



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 188 / 2004

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de noviembre de 2004.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.V.M., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 197/2004 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es la propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de Salud por los daños causados por su mal funcionamiento.

2. La legitimación de la Excm. Sra. Consejera para solicitar el Dictamen, su preceptividad y la competencia del Consejo Consultivo para su emisión resultan de los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo, en relación el primer precepto con el art. 12.1, de carácter básico, del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas, RPRP, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

3. La persona que deduce la pretensión indemnizatoria está legitimada activamente porque el resultado lesivo consiste en el fallecimiento de su madre con la que convivía. La muerte de una persona con la que se mantiene una comunidad de vida, disuelta por ese óbito, puede eventualmente producir una disminución de ingresos o un desamparo económico para los supervivientes y un daño moral por la

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

ruptura de la íntima convivencia y de los lazos de afecto, presumiéndose este daño moral en sus parientes más directos por línea recta ascendiente o descendiente, prefiriéndose siempre, con exclusión a los demás, a sus allegados más próximos que son los que convivían con la víctima y compartían con ella sus ingresos comunes o dependían de ella económicamente; por lo que se considera que no existe perjuicio indemnizable cuando nadie ha quedado desamparado o disminuido económicamente ni se ha sufrido daño moral, porque se había abandonado en vida a la víctima o roto toda relación con ella.

En el presente caso, la reclamante, que es minusválida era la única hija de la fallecida con la cual convivía, por lo que reviste la condición de allegada más directa de ésta y, por consiguiente, está legitimada activamente para sostener la pretensión indemnizatoria.

El Servicio Canario de Salud está legitimado pasivamente porque a su funcionamiento se le imputa la causación del hecho lesivo. Éste acaeció el día 25 de febrero del año 2002 y el escrito de reclamación se presentó ante la Consejería de Sanidad el 24 de junio de 2002; por ende, la pretensión no puede calificarse de extemporánea, ya que se ha interpuesto antes del transcurso del plazo señalado en el art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

El órgano competente para dictar la resolución es el Director del SCS conforme dispone el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias en relación con el último inciso del art. 142.2 LRJAP-PAC.

4. El procedimiento se inicia con la presentación de la reclamación, el 27 de junio de 2002 por consiguiente, y no por la Resolución de admisión a trámite, producida el 23 de octubre de 2002, cuatro meses después y a falta de tan sólo dos para cumplirse el plazo resolutorio (art. 13 RPRP). Y ello sin perjuicio de que el 28 de agosto de 2002, a los dos meses de la presentación, se recabara de la interesada la mejora de la reclamación, pues no se suspendió el procedimiento a ese fin. Aquélla contesta con la remisión de lo pedido y, además, reiterando la prueba, documental, propuesta en el escrito de reclamación y añadiendo otra testifical, con declaración de la médico que la atendió, del Coordinador del Servicio de Urgencias, de la dotación de la ambulancia que la trasladó al Hospital y de pacientes que se encontraban en dicho Servicio al ingresar su madre.

Por otra parte, se acuerda suspender el plazo, lo que resta naturalmente, en orden a recabar el Informe del Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia (IPF), que se entiende necesario, en particular para obtener otros Informes, entre ellos el del Servicio afectado por el hecho lesivo alegado, por el tiempo que tarde en emitirse. Sin embargo, tal Informe no sólo no es el que preceptivamente ha de recabarse (art. 10 RPRP) y, por ende, no sirve su solicitud como presupuesto para suspender el plazo o su emisión para reanudarlo, sino que, objetivamente y sin perjuicio de que quepa solicitarse para mejor proveer, no resulta fundamental para resolver ni, desde luego, necesario para la obtención de los Informes preceptivos y efectivamente esenciales en el asunto. En todo caso, esta suspensión tiene un máximo de tres meses.

5. El plazo de resolución está largamente vencido, como es obvio, produciéndose la demora por culpa de la Administración actuante, pues se deriva de la reiteración, improcedencia o tardanza en la realización de trámites, o bien, de lapsos considerables de tiempo sin efectuarse actuación alguna con falta total de justificación y sin que se suspenda la tramitación o se amplíe el plazo resolutorio, por más que ello deba hacerse exactamente como previene el art. 42.6 LRJAP-PAC.

En particular, no sólo el Informe del Servicio de IPF se emite pasado el máximo de suspensión posible por este motivo, haciéndose cuando restaba ya poco más de un mes para cumplirse el plazo resolutorio, sino que, pese a que el emitido inicialmente ya contenía un estudio sobre la posible indemnización a conceder, se volvió a pedirse al Servicio que volviera a informar al respecto.

Además, y sólo a causa del contenido del antedicho estudio y pese a que la afectada y fallecida era funcionaria de la Administración autonómica, olvidándose asimismo que la interesada ya había fijado al reclamar la cifra de la indemnización solicitada, razonando su montante mínimamente, se le solicita certificación de haberes de su madre, aunque, a través de su representante, se cumple con lo demandado.

En estas condiciones, habiendo transcurrido más de un año y medio desde la presentación de la reclamación y disponiéndose del material necesario para resolver a lo largo de los primeros meses de la tramitación o dentro aún del plazo resolutorio, resulta chocante que el 18 de marzo de 2004 se dicte Resolución por el instructor acordando la suspensión del procedimiento general y el comienzo del abreviado. Por

demás, pese a ello, resulta notorio que también se ha incumplido el plazo reglamentariamente fijado para resolver éste (art. 17.2 RPRP), entre otras cosas porque la PR se formula tres meses después de que el representante de la interesada, en audiencia, propusiera la terminación convencional, señalando pormenorizada y razonadamente una cantidad como quantum indemnizatorio.

No obstante, puede considerarse correctamente adoptada esta decisión, en aplicación de lo dispuesto en el art. 142. RPRP, así como la realización del trámite de vista y audiencia a la interesada, con apercibimiento de poderse proponer acuerdo indemnizatorio. Al respecto se recuerda que en la documentación ofrecida constaba el Informe del Servicio de IPF sobre la cuantía de la indemnización. Precisamente, conocido éste, el representante de la interesada hizo tal propuesta para terminar el procedimiento convencionalmente, como se dijo, pero la misma no fue aceptada por el instructor, por lo que formula la PR manteniendo el criterio del Servicio de IPF en este tema y tratando de motivar su postura.

6. Sin perjuicio de lo ya advertido sobre la tramitación de los Informes, ha de señalarse que es procedente la realización de este trámite, emitiéndose aquellos que reglamentariamente son debidos y los que, en efecto, hacen al caso, recopilándose y analizándose por el Servicio de IPF, que también opera a la vista de la Historia Clínica de la paciente que se le remitió (Informes de Cardiología, emitido por su Jefe; de Medicina Interna, por la médico que atendió a la paciente y por el enfermero que la recibió en el Servicio de Urgencias; y del Coordinador de éste).

Asimismo y también pertinentemente se incorporaron al expediente las actuaciones, efectuadas por la Inspección médica, realizadas a raíz de los hechos por investigación interna y ante reclamación de los parientes de la paciente fallecida, constandingo declaraciones de los facultativos antedichos hechas ante el inspector actuante y ante sus preguntas, salvo el Jefe de Cardiología por obvio motivo, y los correspondientes Informes de los inspectores.

No obstante, no se efectuaron actuaciones en relación con el Centro de Salud de la paciente, en cuanto que ésta tenía antecedentes de su dolencia y, más aún, tenía cita con especialista en cardiología al entenderse que sus dolores eran sintomáticos de enfermedad cardiaca, ni con la dotación de la ambulancia que la trasladó desde su domicilio al Servicio de Urgencias, por más que consta su Informe en el expediente, máxime conocida la sorprendente opinión, por minusvalorativa sin más

que por su propia condición, que se tiene en el Servicio de Urgencias del Hospital de tal Informe o de la opinión de estos técnicos o trabajadores.

II

1. El 24 de febrero de 2002, a las 22,56 horas, la madre de la reclamante, de 49 años de edad, fue trasladada en ambulancia al Servicio de Urgencias de un Hospital del SCS porque, según el personal médico de la ambulancia, presentaba los síntomas de un infarto de miocardio. Allí fue recibida por un enfermero que diagnosticó que padecía una crisis de ansiedad y permaneció sentada en una silla de ruedas sin recibir ningún tipo de asistencia hasta la una de la madrugada del día siguiente, momento en que examinada por una médica, sufre una pérdida de consciencia y experimentó una crisis convulsiva, lo cual a pesar de todos los intentos de reanimación condujo a su fallecimiento a las 2,15 horas de ese mismo día.

Como se recoge en el antecedente de hecho tercero de la propuesta de resolución, en la asistencia sanitaria prestada a la paciente con dolor torácico a su llegada al Servicio de Urgencias del Hospital no se cumplió con la obligación de asistirle con todos los medios diagnósticos y terapéuticos que su patología requería, disponibles y existentes en el Hospital, no cumpliéndose ni aplicándose el protocolo médico para los casos de dolor torácico, mediante la realización entre otras pruebas de un electrocardiograma para la determinación de su etiología, sin que tampoco exista causa que justifique la demora producida en la atención médica urgente que su estado requería.

La obligación del servicio público de salud no es la de garantizar el resultado de la curación de los pacientes, dado el álea inherente a la práctica médica, determinado por varios factores entre los que se encuentra la diferente constitución de los parientes y la relatividad del conocimiento médico, que no es una ciencia exacta. La obligación del servicio público de salud, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia, consiste en la de proporcionar todos los medios disponibles y adecuados, según la *lex artis ad hoc*, para conseguir la recuperación total (o parcial si la primera no es posible) del paciente.

En el presente supuesto esta obligación se omitió absolutamente sin que mediara causa de fuerza mayor. Se trata de un caso patente de funcionamiento anormal del servicio público de salud.

La afectada es, en efecto, recibida por un enfermero, pues la recepción en el Servicio, que se hace por un médico o estando éste disponible para ello durante el resto del tiempo, a partir de las 22 horas y hasta las 8 del día siguiente, se efectúa de este modo. Tal enfermero, pese a que se reconoce que no puede ni debe hacer diagnósticos y, por ende, determinar la dolencia de que se trata y su posible tratamiento, incluyendo la urgencia del mismo, al menos para confirmarla o constatarla, sin embargo es quien decidió qué puede tener la paciente y cual es su estado y, por tanto, cómo ha de ser tratada y cuándo.

Ciertamente, existen determinadas normas o protocolos de ingreso y atención a pacientes que llegan al Servicio, pero, en la práctica depende del enfermero receptor, porque de hecho él decide cuál es el que debe aplicarse y cómo debe procederse seguidamente. En este caso, tras tomarle las constantes vitales y pese a los datos disponibles y los que podían ser obtenidos al constar en el SCS, el enfermero decidió que no existía realmente dolor torácico, sino mera crisis de ansiedad, y tampoco lo dio relevancia a unas cifras de tensión anormales y, por ello, preocupantes o significativas, señalando que cumplió con su deber de comunicarlo al avisar en voz alta y a quien quería oírle esta circunstancia, no pudiendo hacerlo de otra manera por el trabajo existente. Por similar razón y dado lo que consideró procedía hacer, dejó la Historia abierta, sin más comprobación o completación, en el sitio previsto a ese fin y colocó a la paciente en espera de atención sentada en una silla, sin hacerle prueba alguna, en especial una ECG, y sin urgencia alguna, teniendo otras labores que atender y habiendo otros pacientes de urgente tratamiento.

En este orden de cosas y por más que sea habitual o aún forzado por defecto de plantilla o alguna otra causa organizativa o interna, como se reconoce por los propios facultativos, incluso directamente y proponiendo solución, es cuestionable que la recepción de enfermos con el Servicio de Urgencias, que la propia Administración gestora considera procedente que la haga un médico porque así es gran parte del día, se efectúa por un enfermero el resto del tiempo, siendo alguien no cualificado para diagnosticar y/o tomar decisiones propias de médico, que tiene prohibido hacer por demás; lo que supone un riesgo de daño al paciente que, de plasmarse, cuando menos éste no tiene que soportar.

En realidad, el enfermero que recibe al enfermo condiciona el protocolo o normas a aplicar, con las pruebas correspondientes y con la comunicación a un médico del estado o dolencia del paciente, afectando a la salud del mismo y a su

asistencia, uno u otra y con urgencia o no, pues depende en exclusiva y, a su leal saber y entender, de su observación de aquél y de su valoración de los datos proporcionados por él o por otra fuente.

Por otro lado y como pone de manifiesto el Jefe del Servicio de Cardiología, no parece adecuado, generándose un riesgo cuya plasmación en daño sólo cabe imputar al Servicio, que, habida cuenta del volumen de asistencia de este tipo prestado, en constante aumento, y el índice de resultado de muerte por enfermedades cardiológicas, no se prevea la existencia de un especialista en cardiología en el Servicio de Urgencias, incluso en la recepción de enfermos, pues la prontitud del diagnóstico y el consiguiente tratamiento urgente es determinante para su posible éxito, por más que no sea seguro.

Si se hubiera prestado a tiempo la actuación médica debida, el resultado luctuoso tanto se habría evitado como lo contrario. En este último caso no respondería el servicio de salud porque el ámbito de su funcionamiento comprende el prestar asistencia sanitaria, no garantizar su éxito. Pero lo indubitado es que el retraso grave de la actividad terapéutica debida permitió que ese resultado se produjera ineluctablemente, el cual precisamente se quiere evitar con la aplicación inmediata de las medidas del protocolo correspondiente a pacientes con dolor torácico intenso. Esa tardanza terapéutica garantizó la producción inevitable del hecho lesivo, por lo cual debe ser calificado como su causa.

Esta conclusión no la destruye la imposibilidad de conocer si el fallecimiento habría sido inevitable aun en la hipótesis de que el servicio hubiera funcionado normalmente. En primer lugar, porque, como se acaba de señalar, lo que sí es seguro que el retraso en prestar la asistencia debida conduce inevitablemente a la muerte de la paciente. En segundo lugar, porque en el expediente no figura ninguna prueba o informe médico que sustente tal probabilidad. Ante la omisión de la asistencia debida le corresponde a la Administración probar que el resultado lesivo se habría producido igualmente de mediar aquella. Únicamente la prueba cabal de este extremo, cuya carga corresponde a la Administración del Servicio que funcionó anormalmente, permitiría entrar a analizar que la lesión no le es imputable por ausencia del nexo de causalidad.

Por tanto, se ha de coincidir con la PR al entender que existe responsabilidad porque el daño causado, incluyendo la inasistencia producida, con lo que ello

comporta de padecimiento y sufrimiento, y el resultado fatal, que no pudo evitarse al final pero que pudo serlo, es imputable al Servicio, por actuación omisiva indebida según normas aplicables y no justificada.

III

1. El art. 141.2 LRJAP-PAC dispone: “la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso las valoraciones predominantes en el mercado”.

Ni la legislación de expropiación forzosa ni la legislación fiscal proporcionan criterios de valoración para la indemnización de daños personales. Los arts. 1.902 y 1.106 del Código Civil tampoco. La vida es *res extra commercium*. Los únicos criterios legales existentes para la determinación de esa indemnización son los del Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCV), a los cuales recurre la jurisprudencia del Tribunal Supremo como criterios orientadores para fijar la indemnización por daños personales en los supuestos de responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos (SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de diciembre de 1997 y 17 de noviembre de 2003, Ar. 1997/9422 y 2004/664).

Por lo demás, tanto la reclamante como la propuesta de resolución coinciden en que se ha de recurrir a los criterios del Anexo de la LRCV para cuantificar la indemnización. Sin embargo, mientras la primera mantiene que se han de aplicar las cuantías de la Resolución, de 9 de marzo de 2004, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones; la segunda, citando el art. 142.3 LRJAP-PAC, aplica las cuantías de la Resolución, de 21 de enero de 2002, de la misma Dirección General, con base en el hecho de que el óbito acaeció el 25 de febrero de 2002, sin perjuicio de su actualización a la fecha de la resolución final con arreglo al índice de precios al consumo (IPC) fijado por el Instituto Nacional de Estadística (INE).

La discrepancia no es fundamental por lo siguiente: El art. 141.3 LRJAP-PAC establece que la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al IPC fijado por el INE.

Esto significa que, tomando como base el valor del bien o derecho lesionado a la fecha de la producción del perjuicio, la resolución final debe actualizarlo conforme al IPC. De ahí que la propuesta de dicha resolución debe proceder por ella misma a esa actualización, tal como ordenan el art. 12 RPRP en relación con el art. 13.2 del mismo. En efecto, este último precepto dispone que la resolución final necesariamente se pronunciará entre otros extremos sobre la cuantía de la indemnización y el primer precepto citado ordena que la propuesta de resolución que se someta a dictamen se ajuste a lo dispuesto en dicho art. 13 RPRP. El art. 12.2 insiste en que el Dictamen se pronuncie sobre la cuantía de la indemnización.

Por consiguiente, tanto la propuesta de resolución como esta misma deben fijar la cuantía actualizada de la indemnización, conforme al IPC.

Esta operación no es particularmente complicada cuando se utilizan los criterios del baremo del Anexo de la LRCV, porque el Apartado 1º.10 del Anexo establece que se revaloricen expresa y anualmente sus cuantías indemnizatorias y, en su defecto, *ope legis* quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje del IPC correspondiente al año natural inmediatamente anterior. En cuyo caso para facilitar su conocimiento la Dirección General de Seguros dará publicidad a dichas actualizaciones.

En definitiva, según los arts. 141.3 LRJAP-PAC y 12 y 13 RPRP la resolución final y su propuesta deben fijar la cuantía de la indemnización actualizada conforme al IPC.

Según el apartado 1º.10 del Anexo de la LRCV las cuantías de las indemnizaciones que fija se actualizan automáticamente con arreglo al IPC. La Resolución de la Dirección General no hace más que dar publicidad a dicha revalorización *ope legis*.

De ahí que si para fijar la cuantía de una indemnización por un fallecimiento acaecido en el año 2002 se haya de recurrir a las cuantías actualizadas del año 2002 y luego actualizarlas conforme a los incrementos del IPC correspondientes a los años transcurridos hasta la fecha en que se va a dictar la resolución final, esos incrementos ya están realizados *ope legis* y calculados por la última Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones que los hace públicos; por lo que es indiferente que el cálculo de la cuantía de la indemnización se realice conforme a la última de estas Resoluciones publicadas.

En cuanto a los criterios del cálculo de la indemnización se ha de coincidir con la propuesta de resolución en que se ha de aplicar, en primer lugar, en el de la Tabla I, Grupo III.1, víctima menor de 65 años sin cónyuge por hallarse separada legalmente, con una sola hija menor de 25 años a la fecha del óbito: 75.231,70 €.

Esta cifra se ha de incrementar en el porcentaje correspondiente a los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal en concepto de factor de corrección por perjuicios económicos. Puesto que esos ingresos netos se encontraban en el año 2002 en el segundo tramo de la Tabla II del Anexo, la cifra anterior se ha de incrementar, como hace la propuesta de resolución en un 25%.

$$75.231,70 \times 25 : 100 = 18.807,92$$

$$75.231,70 + 18.807,92 = 94.039,62$$

Como la reclamante es una persona afectada por una minusvalía acusada (del 40%) anterior al óbito y en la fecha de éste hija mayor con menos de 25 años, la anterior cantidad ha de ser incrementada, como señala la propuesta de resolución, en un 75% en concepto de factor de corrección por circunstancias familiares especiales:

$$94.039,62 \times 75 : 100 = 70.529,71$$

$$94.039,62 + 70.529,71 = 164.569,33$$

Sin embargo, aun no siendo aplicable la indemnización de 7.523,169 euros que se solicita porque la reclamante es hija de la afectada, ha de ajustarse el montante calculado de desamparo de la interesada, así como por las circunstancias del caso y su propia naturaleza, relativa al malfuncionamiento de un servicio público, siendo en este sentido y con este fundamento, con apoyo jurisprudencial al respecto, pertinente el incremento de dicha cifra en el porcentaje del 20%, con lo que el montante de la indemnización sería de 197.483,19 euros.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, salvo en el extremo en que fija la indemnización en 154.229,78 euros, cuando debe actualizarla hasta la cifra de 164.569,33 euros y añadirsele a esta cantidad el resultado de aplicársele un 20%,

conforme se ha expuesto, siendo el montante de la indemnización de 197.483,19 euros.