

En Logroño, a 30 de mayo de 2005, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Bueyo Díez Jalón, y D. José M^a Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, habiendo excusado su asistencia el Consejero D. Antonio Fanlo Loras y siendo ponente D^a M^a del Bueyo Díez Jalón emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

53/05

Correspondiente a la consulta elevada al Consejo Consultivo de La Rioja a instancia del Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja, en relación con el *expediente de responsabilidad patrimonial tramitado a instancia de D^a Arancha L.N. en representación de su hijo menor Alejandro L.L. por la mala atención sanitaria recibida en el Hospital Fundación de Calahorra a consecuencia de la cual, hubo que extirparle un testículo.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Con fecha de 19 de octubre de 2004, tuvo entrada en el Registro General de la Delegación del Gobierno en La Rioja, una petición, dirigida a la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja, suscrita por la representación letrada de D^a Arancha L.N., tutora de su hijo menor, Alejandro L.L, de *"reclamación previa de responsabilidad patrimonial frente al Instituto Riojano de Salud"* (sic), por la negligencia en la actuación de los Servicios de Urgencias del Ambulatorio del Centro de Salud de Calahorra o de Urgencias del Hospital Fundación de Calahorra; y de Urología de éste último Hospital. En esta instancia, se exponen como hechos también que motivan la reclamación, de forma sucinta cuanto sigue:

"Con fecha de 12 de noviembre de 2003, a las 7,30 de la mañana, mi representado comenzó con fuertes dolores en un testículo, por lo cual acudió a la Consulta de Pediatría del Ambulatorio Centro de Salud de Calahorra. El Pediatra del Ambulatorio le remitió a Urgencias del Hospital Fundación de Calahorra, el cual, tras realizarle una ecografía, le diagnosticó orquiopididimitis. Le dieron nueva cita, para el día 14 de noviembre, en Urología.

Tras salir de Urgencias del citado Hospital, los dolores fueron aumentando en el menor, no podía dormir debido a los fuertes dolores que no remitían con el tratamiento indicado.

El día 13 de noviembre y ante el malestar, al no remitir los dolores, acudieron al Médico de Urgencias del Centro de Salud de Calahorra que, tras exponerle la situación del tratamiento así como la inutilidad de los analgésicos, se limitó a recomendarle baños en la bañera para relajarse.

El día 14 de noviembre tenía cita en Urología del Hospital Fundación de Calahorra, donde se limitaron a recetarle inyecciones de tobramicina cada doce horas, citándole nuevamente el 24 de noviembre, previa ecografía cada 12 de noviembre.

Mi representado sufrió un verdadero calvario esos 7 días de espera, y por si fuera poco, el día 21 de noviembre, le llamaron por teléfono comunicándole que se anulaba la cita. La madre y una familiar del menor se personaron ese mismo día en la FHC, comunicando a Servicio de cita previa que su hijo se encontraba francamente mal, asesorándoles dicho Servicio que acudiera nuevamente a Urgencias, ya que la próxima cita sería para dentro de 15 días.

El menor acudió nuevamente a Urgencias de la FHC, recibiéndole el mismo Médico del día 12 de noviembre, el cual, de muy malas formas les indicó que, si bien la cita se había anulado, no era óbice para que asistieran a Urgencias, y que no tenía la más mínima intención de atenderles y que se marcharan a casa. En Recepción, se les expidió un justificante de la visita para la progenitora.

Dado el gran malestar del menor, mi representado acudió a la Consulta del Dr. D. Ricardo F., el cual, de manera inmediata, le diagnosticó Torsión testicular, realizándole esa misma tarde una ecografía que confirmaba el diagnóstico.

D. Ricardo F. les llamó al día siguiente, 13 de noviembre (sic), a fin de que acudieran de forma urgente al Hospital San Millán – San Pedro de Logroño a fin de operarle y extirpar el testículo que se encontraba necrosado".

De estos hechos, la reclamante hace responsable al Servicio Sanitario, si bien no cuantifica el importe de la indemnización que reclama. A la solicitud, se adjunta el poder notarial conferido a la Letrada que suscribe, por parte de los progenitores del menor.

Segundo

El 2 de noviembre de 2004, el Secretario General Técnico de la Consejería de Salud dicta un acuerdo por el que se decreta la iniciación del expediente, y el nombramiento de un Instructor.

Tercero

El 3 de noviembre de 2004, por el Instructor del expediente se dicta un acuerdo expresivo de la iniciación del expediente de responsabilidad patrimonial, y se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, comunicando a la reclamante la recepción de su solicitud, el plazo máximo de duración del procedimiento iniciado y los efectos del silencio administrativo. Esta comunicación se notifica en el despacho de la Letrada, señalado como domicilio a efectos de notificaciones.

Cuarto

El 4 de noviembre de 2004, el Instructor oficia al Director Gerente de la FHC para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, remita la documentación e informe sobre los siguientes extremos:

- a) Cuantos antecedentes consten acerca de la atención sanitaria prestada a Alejandro L.L.*
- b) Informe de los profesionales que intervinieron en la atención sanitaria del paciente, sobre los hechos y tipo de asistencia prestada, en cumplimiento de la lex artis ad hoc, etc.*
- c) Copia de la Historia Clínica referida a Alejandro L.L. que según se manifiesta en el escrito de reclamación, es la nº 264.352.*
- d) Si la FHC tuviera suscrita póliza de seguros el día de los hechos, el nº de póliza del seguro, entidad aseguradora y dirección a efectos de comunicación de siniestros.*
- e) En general, cuantos datos, documentos o informes puedan ser aportados para una mejor decisión sobre la pretensión de la reclamante".*

Quinto

Con fecha de 15 de noviembre de 2004, el Director Gerente de la FHC envía al Instructor, una copia de las condiciones generales de la póliza de seguro de responsabilidad civil y otra de las condiciones particulares, suscrita con la entidad "M. Industrial, Sociedad Anónima de Seguros".

Sexto

El día 17 de noviembre de 2004, el Director Gerente de la FHC envía al Instructor de este expediente de responsabilidad patrimonial seguido con el nº 198/04, la documentación complementaria sobre los hechos, y entre otros documentos, se relacionan los siguientes:

1º El acuerdo de iniciación de un expediente disciplinario contra D. José Francisco R.G., en el que resalta como hecho denunciado: *"Incidente registrado con el proceder diagnóstico con D. Alejandro L.L y la posterior custodia en la Unidad de Urgencias de parte de su Historial Clínico"*. En uno de los Considerandos de esta Resolución de inicio del expediente disciplinario, el Director Gerente de la FHC afirma que: *"D. José Francisco R.G. actuó de forma negligente en la atención de D. Alejandro L.L, actuando de forma negligente en la comisión de su actividad profesional, con daño a la imagen de la FHC, demorando la actuación terapéutica oportuna e implicando un empeoramiento del pronóstico de la patología del mencionado paciente. Esta actuación podría ser considerada como falta muy grave por el régimen disciplinario de la FHC (artículo 59. 2, e) y 2, k). Y prosigue advirtiendo que: "D. José Francisco R.G. actuó de forma negligente en la custodia de la Historia Clínica de D. Alejandro L.L, no pudiendo probar la intención final de dicha custodia negligente, por lo que cabe tipificar dicha actuación como una infracción del artículo 59. 1, letra f) del régimen disciplinario de la FHC"*.

2º La notificación de la incoación del expediente disciplinario al Sr. R.G.

3º El Pliego de descargos del Sr. R.G..

4º El Acta de la primera sesión relativa al expediente contradictorio del Sr. R.G..

5º Las incidencias surgidas con D^a Sofía C.P., como Coordinadora de la Unidad de Admisiones.

6º Las Diligencias Preliminares seguidas en el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Logroño, dirigidas a la obtención por vía judicial de la exhibición del Historial Clínico de D. Alejandro L.L, seguidas contra la FHC, el Centro de Salud de Calahorra y el Complejo Hospitalario *San Millán – San Pedro* de Logroño.

7º Auto de admisión a trámite de la demanda social instada por D. José Francisco R.G. contra la FHC, ante el Juzgado de lo Social nº 2 de La Rioja el 2 de septiembre de 2004, en materia de "sanciones".

8º Sentencia nº 583 de 18 de noviembre de 2004, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de La Rioja, anulando la sanción impuesta por la FHC al trabajador el Sr. R.G., por haber operado la prescripción de la falta disciplinaria denunciada.

Séptimo

El 5 de noviembre de 2004 y siguiendo el curso del expediente de responsabilidad patrimonial con referencia nº 198/04, el Instructor requiere a la dirección letrada de la reclamante para que, en el plazo de diez días hábiles, subsane una serie de defectos advertidos en su solicitud inicial; entre otros extremos, la cuantificación de los daños.

Octavo

El 19 de noviembre de 2004 y por medio de escrito presentado en el Registro General de la Delegación del Gobierno en La Rioja, la Letrada de la reclamante procede a dar cumplimiento al trámite de mejora y adjunta el Libro de Familia y la cuantificación de los daños que, sin justificación alguna, tasa en 66.456 €.

Noveno

El 7 de diciembre de 2004, el Instructor del procedimiento comunica a M. Industrial la existencia del expediente del cual, eventualmente, puede resultar afectada en su condición de Aseguradora, por lo que le concede el derecho de personación en el mismo.

Décimo

El 10 de diciembre de 2004, el Instructor requiere a la representación letrada para que aporte al expediente la Historia Clínica o Informe facultativo de Alejandro L.L referida a su proceso asistencia en la Consulta privada del Dr. D. Ricardo F.

Undécimo

Con igual fecha, 10 de diciembre de 2004, el Instructor oficia al Director Gerente de la FHC para que aporte al expediente informe sobre los siguientes extremos:

- a) Si hay constancia del ejercicio de acciones judiciales por parte del paciente contra la FHC (además de lo ya remitido a este expediente sobre las Diligencias ex artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*
- b) Que se emita informe, por el Dr. Francisco R.G. o por el Jefe del Servicio correspondiente, sobre el proceso asistencial del menor Alejandro L.L los días 12, 14 y 21 de noviembre de 2003.*
- c) Copia de la Historia Clínica completa referida a este episodio asistencial.*
- d) Si hubo retraso en la fecha asignada para efectuarle una ecografía inicialmente prevista para el día 21 de noviembre de 2003; causas del mismo y qué nueva fecha se le asignó.*
- e) Si el retraso en la asignación de fechas se debió a alguna avería en las máquinas, origen de la misma, tipo de avería, tiempo que tardó en repararse y tipo de contrato de mantenimiento para la reparación de averías.*
- f) Criterio general de derivación de Urgencias a Consultas externas; y en concreto, el seguido para este caso concreto.*
- g) En general, cuantos datos, documentos o informes puedan ser aportados para una mejor decisión*

sobre la pretensión del reclamante”.

A tales efectos, el Instructor, le concede al Director Gerente de la FHC, un plazo de diez días.

Duodécimo

Con fecha de 22 de diciembre de 2004, el Director Gerente de la FHC, da respuesta al requerimiento anterior, en correlación con lo solicitado de la siguiente forma:

a) Sobre el correlativo, en cuanto a si existe constancia del ejercicio de acciones judiciales por parte del paciente contra la FHC, a la fecha del presente informe, no constan a esta Dirección General otros procedimientos al margen de los ya remitidos en nuestro anterior escrito.

b) En cuanto al informe por el Dr. R.G. sobre el proceso asistencial del menor Alejandro L.L, nos remitimos nuevamente al de fecha de 16 de julio de 2004, aportado por este Médico en el expediente disciplinario abierto al respecto, así como al informe del Director Asistencial de la FHC, D. Jesús Castiella, expedido en relación con el expediente laboral referido y cuyas copias adjuntamos.

c) Se remite copia de la Historia clínica de Alejandro L.L correspondiente a esta asistencia.

d) En relación con el punto d), en cuanto a si hubo retraso en la fecha asignada para realizar una ecografía a este paciente, según consta tras consultar el programa de gestión de citas, resulta que no hubo reprogramación alguna, ni de consultas ni de ecografías, en la asistencia prestada de D. Alejandro L.L, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2003. Como prueba de lo manifestado, se adjunta copia de las consultas de reprogramaciones efectuadas en el programa HP-HIS respecto de este paciente. De hecho D. Alejandro L.L tenía asignada, en primer lugar, la fecha de 21 de noviembre de 2003 para la realización de una ecografía, a la que no acudió, como tampoco lo hizo el 28 de noviembre de 2003, según puede comprobarse de un Listado de revisión de actividad realizada”, donde figura la letra N (no realizada), en las citas para ecografía es designada para esas fechas. Finalmente, la fecha en la que se realizó la ecografía de el 12 de noviembre (sic; ha de entenderse que quiere decir el 12 de diciembre) de 2003.

e) Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo anterior, en relación con el correlativo, le comunico que, consultados los informes del Servicio de Mantenimiento de la FHC, no consta ninguna avería en el ecógrafo durante el mes de noviembre de 2003 (se adjunta el parte de eventos de Dräger sobre el ecógrafo). A mayor abundamiento, le informo de que, en función del contrato formalizado entre la FHC y la empresa Dräger Hispania para el mantenimiento de equipos, las reparaciones se realizan en el plazo máximo de 24 horas.

f) En cuanto al criterio general de derivación de Urgencias a Consultas Externas y, en concreto el seguido para este caso, le remito copia del Proceso de Alta de Urgencias vigente en el momento en que se produjeron los hechos de los que trae origen el presente expediente.

g) Finalmente, como ampliación de todo lo anterior ,aportamos copia de la Sentencia nº 583/04 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Logroño en autos 931/04-C”.

Décimo tercero

El 10 de diciembre de 2004, el Instructor del expediente dirige oficio al Director Gerente del Complejo Hospitalario *San Millán – San Pedro*, a fin de que aporte una copia de la Historia Clínica e informe del Jefe del Servicio de Urología, en relación con el paciente D. Alejandro L.L. Se aportan varios informes, entre ellos el de alta, emitido el 24 de noviembre de 2003 por el Jefe del Servicio de Urología, en el que se expresa, entre otros extremos, que:

"(...) entró de urgencias el 23-11 y se le realiza exploración quirúrgica escrotal, realizándose orquiectomía izquierda, ante el hallazgo de teste necrosado con fijación del testículo derecho. Queda pendiente de recibirse informe histopatológico del testículo extirpado cuyo resultado se le dará a conocer cuando acuda a revisión a nuestras consultas externas" ..

También se aporta el informe final de biopsias, refiriendo como diagnóstico el de "necrosis isquémica testicular".

Décimo cuarto

El 28 de enero de 2004, el Instructor vuelve a dirigir oficio al Director Gerente de la FHC, reiterándole la petición de 10 de diciembre de 2004, en la que se solicitó que se emitiese informe por el Doctor Francisco R.G. o por el Jefe del Servicio correspondiente sobre el proceso asistencial al menor Alejandro L.L, los días 12, 14 y 21 de noviembre de 2003.

El propio Director Gerente de la FHC, emite el citado informe, con fecha de 7 de febrero de 2005, en el que, tras evaluar las incidencias particulares del paciente, emite una serie de conclusiones, que pasamos a transcribir:

1ª Que se debe situar el daño realizado dentro del campo de la conducta de quien produce el daño, en este caso la negación de la adecuada prestación asistencial en el Servicio de Urgencias.

2ª Que el daño producido al mencionado menor, sin la obligación jurídica de soportarlo, al ser consecuencia de un acto culposo o negligente por parte del Facultativo de Urgencias, D. José Francisco R.. Que, además, se ha producido dolo como consecuencia de acciones que produjeron omisión de los más elementales actos médicos propugnados por la "lex artis".

3ª Que existe un claro nexo de causalidad entre el daño producido y la actuación del mencionado profesional (perdiendo la oportunidad terapéutica por omisión de maniobras esenciales en la práctica médica)

4ª Que la exigencia de responsabilidad no debe recaer en el funcionamiento administrativo (la suspensión y posterior recitación de un control ecográfico), sino en la persona (el mencionado Facultativo) en cuya conducta distintos evaluadores han encontrado elementos claros de negligencia y que negó la adecuada atención especializada al denegarle el adecuado tratamiento en el Servicio de Urgencias. Esta actitud negligente puede ser catalogada como de denegación de auxilio, sin perjuicio de ser, además, negligente en extremo sumo".

Décimo quinto

Con fecha de 18 de marzo de 2005, el Instructor da traslado del expediente a la Subdirección General de Ordenación, Prestaciones y Autorización de Centros de la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja, para que, por un Médico Inspector, se elabore un dictamen técnico sobre todos los aspectos esenciales de la reclamación, con el fin de facilitar la elaboración de una propuesta de resolución.

Este Informe es emitido por una Inspectora Médico el 21 de marzo de 2005, y consta de diez conclusiones técnicas sobre la evolución de la enfermedad y el tratamiento dispensado al menor, Alejandro L.L. Por su interés, hemos de traer a colación lo afirmado en las conclusiones octava y novena:

" 8ª. El paciente acude al Servicio de Urgencias del Complejo Hospitalario San Millán –San Pedro, por síndrome escrotal agudo izquierdo, de 10 días de evolución, permaneciendo ingresado del 22 al 24 de noviembre. Exploración física: teste izquierdo doloroso, aumentado de tamaño y de consistencia; ecodopler testicular: testículo izquierdo heterogéneo sin evidenciarse flujos testiculares. De urgencia, el día 23, se realiza exploración quirúrgica escrotal, realizándose orquiectomía izquierda ante el hallazgo de necrosis testicular y fijación del testículo contralateral.

9ª El día 12 de noviembre de 2003, el Servicio de Urgencias de la FHC, realizó diagnóstico diferencial entre torsión testicular y orquiepididimitis, mediante la valoración de la explotación física, sintomatología y ecco-doppler al paciente. La existencia de vascularización en teste izquierdo descartó el diagnóstico de torsión testicular, emitiendo diagnóstico de orquiepididimitis, que fue confirmado el día 14 en la Consulta de Urología del Hospital de Calahorra.

El día 21 de noviembre, el paciente acude al Servicio de Urgencias del Hospital de Calahorra, no pudiéndose demostrar las versiones contradictorias entre el Médico y la familia, si tal y como indica el Médico de Urgencias no refiere sintomatología y acude por la imposibilidad de realizar una ecografía que tenía programada para ese mismo día por avería del aparato, retrasando la misma para el día 28 de noviembre; y por otra parte, la versión de la familia que indican que el paciente presentaba sintomatología.

La ecografía doppler es la prueba diagnóstica de elección al permitir la visualización de la vascularización testicular, pudiendo distinguir si el flujo es normal, ausente o aumentado. En la torsión lo normal es que el flujo sea reducido o ausente. La necrosis testicular empieza a ser irreversible pasadas las 6 primeras horas y, pasadas las 12 horas, sólo recuperan un 20 %. Por otra parte, es un hecho que el paciente presentó en algún momento de la evolución de la orquiepididimitis, una torsión testicular que acabó en necrosis del testículo y precisó orquiectomía" .

Décimo sexto

El 22 de marzo de 2005, se acuerda la puesta de manifiesto del expediente y la apertura del trámite de audiencia por diez días hábiles, comunicando este acto de trámite a la representación letrada de la reclamante y a M. Industrial, como aseguradora. Sólo presenta

alegaciones y documentación complementaria la Letrada de la reclamante.

Décimo séptimo

La propuesta de resolución es elaborada por el Secretario General Técnico de la Consejería de Salud el 15 de abril de 2005, estimatoria parcialmente de las pretensiones resarcitorias, pues considera que ha existido un anormal funcionamiento del servicio sanitario con ocasión de la prestación del mismo al menor de edad, Alejandro L.L; si bien, evalúa la indemnización por un importe de 22.402,23 €, frente a los 66.456,00 € solicitados por la reclamante.

Décimo octavo

El 15 de abril de 2005, se remite el expediente completo, junto con la propuesta de resolución referida, a la Dirección de los Servicios Jurídicos para su informe, y, el día 22 de abril, se emite por la Letrada, considerando ajustada a Derecho la propuesta de resolución elaborada por el Secretario General Técnico de Salud.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 25 de abril de 2005, registrado de entrada en este Consejo al día siguiente, el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 27 de abril de 2005, registrado de salida el mismo día, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del dictamen del Consejo Consultivo.

1.- Necesidad.

Son varios los preceptos en los que se afirma la preceptividad de la emisión de informe de Órganos Consultivos, en los expedientes de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, a saber:

- El artículo 11 de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja establece que "El Consejo Consultivo deberá ser consultado en los siguientes asuntos: g) *Reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración Pública*".

- El artículo 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial dispone que, *"Concluido el trámite de audiencia, en el plazo de diez días, el órgano instructor propondrá que se recabe, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, el dictamen de este órgano consultivo o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma. A este efecto, remitirá al órgano competente para recabarlo todo lo actuado en el procedimiento, así como una propuesta de resolución que se ajustará a lo dispuesto en el artículo 13 de este Reglamento o, en su caso, la propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento"*.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 12. letra G) del Decreto 8/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba nuestro Reglamento orgánico, califica de preceptivo el dictamen en las reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración Pública.

2.- Ámbito.

Siguiendo el apartado 2º del artículo 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, este Consejo Consultivo ha de pronunciarse sobre: la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida, y, en su caso, es decir, de concurrir el nexo de causalidad, se ha de examinar, la valoración del daño causado, la cuantía

y el modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Segundo

Sobre los requisitos exigidos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

Para determinar si, en el presente caso, procede acceder a la pretensión indemnizatoria de la reclamante, se hace necesario partir de cuáles sean los requisitos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración en general. La Sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 17 de octubre de 2000 ha enumerado los siguientes y, de esta forma, han sido analizados en diversos Dictámenes de este Consejo Consultivo:

1.- Que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar.

2.- Que aquella sea real efectiva y susceptible de evaluación económica.

3.- Que el daño sea imputable a la Administración y se produzca como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entendidos estos en el más amplio sentido de actuación, actividad administrativa o gestión pública, en una relación de causa a efecto entre aquel funcionamiento y la lesión, sin que sea debida a casos de fuerza mayor.

4.- Que no haya prescrito el derecho a reclamar, cuyo plazo legal es de un año, computado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad *directa* de la Administración (aunque el daño haya sido causado por personal dependiente de la Administración o sea atribuible genéricamente a los servicios administrativos), *objetiva* (aunque no haya mediado culpa individual o la actuación no haya sido "ilícita") y *general* (aplicable a cualesquiera de las actividades y servicios de la Administración). Todo ello al abrigo de lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Constitución Española y en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículos 139 a 146, parcialmente afectados por la reforma introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero), con el pertinente desarrollo reglamentario en materia procedimental, a través del R.D. 429/1993 de 26 de marzo.

En el presente caso, se trata de una reclamación por deficiente funcionamiento del servicio público sanitario, al que la reclamante imputa los daños y perjuicios causados.

Aunque, como queda señalado, el sistema de responsabilidad patrimonial es *general*, hemos de recordar que la asistencia sanitaria –en nuestro caso, la pública- es uno de los servicios más estrechamente vinculados a la producción de riesgos y daños, consecuencia de las limitaciones científico-técnicas que tiene la Medicina (así lo hemos constatado en anteriores Dictámenes núms 28/02 y 20, 21 y 23/03, relativos a la contaminación del VHC); de la condición perecedera del ser humano (por eso la acción de los poderes públicos solo alcanza a proteger la salud, y el derecho de asistencia sanitaria es, por encima de todo, una prestación de medios, no de resultados) y de la extensión del sistema sanitario público cuyas prestaciones, obviamente, guardan proporción a los recursos limitados asignados por los poderes públicos. De ahí que la Jurisprudencia existente y la doctrina de este Consejo Consultivo hayan afirmado que la obligación prestacional sanitaria, sea de medios y no de resultados (SS. TS. Sala 3ª 1-3-1999 y 11-10-2001).

En el supuesto que se informa, - a la luz de esta doctrina general sobre el sistema objetivo de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas -, se trata de determinar si las lesiones y daños sufridos por el hijo de la reclamante, el menor Alejandro L.L., son imputables al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios (en una relación de causa-efecto), esto es, al diagnóstico y tratamiento prestado en el Servicio de Urgencias de la FHC entre los días 12 a 22 de noviembre de 2003, por un error de diagnóstico, que ha desembocado en una necrosis del testículo izquierdo, con su consiguiente orquiectomía o extirpación, lo cual nos obliga a reflexionar sobre los criterios de imputación de los daños a la prestación del servicio sanitario, polarizado, como apuntábamos más arriba; en un posible error de diagnóstico, con la consiguiente pérdida de oportunidades terapéuticas, en la atención prestada por el Servicio de Urgencias de la FHC, entre los días 12 y 21 de noviembre de 2003.

De este modo, en el análisis de la cuestión suscitada por el presente expediente, la controvertida existencia o ausencia del nexo de causalidad, es necesario partir de la postura mantenida por la dirección letrada de la reclamante en su escrito de alegaciones, que sitúa la raíz de los daños sufridos por el paciente en el deficiente funcionamiento del servicio sanitario, que impidió, a su entender, un adecuado diagnóstico inicial en el Servicio de Urgencias de la FHC, desde el primer día que acudió aquejado de un "fuerte dolor testicular". Por todo ello, y entrando en los criterios de imputación objetiva, necesaria para que exista la relación de causalidad, hemos de pasar a evaluar dichos conceptos: primero, la eventual existencia de un error de diagnóstico realizada por el Médico de Urgencias de la FHC; y, segundo, la tardanza en la realización de un TAC o ecografía de la zona, que hubiera sido bastante para una buena diagnosis y, por consiguiente, para evitar la extirpación del testículo izquierdo, con las consiguientes pérdidas de posibilidades para poner freno a un proceso que luego se torno irreversible: "la necrosis del testículo".

Tercero

El error de diagnóstico como criterio de imputación y pérdida de oportunidades terapéuticas.

Del relato de las actuaciones médicas realizadas por la Letrado de la reclamante, pretende deducir la existencia de una relación de causalidad entre el resultado dañoso y la asistencia prestada en noviembre de 2003 por la FHC, pues, a su juicio, desde allí parte el error de diagnóstico y de su consiguiente tratamiento.

Por ello, la tesis que pretende la dirección letrada de la reclamante no es otra que la de la existencia de un error en el diagnóstico y de su consiguiente tratamiento dispensado en el Servicio de Urgencias de la FHC.

Esta misma tesis, la del error de diagnóstico inicial como "orquiepididimitis", en vez de "torsión testicular", es compartida tanto en el informe privado del Doctor F., como por la Inspectora Médica, cuyo dictamen obra en el expediente, y cuya tesis es recogida en la propia propuesta de resolución que se eleva a conocimiento de este Consejo Consultivo.

De cualquier manera, es necesario indicar, como ya hemos matizado en Dictámenes anteriores (cfr. D.75/04), que el simple error de diagnóstico no es, propiamente y por sí solo, motivo suficiente para entender que el particular que lo padece tiene derecho a obtener una indemnización, sino que, para llegar a tal conclusión, ha de darse la concurrencia de dos circunstancias que la doctrina reiterada del Consejo de Estado viene exigiendo: que exista una negligencia o impericia probada en la aplicación de la *lex artis*, y que ésta sea, a su vez, generadora de un daño innecesario y evitable en sus consecuencias y resultado, y, por lo tanto, antijurídico e indemnizable.

En lo referente al primero de los aspectos citados, y debiendo obviar de entrada cualquier análisis culpabilístico de la cuestión, impropio del caso dado el ya matizado carácter objetivo de la responsabilidad en este ámbito, lo cierto es que el diagnóstico y el tratamiento dispensado al menor el día que acudió al Servicio de Urgencias de la FHC entra en la conceptualización del error de diagnóstico, con la nefasta consecuencia de que, si se hubiera diagnosticado correctamente su dolencia, se hubiera evitado la extirpación del testículo izquierdo, pues, tal y como advierte la Inspectora Médico en su informe:

“La ecografía doppler es la prueba diagnóstica de elección al permitir la visualización de la vascularización testicular, pudiendo distinguir si el flujo es normal, ausente o aumentado. En la torsión lo normal es que el flujo sea reducido o ausente. La necrosis testicular empieza a ser irreversible pasadas las 6 primeras horas y pasadas las 12 horas sólo recuperan un 20 %. Por otra parte, es un hecho que el paciente presentó en algún momento de la evolución de la orquiepididimitis una torsión

testicular que acabó en necrosis del testículo y precisó orquiectomía”.

Lo hasta aquí expuesto, es suficiente para afirmar la imputación del daño al funcionamiento de los servicios sanitarios, pues todos los elementos probatorios aportados al expediente son demostrativos de la existencia de un *"error de diagnóstico"*, - y, en esencia, el Informe expedido por la Inspectora Médico-, al que hemos de sumar la consiguiente *"pérdida de las oportunidades terapéuticas"* (Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2003), ya que una buena diagnosis como *"torsión testicular"* y su consiguiente tratamiento hubiera evitado el resultado final: la necrosis del testículo y su extirpación.

Cuarto

Sobre la cuantificación de la indemnización.

Una vez fijado en el anterior Fundamento la concurrencia de los requisitos exigidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario concretar la obligación reparadora que surge como consecuencia de la misma.

La extensión de la obligación de indemnizar responde, según se deduce lo dispuesto en los artículos 106.2 CE y 139.1 LRJ-PAC, citada, al principio de la reparación "integral". De ahí que la reparación afecta a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente valuables, como el daño emergente o el lucro cesante - artículo 1.106 del Código Civil-, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, sino comprendiendo también perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris* (SS. TS de 16 de julio de 1984, Ar. 4231; 7 de octubre y 1 de diciembre de 1989, Ar. 7331 y 8992) concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (S. TS de 23 de febrero de 1988, Ar. 1451).

A la hora de efectuar la valoración, la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, seguida por la de la Audiencia Nacional y otra menor de los Tribunales Superiores de Justicia (SS. TS de 20 de octubre de 1987, Ar. 8676; 15 de abril de 1988, Ar. 3072, 5 de abril y 1 de diciembre de 1989, Ar. 2816 y 8992), ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la Sentencia del TS de 3 de enero de 1990 (Ar. 154), derive de una *"apreciación racional aunque no matemática"*, pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993 (Ar. 8947), se *"carece de parámetros o módulos objetivos"*, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la Sentencia de 23 de febrero de 1988 (Ar. 1451), *"las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas"* en una suma dineraria. La Sentencia del

TS de 19 de julio de 1997 (AR. 6732) habla de la existencia de un innegable "*componente subjetivo en la determinación de los daños morales*". La Sentencia del TS de 21 de abril de 1998 (Ar. 4045) insiste en que, si bien no es posible una valoración fundada en datos cuantitativamente precisos, se exige el Tribunal una ponderación de las circunstancias que puedan afectarle.

Ciertamente, en otros ámbitos distintos existen baremos que permiten una concreción puramente objetiva, pero la aplicación de estos baremos a los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración puede resultar discutible, pues, aunque se funde en criterios objetivos, debe recordarse que, según el artículo 141.2 LRJPAC, la valoración debe efectuarse atendiendo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, a los de la legislación fiscal y demás normas aplicables y a la ponderación de valor en mercado. La misma jurisprudencia Contencioso-administrativa se muestra vacilante en cuanto a la asunción de este tipo de baremos, por cuanto, así como el Tribunal Supremo ha apelado en alguna ocasión a los módulos valorativos referidos o a otros (así, SS de 26 de septiembre de 1977, Ar. 3545; 18 de enero de 1980 o, más recientemente, la de 16 de diciembre de 1994, Ar. 10047), en otras ha negado su aplicación por entender que "*el principio de responsabilidad directa patrimonial del Estado con motivo del funcionamiento de sus servicios está establecido en una Ley general y con la técnica de la cláusula general ... por lo que no cabe ... seguir otros sistemas especiales reguladores de reparaciones debidas por la Administración por otros conceptos concretos y distintos especialmente establecidos para reparaciones específicas*" (SS de 21 de abril y 26 de septiembre de 1977, AR. 2644 y 3545; de 2 de abril y 3 de diciembre de 1979, Ar. 1938 y 4726, ó la de 18 de febrero de 1980, Ar. 735).

En todo caso, y como ya ha indicado en otras ocasiones por este Consejo Consultivo, (cfr. DD.núms 37 y 42/00; 48/01 y 70/02, entre otros), cabe convenir que la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, son dispares los criterios indemnizatorios utilizados por la defensa de la reclamante y los expuestos en la propuesta de resolución, atendiendo a distintos criterios que, a juicio de uno y otro, son susceptibles de valoración. Según consta en el trámite de mejora o subsanación de la petición inicial, la defensa de la reclamante solicita que sea indemnizada, sin motivar su cuantificación, en una cifra que asciende a la cantidad de 66.456 €, y literalmente indica que se valora en tal cantidad, no el daño causado, sino "*la impericia profesional*".

Sin embargo, la propuesta de resolución decretada por el Secretario General Técnico de la Consejería de Salud, elevada a conocimiento de este Consejo Consultivo, toma en

consideración, para calcular la cuantía indemnizatoria, el baremo de la Ley de accidentes de tráfico, y con gran precisión y detalle, señala los conceptos susceptibles de resarcimiento o reparación, a saber: i) la pérdida traumática de un testículo; ii) los días de baja por incapacidad temporal, distinguiendo los improductivos de los no improductivos; y iii) otros gastos. El total propuesto para la indemnización al damnificado asciende así a 22.402,23 €.

Compartiendo la argumentación sostenida en la propuesta de resolución, y a mayor abundamiento, como criterio para sostener tal cuantificación de los daños y secuelas padecidas, hemos de acudir a los criterios objetivos contenidos en el Baremo para accidentes de circulación, cuya aplicación ha sido reconocida, tanto por la Jurisprudencia como por la doctrina de este Consejo Consultivo, para los supuestos de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, pese a lo dispuesto en el artículo 141.2 LRJ-PAC

Y así, hemos de atender a lo preceptuado por la Ley de Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos a Motor de 24 de diciembre de 1962, reformada parcialmente por la reciente Ley 62/2003, de 30 de diciembre y a la Resolución que anualmente decreta la Dirección General de Seguros sobre revisión de las cuantías indemnizatorias, la última, la de 7 de febrero de 2005. En la Tabla VI de la Ley, relativa a la "*Clasificación y valoración de las secuelas*", concede a la pérdida de un testículo, una valoración entre 20-30 puntos.

Evidentemente, considerando la edad del perjudicado (menor de 20 años) y acudiendo a la Tabla III que fija las "Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes", le corresponden 711,66 € por punto, y la propuesta de resolución, acudiendo al intervalo entre 20 y 30 puntos, le concede el máximo: 30 puntos, a razón de 711,66 € por punto.

También han de ser computados en la indemnización los días en que el menor permaneció de baja, unos de ellos improductivos, pues queda justificado en el expediente los días que no pudo acudir al Colegio, y otros no improductivos. Comprobada la Tabla V "Indemnizaciones por incapacidad temporal", durante la estancia hospitalaria se calcula la indemnización diaria a razón de 58,19 €; y sin estancia hospitalaria, por días improductivos a 47,28 €/día, mientras que, en los no improductivos, la indemnización disminuye y queda en 25,46 €/día.

Tanto la calificación de los días, su cuantificación y el cálculo de la indemnización, comprobados los datos y documentos obrantes en el expediente, son correctamente valorados en la propuesta de la resolución.

En lo tocante a "otros gastos", se consideran, del mismo modo, justificados y debidamente valorados en la propuesta que se somete a nuestra consideración.

CONCLUSIONES

Primera

Existe responsabilidad patrimonial imputable a la Administración Sanitaria debido al error de diagnóstico emitido el 12 de noviembre de 2003, día que el paciente acudió al Servicio de Urgencias de la FHC y que, en definitiva, ha sido el desencadenante de la lesión cuya indemnización se solicita, la pérdida del testículo izquierdo del menor Alejandro L.L.

Segunda

El importe de la indemnización asciende a 22.402,23 €, a los que se sumarán los intereses legales correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141.3 LRJPAC.

Tercera

El pago de la indemnización ha de hacerse en dinero, con cargo a la partida que corresponda del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Este es el dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.