



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 400/2015

(Sección 2ª)

La Laguna, a 29 de octubre de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por A.G.P.C. por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 405/2015 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, un Organismo autónomo de la Administración autonómica.

2. El reclamante solicita una indemnización que asciende a la cantidad de 156.252,84 euros. Esta última cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la Consejera para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

II

1. A.G.P.Ch., actuando en nombre y representación de su hijo menor de edad, solicita una indemnización por los daños supuestamente causados a este por el

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

funcionamiento del Servicio Canario de la Salud en la asistencia sanitaria que le fue prestada.

En el escrito inicial se alega, entre otros extremos, lo siguiente:

- El día 4 de septiembre de 2012, a las 3:00 horas de la madrugada, acudió con su hijo D., de trece años de edad, al Servicio de Urgencias del Centro de Salud de Santa Cruz de La Palma, pues se había despertado con dolor agudo de su testículo izquierdo. Es atendido por el facultativo de guardia, que se limita a la simple exploración física del pacientegardiagnosticando dolor testicular y prescribiendo tratamiento antiinflamatorio-analgésico. En ese momento el facultativo menciona la posibilidad de que pudiera tratarse de una torsión testicular, si bien consideró suficiente la exploración realizada y envía al paciente a su domicilio.

- Dado que el dolor persistía y el tamaño del testículo aumentaba, el mismo día 4 de septiembre, acuden nuevamente al citado Centro de Salud donde son atendidos por un pediatra. Ante los síntomas, les remite con urgencia al especialista, siendo valorado en un primer momento por el Servicio de Urgencias del Hospital General de La Palma, quien lo remite al Servicio de Urología, donde se le realiza eco-doppler, diagnosticándole torsión testicular izquierda con más de 12 horas de evolución, por lo que en ese momento ya es ineficaz proceder a una detorsión testicular en quirófano. Se prescribe tratamiento antiinflamatorio y analgésico.

- Ante la asistencia prestada por el Servicio Canario de la Salud, se acude al Servicio de Urología del Hospital L.C. (ahora T.) donde se le confirma el diagnóstico de torsión testicular y orquiepidimitis izquierda secundaria a la torsión testicular, atrofia y orquialgia testicular izquierda.

A la vista de lo anterior, el interesado considera que ante la duda entre los distintos diagnósticos por parte del facultativo de urgencias del Centro de Salud de Santa Cruz de La Palma y la insuficiencia de la exploración realizada para establecer un diagnóstico, se emitió el mismo sin que se realizaran pruebas o estudios complementarios y sin confirmación de especialista. Estima que ante la sospecha de una torsión testicular, en la misma madrugada del martes 4 de septiembre se debería haber remitido al paciente de modo urgente al Hospital General de La Palma para la realización de una ecografía doppler necesaria para poder emitir el diagnóstico y concretar si el menor padecía una torsión testicular o era un simple dolor testicular y la valoración urgente del especialista de Urología de guardia para su intervención quirúrgica que podía haber determinado que el testículo se salvase.

Añade que como consecuencia de la actuación del Servicio Canario de la Salud ha perdido el testículo izquierdo, padece graves dolores y molestias continuas que le han generado un trastorno del carácter y padecimientos psíquicos por los que ha tenido que ser tratado por especialista en psicología y psiquiatría infantil, limitándose también, desde dicha fecha, en gran medida las actividades de su vida cotidiana. A todo ello se une el perjuicio estético.

En la reclamación también se plantean los daños sufridos por la madre del menor, alegando que ha sufrido una serie de perjuicios económicos y morales como consecuencia de los constantes cierres del establecimiento que regenta, generando gastos y sin poder obtener ingreso alguno durante los días dedicados a acompañar al menor a las citas médicas, siendo necesaria también la asistencia por médico especialista en psicología ante los hechos vividos y la alteración de su vida y convivencia familiar sufrida.

Por los hechos relatados se reclama una indemnización, calculada de forma provisional, que asciende a la cantidad de 156.252,84 euros.

2. En el presente procedimiento el reclamante ostenta la condición de interesado en cuanto titular de un interés legítimo, al alegar daños producidos por el funcionamiento de los servicios sanitarios, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento.

Se cumple por otra parte la legitimación pasiva de la Administración autonómica, como titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. La reclamación fue presentada el 4 de septiembre de 2013, en relación con la asistencia sanitaria prestada al paciente con ocasión de la torsión testicular el 4 de septiembre de 2012, quedando determinada la secuela, conforme indica el Servicio de Inspección, el día 6 del mismo mes y año. No puede por consiguiente considerarse extemporánea a tenor de lo previsto en el art. 142.5 LRJAP-PAC.

4. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin a este procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que impidan la emisión de un dictamen de fondo, si bien se ha incumplido el plazo de seis meses que para su resolución establece el art. 13.3 RPAPRP. La demora producida no impide, sin embargo, la resolución del procedimiento, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, con los efectos administrativos y aun económicos que la demora puede producir, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 7, 43.1 y 3.b) y 141.3 LRJAP-PAC.

En particular, consta en el expediente que la reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, tras su subsanación, el 13 de enero de 2014 (art. 6.2 RPAPRP). Se han realizado asimismo los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los daños en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (art. 7 RPAPRP), con emisión del informe preceptivo del Servicio supuestamente causante del daño.

Durante la tramitación del procedimiento, se dictó además Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de 17 de marzo de 2015, por la que se suspende el procedimiento general y se inicia el procedimiento abreviado, proponiendo su terminación convencional mediante la suscripción de un acuerdo indemnizatorio por importe de 38.441,25 euros.

Esta propuesta fue sin embargo rechazada por la interesada, si bien manifiesta su disposición a suscribir un acuerdo indemnizatorio por la cantidad de 60.000 euros.

El procedimiento viene concluso con la preceptiva Propuesta de Resolución, que estima parcialmente la reclamación formulada y que ha sido informada por el Servicio Jurídico, según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de este Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero.

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, de la documentación obrante en el expediente se deriva la siguiente secuencia de hechos, tal como han sido puestos de manifiesto por el Servicio de Inspección en su informe:

- El paciente, a las 03:26 horas del día 4 de septiembre de 2013, acude al Servicio de Urgencias del Centro de Salud de Sta. Cruz de La Palma con dolor en testículo izquierdo.

En la exploración se observó testículo con discreto aumento de tamaño y signos de rubor/calor. Como primera indicación diagnóstica se determinó la existencia de orquiepididimitis. Se pautó tratamiento antiinflamatorio y recomendación de acudir a su pediatra.

- Ese mismo día pero en horario de tarde, transcurridas 12 horas, a las 15:53, es cuando acude a su pediatra.

En la exploración se observa dolor y aumento del volumen del testículo izquierdo, el testículo se palpa como una masa sólida. El médico procede a derivarlo al Hospital General.

Es atendido en el Hospital de la Palma alrededor de las 18:17 horas.

Se realiza eco doppler que arroja imágenes compatibles con torsión testicular.

Se explica a la familia que el único tratamiento posible es la extirpación quirúrgica, ya que la detorsión quirúrgica no obtendría resultado favorable dado el tiempo transcurrido. Se pauta tratamiento médico y controles periódicos en consultas externas.

- El día 6 es visto nuevamente en Urología por cuadro febril y se concluye que esta sintomatología está relacionada con la atrofia del testículo. Se pauta tratamiento antibiótico antiinflamatorio.

Como una de las posibilidades de tratamiento se plantea la cirugía a fin de practicar orquiectomía (extirpación del testículo izquierdo afectado) y orquidopexia (fijación del testículo contralateral puesto que el proceso anatómico que permite la torsión casi siempre es bilateral); lo que es rechazado por los afectados.

- Se efectúan sucesivos controles en Urología: 27.09.12, ecografía; 09.02.13, tras orquiepididimitis, sin tratamiento ni dolor, se propone colocar una prótesis testicular (a fin de restaurar la apariencia del escroto, esto es estético) y no aceptan; 30.04.13; 31.07.13; 26.11.13; y 08.01.14, con situación clínica asintomático, con controles ecográficos, salvo atrofia del testículo izquierdo ya conocida, y analíticos, incluyendo seminograma de normalidad.

- Simultáneamente con el servicio sanitario público realiza seguimiento en régimen privado con urólogo en Tenerife (10.09.12, 22.10.12, 13.12.12, 18.02.13, 15.04.13 y 01.07.13).

- En la fecha 1 de julio de 2013, por presentar problemas de comportamiento, el especialista en Psiquiatra, en régimen privado, diagnostica al menor de trastorno de déficit de atención por hiperactividad (TDAH).

2. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación, por considerar que en el presente caso se ha producido una pérdida de oportunidad en orden a la curación del paciente, ante la probabilidad de que la prueba diagnóstica omitida (eco-doppler) hubiera producido un efecto beneficioso en orden a la curación de la patología que presentaba.

Lo actuado en el expediente, sin embargo, no permite alcanzar esta conclusión, apreciándose una infracción de la *lex artis* en la asistencia sanitaria prestada al reclamante, al no poner a su disposición todos los medios precisos para tratar de curar la enfermedad.

A estos efectos resulta preciso tener en cuenta que el funcionamiento del servicio público de la sanidad se dirige precisamente a proporcionar medios para prevenir o curar la enfermedad, pero sin garantizar sus resultados, porque la Medicina no ha alcanzado el grado de perfección que permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana. Por ello, la obligación de los servicios de salud es una obligación de actuar, sin que incluya la de responder en términos absolutos por las consecuencias de la actuación sanitaria; porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan solo que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo. El funcionamiento de dicho servicio consiste así en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados. Como señalan, entre otras muchas, las SSTS de 30 de octubre de 2007, 30 de septiembre de 2011, 30 de abril y 4 de junio de 2013, 21 de diciembre de 2012 y 6 de mayo de 2015, cuando de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria se trata, no resulta suficiente la existencia de una lesión, 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 salud del paciente. De ahí que el criterio fundamental para establecer si los daños que se alegan han sido causados por la asistencia sanitaria pública y, por ende, son

indemnizables, estriba en si esta se ha prestado conforme a la *lex artis*, la cual se define como la actuación a la que deben ajustarse los profesionales de la salud, mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance. Si el daño es producido por una mala praxis profesional, entonces es antijurídico y se considera causado por el funcionamiento del servicio público de salud y en consecuencia surge para éste la obligación de repararlo.

En el presente caso, informa el Servicio de Inspección lo siguiente:

“(...) Entre las patologías con las que hay que hacer diagnóstico diferencial se encuentra la orquitis/orquiepididimitis y la torsión testicular. Para ello es preciso llevar a cabo una completa anamnesis y exploración de ambos testículos que nos ayudará a diferenciarlas. Las diferencias fundamentales entre ambos procesos son las siguientes: en primer lugar la edad de aparición de las torsiones testiculares suele estar comprendida en la mayoría de los casos entre los 12 y 18 años, siendo poco frecuente en otras edades. La orquitis suele ir acompañada de fiebre, leucocitosis y sedimento urinario alterado, así como tumefacción testicular, piel edematosa y enrojecida y signo de Prehn negativo (al elevar manualmente el testículo, el dolor disminuye). Además, la evolución de las orquitis suele ser más larvada, más prolongada en el tiempo, mientras que en el caso de las torsiones, ésta suele ser más aguda. La prueba diagnóstica que puede ayudar a diferenciarlas es la ecografía testicular que mostrará la presencia o ausencia de flujo sanguíneo testicular.

(...)

La tasa de viabilidad testicular es del 85%-100% cuando se realiza tratamiento quirúrgico dentro de las 6 horas, del 70% a las 10 horas y del 20% pasadas las 10 horas. No obstante el intervalo de seguridad entre el comienzo de los síntomas y la aparición de un daño testicular irreversible no es conocido. Dado que el grado de torsión y la obstrucción vascular resultante es muy variable es casi imposible predecir lo que va a ocurrir en un caso particular. Esto es, existe la probabilidad de que torsiones con reparaciones quirúrgicas, incluso antes de seis horas, ocasionen atrofia y pérdida de testículo.

Si la torsión se diagnostica rápidamente y se corrige de forma inmediata, se puede restaurar la función testicular. Después de 6 horas de torsión (deterioro en el flujo sanguíneo), se incrementa la probabilidad de que sea necesario extirpar el

testículo. Sin embargo, incluso con menos de 6 horas de torsión, el testículo puede perder su capacidad de funcionamiento”.

Por ello, concluye el Servicio de Inspección que, en este caso, el paciente presentaba en el momento de su examen en el Servicio de Urgencias varios síntomas sugerentes de cualquiera de las dos patologías objeto de consideración (orquiepididimitis y torsión testicular). En esa tesitura la información y literatura médica llevan a estimar aconsejable la realización de una prueba ecográfica que permitiera constatar la ausencia o presencia de flujo vascular en el testículo dolorido, como medio de diagnóstico que podía posibilitar el establecimiento de un diagnóstico diferencial entre varias patologías de compleja distinción, una de las cuales -la torsión testicular- comportaba un claro riesgo de isquemia del órgano comprometido, en el caso de no ser tratada con prontitud. Debió dirigirse al paciente al centro hospitalario a fin de practicar ecografía.

Se aprecia, por consiguiente, que ante los síntomas presentados por el paciente, sugerentes de dos posibles patologías, no se pautó la prueba diagnóstica que hubiera permitido alcanzar el diagnóstico correcto, lo que permite afirmar, como antes se ha señalado, que la actuación sanitaria no se ha ajustado a la *lex artis*. A este respecto, afirma la STS de 17 Julio de 2012, que resulta contrario a la *lex artis* la ausencia de pruebas diagnósticas cuando los indicios de los pacientes son evidentes de la sospecha de una patología que sea necesario confirmar o descartar, lo que resulta plenamente aplicable en este caso, teniendo en cuenta lo informado por el Servicio de Inspección.

En este mismo sentido, señala la STS de 10 de diciembre de 2010:

“En una medicina de medios y no de resultados, la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico, que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica por tanto un doble orden de cosas: en primer lugar, es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, solo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para la declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles. En segundo que no se pueda

cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (sentencia del T.S. de 15 de febrero de 2006, 19 de octubre de 2007, 3 de marzo de 2010) ”.

También la STS de 16 de abril de 2007 precisa:

“la actividad diagnóstica comporta riesgos de error que pueden mantenerse en ciertos casos dentro de los límites de lo tolerable. Existe, sin embargo, responsabilidad si para la emisión del diagnóstico el médico no se ha servido en el momento oportuno, siendo posible, de todos los medios que suelen ser utilizados en la práctica profesional, teniendo en cuenta las pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico con las que se facilita la concreción de la *lex artis* y la evolución y perfeccionamiento de los protocolos asistenciales (que incluyen la consideración de reglas de orden deontológico: sentencia del T.S. de 15 de diciembre de 2006) y valorando las circunstancias de cada caso para decidir la prestación de asistencia”.

De acuerdo con lo expresado, la omisión de una prueba diagnóstica que resultaba procedente atendiendo a los síntomas presentados por el paciente y que hubiera permitido determinar la enfermedad padecida constituye una infracción de la *lex artis*. Ello con independencia de que, de haberse practicado la prueba diagnóstica precisa, se hubiese logrado o no la curación de la enfermedad, pues la obligación de los servicios sanitarios es una obligación de medios y no de resultados. Medios que en este caso no se pusieron a disposición del paciente, a pesar de que los síntomas presentados eran sugerentes de la patología padecida por el menor.

Procede, en consecuencia, entender que en este caso concurren los requisitos necesarios para que proceda declarar la responsabilidad de la Administración.

3. Por lo que se refiere a la valoración del daño, el reclamante solicita una indemnización que asciende a la cantidad de 156.252,84 euros, si bien durante la tramitación del procedimiento manifiesta su disposición a suscribir un acuerdo indemnizatorio por la cantidad de 60.000 euros.

La Administración valora el daño causado -pérdida del testículo- en la cantidad de 36.441,25 euros, al minorar en un 5% la cantidad resultante de aplicar el baremo para la valoración de daños personales del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre

Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (38.441,25 euros), dado que no se está indemnizando por el daño padecido sino por la pérdida de oportunidad a que antes se ha hecho referencia.

La Propuesta de Resolución desestima la indemnización de los restantes daños alegados por el reclamante. Esta desestimación se considera procedente, por las razones que se recogen en la propia Propuesta con base en el informe del Servicio de Inspección.

Por lo que se refiere a la indemnización por el daño físico sufrido, procede su cuantificación de acuerdo con los criterios del antedicho baremo, que estará vigente hasta la próxima entrada en vigor, el 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, si bien a partir de la citada fecha seguirá siendo aplicable para los daños producidos con anterioridad. La aplicación de este sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación ha sido admitida por el Tribunal Supremo como criterio orientador para fijar la indemnización por daños personales en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración (SSTS de 16 de diciembre de 1997 y 17 de noviembre de 2003, entre otras), al permitir un criterio objetivo de valoración.

En aplicación de este baremo, se considera procedente la cuantía fijada por el Servicio de Inspección en su primer informe, por las razones que asimismo indica y que asciende a la cantidad de 38.441,25 euros.

Así, por la secuela de pérdida de un testículo el citado RDL 8/2004, de 29 de octubre, en el correspondiente epígrafe del capítulo 2 de la tabla VI, clasificaciones y valoración de secuelas, otorga una puntuación entre 20-30 puntos.

Refiere el Servicio de Inspección que la valoración de la secuela sufrida por el perjudicado puede ser objetivada en 25 puntos, por aplicación de una puntuación intermedia entre los límites máximo y mínimo y teniendo en cuenta que la pérdida de los dos testículos y por ello de la capacidad reproductora se valora en 40 puntos.

Con ello, empleando los correspondientes importes establecidos en la tabla III de la Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2014

el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, procedería atribuir a la citada secuela, incluidos daños morales, un importe de 38.441,25 euros.

No obstante, esta cantidad habrá de ser actualizada de conformidad con lo que al efecto prevé el citado art. 141.3 LRJAP-PAC, dada la demora en resolver el expediente.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución formulada por A.G.P.C. no se considera conforme a Derecho. Procede la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración por el daño causado en los términos y con el alcance que resultan del Fundamento II de este Dictamen.