



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 4 0 / 2 0 0 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 16 de junio de 2008.

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 R.Á.G., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario. Error de diagnóstico (EXP. 254/2008 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Sanidad, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, Organismo Autónomo de la Comunidad Autónoma. 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 (RPAPRP).

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito de legitimación activa del reclamante, R.Á.G., al pretender el resarcimiento de un daño cuyo origen imputa a la asistencia sanitaria que le fue prestada por un Centro concertado del Servicio Canario de la Salud.

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

Se cumple igualmente la 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.

La reclamación fue presentada el 4 de abril de 2007, en relación con la asistencia prestada durante los días 23 a 25 de junio de 2005. La reclamación no obstante no puede ser calificada de extemporánea, ya, según consta en el expediente, en fecha septiembre de 2006 se encontraba aún pendiente de una intervención quirúrgica. No ha transcurrido por consiguiente el plazo de un año que al efecto prevé el art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-LPAC).

El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la 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 la Salud.

La Resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la 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.

2. (...) ¹

A la vista de las actuaciones practicadas, puede considerarse que se han observado los trámites legal y reglamentariamente previstos, con excepción del plazo para resolver. A estos efectos, resulta relevante la circunstancia de que la reclamación fue admitida a trámite una vez transcurrido el plazo de resolución del procedimiento y que además se procedió a suspender el plazo con el objeto de recabar el informe del Servicio afectado, que ya constaba en el expediente por haberlo requerido con anterioridad, si bien no es hasta este momento cuando se recaba el informe del Servicio de Inspección. Incluso, una vez acordada la continuación por los trámites del procedimiento abreviado, fueron incumplidos los plazos reglamentariamente establecidos. La demora producida no impide sin

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

embargo la resolución del procedimiento, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 43.4.b) LRJAP-PAC.

3. Por otra parte y en relación con las sentencias citadas por el Servicio Jurídico en este supuesto, emitidas por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (TSJC), sede Santa Cruz de Tenerife, ha de observarse que es correcto que la Administración resuelva en la forma que lo hace; esto es, decidiendo inmediatamente la reclamación de indemnización que le presenta el interesado como titular del servicio prestado, aún cuando fuere indirectamente y mediante Centro concertado, de acuerdo con la reiterada Doctrina de este Organismo en este supuesto, siguiendo por lo demás no solo similar opinión de otros Organismos consultivos, incluido el Consejo de Estado, sino jurisprudencia del Tribunal Supremo o incluso Sentencias del propio TSJC, siendo singularmente relevante la número 432/2000 dictada por la Sala antes mencionada.

Así, se recuerda que es, en todo caso, directa la relación de servicio público entre los usuarios y la Administración que es su titular del mismo. Por eso, frente a ellos es la responsable de su gestión y consecuentemente por los daños que les causa su funcionamiento, cuando sea exigible tal responsabilidad, en todo o en parte, de conformidad con la normativa aplicable y, en particular, por la existencia de los elementos que la conforman y generan el derecho indemnizatorio del afectado y la ausencia de los que permiten obviarla total o parcialmente, como la fuerza mayor, el deber jurídico de soportar el daño por dicho afectado o la quiebra del necesario nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio, anormal o aun normal, por acción u omisión. En consecuencia, procede que, presentada la reclamación por el afectado, la Administración la tramite y resuelva, decidiendo en su caso admitir su responsabilidad, en todo o en parte, de existir acreditadamente concausa con la producción del hecho lesivo, e indemnizar la forma correspondiente al interesado. Lo que, desde luego, se concreta normativamente en la previsión del art. 139.1 LRJAP-PAC.

En esta línea, en el supuesto de que se prestare el servicio público en cuestión, aquí el sanitario, de modo indirecto y mediante instrumento previsto en Derecho, singularmente de carácter contractual, cual en este caso ocurre, lo antedicho no obsta que, una vez acordada la existencia de responsabilidad y concedida consecuentemente la pertinente indemnización, pueda la Administración titular del

servicio y contratante repetir contra el Centro contratado que lo ha prestado en ejecución del contrato. Pero, siendo esta relación contractual y, por tanto, entre las partes del contrato, la misma es claramente diferente de la relación de servicio en naturaleza, partes y consecuencias, en especial de responsabilidad exigible, por lo que la repetición debe hacerse en distinto procedimiento o, en todo caso, tramitarse según las reglas contractuales previstas en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), en particular su art. 97.

Así, el contratista estaría obligado frente a la Administración contratante cuando incumpla el contrato o cuando, al realizar las funciones contratadas, cause daño a terceros, como son los usuarios del servicio, aunque en los términos del contrato. En este sentido, cabe que la responsabilidad le corresponda a la Administración no solo en los casos determinados en ese precepto, sino en los de daños derivados de funciones no contratadas o aun de funciones contratadas en términos que generan un inadecuado funcionamiento, por deficiente o insuficiente, del servicio.

Desde luego, no se ajusta al espíritu de la normativa reguladora de este instituto, constitucional y legal, o de la ordenación de la contratación administrativa, ni siquiera a su letra en el primer caso, que, bajo el pretexto de contratarse las funciones de un servicio, entre las que pueden entenderse incluidas obras de construcción o reforma conexas con él esencialmente, como en el caso del de carreteras, prestándose aquel indirectamente, la Administración titular pretenda desplazar su responsabilidad frente al usuario o ciudadano al contratista, limitando la garantía y eficacia de su derecho indemnizatorio conexo a una responsabilidad en cierto modo objetiva y sin depender de la solvencia económica de la contrata. Y tampoco que, este contexto, se considere que aquella debe responder directamente y como si fuera la Administración, de modo por tanto objetivo, ante el usuario.

En cualquier caso, una atenta lectura del antes citado art. 97.3 TRLCAP permite advertir que no está previendo o regulando el procedimiento de tramitación y resolución de reclamaciones de indemnización por daños causados por el funcionamiento de un cierto servicio cuyas funciones se han contratado, al menos alguna de ellas, presentadas por los afectados. Antes bien y en concreta relación con la ejecución del contrato formalizado al respecto, simplemente faculta al afectado a que, de modo potestativo y según convenga a su particular interés resarcitorio, sin estar ejerciendo ni comprometiendo su específica acción al respecto normativamente prevista, particularmente en los art. 139 y siguientes de la LRJAP-PAC, frente a la

Administración, previamente a tal ejercicio se dirija al órgano de contratación para que le diga a que parte del contrato le corresponde la responsabilidad por los daños sufridos, de modo que el ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de dicha acción (art. 112.5 LRJAP-PAC).

III

1. Según relata el interesado en su solicitud inicial, el día 23 de junio de 2005 acudió al Centro sanitario H.S.P.A. al haber sufrido una caída casual, permaneciendo ingresado desde ese día hasta el 25 del mismo mes, en que fue dado de alta con el diagnóstico de contusión de cadera.

Ante las enormes molestias que presentaba consultó posteriormente en Gijón con un facultativo especialista en traumatología, que se sorprendió de que no le hubiesen diagnosticado en ese momento la palmaria fractura de la columna anterior del cotilo que presentaba, lo que le hizo seguir tratamiento hasta fechas recientes y quedar con importantes secuelas y limitaciones.

Como consecuencia del manifiesto error de diagnóstico cometido, presenta un acortamiento inferior a 3 cm de esa extremidad, limitación de la movilidad de la cadera, parestia del nervio femoral y perjuicio estético ligero, lo que le condiciona una incapacidad permanente parcial para sus ocupaciones habituales.

El reclamante solicita por estos hechos una indemnización de 60.000 euros.

2.²

IV

1. En cuanto al fondo del asunto, concurren en el presente caso los requisitos legalmente exigidos para que proceda la declaración de responsabilidad patrimonial pretendida por el interesado, como así ha sido reconocido por la propia Administración, que ha propuesto la terminación convencional del procedimiento.

En el expediente ha quedado acreditado que los facultativos que atendieron al reclamante con ocasión de la caída sufrida incurrieron en error de diagnóstico al no apreciar la fractura padecida, a pesar que al paciente se le practicaron pruebas radiográficas que permitían detectar la lesión inmediatamente después del traumatismo. Este error le ha supuesto la pérdida de oportunidad de recibir un tratamiento adecuado a su dolencia en el momento oportuno, siendo así que cuando

² Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

fue debidamente diagnosticado dos meses después ya no se podía practicar terapia activa, dado el tiempo transcurrido, lo que le ha generado la secuela artrósica mencionada y la necesidad de colocación de una prótesis de cadera.

La actuación sanitaria prestada no fue por consiguiente ajustada a la *lex artis*, pues el paciente no recibió la atención adecuada a la patología presentada, que hubiese permitido un tratamiento eficaz y minimizar las eventuales secuelas. De esta falta de asistencia en las debidas condiciones deriva la responsabilidad patrimonial de la Administración.

2. Por lo que se refiere a la valoración del daño, el reclamante solicita una indemnización de 60.000 euros. Aporta para su justificación un informe pericial de valoración de sus secuelas, aunque en el mismo no se cuantifica la indemnización. En este informe se establecen las secuelas derivadas de la inadecuada asistencia sanitaria y su valoración conforme al contenido de la tabla VI de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de Modificación y Adaptación a la Normativa Comunitaria de la Legislación de Seguros Privados. Estas secuelas y su valoración son las siguientes: flexión de cadera de 90 grados (5 puntos), abducción de 25 grados (4 puntos), rotación externa de 40 grados (2 puntos), rotación interna abolida (3 puntos), acortamiento inferior a 3 cm (10 puntos), paresia nervio femoral (6 puntos) y perjuicio estético ligero (5 puntos).

En este informe se considera que las secuelas descritas determinan un menoscabo significativo para el desarrollo de las actividades propias de la vida cotidiana de este paciente y añade que el número de días transcurridos hasta la indicación de la artroplastia (prótesis) de cadera, es de 271, periodo al que se deberá añadir el correspondiente a la intervención y ulterior recuperación de la misma, toda vez que se trata de la única salida a la situación del paciente.

La Propuesta de Acuerdo, con fundamento en el informe del Servicio de Inspección, minorra la cantidad reclamada, fijando la indemnización en 25.943,02 euros.

El citado informe señala:

A. Los tiempos medios de incapacidad ante una fractura de cotilo oscilan entre 120 y 240 días.

B. Por lo que se refiere al perjuicio funcional, se trata de un paciente de 85 años, de ahí que las limitaciones que describe el perito de la movilidad de la cadera derecha, no comparados con la cadera izquierda, no se correspondan exactamente

con la situación clínica previa. A modo de ejemplo indica: Flexión normal de la cadera: 120°, propia de la senectud 80°; abducción normal de la cadera: 60°, propia de la senectud: 20°; rotación externa normal: 60°, propia de la senectud: 40°.

Considera por ello que las secuelas objetivas serían la limitación en la abducción y la rotación interna.

El acortamiento inferior a 3 cm de la extremidad inferior sería la valoración mínima que queda seguro tras el traumatismo y las posibles cirugías que pudieran plantearse.

La secuela descrita como paresia del nervio femoral no existe. El informe pericial indica que esta secuela es el epígrafe elegido por asimilación para la valoración de la atrofia cuadricepsital, toda vez que en las actuales tablas han desaparecido las secuelas referentes a las diferentes atrofias musculares. El Servicio de Inspección indica en cambio que la secuela que debe valorarse es la artrosis postraumática (que incluye limitaciones funcionales y dolor), puntuable de 1 a 10 puntos, ya que coincide plenamente con la descrita en marzo de 2006 por el traumatólogo que atendió al reclamante (secuela artrósica de fractura luxación de cadera derecha). Otorga a esta secuela una puntuación de 10 puntos.

C. Finalmente, el perjuicio estético se valora en 5 puntos.

Para determinar el cálculo de la indemnización se han aplicado las valoraciones contenidas en la Resolución de 17 de enero de 2008 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, que resultarán de aplicar durante 2008 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

De esta aplicación resulta: 10 puntos x 589,09 euros = 5890,90 euros; 5 puntos x 564,09 euros = 2.820,45 euros. A estos importes se añade como factor de corrección por incapacidad permanente parcial la cantidad de 17.231,67 euros, por lo que la indemnización a percibir alcanza la suma de 25.943,02 euros.

3. Esta cantidad, que ha sido aceptada por el reclamante, se considera debidamente motivada en lo que se refiere a las secuelas padecidas. No se ha valorado sin embargo el tiempo de incapacidad, al que se refiere tanto el informe pericial aportado como la valoración del Servicio de Inspección, entendiéndose este Organismo procedentes estas referencias y, desde luego, conformando las

correspondientes valoraciones parte de la determinación exigible del daño causado y, en consecuencia, de la correcta cuantificación de la indemnización a conceder.

En esta línea, este Organismo ha de pronunciarse sobre la valoración del daño y la cuantía de la indemnización (art. 12 RPAPRP), sea en relación con una Propuesta resolutoria, como respecto a una Propuesta de Acuerdo convencional, como es el caso, de manera que, en efecto, cabe advertir que, por la razón antedicha, procede que se ajuste la cuantía de la indemnización, aun habiéndola aceptado el interesado, por cualquier motivo que le convenga, pues es de aplicación en cualquier caso, con consecuencia al alza o, de proceder, a la baja sobre tal cuantía, el principio de reparación integral del daño, por supuesto del efectivamente producido.

Sin embargo, habida cuenta de las circunstancias del caso y de la limitada discrepancia que este Organismo mantiene respecto al documento analizado, máxime cuando la propia Administración actuante, a través del órgano que informa en el procedimiento, mantiene similar opinión, lo procedente sería reajustar la cuantía de la indemnización en el sentido antedicho y notificarla al interesado, en orden a obtener su conformidad y plasmarlo consecuentemente en el definitivo Acuerdo indemnizatorio.

Finalmente, la indemnización fijada contiene la actualización a la que se refiere el art. 141.3 LRJAP-PAC, ya que se ha utilizado para su cálculo la citada Resolución de la Dirección General de Seguros que ha incrementado las cuantías para el año 2008 conforme al índice general de precios al consumo.

C O N C L U S I Ó N

Procede abonar la reclamación del interesado, cabiendo al efecto la terminación del procedimiento tramitado en la forma propuesta por la Administración, sin perjuicio del pertinente reajuste de la Propuesta de acuerdo indemnizatorio, según lo expuesto en el punto 3 del último Fundamento del Dictamen.