



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 20 de abril de 2023.

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 tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...), en nombre y representación de (...) y (...), quienes actúan en nombre de su hijo menor (...), por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario dependiente del Servicio Canario de la Salud (EXP. 126/2023 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, tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La cuantía indemnizatoria que se reclama asciende a 76.080,03 euros, lo que determina que la solicitud de dictamen de este Consejo Consultivo sea preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Está legitimado para solicitarlo el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

También son de aplicación la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

3. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo y, por ende, del derecho a reclamar de (...) y (...), en el ejercicio de la patria potestad conforme a los arts. 154 y 162 del Código Civil, al solicitar una indemnización por los daños personales sufridos por su hijo menor de edad, (...) [art. 4.1.a) LPACAP].

La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño, mediante el SCS.

Además, la Administración considera que en la producción del hecho lesivo ha concurrido la intervención de terceros, en concreto los centros hospitalarios privados Hospital (...) y Hospital (...), razón por la que, en virtud del art. 4.1.b) LPACAP, se les ha indicado la posibilidad de personarse en el presente procedimiento, lo cual llevaron a efecto, otorgándoles el preceptivo trámite de vista y audiencia a los mismos.

4. La competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicio Canario de la Salud, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del 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.

Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria por el Servicio Canario de la Salud.

6. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación (art. 67 LPACAP), pues se presenta la reclamación el día 27 de abril de 2022, habiéndose producido el hecho lesivo entre los días 17 y 19 de septiembre de 2021. Extremo este que no es puesto en cuestión por la Administración sanitaria en su Propuesta de Resolución.

7. Se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aun expirado éste y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

II

1. En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, en el escrito de reclamación formulado por la representante de los interesados se manifiesta lo siguiente:

«Que como consecuencia de la prestación sanitaria realizada por el Hospital Insular Materno Infantil, mi patrocinado (...), el pasado 17 de septiembre del 2021 sufrió una serie de lesiones y secuelas que son objeto de descripción y evaluación en el informe pericial médico que se adjunta a esta reclamación.

Que como consecuencia de la falta de diligencia debida por el servicio sanitario recibido por mi patrocinado en el Servicio de Urgencias, el tiempo transcurrido desde el día 17 que se remite la sintomatología hasta que (...) es diagnosticado de Torsión Testicular (19/09/2021) transcurren más de 72 horas de evolución.

En la exploración realizada por el facultativo el día 17 de septiembre del 2021 se obvia la exploración del aparato genital, dando lugar a un diagnóstico erróneo. Dicho periodo de tiempo entre el día 17 con diagnóstico erróneo hasta el día 19 de septiembre con la detección del diagnóstico final, plantea la imposibilidad de preservar la viabilidad testicular por el deterioro en el flujo sanguíneo, incrementando la probabilidad de infarto posterior del mismo con su consecuente pérdida. Hecho que da lugar a la intervención quirúrgica el pasado día 19/09/2021 practicándose orquiectomía derecha y orquidopexia del testículo izquierdo.

El daño producido, cuantificado conforme al criterio de valoración del daño y perjuicio determinado por la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, conforme valoración pericial que se adjunta, asciende a la cantidad total de 76.080,03 euros que se reclaman en concepto de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial al Servicio Canario de Salud».

2. En el presente asunto, con la finalidad de efectuar la correcta determinación de los antecedentes de hecho, se debe hacer referencia, igualmente, a lo manifestado acerca de los mismos en el primer informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del SCS (SIP), emitido el 4 de agosto de 2022, en el cual se expone lo siguiente:

«1.-Paciente con dolor abdominal recurrente con diversas demandas de asistencia en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Materno Infantil por dolor abdominal y en fosa iliaca derecha: 26 de noviembre de 2015; 11 de marzo, 8 de abril (dolor abdominal localizado en fosa iliaca derecha de 4 días de evolución), 18 de mayo y 1 de julio de 2016; 20 de enero y 3 de febrero de 2019; 14 de mayo y 10 de noviembre de 2020; 11 de febrero, 16 de marzo y 17 de septiembre de 2021.

En seguimiento por el Servicio de Digestivo Infantil desde mayo de 2016 por dolor abdominal recurrente y sospecha de pancreatitis aguda recurrente.

Ingresado en abril y mayo de 2016 por dolor abdominal crónico. En enero de 2019 ingresa por hallazgos ecográficos compatibles con adenitis mesentérica y elevación de lipasa y amilasa con colangio, RM normal. En abril de 2020 por episodio de anuria resuelto espontáneamente.

El 3 de abril de 2020 acude al citado Servicio de Urgencias con ecografía realizada en centro privado con diagnóstico de varicocele izquierdo. El 18 de abril de 2020 para control: Ha acudido en varias ocasiones por dolor testicular izquierdo (...) a lo que desde hace 5 semanas se le ha añadido dolor testicular izquierdo que se irradia hacia región inguinal ipsilateral.

El 26 de marzo de 2021 ingresa por dolor abdominal recurrente de larga duración. Refiere dolor abdominal en flanco y fosa iliaca derechas de mayor intensidad de lo habitual. Ha faltado en múltiples ocasiones al colegio por el dolor.

2.- En fecha 16 de septiembre de 2021, a las 23:39 horas, acude por iniciativa propia al Servicio de Urgencias del Hospital (...), asistencia solicitada con cobertura A. PRIVADOS bajo el motivo de dolor abdominal.

Consulta por dolor abdominal de fuerte intensidad en fosa iliaca derecha desde las 20 horas, asociando posteriormente vómitos de contenido alimentario en cuatro oportunidades y decaimiento. Niega fiebre.

En la exploración del abdomen: plano, defensa muscular voluntaria, dolor a la palpación superficial y profunda en fosa iliaca derecha, blumberg (+), signos apendiculares (+). En las pruebas complementarias: Leuc 10.330, neut 46,1%, linf 33,6%, Mono 18,5%. PQT 370.000, Hb 11,1, Htco 35,3%, Amilasa 134 AST 21, ALT 9, PCR < 2, Procalcitonina < 0,05. Juicio diagnóstico: Apendicitis aguda a/d. Tratamiento Metamizol, fluidoterapia. Mejoría del dolor abdominal, persiste con dolor en fosa iliaca derecha sin signos de irritación peritoneal.

Causa alta a las 01:17 del 17 de septiembre de 2021. Pendiente de sistemático de orina y ecosonograma abdominal. Se deriva a su centro al no contar con especialista en el centro privado.

3.- En fecha 17 de septiembre de 2021 a las 01:31 horas acude al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Materno Infantil, derivado desde (...) por dolor abdominal de 6 horas de evolución en fosa iliaca derecha.

Se realiza exploración física. Abdomen: doloroso a la palpación superficial y profunda en FID. Defensa muscular voluntaria. Signo de blumberg dudoso.

Se solicita ecografía abdominal: A nivel de FID el apéndice vermiforme de calibre normal. Se identifica algún ganglión en región ileocecal inferior a un centímetro. No se

observa líquido libre ni colecciones intraabdominales. Las asas de íleon tienen un calibre, grosor mural y peristaltismo conservado. Resto de exploración intraabdominal incluye hígado, sistema biliar, vena porta, páncreas, bazo retroperitoneo vascular, ambos riñones, vejiga, próstata y resto de asas de intestino delgado que no muestra alteraciones. Se concluye apéndice de tamaño normal. Se identifica algún ganglio aislado en región ileocecal, a valorar con clínica.

Evolución y Comentarios: A las 9:57 horas, abdomen blando depresible no masas, no megalias, no dolor, no signos de irritación peritoneal. blumberg negativo. No fiebre en ningún momento. Dado que tiene ganas de comer se pauta dieta y se informa a la madre. Buena ingesta. Dada la buena evolución con pruebas complementarias que descartan abdomen agudo. Más de 9 horas en observación. A las 10:50 horas causa alta con recomendaciones.

Diagnóstico: Dolor abdominal inespecífico.

4.- En fecha 18 de septiembre de 2021, a las 17:44 horas, acude al Servicio de Urgencias del Hospital (...) por dolor abdominal de 2 días que afecta a FID y mejora con analgésico. No vómitos, ni diarreas. Se realiza exploración física y Rx y se incluye como impresión diagnóstica abdominalgia.

5.- En fecha 19 de septiembre de 2021, a las 11:07 horas, acude al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Materno Infantil por dolor abdominal en FID de 72 horas de evolución. En las últimas 48 horas asocia vómitos de 1-2 diarios y en las últimas 24 horas asocia fiebre.

En la exploración abdominal: abdomen blando y depresible, no distendido, doloroso en fosa iliaca-región inguinal derechas, sin signos de irritación peritoneal. Testes en bolsa, testículo derecho endurecido, eritematoso, doloroso a la palpación, reflejo crematérico abolido.

Entre las pruebas complementarias, se solicita eco escrotal: Se identifica un teste derecho horizontalizado y aumentado de tamaño respecto al contralateral, con una ecoestructura marcadamente alterada, heterogénea e hipoeoica, sin visualizar flujo tanto en el estudio Color-Doppler como Power-Doppler. A ello se asocia al menos un giro del cordón espermático. Cabeza epididimaria también aumentada de tamaño sin flujo. No se observa hidrocele. Marcado engrosamiento de cubiertas así como del tejido celular subcutáneo escrotal. Teste izquierdo sin alteraciones relevantes. Impresión diagnóstica: Hallazgos compatibles con torsión testicular derecha con datos de isquemia establecida.

Contactado con el Servicio de Cirugía Pediátrica el paciente ingresa para intervención a las 13:37 horas.

Bajo el cuadro clínico y ecográfico compatibles con torsión teste derecho se realiza tratamiento quirúrgico el mismo 19 de septiembre de 2021: Orquiectomía derecha (necrosis teste derecho) y orquidopexia izquierda.

Diagnóstico: Torsión testicular completa de teste derecho con necrosis testicular (72 horas de evolución).

Alta a domicilio el 20 de septiembre.

Entre las recomendaciones reposos relativo en domicilio 1 semana, evitar deporte durante 1 mes y bicicleta o deportes de contacto durante 3 meses.

Diagnóstico anatomopatológico: Testículo derecho (orquiectomía): Parénquima testicular y epidídimo con intensa necrosis y congestión.

6.- En control de 30 de septiembre de 2021: Teste izquierdo en escroto de buen tamaño y consistencia. Ausencia de teste derecho, en escroto de palpa un endurecimiento de tejidos como por edema postoperatorio. Se le comenta prótesis y cita en 3 meses.

Acude a Cirugía Pediátrica 15 de octubre refiriendo fiebre desde hace 4 días Se descarta relación con la cirugía (zona quirúrgica con buen aspecto y sin signos de infección/inflamación). Se cita en 3 meses.

7.- El 21 de octubre de 2021 realiza consulta telefónica en su Centro de Salud para informarse si puede viajar después de intervención de testículo. Se le orienta que por el tiempo que ha pasado puede viajar sin problemas.

8.- Último control en Cirugía Pediátrica el 7 de enero de 2022: Bien en casa. En la exploración: Teste izquierdo en escroto de buen tamaño y consistencia. Ausencia de teste derecho. Está decidido por la prótesis con lo cual se programa. Causa alta de consultas externas.

9.- El 6 de abril de 2022 acude al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Materno Infantil por dolor abdominal. Asocia náuseas y decaimiento de una semana de evolución.

En la exploración del abdomen: blando, depresible, doloroso en FID.

10.- El 6 de mayo de 2022 se coloca prótesis teste derecho. Alta el 7 de mayo. En revisión de 10 de junio de 2022: Bien en casa. Prótesis derecha correcta. Último control en 3 meses para alta en el seguimiento».

3. Además, en este informe se cuantifica la indemnización que se estima procedente de la siguiente manera:

«Procedería indemnizar, entendemos en su caso responsabilidad compartida entre los distintos centros que atendieron al paciente, pero no por la pérdida del testículo, pues una vez producida, aunque la probabilidad de conservación del testículo aumenta con el

diagnóstico precoz, no puede garantizarse, pero sí procede por la falta de diagnóstico precoz. Este hecho junto a la descrita posibilidad en torno a un 85-100% de conseguir un testículo viable con una actuación dentro de las primeras 6 horas y caída entre las 6 y 12 horas alrededor del 70% y hasta un 20% a las 12 horas nos conduce a indemnizar la falta de oportunidad de viabilidad del testículo derecho en el reclamante.

Por otro lado, como ha señalado el Consejo Consultivo de Canarias "la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado también sobre la cuantificación de las indemnizaciones provenientes de pérdida de oportunidad, señalando que procede valorarla no por la totalidad del daño sufrido pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación (STS de 19 de noviembre de 2012, rec. de casación nº 579/2011, citada a su vez por la STS de 27 de noviembre de 2012, rec. Casación 4981/2011)".

Por su parte, el mencionado Consejo Consultivo ha estimado, según la naturaleza del caso, entre el 10 y el 60% de la cantidad que resultaría de aplicar el baremo.

Para el cálculo de la cuantía indemnizatoria proponemos aplicar un 70% a la que resulte de calcular la indemnización por pérdida de testículo.

Además entendemos que no procede valorar el día de ingreso hospitalario y días improductivos dado que el paciente demanda asistencia sanitaria por un cuadro escroto agudo y diagnosticado de torsión testicular es preciso la intervención quirúrgica como se ha comentado. Este proceso es independiente de la actuación del sistema sanitario y un diagnóstico precoz hubiese derivado, igualmente, en una intervención quirúrgica, pexia testicular, con el consiguiente ingreso y proceso de IT.

Recurrimos a 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 circulatorio.

Para definir la cuantía aplicamos las correspondientes al año 2021 (fecha del hecho causante) sin perjuicio de su actualización con respecto al Índice de Garantía de Competitividad conforme al artículo 34.3 LPJSP.

****Dos días de evolución hasta el diagnóstico:**

2 días x 31,61 €/día (perjuicio personal básico) = 63,22 € (cuantía año 2021)

**** Pérdida del testículo derecho 20 puntos.**

20 puntos (paciente de 13 años) >>>>>> 29.433,15 € (cuantía año 2021).

****Intervención quirúrgica orquiectomía:** *Está integrada en el grupo III al igual que la orquidopexia y tratamiento quirúrgico de la torsión testicular necesaria por la patología del paciente y por tanto no valorada como indemnización.*

****Se solicita perjuicio estético.** *Informar que en el momento de la reclamación aún no se había procedido a la implantación de prótesis testicular. Colocada ésta no procede este ítem.*

***No procede días de IT. El paciente sufre torsión testicular que por sí misma requiere intervención quirúrgica y proceso de IT. La secuela por la que el reclamante solicita ser indemnizado - pérdida de testículo derecho - quedó determinadas en el alta de fecha 20 de septiembre de 2021.*

***Intervención quirúrgica colocación de prótesis testicular derecha: Grupo II. Por cada intervención quirúrgica de 421,42 a 1.685,67 €. La intervención prótesis testicular se incluye en el grupo II de los 8 grupos existentes de intervención quirúrgica. Se propone 650 €.*

**Un día de ingreso hospitalario en relación a colocación de prótesis.*

1 día de perjuicio personal por pérdida temporal de calidad de vida en grado grave x 79,02 €/día = 79,02

***No se ha visto alterada la funcionalidad reproductiva ni sexual y no se justifica la alteración en la capacidad de relación. No procede reconocer perjuicio moral por pérdida de calidad de vida.*

Total: 30.225,39 €

Aplicando el 70% propuesto: 21.157,77 €

Actualización año 2022: 22.143,77 €».

4. El día 23 de septiembre de 2022 se emitió por el SIP un informe complementario en el que se establece la cuantía definitiva de la indemnización que, a juicio del SCS, le corresponde al interesado, lo cual se hace en los siguientes términos:

«En escrito anterior se ha expresado que la tasa de viabilidad testicular cae desde un 85-100% cuando se resuelve en las 6 primeras horas, entre las 6 y 12 horas es alrededor del 70% y hasta un 20% a las 12 horas. La mayor probabilidad de necrosis testicular se produce a partir de las 8-10 horas de evolución.

En el inicio del cuadro el paciente acudió al Hospital (...) con cobertura de su seguro privado cuando el cuadro tenía una evolución de aproximadamente de 3 horas.

Acude al Hospital Universitario Materno Infantil con una evolución de aproximadamente 6 horas.

Acude al Hospital (...) con una evolución de más de 72 horas.

Si el planteamiento de la reclamación es la probabilidad de salvar la viabilidad del testículo la mayor oportunidad la hubiese tenido con el diagnóstico en el primer centro (Hospital (...)), probabilidad que disminuiría en la demanda de asistencia al Hospital Materno Infantil y que llegaría a nula en el momento de demandar asistencia en el Hospital (...)

La intervención de un tercero en la creación del daño reclamado puede proporcionalmente reducir la reparación del daño a cargo de la Administración. En términos de oportunidad la participación del primer centro sería mayor.

Si aplicamos la regla de parciariedad propondríamos la división por partes iguales de la cuantía entre el Hospital (...) y el Hospital Universitario Materno Infantil. No obstante, al estar la probabilidad de viabilidad del testículo en función del tiempo de evolución del cuadro de torsión testicular:

Del total de la cuantía 30.225,39 € la actuación única del primer centro, por el tiempo transcurrido, conduciría al abono de un 85% (25.691,58 €) en cuyo caso el restante (4.533,81 €) correspondería al Servicio Canario de la Salud.

Como la cantidad propuesta en informe anterior se realizó considerando el tiempo transcurrido desde el inicio del cuadro hasta la actuación en el Hospital Universitario Materno Infantil (aplicación de un 70% de la cuantía total resultado 21.157,77 €) el peso de los 4.533,81 € sobre este resultado supone un 21%.

Por tanto, a la pregunta formulada por ese Servicio se propone un porcentaje del 21 % de la cuantía para el Servicio Canario de la Salud y un porcentaje del 79 % para el Hospital (...).».

Por último, en escrito de la Inspectora Médica del SIP de fecha 21 de diciembre de 2022, se afirma que «En respuesta a su oficio SCS/112460, de 16 de diciembre de 2022, por el que solicita "se aclare cuál es la cuantía que corresponde abonar a los reclamantes por el Servicio Canario de la Salud indicando la cifra sobre la que se aplica el porcentaje del 21% que se señala en dicho informe", considerando sólo la participación del SCS se propone como cuantía la aplicación del 21% a la cifra actualizada 22.143,77 € >>>>>4.650,19 €».

III

Los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

1. El procedimiento comenzó mediante la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada el día 27 de abril de 2022.

El día 7 de junio de 2022, se dictó la Resolución n.º 1.522/2022 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación del interesado.

2. El presente procedimiento cuenta con los dos informes del SIP ya referidos y con el informe del Servicio de Urgencias Pediátricas del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil.

3. Asimismo, durante la tramitación procedimental se dictó el día 23 de diciembre de 2022, la Resolución del Director del SCS 3.380/2022, por la que se acordó la suspensión del procedimiento de responsabilidad patrimonial general y se inició la tramitación del procedimiento simplificado. Posteriormente, el día 10 de enero de 2023, se dictó la Resolución de la Directora del SCS 47/2023, por la que se acordó levantar la suspensión del procedimiento general de responsabilidad patrimonial.

4. Posteriormente, se acordó la apertura del periodo probatorio, no proponiéndose la práctica de prueba alguna por parte del interesado y se le otorgó un primer trámite de vista y audiencia a la totalidad de los interesados, presentando escrito de alegaciones el Hospital (...), reafirmandose en sus alegaciones iniciales, pues, previamente, presentó un escrito en el que alegó que:

«PRIMERO :

Que la propuesta de resolución refleja la admisión de responsabilidad por retraso en el diagnostico efectuando un porcentaje de distribución en la cuantía fijada con imputación en este Hospital con el cual esta parte no está de acuerdo en absoluto, ya que le está vedado determinar el porcentaje de responsabilidad, facultad que solo corresponde al Orden Jurisdiccional. Admitir lo contrario supondría que esa Dirección es “Juez y parte” causando la correspondiente falta de tutela efectiva conforme a nuestra Constitución.

SEGUNDO :

Que el procedimiento de responsabilidad patrimonial tiene como Objeto analizar u dirimir la responsabilidad que le es exigible a la Administracion y no analizar la que le corresponde a un ente privado como es el caso del Hospital (...)

Admitir que tiene capacidad y legitimación para dirimir la responsabilidad del Hospital infringe la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), (artículos 32 a 37 LRJSP) en su art. 32 y 34 que regula el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en su aspecto sustantivo (principios; responsabilidad concurrente y alcance de la indemnización).

TERCERO :

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) en su art. 91 establece que “en los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, será necesario que la resolución se pronuncie sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, cuando proceda, de acuerdo con los criterios que para

calcularla y abonarla se establecen en el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.”

En el caso que nos ocupa esta Dirección se ha extralimitado en sus funciones al juzgar la participación del Hospital (...) en el resultado final, cuestión ésta que no le está permitida ya que deberá pronunciarse dicha propuesta de resolución solo y exclusivamente respecto del funcionamiento del servicio público, lesión producida, valoración e indemnización pero en modo alguno sobre el funcionamiento del hospital privado y su incidencia en el resultado final.

CUARTO

Por lo que antecede interesa que dicha resolución se ciña al procedimiento administrativo en la sede en la que se encuentra obviando cualquier razonamiento sobre la actuación de este Hospital (...) en la determinación de la responsabilidad patrimonial que se persigue del ente público, efectuando nueva propuesta de resolución concretándose a dicha actuación y su cuantificación con el fin de no causar indefensión a este Hospital privado»

Además, también formuló alegaciones la representante del interesado.

5. Tras la correspondiente tramitación procedimental, consta una primera Propuesta de Resolución, emitida el día 1 de marzo de 2023, el Borrador de la Resolución definitiva, el informe de la Asesoría Jurídica Departamental y, por último, el día 6 de marzo de 2023 se emitió la Propuesta de Resolución definitiva.

IV

1. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación efectuada, puesto que el órgano instructor entiende que concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, si bien también considera que concurre la intervención de terceros en la producción del hecho lesivo.

En relación con la cuestión de fondo se afirma la Propuesta de Resolución lo siguiente:

«El retraso en la realización de la prueba oportuna, ecografía testicular, ha mermado la posibilidad de viabilidad testicular sin perjuicio de que la propia patología y su evolución no permiten la certeza de su posibilidad, mermada ésta, además, por el tiempo de evolución de 6 horas desde el inicio de la sintomatología hasta la primera consulta con posibilidad de exploración en el CHUMI.

Procedería indemnizar, entendemos en su caso responsabilidad compartida entre los distintos centros que atendieron al paciente, pero no por la pérdida del testículo, pues una

vez producida, aunque la probabilidad de conservación del testículo aumenta con el diagnóstico precoz, no puede garantizarse, pero sí procede por la falta de diagnóstico precoz. Este hecho junto a la descrita posibilidad en torno a un 85-100% de conseguir un testículo viable con una actuación dentro de las primeras 6 horas y caída entre las 6 y 12 horas alrededor del 70% y hasta un 20% a las 12 horas nos conduce a indemnizar la falta de oportunidad de viabilidad del testículo derecho en el reclamante.

(...) Sin perjuicio de la mención que en el informe del citado Servicio de Inspección y Prestaciones se hace a una “responsabilidad compartida”, ya se ha aclarado anteriormente que la responsabilidad que en el procedimiento se determina y que mediante la presente resolución se estima, es la del Servicio Canario de la Salud, considerando el tiempo transcurrido desde el inicio de los síntomas hasta que el paciente es atendido en Hospital Materno Infantil, valorando la pérdida de oportunidad producida al no haberle realizado una ecografía (prueba que entendemos, también pudo haberse realizado en la primera asistencia) y la viabilidad del testículo en función de dicho tiempo lo que ha conducido a la determinación de la indemnización en la cuantía indicada anteriormente».

2. Este Consejo Consultivo ha señalado de forma reiterada y constante acerca de los requisitos legalmente exigidos para imputar a las Administraciones Públicas la responsabilidad patrimonial dimanante de los hechos lesivos, como se hace en el Dictamen 411/2022, de 27 de octubre, entre otros muchos, que:

«En relación con el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas la jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que «para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- 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 inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño».

Asimismo, como se ha razonado reiteradamente por este Consejo Consultivo, tanto el art. 139 LRJAP-PAC, como el actualmente vigente art. 32 LRJSP, exigen para que surja la obligación de indemnizar de la Administración, que el daño alegado debe ser causa del funcionamiento normal o anormal de un servicio público. No basta, por

tanto, que el reclamante haya sufrido un daño al hacer uso de un servicio público, sino que es necesario que ese daño haya sido producido por su funcionamiento. Tampoco basta que éste haya sido defectuoso; es necesario que entre el daño alegado y el funcionamiento anormal haya una relación de causalidad», doctrina aplicable al presente asunto.

3. En este caso, antes de entrar en el análisis de la cuestión de fondo, se hace necesario realizar una precisión previa acerca de lo que se denomina en los informes del SIP como «*responsabilidad compartida*» entre el SCS y los centros hospitalarios privados que intervinieron en los hechos, cuestión ésta que constituye gran parte del objeto de las alegaciones formuladas por la representante del Hospital (...).

Pues bien, como correctamente se señala en la Propuesta de Resolución, e independientemente de lo que se manifieste al respecto en los informes del SIP que, sin perjuicio del valor probatorio que puedan tener, no vinculan, al menos en lo jurídico, al órgano instructor a la hora de elaborar la Propuesta de Resolución, ni tampoco a este Consejo Consultivo, la Administración en la Propuesta de Resolución referida únicamente determina el alcance de su propia responsabilidad patrimonial, teniendo en cuenta a tal fin todas las circunstancias que rodearon al hecho lesivo, incluyendo la participación de terceros en el resultado final, como no puede ser de otro modo.

Así, se observa que en la Propuesta de Resolución no se imputa de manera concreta y efectiva responsabilidad a ninguno de los centros sanitarios privados, ni tampoco se determina la indemnización que pudiera corresponder a cada uno de ellos, pues evidentemente carece la Administración sanitaria de tales competencias.

Por último, y por igual motivo, este Consejo Consultivo se pronunciará exclusivamente acerca de la responsabilidad patrimonial del SCS, pero teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la producción del resultado final.

4. La Administración sanitaria, con base en los informes obrantes en el expediente, reconoce su retraso injustificado y contrario a la *lex artis* en el diagnóstico precoz y adecuado de la patología testicular del interesado, resultando probado que la actuación médica desarrollada en la fecha de los hechos en el ámbito del SCS, inadecuadamente, se centró en los problemas digestivos del interesado, sin ir más allá en el momento en que los síntomas iniciales continuaban, pese a quedar claro que, en ese momento, el interesado no padecía dolencia estomacal alguna.

Asimismo, constituye un hecho indubitado, que en las fechas en que tuvieron lugar los hechos, el interesado acudió también a dos centros hospitalarios privados en idénticas condiciones médicas a las que presentó en el SCS, sin que los mismos tampoco fueron capaces de emitir de forma adecuada y precoz el diagnóstico correcto de la dolencia que realmente padecía el interesado, lo que tiene una indudable influencia en el resultado final, si bien, en modo alguno, excluye la responsabilidad del SCS en los hechos, pero si la disminuye por razones obvias.

5. En el reciente Dictamen de este Consejo Consultivo 85/2023, de 8 de marzo, siguiendo su reiterada y constata doctrina en la materia, se ha manifestado que:

«En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 señala que «la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de septiembre de 2009 (recurso de casación n.º 89/2008) «que el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración».

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, declara:

«Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad

sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria».

Ha de tenerse en cuenta que no existe otra exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento.

3. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista daño efectivo y que éste sea consecuencia del dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone, sin perjuicio del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)».

La presente doctrina resulta ser plenamente aplicable al presente asunto por las razones expuestas.

6. Por todo ello, se puede concluir afirmando que, en el presente expediente, ha quedado acreditada la existencia de nexo causal entre el deficiente funcionamiento del Servicio y los daños reclamados por el interesado, si bien en el resultado final ha concurrido la actuación de terceros, como ya se señaló, que, sin excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, si la hace acreedora de una minoración, en el porcentaje señalado por la Administración sanitaria del 21%, tal como señalaba el SIP en su informe de 23 de septiembre de 2022, en el que exponía:

«En escrito anterior se ha expresado que la tasa de viabilidad testicular cae desde un 85-100% cuando se resuelve en las 6 primeras horas, entre las 6 y 12 horas es alrededor del 70% y hasta un 20% a las 12 horas. La mayor probabilidad de necrosis testicular se produce a partir de las 8-10 horas de evolución.

En el inicio del cuadro el paciente acudió al Hospital (...) con cobertura de su seguro privado cuando el cuadro tenía una evolución de aproximadamente de 3 horas.

Acude al Hospital Universitario Materno Infantil con una evolución de aproximadamente 6 horas.

Acude al Hospital (...) con una evolución de más de 72 horas.

Si el planteamiento de la reclamación es la probabilidad de salvar la viabilidad del testículo la mayor oportunidad la hubiese tenido con el diagnóstico en el primer centro (Hospital (...)), probabilidad que disminuiría en la demanda de asistencia al Hospital Materno Infantil y que llegaría a nula en el momento de demandar asistencia en el Hospital (...)

La intervención de un tercero en la creación del daño reclamado puede proporcionalmente reducir la reparación del daño a cargo de la Administración. En términos de oportunidad la participación del primer centro sería mayor.

Si aplicamos la regla de parciariedad propondríamos la división por partes iguales de la cuantía entre el Hospital (...) y el Hospital Universitario Materno Infantil. No obstante, al estar la probabilidad de viabilidad del testículo en función del tiempo de evolución del cuadro de torsión testicular:

Del total de la cuantía 30.225,39 € la actuación única del primer centro, por el tiempo transcurrido, conduciría al abono de un 85% (25.691,58 €) en cuyo caso el restante (4.533,81 €) correspondería al Servicio Canario de la Salud.

Como la cantidad propuesta en informe anterior se realizó considerando el tiempo trascurrido desde el inicio del cuadro hasta la actuación en el Hospital Universitario Materno Infantil (aplicación de un 70% de la cuantía total resultado 21.157,77 €) el peso de los 4.533,81 € sobre este resultado supone un 21%.

Por tanto, a la pregunta formulada por ese Servicio se propone un porcentaje del 21 % de la cuantía para el Servicio Canario de la Salud y un porcentaje del 79 % para el Hospital (...).».

7. Por último, en cuanto a la cuantía indemnizatoria, esta debe ser proporcional a la responsabilidad del SCS. En este sentido cabe señalar, en primer lugar, que se ha de incluir también como concepto indemnizatorio el daño moral derivado de la pérdida de calidad de vida que el resultado final le ha ocasionado sin duda alguna al interesado, el cual se justifica adecuadamente, por motivos jurídicos y médicos, en el informe médico-pericial aportado por el reclamante.

En relación con ello, se afirma en dicho informe que «El paciente, con las limitaciones y el tratamiento recogido en el párrafo anterior, es evidente que está limitado

para las actividades de disfrute o placer, condicionado de alguna forma la vida de relación y la actividad sexual.

En función de la edad del paciente, en el momento del siniestro 13 años, debe entenderse que estaba viviendo la primera etapa de la vida, en plena adolescencia, por lo que la esperanza de vida en el momento de la lesión era de 55,50 años (tablas de esperanza de Vida, ley 35/2015) lo que aconseja valorar el perjuicio moral por pérdida de calidad de vida: moderado (de 10.000 hasta 50.000) 50% de la horquilla 25.000 euros».

Por ello, teniendo en cuenta que al SCS le corresponde responder por un 21% de la responsabilidad, el daño moral por el que debe indemnizar al interesado asciende a la cantidad de 3.675 euros.

En segundo lugar, y respecto de los restantes conceptos indemnizatorios, se está de acuerdo con los razonamientos efectuados por la Administración sanitaria en la propuesta de Resolución.

Este Consejo Consultivo ha señalado en su Dictamen 341/2022, de 19 de septiembre, que:

«En todo caso, el principio de reparación integral de la víctima constituye uno de los elementos basilares sobre los que se asienta el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración en España y viene recibiendo en consecuencia el constante respaldo de nuestra jurisprudencia (así, por ejemplo, la STS de 27 de marzo de 2007 RC 1840/2003, con cita de otras anteriores; al igual que poco después hace también la STS de 14 de julio de 2009 RC 2346/2005). Como afirmábamos, por ejemplo, en este Consejo Consultivo ha señalado en el Dictamen 69/2021, de 18 de febrero, entre otros muchos: « (...) señala la sentencia de 6 de noviembre de 1998, “la aplicación del principio de la reparación integral implica que la misma comprende, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los daños alegados y probados por el perjudicado, lo que supone la inclusión de los intereses económicos evaluables, partiendo de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, las sentencias de 7 de octubre y 4 de diciembre de 1980, 14 de abril y 13 de octubre de 1981, 12 de mayo y 16 de julio de 1982, 16 de septiembre de 1983, 10 de junio”», y esta doctrina es de aplicación al presente asunto.

Así, pues, los daños irrogados por los que se reclama en este caso y cuya efectividad la interesada haya podido llegar a acreditar, en la medida en que a la postre han sido ocasionados a resultas del funcionamiento de los servicios públicos, han de ser íntegramente resarcidos por la Administración (al no pesar sobre la víctima el deber de jurídico de soportar tales daños, ni tampoco puedan imputarse a su propia conducta o eventualmente al «hecho de un tercero»); lo que en su caso, de ser así, podría modular, e incluso hacer

quebrar, el requerido nexo causal para la emergencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración», doctrina que resulta plenamente de aplicación al presente caso.

La cuantía de la indemnización deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, de conformidad con lo establecido en el art. 34.3 LRJSP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que estima parcialmente la reclamación formulada, se considera parcialmente conforme a Derecho, con base en los razonamientos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.