



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 191/2005

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de julio 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 M.C.N.D., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario: Mala praxis: Resto quirúrgico (EXP. 165/2005 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 de un Organismo Autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud. De la naturaleza de esta Propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los arts. 12.3 y 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación este último precepto con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

2. En el presente expediente se cumple el requisito de legitimación activa de la reclamante, al pretender el resarcimiento de un daño cuyo origen imputa a la asistencia sanitaria que le fue prestada por un Centro dependiente del Servicio Canario de Salud, y de legitimación pasiva de la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

* **PONENTE:** Sr. Suay Rincón.

La atención sanitaria de la que trae causa el presente expediente fue prestada el 19 de julio de 2002 y como consecuencia de la misma hubo de practicarse una segunda intervención quirúrgica el 4 de octubre del mismo año. Por consiguiente, la reclamación presentada el 28 de julio de 2003 no puede ser calificada de extemporánea, de conformidad con lo previsto en el art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

El órgano competente para instruir y proponer la Resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.a) del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de Salud.

La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

Por lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, se han observado los trámites legal y reglamentariamente previstos, con la excepción del plazo para resolver, lo que resulta particularmente significativo si se tiene en cuenta que la Administración acordó la suspensión del procedimiento general y la apertura del procedimiento abreviado en aplicación de lo previsto en los arts. 142.3 LRJAP-PAC y 14.1 del Reglamento de desarrollo. No obstante, ello no impide la resolución del procedimiento, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 43.4.b) LRJAP-PAC.

II

1. El procedimiento se inicia el 28 de julio de 2003, fecha en que tuvo entrada en la Secretaría General del Servicio Canario de Salud el escrito presentado por M.C.N.D. en el que reclama el resarcimiento de los daños producidos como consecuencia de una deficiente asistencia sanitaria.

Los hechos en que se fundamenta la reclamación son los siguientes:

M.C.N.D. fue remitida al Servicio de Ginecología del Hospital Universitario de Canarias desde la Policlínica de Ginecología de dicho Hospital bajo el diagnóstico de mamografía sospechosa de malignidad para la realización de una biopsia de mama tras localización bajo ecografía. Con esta finalidad, fue ingresada en el mismo Centro hospitalario el día 18 de julio de 2002 e intervenida al día siguiente, causando alta el día 20 del mismo mes.

Una vez llevada a cabo la biopsia, comenzó a sentir un gran malestar y dolor en la mama intervenida que aumentaba a los más pequeños movimientos de los miembros superiores, así como cuando al dormir giraba el tronco y hacía recaer el peso en la zona pectoral. Refiere también que de forma repentina y sin justificación alguna sentía picotazos en la mama intervenida que le provocaban gran malestar y dolor, además de una enorme angustia y preocupación por desconocer la causa del dolor y la imposibilidad de llevar a cabo sus actividades habituales.

La reclamante se personó en varias ocasiones en el Servicio de Ginecología del Hospital quejándose de dicho dolor, donde le manifestaron que era imposible que le doliera y sin practicar prueba alguna la remitieron a su domicilio, hasta que finalmente, dado su malestar y angustia, le realizaron una radiografía y le detectaron la presencia de un resto del anzuelo utilizado durante la ejecución de la biopsia. La extracción de este material requirió una nueva intervención que se practicó el 4 de octubre de 2002.

La reclamante alega que se ha producido una defectuosa asistencia sanitaria, así como una negligente actuación de los servicios médicos que le ha ocasionado no sólo la imposibilidad de llevar a cabo su actividad habitual desde la fecha de la primera intervención hasta la fecha de la segunda, sino además un daño moral producido por el dolor continuo, la evidente preocupación y angustia hasta que fue localizada la causa del dolor, la necesidad de someterse a una segunda intervención quirúrgica así como el tener un cuerpo extraño en su cuerpo, lo cual supone una violación del derecho a su integridad física.

2. Los hechos relatados por la interesada en su escrito de reclamación constan acreditados en el expediente mediante la documentación integrante de la historia clínica. La paciente fue inicialmente intervenida el 19 de julio, haciéndose constar en el pertinente informe quirúrgico que se procede a disecar el nódulo siguiendo el anzuelo y que se comprueba "anzuelo completo". El posterior día 6 de septiembre,

es valorada en consultas externas del Servicio de Ginecología, donde se aprecia que la paciente continúa con sintomatología dolorosa, por lo que se solicita mamografía, prueba que permite apreciar en posterior consulta del día 20 de septiembre la presencia de un trozo de anzuelo, por lo que se firma propuesta para su extirpación con anestesia local, que fue llevada a cabo el día 4 de octubre.

No consta sin embargo en la citada historia clínica referencia alguna a las reiteradas consultas a las que acudió la reclamante, según indica en su solicitud, una vez practicada la intervención del 19 de julio de 2002 y con anterioridad al 6 de septiembre de 2002 y tampoco ha aportado prueba alguna sobre ello.

III

1. En el expediente tramitado ha quedado acreditado, como señala el Servicio de Inspección, que a pesar de que en el informe relativo a la primera intervención quirúrgica se hizo constar que se comprueba la retirada del anzuelo completo, se constató sin embargo posteriormente la persistencia de un resto de alambre. Se ha acreditado además que esta situación ha sido la causante de la persistencia de la sintomatología dolorosa y de la necesidad de una segunda intervención para proceder a su extracción.

Concurren por consiguiente en el presente caso, como así se aprecia en la Propuesta de Resolución, los requisitos necesarios para que proceda la declaración de responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, pues se ha causado a la interesada un daño cierto, valorable económicamente e individualizado en su persona, que no tiene el deber de soportar, y en el que concurre el necesario nexo causal entre la lesión y la asistencia prestada, derivado, como señala el Servicio de Inspección, de la accidental y anómala permanencia del resto de anzuelo tras la intervención efectuada el 19 de julio de 2002; lo que evidencia que en la asistencia sanitaria no se adoptaron las medidas adecuadas para evitar que se produjera tal situación, con la debida comprobación de que el anzuelo había sido extraído en su totalidad, circunstancia que determinó la necesidad de practicar una segunda intervención.

2. Por lo que se refiere a la valoración del daño, la reclamante cuantifica inicialmente la indemnización en la cantidad de 9.015,18 euros. Esta cantidad resulta, por un lado, de la aplicación analógica del baremo aprobado por la Dirección General de Seguros en su Resolución de 30 de enero de 2003, en relación con los días

impeditivos con y sin estancia hospitalaria (5 y 73 días respectivamente), aplicando un 10% como factor de corrección e incrementando la cantidad resultante (3.888,5 euros) a 4.000 euros, a la que se añade el importe de 5.015,18 euros en concepto de daños morales.

Esta cantidad inicial resulta no obstante minorada en su Propuesta de Acuerdo indemnizatorio y en alegaciones posteriores hasta la cantidad de 3.738,30 euros, cantidad resultante de la aplicación de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 21 de enero de 2002 en función de los siguientes conceptos: 73 días impeditivos sin estancia hospitalaria (3.134,26 euros) y 5 días impeditivos con estancia hospitalaria (264,20 euros). A esta cantidad se añade el 10% de factor de corrección previsto en el baremo a que se refiere aquella Resolución.

La Administración por su parte estima sólo parcialmente la reclamación, fijando una indemnización que asciende a la cantidad 1.952,29 euros, también sobre la base de la aplicación de la Resolución de 21 de enero de 2002.

La aplicación del sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, al que tanto la reclamante como la Administración han recurrido, ha sido admitida por el Tribunal Supremo como criterio orientador para fijar la indemnización por daños personales en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración (SSTS de 16 de diciembre de 1997 y 17 de noviembre de 2003, RJ 1997/9422 y 2004/664), al permitir un criterio objetivo de valoración.

En la fecha en que se produjo el daño por el que se reclama, este sistema se encontraba regulado en el Anexo del Decreto 632/1968, de 21 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos a Motor (RCL 1968/690), hoy derogado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (RCL 2004/2310), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. No obstante, la disposición transitoria única de este Texto Refundido declara la subsistencia y aplicación de las cuantías indemnizatorias fijadas en el citado Anexo, así como de las Resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones mediante las que se han hecho públicas las actualizaciones anuales de dichas cuantías, para la valoración de los daños y perjuicios causados a las

personas en accidentes de circulación ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor.

El art. 141.3 LRJAP-PAC determina que la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, por lo que resulta aplicable la Resolución de la Dirección General de Seguros de 21 de enero de 2002, teniendo en cuenta la fecha de producción del daño reclamado, como así han advertido tanto la reclamante como la Administración, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, por aplicación del mismo precepto legal.

Por otra parte, la discrepancia acerca del *quantum* indemnizatorio se centra en la consideración de los días, como improductivos o no, durante los cuales se prolongó el daño causado por la asistencia sanitaria, así como en la aplicación del 10% de factor de corrección.

La reclamante considera que además de los 5 días improductivos con estancia hospitalaria, también tienen tal carácter los restantes 73 días transcurridos entre la primera y la segunda intervención, en la consideración de que se encontró impedida para la realización de sus actividades habituales y sin que a estos efectos resulte necesario acreditar una baja laboral por cuanto su ocupación habitual es la de ama de casa. Entiende también aplicable el 10% del factor de corrección por cuanto además de establecerse en la tabla V de la Resolución de 21 de enero de 2002, también la aplicación del mismo está recogida en la STC 181/2000, de 29 de junio.

Por su parte, la Administración sostiene, con fundamento en el informe del Servicio de Inspección, que los 73 días sin estancia hospitalaria no han sido improductivos para el desarrollo de su ocupación habitual y rechaza la aplicación del 10% de factor de corrección, ya que en los supuestos de indemnizaciones por incapacidad temporal es preciso justificar ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, que en el caso de la reclamante no se han acreditado.

Por lo que se refiere a la consideración del tiempo transcurrido entre la primera y la segunda intervención como días improductivos, la únicas referencias que pueden ser valorables son las propias manifestaciones de la interesada en su escrito de solicitud acerca del dolor y las molestias padecidas durante ese tiempo que le impedían desarrollar su actividad normal. No consta sin embargo ningún informe médico y ni siquiera ha quedado acreditado que acudiera con anterioridad al 6 de

septiembre a los servicios médicos refiriendo, como señala en su solicitud, la situación en que se encontraba. No se ha aportado tampoco baja laboral, si bien este hecho no resulta determinante por cuanto la interesada no se encontraba realizando trabajo remunerado alguno. No obstante, a pesar de estas circunstancias, en la hoja de consulta correspondiente al día 6 de septiembre de 2002 se refiere por el facultativo que la atendió que la paciente continúa con sintomatología dolorosa y tanto el informe del Servicio de Inspección como la Propuesta de Resolución refieren que la persistencia de la sintomatología dolorosa es causada por la presencia del trozo de anzuelo. No se trata sólo por consiguiente de la presencia de un cuerpo extraño en el seno de la interesada, sino que ésta ha sufrido dolor como consecuencia del mismo durante los 73 días transcurridos hasta su extracción. Por ello, se considera que estos días pueden ser considerados como improductivos y, en consecuencia, valorados en la cantidad solicitada por la reclamante; toda vez que los baremos aplicables son puramente orientativos y admiten consiguientemente un margen de flexibilidad del que el operador del Derecho puede y debe servirse para atender supuestos como el que nos ocupa; y toda vez que además figura acreditada la existencia de dolor y molestias en grado suficiente, al menos, para impedir o dificultar extraordinariamente a la víctima del daño, en este caso, la realización de su trabajo habitual.

Por lo que se refiere a la aplicación del factor de corrección que pretende la reclamante, se considera en cambio ajustada a Derecho su denegación, pues, como señala la Propuesta de Resolución culminatoria del expediente, es un factor que se aplica en función de los ingresos netos de la víctima y en este caso la reclamante no percibe ingreso alguno.

CONCLUSIÓN

Es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo Consultivo en lo que respecta a la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, si bien en cuanto a la concreción de la cuantía indemnizatoria procede estar a las observaciones formuladas en el Fundamento III.2 de este Dictamen.