



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 187/2005

(Sección 1ª)

La Laguna, a 30 de junio de 2005.

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 D.R.V., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario: Mala praxis. Rotura involuntaria del paladar (EXP. 167/2005 IDS)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. La competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen se derivan de los arts. 11.1.D.e), 11.2 y 16, todos ellos de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por R.D. 429/1993, de 26 de marzo.

2. La reclamación se presenta ante el Cabildo Insular de Tenerife por D.R.V., mediante representante, el 28 de enero de 2004, en relación con un hecho lesivo ocurrido en junio de 1987, con ocasión de una operación programada para corregirle sinusitis crónica y tabique nasal desviado, la cual se realiza en el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario de Canarias (el Hospital) dependiente entonces del referido Cabildo.

La presentación se efectúa tras una serie de vicisitudes que comienzan con diversos tratamientos por el resultado problemático de tal operación, no resolviéndose la sinusitis del paciente y produciéndose una fístula en su paladar,

---

\* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

primero en el propio Hospital y, al no ser exitosos los efectuados, en otros Centros hospitalarios, con consultas en los Hospitales de La Candelaria y El Pino, primero, e intervenciones en el Hospital Gregorio Marañón de Madrid, finalmente.

Presentada una querrela y tras no prosperar, pese a reconocerse por el juez la existencia del hecho lesivo, con el daño denunciado, y su conexión con el funcionamiento del servicio, por no considerarse constitutivo de ilícito penal, se plantea una acción civil de responsabilidad que culminó al oponerse a su tramitación el Cabildo, en decisión de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, de octubre de 2003, con ulterior Auto denegando la solicitud de aclaración posterior, en el sentido de que la Administración competente para decidir inicialmente este asunto, por la vía administrativa y, por ende, contenciosa en su caso, era el Cabildo Insular de Tenerife.

En el escrito de reclamación se reseñan todos estos acontecimientos, incluyendo los detalles de la primera intervención quirúrgica y, a instancia de mejora del Servicio Canario de la Salud se acompañan los antecedentes jurisdiccionales antes indicados, debiéndose hacer constar que, salvo las calificaciones relativas a la actuación del cirujano interviniente en aquélla, y, en principio, el efecto del retraso en presentarse dicha reclamación (cuestión sobre la que se volverá), existe acuerdo general sobre la consistencia, orden y efectos de tales sucesos.

3. Está legitimado para reclamar, como interesado al sufrir un daño físico a consecuencia, se alega, de recibir asistencia sanitaria pública, D.R.V., pudiendo actuar mediante representante apoderado al efecto (art. 32.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC), como es el caso. Y, según se expondrá enseguida, ha de tramitar y resolver el procedimiento de responsabilidad el Servicio Canario de la Salud. Por otro lado, se cumplen los requisitos legales del daño por el que se reclama, pues es efectivo, personalmente individualizado y económicamente evaluable.

Se reclama una indemnización de 72.121,45 €, calculada sobre la base de la valoración del daño hecha, en función de informes forenses, en el Auto de sobreseimiento de la querrela antes indicada, considerándose estabilizado el daño producido el 31 de enero de 1993, pero con la secuela de fístula con prótesis palatina, y aplicándose orientativamente el baremo de seguros de accidentes de automóvil.

Por otra parte, dada la gran diferencia de tiempo entre la ocurrencia del hecho lesivo y la presentación de la reclamación, por más que pueda en cierto modo explicarse por las anteriormente sintetizadas vicisitudes del caso, cabría plantearse la eventual prescripción del derecho a reclamar, contando un año a partir de la curación o la estabilización del daño y la determinación de las secuelas, conectada esta circunstancia a la interposición de la querrela y de la acción civil planteadas y su eventual efecto de interrupción del plazo de dicha prescripción.

Sin embargo, pese a plantearse esta eventualidad por el Consorcio Sanitario de Tenerife (el Consorcio), en una intervención que sólo forzosamente cabría admitir en este procedimiento, por lo que se expondrá, el Instructor corrigió su inicial decisión a la vista del informe del Servicio Jurídico de la Administración al respecto, corrección que ha de entenderse acertada por las razones expuestas en ese informe, esencialmente adecuadas como se observará luego.

4. En todo caso, similarmente al supuesto al que se refiere el expediente 160-05 IDS, cuya correspondiente acción consultiva se ha realizado inmediatamente antes que la presente, por Acuerdo de su Presidencia el Consorcio (Organismo que se crea por Convenio entre el Cabildo de Tenerife y la Administración autonómica para gestionar, entre otros, el Hospital, en sustitución del HECIT, pasando ese Hospital a integrarse en el sistema sanitario público de Canarias, dirigido y gestionado por el Servicio Canario de la Salud, Organismo autonómico que presta, a todos los efectos, el servicio público sanitario de titularidad autonómica) se inhibe de conocer la reclamación a favor del mencionado Servicio Canario de la Salud, pero, al tiempo, solicita que el Consorcio sea tenido como parte interesada del procedimiento al producirse el hecho lesivo en un Centro por él gestionado y que entonces lo era por la Administración que al efecto sustituye, titular también del mismo.

Pues bien, precisamente por los motivos expuestos en el Dictamen que culminó la tramitación de la función consultiva antedicha, es en efecto procedente que sea el Servicio Canario de la Salud quien tramite y resuelva el procedimiento para decidir sobre la reclamación presentada, pues resulta que es la Administración quien ha de responder por la prestación del servicio público de que se trata frente a los usuarios, relacionándose a este fin directamente con ellos como gestor del mismo, aunque se realice en el Hospital y éste lo gestione el Consorcio; pero no lo es que éste sea parte en el procedimiento, y mucho menos al nivel de quien propiamente lo es, el

afectado, que reclama frente a la Administración responsable por un daño producido por el funcionamiento del servicio que ésta presta.

Por tanto, el Consorcio, en el que se integra además la Administración sanitaria autonómica, que es quien instruye y decide el procedimiento, no presta el servicio afectado, ni tampoco otro adicional o distinto de éste, de modo que no sólo no puede decidir, ni responder, es claro, al efecto, sino que no es interesado en dicho procedimiento.

En realidad, ni siquiera cabría que el Consorcio interviniera en la limitada forma que se contempla en el art. 18.2 RPAPRP, pues, en puridad, con el Convenio de creación del Consorcio no se establece el supuesto prevenido en el apartado 1 del citado artículo. Por tanto, la intervención ha de hacerse tan sólo como se indica en el Dictamen antes mencionado, si bien -forzadamente, pero en esta línea- podría admitirse que el Consorcio expusiera su versión de los hechos en informe complementario y conjunto al del Servicio actuante.

Justamente, esto es lo que en definitiva ha ocurrido en esta ocasión, informándose únicamente por el Servicio Jurídico del Consorcio sobre el supuesto que nos ocupa en la línea apuntada precedentemente y con el efecto inicial referido, no volviendo a hacerlo luego en el procedimiento, incluso cuando su tesis de prescripción de la acción de reclamar fue finalmente rechazada.

## II

1. El procedimiento ha de considerarse iniciado con la presentación de la reclamación por el interesado (arts. 142.1 LRJAP-PAC y 4.1 RPAPRP), debiéndose haber producido la rápida remisión, por las circunstancias descritas precedentemente, del escrito correspondiente, con el expediente al que se refiere, del Consorcio al Servicio Canario de la Salud, no haciéndose sin embargo hasta varios meses después de tal presentación, pues sólo el 18 de junio de 2004 se remite por éste al reclamante el pertinente acuse de recibo, cuando el plazo resolutorio está próximo a vencer.

Además, se requiere la mejora de la solicitud, recabándose la remisión de datos que, no obstante, ya debieran constar en el mencionado expediente y no siendo procedente que se advierta al interesado que se le considerará desistido de no aportarlos, por la propia naturaleza de aquéllos y por la antedicha razón.

En todo caso, el reclamante aporta la documentación requerida, aunque ya en el escrito inicial había pedido el recibimiento a prueba, indicando como medios probatorios a utilizar la historia clínica del afectado, tanto la del Hospital como la del Hospital Gregorio Marañón, y las Diligencias 538/94, resueltas por el Auto ya mencionado con anterioridad, pero que se considera de contenido relevante a los fines de este procedimiento.

2. Explicablemente por las circunstancias del caso, el procedimiento se ha tramitado singularmente en lo que se refiere a la fase de instrucción, no efectuándose los trámites de informe (art. 10 RPAPRP) y de prueba (arts. 9 RPAPRP y 80.2 LRJAP-PAC). En el expediente constaba suficiente información sobre el desarrollo de los acontecimientos, incluso proporcionada por el Servicio o por el cirujano actuante, en especial respecto del daño producido, conociéndose el motivo de su acontecer, su concreta causa y sus efectos, así como las actuaciones subsiguientes que en él inciden, culminando con el estado actual del enfermo, que permanece con la sinusitis original y tiene estabilizada su situación respecto a la fístula que se le creó en el paladar en la primera intervención, pero quedando la misma como secuela. Y, en esta línea, se han de dar por ciertos, como hace el Instructor, los hechos alegados por el interesado.

No obstante, el Instructor solicita la opinión, pudiéndose considerar trámite informativo en relación con el Servicio fundamentalmente afectado en este caso, del Consorcio sobre los hechos. En consecuencia y a través de su Servicio Jurídico, conociendo evidentemente el origen, desarrollo y efectos de aquéllos, aquel contesta sosteniendo -vistas las fechas de la operación inicial, determinación del daño y su secuela, actuaciones judiciales y presentación de la reclamación, en conexión con la legislación aplicable sobre el plazo de ejercicio del derecho a reclamar, tanto la local, como la general de carácter administrativo- que tal plazo ha vencido y, por tanto, ha prescrito la acción, procediendo no tramitar la reclamación. Y ello, pese a admitir, como no podía ser de otra manera a la vista del Auto de resolución de las Diligencias Previas, al que se refiere expresamente, que existe daño y relación de causalidad entre éste y el funcionamiento del servicio prestado, por más que la actuación causante fuese accidental y no constitutiva de reproche penal.

3. Asumiendo sin más la postura del informe del Consorcio, el Instructor formula una Propuesta de Resolución por la que propone no admitir a trámite la reclamación,

al estar prescrita la acción al efecto en 1992, 1998 o, en el mejor de los casos para el interesado, 2003, según se considere que el daño se conoció en 1991 o se curó en 1993, y que el plazo de prescripción de la antedicha acción se interrumpió por la presentación de la acción penal realizada en 1994, pero no produciendo este efecto la acción civil a continuación ejercida y culminada con la Sentencia del Tribunal Supremo ya conocida.

Sin embargo, aparte de que la Resolución a producir en esta eventualidad no sería la que se propone, sino la procedente según dispone el art. 42.1, segundo párrafo, LRJAP-PAC, resulta que sometida la Propuesta a informe del Servicio Jurídico, éste niega que se hubiere producido la prescripción de que se trata, partiendo de que la normativa aplicable al caso en estos momentos es la antes citada Ley. Así, por un lado, el plazo ha de contarse desde que se estabilizó la enfermedad y se determina su posible secuela, lo que ocurre según el Auto de referencia el 31 de enero de 1993, según determina el informe forense al respecto, razonablemente y sin contradicción. Y, por el otro, tal plazo se interrumpe, con efectos de recuento porque no se trata de una suspensión, tanto por la presentación de la querrela, como por la acción civil ejercida por el interesado.

Consecuentemente, el Instructor modifica su criterio y resuelve la admisión a trámite de la reclamación con base en los argumentos, pero adecuadamente perfilados y complementados, con cita del contenido de Sentencias del Tribunal Supremo al respecto, del Servicio Jurídico. Lo que se entiende conforme a Derecho como se adelantó, cualquiera que fuese la normativa aplicable, aunque este Organismo ha considerado que en cuestiones procedimentales se aplica la normativa vigente en cada momento (disposición transitoria segunda LRJAP-PAC), sin perjuicio de que, en las de fondo, lo fueren las vigentes al suceder el hecho que trae causa.

Toda norma aplicable al respecto determina, similarmente, tanto que el plazo de prescripción es de un año, como que el comienzo del mismo, tratándose de daños físicos, se produce al curarse la lesión o determinarse el alcance de sus secuelas; mientras que es constante la Jurisprudencia que equipara curación y, en su caso, estabilización no mejorable de la enfermedad del afectado, y admite el efecto interruptivo de los procesos judiciales -no sólo penales, sino también civiles, salvo casos concretos de manifiesta inadecuación de su instancia- del plazo para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por tanto, es lo cierto que ese plazo ha de computarse a partir del 1 de febrero de 1993 y que aunque no se trate aquí de una cuestión de caducidad -siendo éste un instituto similar a la prescripción por su efecto impositivo para actuar pero diferente en cuanto quepa o no reiniciar esa actuación por el afectado y, fundamentalmente, generador del antedicho efecto, como confusamente se dice en el informe del Servicio Jurídico- dicho plazo se interrumpe por el ejercicio de una acción penal. En consecuencia, finalizado el proceso no se produce la continuación del cómputo del mismo eventualmente iniciado, sino su comienzo de nuevo, pues la interrupción es distinta de la mera suspensión del plazo, asociándose aquella, como señala el Tribunal Supremo, al concepto de la *actio nata*. Esto es, al momento en que nace la acción, que no puede ser otro que aquél en el que se conocen los hechos para ejercerla debida y adecuadamente, no ocurriendo tal cosa hasta que tramitándose un proceso penal sobre esos hechos no se resuelve el mismo.

Por idéntico motivo, también se interrumpe el plazo, con igual efecto sobre su cómputo, incluso si es a continuación, por la interposición de una acción civil, salvo abuso evidente al respecto, como aclara el propio Tribunal Supremo, de modo que sea manifiestamente improcedente para el caso la demanda planteada; lo que sin duda no sucede en esta ocasión como es patente, a partir de los términos del Auto resolutorio de las Diligencias penales y de la necesidad de actuar la Sala del Conflictos del Tribunal Supremo.

4. Vistos los datos obrantes en el expediente y el contenido, no sólo del aludido Auto sino también del propio informe del Consorcio, el Instructor -aunque desde luego vencido el plazo resolutorio, cualquiera que sea el momento en que se inicia en este supuesto- decide formular una Propuesta de terminación convencional del procedimiento, proponiendo la asunción de la responsabilidad patrimonial de la Administración gestora del servicio sanitario prestado, el Servicio Canario de la Salud, y la subsiguiente concesión de una indemnización de 63.190,30 €; cuantía determinada en función de la actualización de la cantidad que, previa valoración forense de los daños y perjuicios, se contiene en el antedicho Auto de 1998, ajustada al caso pese al carácter orientativo del baremo utilizado al efecto.

Esta Propuesta de Acuerdo se notifica al reclamante, como es correcto en orden a conocer su conformidad y consiguiente efectiva existencia de la misma como posible culminación del procedimiento, y también, erróneamente al considerarlo

parte, al Consorcio, cuando no lo es, como se dijo, y menos a los efectos aquí pretendidos, siendo irrelevante su acuerdo o no al respecto. En todo caso, no consta respuesta del Consorcio, mientras que el reclamante comunica que está conforme con el contenido de la Propuesta, no constando, por cierto, que se sometiera la misma, posteriormente a ser convenida por las partes, a informe del Servicio Jurídico.

### III

1. Pese al defecto procedimental señalado precedentemente, que no es determinante para que no pueda adoptarse la decisión sobre el fondo del asunto en este concreto caso y que, por demás, no es imprescindible aquí para el adecuado pronunciamiento de este Organismo, cabe sostener que es conforme a Derecho la Propuesta de Acuerdo sometida a su Dictamen.

Así, visto el contenido del expediente remitido junto a la solicitud de aquél, especialmente la documentación concerniente a las Diligencias penales previamente tramitadas, empezando por el Auto resolutorio, ha de considerarse que se dan todos los elementos legalmente determinados para la exigencia de responsabilidad al Servicio Canario de la Salud, como gestor del servicio público sanitario de carácter general y ordenado por la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

Así, debe reconocerla aun cuando los hechos sucedieran con anterioridad y debidos a la actuación de un servicio sanitario diferente, pero que se asume a todos los efectos al integrarse en el autonómico, sucediendo aquellos en un Centro de otra titularidad, en el presente y cuando acontecieron, pero que ahora presta este servicio público general y único bajo su dirección y formando parte del sistema que lo actúa.

Todo ello sin perjuicio de que, dadas las circunstancias y en caso de existir previsión al respecto, pueda pretender resarcirse luego de dicho titular, de acuerdo con las estipulaciones del Convenio sobre la integración del Hospital y de creación del Consorcio, del que es miembro, se recuerda, la Administración autonómica, y sobre la financiación de la prestación del servicio sanitario en dicho Hospital.

2. En cualquier caso, está acreditada la producción del hecho lesivo, con su causa y efectos, ocurriendo en el ámbito y con ocasión de prestarse el servicio, de

modo que está constatada su relación con el funcionamiento de éste y la imputabilidad plena de su causa al gestor, sin intervención del interesado o un tercero que al menos pudiera limitarla por concausa, pues la lesión sucede tan sólo por la prestación del servicio y la consiguiente actuación médica respecto al paciente.

En este sentido, siendo en principio indiferente a los fines que interesan la existencia o no de culpa, en cuanto al carácter de objetividad de la responsabilidad exigible, máxime en el servicio sanitario, por sus peculiaridades ya conocidas y expuestas en la Doctrina de este Organismo, se produce la lesión al ser el interesado intervenido quirúrgicamente para curarle problemas nasales y, accidentalmente, golpearle el cirujano con un instrumento usado al efecto en el paladar, apareciendo un agujero y, al no solucionarse pertinentemente este defecto, la ulterior generación de una fístula en la zona, con lo que ello comporta y conlleva, persistiendo hasta la actualidad con medidas variables y necesidad de prótesis palatina no plenamente eficaz.

Por tanto, es la acción del médico, inmediata en cuanto al inicio del problema y, luego, en la continuada actuación subsiguiente para resolver el problema creado, quien ocasiona directamente el daño y su secuela, no solucionable posteriormente, pese a intentarse en un Centro más preparado y por especialistas más adecuados al caso, sin tener relevancia si la actuación inicial fue o no correcta o ajustada a la *lex artis* o no.

Así, de serlo pero no existir consentimiento debidamente informado del paciente, aun cuando aceptara ser operado dos veces por el Servicio actuante del Hospital, ello no tiene efecto exoneratorio, no constando que lo hiciera por escrito o que se le informara de la consistencia, alternativas y riesgos de las operaciones, sobre todo de la primera y desencadenante de todo el proceso asistencial posterior.

Aunque la producción del agujero fuese accidental y no implique *per se* la impericia del cirujano, no puede tampoco obviarse que se cometió un error en la maniobra que no puede calificarse de inevitable, ni siquiera de esperable, pues el riesgo ordinario al respecto es dañar el tabique intervenido, pero no el paladar, aunque el fallo no sea merecedor de reproche penal, ni aun administrativo.

## **C O N C L U S I Ó N**

Es conforme a Derecho la Propuesta de Acuerdo convenida y sometida a Dictamen de este Consejo, tanto en la asunción de responsabilidad por la Administración, cuanto en la cuantía de la indemnización.