de agosto de 2005 los cuidadores del centro educacional, al que acude normalmente el afectado, observaron que había defecado en sus pañales un tapón de una botella de agua y el tirador de metal de una cremallera; sin embargo, pese a las radiografías realizadas, los médicos no se percataron de la existencia en el estómago del afectado de los referidos objetos, lo que implicó un grave riesgo para la salud del interesado, ya que pudieron obstruir o perforar su estómago, siendo los mismos los causantes de todos sus padecimientos.

Por ello, se reclama una indemnización por los daños morales causados al afectado, debidos a que ni el diagnóstico, ni el tratamiento, ni el trato recibido fueron los adecuados, sufriendo graves dolores; además de la preocupación de la madre del afectado, lo que le produjo un grave sufrimiento psicológico.

6. Son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto

429/1993, de 26 de marzo, siendo una materia no desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias, aun teniendo competencia estatutaria para ello, así como la normativa reguladora del servicio público concernido.

II

1 a 6.¹

7. Por otra parte, en cuanto a la concurrencia de los requisitos constitucional y legalmente previstos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, contenidos en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los arts. 139 y siguientes LRJAP-PAC que sigue:

- El interesado es titular de un interés legítimo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 139.1 LRJAP-PAC, puesto que alega haber sufrido un daño personal derivado del funcionamiento inadecuado del servicio público sanitario, habiéndose demostrado su relación de parentesco con su representante, por Sentencia de incapacitación y de rehabilitación de la patria potestad. Por lo tanto, tiene legitimación activa, pudiendo presentar la correspondiente reclamación en este procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 142.1 LRJAP-PAC.

- La competencia para tramitar y resolver la reclamación le corresponde el Servicio Canario de la Salud, por ser el titular de la gestión del servicio prestado.

- En cuanto al plazo para reclamar, concurre este requisito, ya que se ha reclamado dentro del plazo legalmente previsto en el art. 142.5 LRJAP-PAC.

- El daño por el que se reclama es efectivo, evaluable económicamente e individualizado en la persona del interesado, de acuerdo con lo prescrito en el art. 139.2 LRJAP-PAC.

III

1. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen es de carácter desestimatorio, puesto que se alega por la Administración que se ha actuado conforme a *lex artis*, ya que se le hicieron al afectado todas las pruebas correspondientes, tanto analíticas como radiológicas que no se objetivaron signos de obstrucción ni perforación intestinal causados por los objetos ingeridos, de manera que no estaba indicada la intervención quirúrgica solicitada por la representante del afectado.

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

2. No se deduce de la reclamación de la representante del afectado que se considere que la actuación del Servicio haya sido inadecuada porque no se intervino quirúrgicamente al interesado, sino porque los doctores no fueron capaces, pese a las radiografías efectuadas, de actuar de la forma médicamente requerida ante la ingestión de objetos extraños y peligrosos por parte del afectado, lo que le causó sufrimiento a su hijo.

3. En este supuesto hay una serie de hechos, indubitados y reconocidos por la Administración y la representante del interesado, tales como que en la radiografía efectuada se observa la existencia de dos objetos extraños; que esto no consta en el parte médico elaborado; y que el afectado presentaba diarreas, vómitos e incluso fiebre desde el día 24 de julio de 2005. Así, en el Informe del Servicio, se afirma que “Aunque en informe facilitado por el Servicio de Urgencias se menciona que en Rx de abdomen realizada en fecha de agosto de 2006 se observa la presencia de cuerpos extraños en intestino, se echa de menos su constancia en el informe de Urgencias o las recomendaciones a la madre sobre la observancia de su expulsión en heces” .).

En el parte médico del 6 de agosto de 2005, consta dentro de la historia clínica tanto la inquietud que se observa en el afectado desde una semana antes de dicha exploración médica, como que el afectado había sido intervenido con anterioridad de una perforación intestinal. En cuanto al juicio diagnóstico referido en él, se menciona la realización de una radiografía abdominal, pero no consta referencia alguna a objetos extraños en el estómago.

4. La Administración no ha conseguido demostrar que el médico que atendió al afectado el 6 de agosto de 2005 emitiera un diagnóstico en el que incluyera los evidentes datos que se observaban en la radiografía, la existencia de diversos objetos extraños en su estómago, pese a que la madre le comentó que con anterioridad se había tragado un palillo de dientes y tuvo que ser intervenido quirúrgicamente de urgencia de una perforación de estómago; sin embargo, en el afectado se dieron, incluso con anterioridad al día 6 de agosto, síntomas de gastroenteritis, como diarreas, vómitos y fiebre.

Por lo tanto, su diagnóstico es adecuado a los síntomas que presenta el afectado y se emplearon todos los medios diagnósticos y médicos a su alcance. Además, como se afirma por el Informe Servicio, cuando se ingieren objetos extraños, de acuerdo con el funcionamiento del tránsito intestinal, se tarda de 4 a 5 días en expulsarlos, por lo que es imposible que los objetos se hubieran ingerido desde el día 24 de julio de 2005 o con anterioridad, ya que se expulsaron el 8 de agosto, pero en el caso que

esto hubiera sido así, con toda seguridad, hubieran estado alojados en el estómago del menor más de 4 o 5 días, habiéndolo obstruido o perforado, lo cual no ha ocurrido.

5. Es necesario tener en cuenta que la existencia de objetos en el estómago puede ser compatible con una gastroenteritis, sin embargo, es también un hecho cierto que el médico que atendió al paciente el día 6 de agosto no apreció la existencia de los objetos alojados en el estómago o por lo menos no se ha demostrado que así sea por la Administración, lo cual constituye un error de diagnóstico.

6. Para poder imputar a la Administración la responsabilidad dimanante de su actuación es necesaria la existencia de un funcionamiento normal o anormal del servicio, la producción de un daño cierto, determinado y económicamente adecuado y una relación de causalidad entre ambos.

En el Dictamen 212/2007, este Organismo, respuesta del daño moral, asumiendo la Doctrina jurisprudencial de el Tribunal Supremo, reiterada, por lo demás, [Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 6 de abril de 2006 (RJ 2006/1772)], que "Los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales" y continúa afirmando que, a la hora de entender una lesión de un derecho inmaterial como daño moral, "la situación básica para que pueda darse un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia", constituyendo "estados de ánimo permanentes de una cierta intensidad (...)" .

En la Sentencia del propio Tribunal Supremo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 14 de marzo de 2007, (JUR 2007/93370), se afirma que "(...) a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave" .

Además, estos perjuicios han de estar conectados con una actuación activa u omisiva de la Administración, generalmente derivada de una decisión errónea, pero no necesariamente.

El hecho de que una persona con disminución física no pueda acceder a la zona de la farmacia habilitada al acceso público, no implica de ningún modo que no tenga acceso al servicio que prestan las mismas o que se le preste de forma inadecuada, sin embargo, ello le causa, como antes hacíamos mención, un malestar, una incomodidad o incluso una molestia, que se debe paliar, pero, no se acredita, de forma alguna, que en este caso concreto, hayan sufrido un daño moral unas personas concretas y determinadas (...).

IV

1. El funcionamiento del servicio se estima incorrecto debido a que, tal y como manifiesta, se debió informar a la madre de que era cierta la ingesta de dos objetos extraños, advirtiéndole de que tal situación sólo duraría 4 o 5 días, que debía observar la evolución de su hijo, especialmente en lo referido a la posible expulsión de los objetos ingeridos, y a que ante cualquier variación debía acudir de inmediato a Urgencias. Además, se debió administrar un tratamiento adecuado a su verdadera dolencia, por lo que con ello se hubiera logrado, si no tranquilizar del todo a la madre del afectado, por lo menos atenuar el estado mental que le supuso la grave preocupación por las consecuencias de la referida ingesta.

El diagnóstico erróneo supuso que no se le aplicara el tratamiento y las medidas necesarias para tratar la ingesta de dos objetos extraños, lo que hubiera podido dar lugar a una perforación u obstrucción de estómago, habida cuenta, además, de que el afectado pocos meses atrás había sido intervenido quirúrgicamente de una perforación de estómago causada por un objeto extraño.

2. Se ha de tener en cuenta además, a efectos de determinar el mayor riesgo de obstrucción o perforación, su condición de autista y su retraso mental, no pudiendo comunicarse y explicar adecuadamente las razones de su malestar, lo que implica la preocupación de la madre, superior a la de otra madre con un hijo sin dicha minusvalía que haya ingerido objetos extraños, ya que se une a la minusvalía de su hijo la reciente intervención quirúrgica, a la que éste se sometió.

Todo ello ha provocado en la madre un estado mental que va mucho más allá de la mera preocupación o malestar que siente una madre, en circunstancias normales ante el padecimiento de una gastroenteritis aguda. La grave e intensa preocupación de la madre le afecta moral y psicológicamente por la creencia, totalmente acertada como demostraron los hechos, de que su hijo sufría de algo distinto de una gastroenteritis, además de ésta.

3. El Tribunal Supremo exige para determinar la concurrencia de un daño moral intensidad y permanencia. No presenta problema alguno la intensidad, que es clara y evidente. Por permanencia no sólo se ha de entender un amplio lapso de tiempo, sino también constancia, estabilidad, inmutabilidad, características que concurren en el estado mental de la madre durante los días en los que se produjeron los hechos.

Por lo tanto, la duración temporal del grave estado mental que produjo en la madre la actuación incorrecta del servicio, debe servir para determinar la cuantía, pero no para excluir la imputación de la responsabilidad patrimonial dimanante del hecho lesivo, concurriendo un daño moral y una relación de causalidad entre el funcionamiento incorrecto del servicio y aquél.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio, no es conforme a Derecho, tal y como se razona en el Fundamento IV, al existir relación de causalidad entre la actuación del servicio y el daño moral producido, debiendo indemnizarse a la reclamante atendiendo a lo expuesto en tal Fundamento.