



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 5 5 4 / 2 0 0 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 14 de octubre de 2009.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.T.R.P., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 522/2009 IDS)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad por el funcionamiento anormal del Servicio Canario de la Salud.

2. La legitimación de la Consejera de Sanidad para solicitar el Dictamen resulta del art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo. La preceptividad del Dictamen resulta del art. 11.1.D.e) de la misma en relación con el art. 12, de carácter básico, del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

La reclamante está legitimada pasivamente porque reclama por un daño personal.

El Servicio Canario de la Salud está legitimado pasivamente porque a la negligencia de los facultativos que la asistieron la reclamante le imputa la causación del daño por el que reclama.

---

\* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

La intervención quirúrgica a la que se le atribuye la causación del daño se practicó el 14 de julio de 2003. El escrito de reclamación se presentó el 13 de agosto de 2003, conque no puede ser calificado de extemporáneo.

Conforme al art. 13.3 RPAPRP, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, el cual se ha sobrepasado ampliamente aquí; sin embargo, aun fuera de plazo, la Administración está obligada a resolver expresamente en virtud de los arts. 42.1 y 43.1 y 4.b) LRJAP-PAC.

3. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en defectos procedimentales que impidan un Dictamen de fondo. A la reclamante se le notificó debidamente en su domicilio el oficio requiriéndole para que propusiera prueba, pero no la propuso. También se le notificó el acuerdo aprobatorio que incorporaba como documental los documentos aportados con el escrito de reclamación y los informes médicos; y la apertura del trámite de vista del expediente y audiencia. Dentro de este último trámite la interesada retiró copia completa del expediente pero no realizó alegaciones.

## II

1. El médico de familia del Servicio Canario de la Salud de la reclamante le diagnosticó una "*hernia supraumbilical*" y la remitió a un médico especialista del Centro de Atención Especializada del Servicio Canario de la Salud que le correspondía, donde fue examinada el 17 de junio de 2002 por el especialista en cirugía Dr. C.S. que diagnosticó "*hernia umbilical*" (folio 11 y también folio 44) y la remitió al Hospital del Tórax.

2. Este facultativo emite, en el seno del procedimiento de reclamación de responsabilidad y a solicitud del instructor, un informe, de 16 de febrero de 2004, en el que expresa que en la anamnesis y exploración de la paciente encontró que además de la hernia supraumbilical padecía de una hernia umbilical, que fue la patología que consideró más importante.

Según el informe de alta (folio 13) en la intervención quirúrgica se le halló "*una mínima hernia umbilical con orificio hernario de 0,5 cm*".

La hernia supraumbilical que la paciente presentaba en línea media era de unos tres centímetros de longitud, según la orden médica de ingreso en el Hospital Universitario de Canarias que es de fecha posterior a la intervención quirúrgica (folios 15 y 16).

Este facultativo no explica en su informe, de 16 de febrero de 2004, por qué era más importante intervenir primero la hernia umbilical de 0,5 cm. que la hernia supraumbilical en la línea media de unos 3 cm. Tampoco explica por qué no era posible abordar ambas hernias en la misma intervención quirúrgica.

3. El 18 de julio de 2002 la paciente fue examinada por otro cirujano que diagnostica "*hernia umbilical*" (folio 45).

El 18 de junio de 2003 fue examinada por otra cirujana que confirma el diagnóstico de "*hernia umbilical*" (folio 47).

La paciente ingresó en el Hospital Universitario de Nuestra Señora de La Candelaria el 13 de julio de 2003 para ser operada al día siguiente.

Antes de la operación el cirujano examinó de forma sistemática la zona a intervenir y confirmó el diagnóstico de "*hernia umbilical*" (véase el informe del cirujano que realizó la hernoplastia, folios 39 y 40; y el protocolo quirúrgico, folio 55).

La intervención confirmó la existencia de una mínima hernia umbilical con orificio hernario de 0,5 cm.; reseccionó el saco hernario y procedió a la sutura de la herida quirúrgica (Informe de alta, folio 58).

Esta intervención logró el éxito terapéutico y no ha causado ningún daño a la paciente. Ésta no reclama porque esta operación le haya causado perjuicios.

En una fecha posterior al 14 de julio de 2003 y anterior al 11 de septiembre de 2003, fecha en que la aporta al expediente la interesada, un facultativo del Hospital Universitario de Canarias la examinó, diagnosticó la presencia de una hernia supraumbilical en la línea media y solicitó su ingreso para practicarle otra hernoplastia.

### III

1. La interesada no ha aportado documentación alguna después de su escrito de 11 de septiembre de 2003. En realidad, no ha realizado ninguna actuación en el procedimiento, salvo recoger una copia completa del expediente el 1 de marzo de 2005 dentro del trámite de vista del expediente.

No se puede afirmar, por tanto, que la paciente haya sido operada por segunda vez para eliminar la hernia supraumbilical; ni se puede afirmar, a la vista de la

documentación clínica obrante, que lo adecuado a la *lex artis ad hoc* habría sido realizar las dos hernoplastias en una sola intervención quirúrgica.

Únicamente con la prueba cumplida de estos dos extremos de hecho, prueba cuya carga corresponde a la interesada, se podría afirmar la existencia de un daño real y efectivo que estribaría en los perjuicios físicos y riesgos de someterse innecesariamente a una segunda operación y en la alteración de la actividad habitual que conllevaría.

2. La interesada solicita que se le indemnice en la cantidad de 10.000 euros por los daños morales ocasionados. En el ámbito de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios no se indemnizan los daños morales independientes de un daño físico o psíquico.

Para indemnizar aquéllos es necesario que vayan ligados a un daño real y efectivo producido por una lesión personal física o mental [art. 142.5 de la Ley 7/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administración Pública y procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC)] o por una lesión a su patrimonio (art. 139.1 y 2 LRJAP-PAC).

Como se razona en el Fundamento IV.2 del Dictamen 26/1997, de 5 de marzo, emitido por este Consejo Consultivo:

*“De los arts. 139.1 y 2 y 142.5 LRJAP-PAC resulta que los daños indemnizables son daños patrimoniales, físicos (o lesiones personales) y psíquicos. Estos últimos no son indemnizables en vía de responsabilidad patrimonial de la Administración autónomamente de los daños físicos, salvo que constituyan una enfermedad psiquiátrica o un disturbio psicológico diagnosticable como resulta del art. 142.5 LRJAP-PAC que refiere el «dies a quo» del plazo de prescripción de la acción de la reclamación de su resarcimiento a la fecha de determinación de su curación o del alcance de sus secuelas. Un malestar moral que no reviste carácter patológico, ni por tanto es susceptible de diagnóstico, tratamiento, curación o determinación de sus secuelas, sino que consiste simplemente en una perturbación anímica o disgusto por sufrir un menoscabo en un derecho moral como el respeto a la dignidad propia, no entra dentro del concepto de daño psíquico indemnizable.*

*Para el art. 142.5 LRJAP-PAC los daños morales que no son psíquicos, es decir psiquiátricos o psicológicos, son indemnizables si están ligados a daños físicos (pretium doloris). En el presente caso está demostrada la inexistencia del daño psíquico alegado. El daño moral resultante de la supuesta lesión al derecho en*

*cuestión del art. 10.1 LGS no es resarcible al abrigo de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración.*

*El ordenamiento para el resarcimiento autónomo de los daños morales derivados de ataques que únicamente lesionan derechos de la personalidad como el honor, la dignidad y la intimidad ofrece la protección civil (Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, LOPCDH; especialmente la nueva redacción que a su art. 7.7 ha dado el nuevo Código Penal) y la protección penal (arts. 453 a 467, 497 y 498 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos; arts. 205 a 213 y 197 a 201 del actual Código Penal). Según el art. 146.1 la responsabilidad civil y penal del agente de la Administración que haya realizado ese ataque debe ser exigida ante la jurisdicción correspondiente de acuerdo con esa legislación, puesto que de ese ataque es él el que debe responder directa y personalmente, sin perjuicio de que la Administración le exija la responsabilidad disciplinaria”.*

## C O N C L U S I Ó N

La pretensión resarcitoria debe ser desestimada porque no se ha acreditado la existencia de un daño real y efectivo.