



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 5 / 1 9 9 9

La Laguna, a 29 de julio de 1999.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *la Propuesta de Orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por L.G.G., como consecuencia de los daños derivados de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud (EXP. 56/1999 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

Por el Presidente del Gobierno se interesa Dictamen sobre la Propuesta de Acuerdo tendente a la resolución del expediente de responsabilidad patrimonial en cuestión. La preceptividad de la solicitud se sustenta en los arts. 10.6 de la Ley constitutiva de este Consejo (Ley 4/1984, de 6 de julio -LCC-), en relación con el 22.13 de la LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE), 12 del Reglamento de los Procedimientos de las AAPP en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, y en este caso también el art. 16 del mismo RPRP, dado que la reclamación de daños ha sido tramitada por el procedimiento abreviado que regula el reglamento.

Precisamente, la utilización de esa vía procedimental sumaria dota al pronunciamiento de este Organismo de una especial fuerza obstativa, en el sentido de que si el Dictamen emitido no es conforme con la Propuesta de Resolución objeto del mismo, la reclamación habrá de reconducirse conforme a las pautas del procedimiento general (art. 17.1 RPRP).

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

II

Los daños por los que se reclama se produjeron con motivo de la asistencia sanitaria prestada al reclamante en el Hospital Nuestra Señora del Pino, en Gran Canaria, dependiente del Servicio Canario de Salud (SCS). De ahí se deduce la legitimación activa de L.G.G. y la pasiva de la Administración autonómica a la que pertenece el aludido Organismo autónomo, que se encuentra adscrito a la Consejería de Sanidad y Consumo, de modo que es el Consejero de este Departamento el que ostenta la potestad resolutoria del expediente, de conformidad con lo previsto en el art. 142.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las AAPP y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), cuya aplicación en el ámbito de nuestra CA viene refrendada por el art. 33 de la Ley autonómica 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las AAPP de Canarias (LRJAPC). La competencia para instruir y proponer la resolución o, en este caso, terminación convencional corresponde a la Secretaría del SCS, que aglutina las mismas funciones que el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, atribuye a las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías, todo ello en virtud de los arts. 10.3 y 15.1 del Reglamento Orgánico del SCS, aprobado por Decreto 32/1995, de 24 de febrero. La localización de la competencia es coherente a su vez con los criterios que recoge el art. 3.1 del RPRP, por remisión a las normas del Capítulo I del Título II de la LPAC.

III

La instrucción del expediente se ha encauzado por el procedimiento abreviado en aplicación de lo dispuesto en el art. 14.1 del RPRP, dado que tanto el Informe emitido por el Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia, solicitado en cumplimiento de lo preceptuado por el art. 10.1 del Reglamento, como las pruebas documentales aportadas por el perjudicado, en especial los documentos extraídos de su historia clínica, vinieron a confirmar las alegaciones del inicial escrito de reclamación en todos los extremos necesarios para declarar la responsabilidad de la Administración conforme al art. 139 y ss. de la LPAC y la jurisprudencia que lo desarrolla. En efecto, tales documentos reflejan la realidad y efectividad del daño individualizado en la persona del reclamante y la relación de causalidad del mismo con el funcionamiento del servicio público sanitario, dado que la lesión se le produjo como consecuencia de habersele dejado una compresa en el interior de su cuerpo con ocasión de la intervención que se le practicó el día 9 de marzo del 98 en el mentado Hospital Nuestra Sra. del Pino. El daño reviste la consideración de

antijurídico, ya que el perjudicado no tiene la obligación de soportarlo y, desde luego, no se ha acreditado la existencia de causa alguna de fuerza mayor.

La opción del procedimiento abreviado no debe enervar la aplicación de las previsiones contenidas en el art. 9.1 del RPRP, así como en la normativa general sobre el procedimiento administrativo a la que alude el art. 7 (art. 80.3 LPAC), respecto de la necesidad de un pronunciamiento motivado sobre los medios de prueba propuestos por el reclamante. En este sentido, L.G.G. propuso en su escrito de reclamación la testifical del urólogo que le atendió en el Centro hospitalario y de su propia hija, medios de prueba que han sido obviados por el instructor mediante la técnica del silencio y sobre la base de haber transformado las actuaciones en procedimiento abreviado. Además, la constancia de los hechos precisos para afirmar la responsabilidad administrativa no conlleva necesariamente la impertinencia de todos los demás medios de prueba, puesto que éstos pueden servir a la acreditación de elementos determinantes del contenido de otros extremos de la resolución que finalmente se adopte, como el referente a la cuantía de la indemnización.

IV

Como se ha comentado anteriormente, no hay duda sobre la existencia de responsabilidad de la Administración autonómica a la vista de los hechos probados, responsabilidad que en este caso deriva de una negligencia médica constitutiva de un funcionamiento anormal del servicio público, cuya flagrancia contrasta con la pretensión contenida en el último párrafo del tercer Resultando de la Propuesta de Acuerdo (PA) que se somete a Dictamen, que paradójicamente afirma la normalidad del funcionamiento del servicio en base a un presunto cumplimiento de las *lex artis*, si bien reconoce que "se produjo *el error de dejar en el interior del paciente un cuerpo extraño*". Es evidente que el protocolo de la intervención practicada a L.G.G. el día 9 de marzo de 1998 no contemplaba entre las actuaciones a desarrollar la de dejar alojada una compresa en el cuerpo del paciente, de modo que resulta inapropiado hablar del cumplimiento de la *lex artis*, algo que tampoco tiene mayor trascendencia al caso puesto que nos movemos en el ámbito de la responsabilidad objetiva, que es aquella que se determina por el resultado dañoso, de modo que la Administración respondería en todo caso, tanto si la lesión se hubiera irrogado en el seno de un correcto funcionamiento del servicio sanitario, o como consecuencia del funcionamiento anormal del mismo servicio.

V

Sentada pues la existencia de responsabilidad, cuya exigencia se ha producido dentro del plazo preclusivo de un año que regulan los arts. 142.5 de la LPAC y 4.1 del RPRP, el siguiente paso, y núcleo además de discrepancia entre el afectado y la Administración, es el de la cuantificación de la indemnización que corresponde abonar a L.G.G. Precisamente, la falta de acuerdo sobre este extremo implica la necesidad de volver al procedimiento ordinario de tramitación de la reclamación, de acuerdo con lo previsto en el art. 143.1 de la LPAC y 14.1 del RPRP.

La PA acoge la cuantificación de los daños contenida en el segundo Informe que emitió el Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia, tras las alegaciones presentadas por el reclamante en el trámite de Audiencia. Tal liquidación puede dividirse básicamente en dos apartados: de un lado valora los días de incapacidad temporal sufrida por el perjudicado, distinguiendo los de estancia hospitalaria (del 27 de junio al 10 de julio de 1998) y los de estancia extrahospitalaria (del 10 de marzo al 26 de junio de 1998); y de otro lado cuantifica las lesiones permanentes en función de una valoración de las secuelas en tres (3) puntos. El parámetro utilizado son las tablas de valoración contenidas en el Anexo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSP), en su versión actualizada para 1998 por la Resolución de la Dirección General de los Seguros de 24 de febrero del mismo año. La aplicabilidad de esta normativa a la cuantificación de los daños de los que deben responder las AAPP, sin estar determinada de modo expreso para las Reclamaciones de Responsabilidad Patrimonial, resulta no obstante coherente con el tenor del art. 141.2 de la LPAC.

La indemnización por el periodo de Incapacidad temporal se ajusta a las determinaciones de la tabla V del meritado Anexo, sin que proceda aplicar los factores de corrección por perjuicios económicos dado que el damnificado no se encuentra en edad laboral ni justifica ingresos que dependan de su trabajo personal. El primer problema se plantea con la valoración de las secuelas resultantes de la lesión, en orden a la liquidación de la indemnización por lesiones permanentes. En este caso, la secuela padecida es consecuencia de una resección parcial del intestino delgado, en el tramo denominado "yeyuno". La tabla VI del Anexo, dedicada a la valoración de las secuelas no asigna unos valores concretos a las de este tipo (yeyunectomía), sino que se limita a decir que su valoración estará en función de la magnitud de la resección practicada. Y luego recoge un margen de valoración entre

tres y quince puntos para otras secuelas de características similares (ej.: duodenectomía). Si aplicamos analógicamente este margen, resulta que la PA otorga una valoración mínima dentro del baremo correspondiente a la secuela padecida. Tal decisión, que puede ser más o menos acertada, debe en todo caso motivarse satisfactoriamente.

Pero sin duda la cuestión más compleja es la concerniente a la determinación de los daños morales. El reclamante solicita en su escrito la cantidad de 1.500.000 pesetas por este concepto, sin que la PA contenga un pronunciamiento específico sobre tal pretensión. Únicamente hace referencia a que la cuantía resultante de la aplicación de las tablas incluye la indemnización por daños morales. Sin embargo, este argumento resulta excesivamente simplista a la vista de los hechos probados y no se compadece en absoluto con el principio de resarcimiento integral del daño que preside el sistema de responsabilidad patrimonial. La efectividad de este principio exige en muchos casos una delimitación o descomposición del *quantum* indemnizatorio en los diversos conceptos que lo integran, distinguiendo la valoración de los daños corporales de la que corresponde a los perjuicios morales o psicofísicos. Esta labor resulta especialmente necesaria cuando las circunstancias en que se han producido los hechos lesivos revelan la insuficiencia de las cantidades globales contenidas en las tablas de la LOSP en orden a la total compensación del padecimiento espiritual.

En este sentido, no debe desconocerse que el sistema elegido en la PA para la valoración de los daños y perjuicios causados al reclamante, no siendo de aplicación directa al caso discutido ya que está habilitado por la referida norma legal para aplicarse exclusivamente a la cuantificación de los daños ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso, sólo permite que las determinaciones del anexo valorativo de dicho texto legal sean consideradas con alcance orientativo, con margen para la debida ponderación. Aún así, la norma 7 de su apartado 1º introduce elementos correctores de disminución y de agravamiento en las indemnizaciones por lesiones permanentes que se plasman en la tabla IV, especificándose como criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización, para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados a tener en cuenta, además, los correspondientes a (...) "*las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado*". La introducción de este inciso en

las normas de valoración de los daños morales denota que el legislador ha sido consciente de la atipicidad y contingencia de estos daños, cuya magnitud varía en función de las vicisitudes de cada supuesto lesivo y de cada persona afectada, de manera que en muchos casos resulta injusto reconducir la valoración del daño a unas cuantías tasadas que de ningún modo alcanzan a comprender todas aquellas circunstancias.

En esta misma línea, la jurisprudencia de nuestro TS ha reiterado que los daños morales escapan por su naturaleza a toda objetivación mensurable, por lo que su cuantificación ha de moverse dentro de una "ponderación razonable de las circunstancias del caso, situándose en el plano de la equidad" (SSTS de 2 de febrero de 1980, 29 de enero de 1986, 4 de abril de 1989, 26 de octubre de 1993 y 28 de febrero de 1995). Siendo respetuosos entonces con este criterio jurisprudencial, que además es coherente con la normativa legal y con los principios básicos que rigen la materia, cuales son los de reparación integral del daño y de discrecionalidad judicial en la valoración del mismo, lo correcto es realizar un análisis racional de las circunstancias que concurren en el presente caso para determinar si en función de las mismas cabe deducir la causación de un perjuicio espiritual a la víctima susceptible de una indemnización superior a la tasada en las tablas de referencia. Obviamente, esta es una labor que compete al juzgador de instancia en sede judicial y al órgano instructor en sede administrativa, y desde luego queda fuera de las funciones de un órgano consultivo. Pero, en todo caso, lo que sí puede y debe hacer este Consejo es opinar sobre la existencia y aplicabilidad al caso de preceptos o principios que determinen una mayor cuantificación del daño moral. Para ello habrá que entrar, siquiera sea de forma incidental, en las condiciones particulares del supuesto, sin perjuicio de la alteridad de la competencia para su exacta valoración, según se ha expresado más arriba.

Pues bien, el perjudicado en este caso es un individuo de 78 años en cuyo historial clínico aparece reflejada su afección por dolencias de tipo cardiovascular, hasta el punto de haber sido intervenido quirúrgicamente en tres ocasiones mediante la práctica de *by pass*, en la última de cuyas intervenciones fue cuando se produjo el daño por el que ahora se reclama. También consta en el historial su último ingreso hospitalario en las fechas del 05 al 13 de enero de este mismo año, a consecuencia de un infarto cerebral y un derrame pleural. Por tanto, nos encontramos ante una persona que por razón de sus padecimientos coronarios y circulatorios se ve obligada a estar en contacto casi permanente con los centros de atención especializada a

estas patologías. Y esta persona ha sufrido las consecuencias de una negligencia médica producida precisamente con ocasión del tratamiento de esos problemas. En este sentido, el reclamante manifiesta en el hecho séptimo de su escrito inicial que resultó dañado con secuelas físicas y *sobre todo con una psicológica, como es el miedo a ser intervenido nuevamente o a entrar en un hospital*. Es lógico pensar que un sujeto que ha padecido las consecuencias de un error médico experimente sentimientos de angustia, ansiedad o temor ante la eventualidad de tener que someterse de nuevo a tratamiento médico y, en especial, a intervenciones quirúrgicas. Esos desagradables sentimientos se verán agravados probablemente por la escasez de salud del perjudicado, que le impele a acudir a los servicios sanitarios. A su vez, todo ello puede redundar en un empeoramiento de su delicada salud, máxime cuando ha sido afectado por sucesivos problemas cardiacos que pueden reproducirse y agravarse en situaciones de estrés y nerviosismo. Toda esta situación se resume al fin en una pérdida de calidad de vida y un riesgo de deterioro de la salud que encajan perfectamente en el concepto de daños morales puros, entendidos como aquéllos que se refieren al plano estrictamente espiritual y que carecen de una conexión material con el daño irrogado, pero que sin embargo son consecuencia de aquél desde el punto de vista psicológico.

No se está postulando aquí, insistimos, una usurpación de las funciones de valoración que en este caso corresponden al órgano instructor. Simplemente se apuntan una serie de extremos que constan en el expediente, de los cuales se deduce la necesidad de llevar a cabo esas funciones de valoración más allá de la aplicación rígida de las tablas que recoge el Anexo de la LOSP, no ya por motivos de conveniencia sino por razones de índole estrictamente jurídica como son la imperatividad de hacer efectivo el principio de total indemnidad de los daños y perjuicios con arreglo a los propios criterios legales y la obligación de congruencia que se exige a la resolución que ponga fin al expediente por el art. 89.1 de la LPAC. Dicha resolución debe pronunciarse sobre todas las cuestiones suscitadas a lo largo del procedimiento, entre las cuales se encuentra la petición de una cantidad individualizada en concepto de daños morales que no puede solventarse por la vía del silencio o de la referencia a unas cuantías que incluyen daños morales, dado que esas cantidades se insertan en un sistema de valoración que también recoge la posibilidad de indemnizar daños morales de forma más amplia en función de circunstancias excepcionales concurrentes en el caso concreto.

Finalmente, merece ser considerada la actualización del importe de la indemnización, recogida por la jurisprudencia y por la doctrina del Consejo de Estado como un instrumento más del pretendido carácter integral del resarcimiento. Esa actualización del valor correspondiente a la suma indemnizatoria cabe llevarla a cabo por dos vías, según ha apuntado el Alto Tribunal, vías que son alternativas y por tanto excluyentes entre sí. Bien aplicando el incremento del Índice de Precios al Consumo (I.P.C.) producido entre la fecha de la reclamación y la de abono de la indemnización, o bien sumando al principal de ésta el interés que se entiende devengado por la misma, al tipo legal, entre las dos fechas anteriormente indicadas. Ciertamente se trata de criterios dispares desde el punto de vista cuantitativo, dado que el interés legal del dinero responde a un tipo claramente superior al del incremento del I.P.C., constituyendo en realidad un parámetro de objetivación del lucro cesante, de lo que se hubiera podido ganar teniendo ese dinero desde la fecha de reclamación, y no tanto un criterio de actualización pecuniaria. Esta desigualdad ha venido a corregirse con la modificación recientemente operada en la LPAC, que ha incorporado al texto de su art. 141.3 el criterio de actualización mediante el I.P.C., de modo que a partir de su entrada en vigor los supuestos que hayan de regirse por la nueva redacción se resolverán de acuerdo a esta fórmula, que acaba así con la dicotomía amparada al respecto en sede judicial.

En todo caso, la utilización del parámetro del interés legal como medida de la actualización monetaria, que en puridad rebasa tal objeto y supone una consideración más rigurosa, de orden civilista (en este sentido STS de 2 de febrero de 1995, FJ 6º), del principio de plena compensación, abarcando incluso al presunto lucro cesante, no debe confundirse en ningún caso con el eventual devengo a posteriori de intereses de demora, que se exigirían en su caso sobre el global de la indemnización previamente actualizada y cuya razón de ser estriba en el retraso de la Administración respecto del cumplimiento de una obligación de contenido económico, como es la obligación resarcitoria. Esos intereses son los que se cuantifican con arreglo a lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria (LGP), concretamente en sus arts. 36 y 45. Este último condiciona la exigibilidad de los intereses a la existencia de un retraso en el pago superior a tres meses desde la fecha en que se notifique la resolución por la que se reconozca el derecho a ser indemnizado, pero, constatado dicho retraso, el devengo de los intereses moratorios se retrotrae al momento de presentación de la reclamación, que sería el equivalente de la intimación en el orden civil como determinante de la constitución en mora (art. 1100 CC). Precisamente, el hecho de situar el inicio del devengo de los intereses

moratorios en la fecha de reclamación, unido a la aplicación del tipo legal, es lo que puede generar confusión con los intereses de carácter puramente compensatorio-actualizador de la indemnización, pero en ningún caso se deben confundir unos y otros, puesto que responden a finalidades distintas y además su base de cálculo también varía; en un caso es la cuantía en que se valoran los daños (intereses de actualización) y en otro es el monto global de la indemnización (intereses de demora).

CONCLUSIONES

1. La tramitación de la reclamación planteada debe concluirse conforme a las normas del procedimiento ordinario regulado en el RPRP, dado que existe desacuerdo respecto de uno de los elementos que configuran el objeto del expediente, cual es el de cuantificación de la indemnización procedente, debiendo recaer pronunciamiento expreso sobre la reclamación de resarcimiento de los daños morales.

2. Asimismo, resulta exigible la retroacción de las actuaciones a la fase probatoria para ventilar la proposición de prueba testifical realizada por el perjudicado.