



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 3 / 2 0 1 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 25 de febrero de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación *con la Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por S.B.V., en nombre y representación de D.A.N., quien inicialmente actuó en nombre y representación de su hijo R.V.A.G., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 36/2016 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 de la Comunidad Autónoma de Canarias, tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que, se alega, se han producido por el funcionamiento del servicio público sanitario.

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. Está legitimado para presentarla el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. El reclamante manifiesta que el día 2 de febrero de 2011, sobre las 03:21 horas, tuvo que desplazarse al Centro Especializado de Atención a la Urgencia de Arona, acompañado de su hijo V.A.G., quien padecía dolor en su testículo derecho, siendo atendido por el Dr. V.P.C., el cual, tras palpación abdominal y la realización de

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

una radiografía simple de abdomen, le diagnosticó estreñimiento, prescribiéndole *Buscapina compositum* y *Primperan* y la realización de un enema.

4. Posteriormente, sobre las 11:00 horas del día 3 de febrero de 2011, al continuar el menor con el mismo dolor en su testículo derecho, acudió al pediatra de su hijo, la Dra. M.D.R.A. que exploró al menor afectado, estableciendo como posible diagnóstico una orquitis y epidemitis no especificada por lo que decidió derivarlo de urgencia al Hospital Universitario de Ntra. Sra. de La Candelaria (HUNSC).

En dicho centro hospitalario el Dr. M.A.G.C., después de efectuar la correspondiente exploración, le diagnosticó una torsión testicular derecha evolucionada, razón por la que se decidió intervenirlo quirúrgicamente de urgencia, observando que ya sufría una necrosis completa e irreversible del testículo derecho. A causa de ello, solo le pudo realizar una arquixctomía derecha y orquidopexia izquierda transmural, lo que supuso la plena extirpación de su testículo derecho y la recolocación del izquierdo para evitar futuras torsiones.

5. El reclamante considera que el daño padecido por el afectado se debe a una actuación contraria a *lex artis*, puesto que el facultativo que trató al menor de su dolencia por primera vez en Urgencias, Arona, el día 2 de febrero de 2011, Dr. V.P.C., no lo hizo correctamente al omitir la exploración del testículo derecho y centrarse únicamente en el abdomen, pese a que se le refirió el dolor que padecía el menor afectado. Esta omisión dio lugar a un grave error de diagnóstico, que retrasó el tratamiento de la torsión testicular que realmente padecía, dolencia esta que requiere de tratamiento inmediato, pues de lo contrario puede producirse lo que finalmente aconteció al afectado.

Por ello, se afirma que la Administración sanitaria, con su actuación incorrecta, es plenamente responsable de lo sucedido a su hijo, reclamando una indemnización total de 57.361,91 euros, cantidad que incluye la cuantía correspondiente al día de ingreso hospitalario, a los 59 días de baja impeditiva y a la grave secuela, que se valora en 30 puntos, así como 6.000 euros en concepto de daño moral.

6. Son de aplicación a la Propuesta de Resolución formulada tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

1. El procedimiento se inició a través del escrito de reclamación, que fue presentado el día 20 de mayo de 2011.

Posteriormente, el día 7 de junio de 2011, se dictó la Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada.

En cuanto a su tramitación, el procedimiento cuenta con la totalidad de los trámites preceptivos, incluyendo: informes de los Servicios actuantes, incluido el del facultativo que atendió al menor en el Centro de Urgencias de Arona el día 2 de febrero de 2011; apertura del periodo probatorio, habiéndose practicado las pruebas testificales propuestas, salvo la declaración testifical del afectado, puesto que en aplicación del art. 79.1 LRJAP-PAC los interesados en los procedimientos pueden aducir las alegaciones que estimen convenientes con anterioridad al trámite de audiencia, lo que aquí se hizo adjuntado sus declaraciones por escrito; finalmente, se abrió el trámite de vista y audiencia.

El día de 5 de noviembre de 2015, se emitió la Propuesta de Resolución, acompañada del borrador de la Resolución definitiva. Posteriormente, el día 26 de enero de 2016 se emitió el informe de la Asesoría Jurídica departamental y, finalmente, el día 3 de febrero de 2016, se formuló la Propuesta de Resolución definitiva, vencido el plazo resolutorio años atrás sin justificación para ello. Sin embargo, esta demora no obsta para resolver expresamente, pues persiste el deber legal de hacerlo, sin perjuicio de los efectos administrativos que la demora debiera conllevar y los legales o económicos que pudiera comportar (arts. 42.1 y 7, 141.3 y 142.7 LRJAP-PAC).

2. Por otra parte, concurren los requisitos constitucional y legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, previsto en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los arts. 139 y ss. LRJAP-PAC.

Así mismo, consta en el expediente que el afectado era menor de edad cuando se produjo el hecho lesivo. Sin embargo, durante la tramitación del procedimiento, dado el retraso en su tramitación ya referido, llegó a la mayoría de edad, sin que se le requiriera que acreditase su representación (art. 32 LRJAP-PAC), lo que deberá ser tenido en cuenta a los efectos de abonarle la indemnización que proceda al legitimado para percibirla.

III

1. La Propuesta de Resolución definitiva estima parcialmente la reclamación efectuada, puesto que el órgano instructor considera que la imposibilidad de establecer con certeza absoluta la salvación del testículo en caso de diagnóstico más precoz implica que solo proceda indemnizar al interesado en el 50% de la cantidad en la que la Administración valora el daño padecido, que es menor que la solicitada pues no se computan los días que el afectado estuvo de baja por considerar que eran los que su patología exigía, independientemente de su detección precoz o no, se varía la valoración de las secuelas, y no cabe indemnizar el daño moral reclamado.

Así mismo, en la Propuesta de Resolución se afirma que la tardanza excesiva de los padres en llevar al menor nuevamente al Centro de Urgencias, después de pasar la noche del día 2 al 3 de febrero de 2011 y parte de la mañana de este último día en su domicilio pese a que seguía con dolor en su testículo derecho, tuvo también influencia en el resultado final. No obstante, este razonamiento no se tiene en cuenta a la hora de determinar la cuantía final, empleando el argumento anteriormente expuesto.

2. En el presente asunto, el reclamante ha acreditado la realidad de los hechos alegados, incluidos los que se refieren al desarrollo de la primera asistencia médica prestada en el Centro de Urgencias de Arona el día 2 de febrero de 2011, en la que se omitió la exploración del testículo derecho del interesado, en virtud de la documentación y pruebas practicadas, la cual no se pone en duda por la Administración.

3. Con carácter previo al análisis de la cuestión principal, es decir, determinar la posible responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, es preciso tener en cuenta la reiterada doctrina de este Consejo Consultivo al respecto. Así, en el reciente Dictamen 50/2016, de 18 de febrero, se señala que:

«Este Consejo Consultivo sigue la reiterada y constante doctrina del Tribunal Supremo en lo relativo a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario, que utiliza el criterio de la *lex artis* como delimitador de la normalidad de la asistencia sanitaria, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, no de resultados, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente».

Por tanto, se ha de analizar si los servicios sanitarios han actuado conforme a *lex artis* o no y si han cumplido con su obligación de poner a disposición del paciente la totalidad de los medios humanos y materiales de los que dispone el Servicio Canario de la Salud, esto es, con su obligación de medios. Y ello, independientemente de los resultados no solo efectivos sino también de los posibles o hipotéticos, pues, como anteriormente se señaló, en la Propuesta de Resolución se gradúa la responsabilidad atendiendo a la falta de certeza absoluta de la posible salvación del testículo derecho del afectado, lo que supondría valorar la actuación médica en atención solo del resultado, lo que no procede, especialmente, en el ámbito de la medicina curativa.

4. En primer lugar, a la hora de resolver dicha cuestión, se debe partir de las manifestaciones realizadas por el Servicio de Inspección y Prestaciones en su informe de 7 de abril de 2015.

En el citado informe se indica lo siguiente:

“El dolor es el síntoma inicial y el de mayor relieve que se presenta en la torsión testicular. Su intensidad, localización y forma de presentación es bastante variable, según el tiempo de evolución. (...) El dolor puede imitar una crisis renouretreal o un proceso apendicular agudo (...) El facultativo que le atendió en Urgencias efectuó una evaluación de la situación omitiendo la práctica de la exploración y de las maniobras que recomiendan los protocolos de actuación frente al dolor testicular referido a ingle y abdomen que presentaba un adolescente, de inicio brusco y que interrumpe el sueño”.

Además, ello se corrobora mediante la declaración testifical de la doctora que atendió al afectado el 3 de febrero de 2011 (páginas 162 y siguientes del expediente), quien, durante la fase probatoria, contesta a la pregunta relativa a cuál es el procedimiento de actuación en un caso como este, señalando que “(e)xploar al niño el testículo, el abdomen y la zona inguinal”, añadiendo que en el presente caso, ante la duda que le planteó dicha exploración, decidió derivarlo a Urgencias hospitalarias con el diagnóstico de orquitis-torsión testicular.

5. En relación con ello, y partiendo de que la dolencia que el paciente sufría podía imitar una crisis renouretreal o un proceso apendicular agudo, es correcto considerar que la exploración del abdomen, la radiografía abdominal y el análisis clínico de orina dirigido a determinar si sufría en ese momento un cólico nefrítico o no, que efectuó el Doctor V.P.C. el 2 de febrero, supone una actuación conforme a *lex artis*.

Sin embargo, una vez que llevó a cabo tales pruebas y sus resultados mostraron sin género de duda alguna que no padecía un cólico nefrítico ni un proceso apendicular agudo, correspondía, en atención a los síntomas que presentaba el paciente y en cumplimiento de los protocolos médicos, realizar la exploración del testículo derecho del menor, y ante la duda de una posible torsión debió remitirlo a un centro hospitalario para ser atendido por un especialista, tal y como correctamente llevó a cabo la doctora al día siguiente. Al omitir tales actuaciones, acabo emitiendo un diagnóstico erróneo.

Por tanto, es en esta omisión, generadora de dicho diagnóstico, en donde reside la actuación contraria a *lex artis* y el incumplimiento por parte de la Administración sanitaria de su obligación de medios, de lo que se deriva su responsabilidad patrimonial, puesto que las actuaciones médicas posteriores fueron adecuadas.

Conviene precisar, además, que a esta conclusión se llega con independencia del hecho de que se desconozca si la actuación correcta del doctor V.P.C. hubiera podido evitar o no el hecho lesivo, ya que, como anteriormente se expuso, esto supondría valorar una actuación médica de carácter curativo por el resultado, lo cual es contrario al criterio mantenido por este Organismo, que a su vez sigue la doctrina reiterada y constante del Tribunal Supremo en la materia (véanse, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2011 y de 30 de abril de 2013).

6. Por otra parte, también se ha de tener en cuenta que el Tribunal Supremo, en su abundante jurisprudencia relativa la relación entre el diagnóstico erróneo y la infracción de la *lex artis*, considera, como lo hace en la Sentencia nº 8/2010, de 29 enero, de su Sala de lo Civil, Sección 1ª, que:

“La *lex artis* supone que 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 forma de actuación. Implica por tanto la obligación del médico de realizar aquellas pruebas necesarias atendiendo el estado de la ciencia médica en ese momento, incluidos los protocolos indicativos (...), 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 declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (SSTS 15 de febrero (RJ 2006, 692) y 18 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 9172); 19 de octubre 2007 (RJ 2007, 7309); todo lo cual conduce a criterios de limitación de la imputabilidad objetiva para recordar que no puede cuestionarse esta toma de decisiones si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y,

por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los topoi (leyes) del razonamiento práctico (SSTS de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006, 884), 15 de febrero de 2006 (RJ 2006, 692), 7 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3553)).

Aplicando esta conocida línea jurisprudencial al presente supuesto, está fuera de toda duda que el Dr. V.P.C. emitió un diagnóstico absolutamente erróneo por haber prescindido de las pruebas médicas que la patología del menor requería, en este caso, la mencionada exploración del testículo del menor, que venía exigida por los protocolos médicos. Además, este diagnóstico erróneo supuso la demora en tratar una patología que, a juicio del Jefe de Cirugía Pediátrica del Centro hospitalario en donde se intervino al menor, requiere una pronta actuación. El citado facultativo asegura en su informe que “según la literatura existente, los cuadros de torsión testicular, tienen reversibilidad si son resueltos antes de las 6 horas desde el inicio de la sintomatología, siendo irreversibles si la evolución es superior a las 24 horas”. Tal retraso ocasionó la evidente disminución de las posibilidades de evitar la extirpación del testículo derecho del interesado.

7. Expuesto lo anterior, este Consejo Consultivo considera procedente la aplicación de la denominada “doctrina de la pérdida de oportunidad”, que es admitida y aplicada por el Tribunal Supremo, tal y como se señala en el reciente Dictamen 442/2015, de 2 de diciembre, entre otros muchos, en el que se recuerda que:

«En lo que ahora interesa y de acuerdo con reiterada jurisprudencia (SSTS de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, 4 y 12 de julio de 2007, 24 de noviembre de 2009, 23 de septiembre de 2010, 27 de septiembre de 2011 y 2 de enero de 2012), la privación de expectativas en que consiste la denominada “pérdida de oportunidad” constituye igualmente un daño antijurídico puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la Medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, cuando de asistencia médica se trata, con la garantía de que al menos van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias.

En el presente caso, el no haber practicado pruebas complementarias el día 13 de abril de 2010, bien en el centro de salud bien derivando directamente al paciente al centro hospitalario para realizarlas, conllevó una demora en el correcto diagnóstico del paciente que se tradujo en un agravamiento de su estado y un sufrimiento innecesario, pudiendo haber sido intervenido el mismo día 13 de abril de 2010 en lugar del 15 de abril siguiente, con una privación de expectativas y que se configura, como reconoce la jurisprudencia, como un daño indemnizable».

Pues bien, esta doctrina es igualmente aplicable al supuesto objeto del presente dictamen, ya que la actuación médica del día 2 de febrero de 2011, contraria a *lex artis*, como ya se ha referido, supuso una clara pérdida de expectativas para el interesado al impedirle ser intervenido quirúrgicamente dentro del plazo de 6 horas que indicaba el especialista, y, por tanto, tal pérdida constituye un daño indemnizable.

8. Así pues, en el presente asunto concurre relación de causalidad entre el funcionamiento deficiente del servicio público sanitario y el daño reclamado. Sin embargo, también concurre concausa, puesto que, como consta en la documentación obrante en el expediente, entre la primera visita al Centro de Urgencias de Arona, el día de 2 de febrero de 2011, y la segunda visita a la Doctora que el día 3 de febrero lo derivó de Urgencias a un centro hospitalario, transcurrió toda una noche y parte de la mañana del día siguiente, periodo de tiempo durante el cual el menor seguía con dolores en su testículo izquierdo y en el que se hizo evidente la ineficacia del tratamiento prescrito por el primer facultativo que le atendió, *Buscapina* y *Primperan*.

De este modo, resulta evidente que la inadecuada dilación por parte de los padres del interesado, unida a la derivada del diagnóstico erróneo, han tenido una influencia decisiva en el resultado final, sin que dicha actuación tenga en modo alguno la intensidad suficiente como para provocar la ruptura del nexo causal, pero sí que deberá ser tenida en cuenta la hora de determinar el *quantum* indemnizatorio.

9. La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho en lo que se refiere a la estimación parcial de la reclamación efectuada, si bien este Consejo Consultivo disiente de la motivación jurídica en la que se basa la misma por las razones expuestas con anterioridad.

Así mismo, se considera que la cuantía indemnizatoria otorgada por la Administración es incorrecta, toda vez que se debe incluir la totalidad de los días de baja porque de su abono resulta una indemnización final proporcional al daño realmente sufrido, que con toda probabilidad habría sido menor de haberse diagnosticado la dolencia correctamente desde un primer momento. Ello ha de ser así, además, en aplicación del principio de reparación integral que preside al instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Por este mismo motivo, corresponde valorar su secuela en 30 puntos y no en 25, en aplicación de la correspondiente tabla del baremo, como injustificadamente hace la Administración.

En cuanto a los 6.000 euros reclamados por daño moral, no procede su abono, pues es cierto, como alega la Administración sanitaria, que el daño moral se incluye dentro de las cuantías previstas para las lesiones permanentes en la referidas tablas de valoración (anexo del Real Decreto Legislativo 8/2014, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación, aplicable en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria única 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), y, además, el reclamante no ha demostrado sufrir un daño moral distinto al directamente ocasionado por la propia lesión física padecida.

Por último, y dado que se aprecia la existencia de concausa en el resultado final, como ya se indicó líneas arriba, corresponde al interesado el 70% de la cantidad resultante de aplicar los criterios indemnizatorios anteriormente expuestos. La cuantía de esta indemnización, referida al momento en el que se produjo el daño, ha de actualizarse de acuerdo con lo previsto en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I O N E S

1. La Propuesta de Resolución analizada se ajusta al Ordenamiento Jurídico, por cuanto ha quedado acreditada la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño producido, con arreglo a la argumentación que se contiene en el Fundamento III de este Dictamen.

2. Sin embargo, toda vez que el afectado por la asistencia sanitaria, R.V.A.G., es en estos momentos mayor de edad, sin que conste conferida su representación a terceros, la indemnización deberá serle abonada a él en cuanto perjudicado por la asistencia sanitaria y por ello legitimado para percibirla.