



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 5 8 0 / 2 0 0 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 19 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 B.F.P.S., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 552/2009 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.

3. El reclamante está legitimado activamente porque reclama por un daño personal.

4. El Servicio Canario de la Salud está legitimado pasivamente porque a la negligencia de sus agentes el reclamante le imputa la causación del daño.

5. El escrito de reclamación se presentó el 21 de junio de 2008 en sobre abierto en una oficina de Correos para su envío certificado al Servicio Canario de la Salud. El 2 de julio de 2007 se le dio al reclamante el alta hospitalaria por la segunda

---

\* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

intervención, que fue necesaria por un error en la primera. La curación de las secuelas del daño físico, duró 122 días, según la alegación del interesado que confirma el facultativo que suscribe el informe, de 5 de diciembre de 2008, del Servicio de Inspección y Prestaciones. Por consiguiente, conforme al 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), en principio, la reclamación no puede ser calificada de extemporánea.

6. Conforme al art. 13.3 RPAPRP, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, el cual se ha sobrepasado; 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.

7. En los folios 16 al 19 del expediente obra la Resolución, de 22 de septiembre de 2008, de la Secretaría General de Servicio Canario de la Salud por la que se admite a trámite la reclamación del interesado y se ordena el inicio del procedimiento.

En el Antecedente Tercero de la Propuesta de Resolución se alude a esa admisión a trámite de la reclamación y orden de inicio del procedimiento.

En relación a dicha Resolución y Antecedente se debe reparar en lo siguiente:

Según el art. 142.1 LRJAP-PAC y los concordantes arts. 4.1 y 6.1 RPAPRP, el procedimiento se inicia por la presentación de la reclamación del interesado ante el órgano competente. Una vez presentada ésta el órgano administrativo impulsará el procedimiento por todos sus trámites ordenando los actos de instrucción adecuados hasta la resolución que ponga fin al mismo (arts. 74 y 78.1 LRJAP-PAC, arts. 6.2 y 7 RPAPRP).

La fecha de la presentación de la reclamación constituye el término inicial del plazo legal para resolver. Ese plazo puede quedar en suspenso si el escrito de reclamación no reúne los requisitos que exigen los arts. 70.1 LRJAP-PAC y 6.1 RPAPRP. Esa suspensión sólo se mantendrá durante los diez días siguientes a la notificación al interesado del requerimiento previsto en el art. 71.1 LRJAP-PAC (que podrá ser ampliado hasta cinco si concurrieren las circunstancias del art. 71.2 LRJAP-PAC).

Si el escrito de reclamación no reúne los requisitos legales la Administración debe requerir al interesado con celeridad para que subsane las deficiencias (arts. 71.1 y 74.1 LRJAP-PAC). No puede requerirlo cuando lo estime conveniente, sino con la celeridad que exige el art. 74.1 LRJAP-PAC; porque desde la presentación de la

reclamación ya está corriendo el plazo de tramitación del procedimiento. Este plazo no se inicia cuando el interesado subsana las deficiencias de su escrito de reclamación, sino se reanuda.

El procedimiento tampoco se inicia cuando el órgano competente admite la reclamación y decide incoarlo. El tenor del art. 142.1 LRJAP-PAC y de los arts. 4.1 y 6.1 RPAPRP es inequívoco al expresar que el procedimiento se inicia por la reclamación de los interesados.

Como dice la STS de 30 de abril de 1990 (Ar. 2.900) "obligada está la Administración a iniciar el expediente de reclamación de tales daños y perjuicios, acomodándose a las específicas normas del ordenamiento jurídico (...) independientemente de que se acrediten o no las realidades de los alegados daños y perjuicios".

La expresión "si se admite la reclamación por el órgano competente" del art. 6.2 RPAPRP, no puede ser interpretada como confiriendo al órgano competente la potestad de admitir o inadmitir el escrito de reclamación y que, por consiguiente, el procedimiento se inicia con la resolución admitiendo la reclamación. Esta interpretación no cabe porque conduce a un resultado que contradice al art. 142.1 LRJAP-PAC, norma superior conforme a la cual debe ser interpretada la norma inferior, y porque contradice también a los arts. 4.1 y 6.1 del mismo RPAPRP, preceptos con los que ha de ser interpretado armónicamente.

La oración inicial del segundo apartado del art. 6 RPAPRP sólo tiene sentido en relación con su primer apartado y con el art. 70 LRJAP-PAC al que remite: El órgano administrativo sólo puede inadmitir el escrito de reclamación si es incompetente para conocer de ella.

Si es competente, pero dicho escrito no reúne los requisitos legales, requerirá al interesado, con suspensión del plazo de tramitación, para que subsane sus faltas; si éste no lo hiciere en plazo, la archivará sin más trámite.

Si es competente y el escrito reúne los requisitos legales está obligado a tramitar en plazo el procedimiento, porque el art. 142.1 LRJAP-PAC configura un auténtico derecho a incoar el procedimiento.

En definitiva: o inadmisión por incompetencia o archivo por no subsanación de las deficiencias del escrito. Si no se dan ni una ni otra, es obligatorio tramitar el procedimiento por todos sus trámites impulsándolo de oficio.

8. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en defectos procedimentales que impidan un Dictamen de fondo.

## II

1. Los hechos que fundamentan la pretensión resarcitoria son los siguientes:

En el ámbito de la asistencia sanitaria pública, el 18 de febrero de 2007, el interesado ingresó en el Hospital Universitario de Canarias para que se le transplantara un riñón de cadáver normofuncionante en la fosa ilíaca derecha. Evolucionó favorablemente con función renal inmediata y se le dio el alta hospitalaria el 5 de marzo de 2007.

Durante el control médico posterior no presentó síntomas patológicos secundarios al trasplante.

Durante el seguimiento médico en su Hospital público de referencia (el del Doctor Negrín de Las Palmas de Gran Canaria) estando asintomático, se le realizó una ecografía de rutina y, como consecuencia de los resultados de ésta, una Tomografía Axial Computerizada (TAC) que confirmó la presencia de cuerpo extraño en la cavidad abdominal inmediata al riñón transplantado.

Este hallazgo obligó al ingreso del paciente en el Hospital Universitario de Canarias para una segunda intervención quirúrgica cuya herida se practicó sobre la cicatriz de la anterior (véase el Protocolo quirúrgico obrante al folio 142) para el drenaje del absceso retroperitoneal encapsulado con abundante pus y con el resto de gasa en su interior; y para la extracción de ésta (folio 142), descrita como "*fragmento tisular pardusco (...) de 6 x 4,5 cm*" (folio 65).

El paciente para esta segunda operación ingresó en el Hospital Universitario de Canarias el 18 de junio de 2007 (folio 66) y recibió el alta hospitalaria el 2 de julio de 2007, lo que representa un período de quince días de estancia hospitalaria.

Luego, según afirma, estuvo 122 días en situación de baja impeditiva, lo que situaría el término de este período en el 4 de noviembre de 2007. Como se señaló, el informe, de 5 de diciembre de 2008, del Servicio de Inspección y Prestaciones confirma este extremo.

2. De acuerdo con la cuantificación resultante de la aplicación del baremo de daños personales del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, TRLRCSA, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y que en adelante se citará

simplemente como "el Anexo", el interesado pretende que se le indemnice por los días de hospitalización, y de baja impeditiva y por el perjuicio estético moderado que le supone la cicatriz quirúrgica que, según alega, le ha ocasionado la segunda intervención.

Solicita que se le indemnice por los días de hospitalización y baja impeditiva con la cantidad de 8.106,88 euros; por el perjuicio estético moderado, que valora en 10 puntos según el baremo del Anexo, con la cantidad de 9.271,79 euros más 3.000 euros por su estimación de lo que le costaría la intervención de cirugía plástica para la corrección de la cicatriz, aunque no aporta ninguna prueba que fundamente la cuantificación de este último concepto.

3. A la vista del informe, de 5 de diciembre de 2008, del Servicio de Inspección y Prestaciones que, con base en la historia clínica y en el informe del Jefe del Servicio de Nefrología del Hospital Universitario de Canarias, consideró que existe relación de causalidad entre el hecho lesivo alegado y la primera intervención quirúrgica; se dictó la Resolución, de 11 de diciembre de 2008, de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, por la que se suspendió la tramitación del procedimiento general de reclamación de responsabilidad patrimonial, se acordó la iniciación del procedimiento abreviado y se propuso su terminación convencional mediante un acuerdo indemnizatorio por importe de 8.138 euros por los días de hospitalización y de baja impeditiva.

Esta propuesta de acuerdo indemnizatorio no incluía la indemnización del perjuicio estético, porque el informe del facultativo del Servicio de Inspección y Prestaciones señalaba, con base en la documentación clínica, que la incisión de la segunda intervención se realizó sobre la cicatriz de la incisión previa, denominada de *Gibson*, practicada para efectuar el transplante renal.

4. Esta Resolución se trasladó al interesado para que alegara sobre la propuesta de acuerdo indemnizatorio. Éste, en su escrito de alegaciones, muestra su conformidad respecto a que se le indemnice con 8.138 euros por los días de hospitalización y de baja, pero no acepta que en la indemnización no se incluya la cantidad reclamada en concepto de resarcimiento por el perjuicio estético y coste de la cirugía plástica de la cicatriz ocasionada por la segunda intervención.

Fundamenta esta negativa en que cada una de las dos intervenciones le ha originado dos cicatrices distintas: la del transplante, de unos diez centímetros, en la

zona pública. Otra, la de la segunda intervención, en la zona derecha del bajo vientre.

Para acreditar este extremo aporta tres fotografías de las cicatrices.

5. Sobre estas alegaciones del interesado y las tres fotografías que las acompañaban informó de nuevo el Servicio de Inspección y Prestaciones en el siguiente sentido:

Reiteró que la incisión de la segunda operación se efectuó sobre la cicatriz de la incisión de *Gibson* practicada para el trasplante.

La cicatriz (sin repercusiones funcionales ni clínicas) es normal o aceptable y mejorará con el transcurso del tiempo. Por sus características (tegumento plano sin rugosidades, ausencia de cambios en la coloración y de adherencias, etc.) no puede subsumirse en el baremo del Anexo siquiera como perjuicio estético leve. Tampoco precisa de cirugía plástica de corrección.

6. Sobre este informe el interesado alegó, por segunda vez, que presentaba dos cicatrices distintas: una debida al trasplante, otra a la segunda intervención; y que esta última constituye un perjuicio estético que ha de ser indemnizado junto con el coste de la cirugía plástica para su reconstrucción.

### III

1. La documentación clínica y los informes médicos obrantes en el expediente demuestran meridianamente, y así se recoge en la propuesta de resolución, que la presencia en la proximidad del riñón transplantado de un cuerpo extraño, consistente en un resto de gasa, se debió a que no fue retirada antes de la sutura de la incisión de *Gibson* necesaria para el trasplante.

Esta omisión constituye una negligencia profesional de los facultativos del Servicio Canario de la Salud que ha causado daños personales indubitados al interesado consistentes en las molestias y riesgos inherentes a la operación necesaria para extraer ese cuerpo extraño, en el absceso purulento encapsulado que su presencia originó por encima del polo superior del riñón transplantado y que fue drenado y eliminado por esa segunda intervención (Hoja quirúrgica, folio 142).

Existe, por consiguiente, una relación de causa a efecto entre el funcionamiento anormal del servicio público de salud y los daños personales arriba descritos los cuales están curados y no han dejado secuelas, salvo las cicatriciales, las cuales se

abordarán separadamente; porque respecto a los otros no hay duda ni controversia sobre su producción y sobre los criterios para cuantificar su indemnización.

2. Tanto la Administración como el reclamante están de acuerdo en que esos criterios de valoración son los establecidos en el Anexo del TRLRCSV.

3. El art. 142.5 LRJAP-PAC establece que en el caso de daños físicos el plazo para reclamar empieza a computarse desde la curación o la determinación del alcance de sus secuelas. Es decir, sólo a partir de la desaparición o estabilización del daño personal se puede reclamar, porque únicamente a partir de ese momento existe el daño evaluable económicamente que exige el art. 139.2 LRJAP-PAC, puesto que es en ese momento cuando ha cesado de producirse la lesión, como dispone el art. 141.3 LRJAP-PAC. Por consiguiente, conforme a este precepto, en relación con los citados arts. 139.2 y 142.5 LRJAP-PAC, la cuantía de la indemnización se ha de calcular con referencia a la fecha del cese de la situación de baja, la cual se sitúa dentro del año 2007. Esto significa que la indemnización se ha de determinar a partir de las cuantías del baremo vigentes para el año 2007.

El art. 141.3 LRJAP-PAC dispone que esa cuantía se actualice con arreglo al índice de precios al consumo (IPC) fijado por el Instituto Nacional de Estadística a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad; y como el apartado primero. 10 del Anexo, establece que, en defecto de actualización expresa de las cuantías del baremo, éstas se actualizarán automáticamente en el porcentaje del índice general de precios al consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior, debiendo la Dirección General de Seguros publicar dicha actualización; no hay obstáculo en aplicar las cuantías publicada por la Resolución, de 20 de enero de 2009, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, porque esas cuantías representan la actualización, conforme al referido índice, de los fijados para 2007, año en que cesó la manifestación del hecho lesivo.

Así, para el año 2007, la Resolución de 7 de enero de 2007, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, DGSFP (BOE de 13 de febrero de 2007) fijó la indemnización por día de estancia hospitalaria en 61'97 euros y por día de baja impeditiva en 50,35 euros.

La siguiente Resolución, de 17 de enero de 2008, de la DGSFP (BOE de 17 de enero de 2008) actualizó, según el porcentaje de incremento del IPC correspondiente al año anterior, esas cuantías diarias en 64,57 euros y 52,47 euros respectivamente.

La actual Resolución, de 20 de enero de 2009, de la DGSFP (BOE de 2 de febrero de 2009) las fija en 65,48 y 53,20 euros conforme al porcentaje de incremento del IPC del año anterior.

Así que la cuantía de la indemnización sería la siguiente:

Por los quince días de baja con estancia hospitalaria a razón de 65,48 euros diarios (tabla V del Anexo): 982,20 euros.

De este modo la cuantía de la indemnización es la siguiente:

Por los quince días de baja con estancia hospitalaria a razón de 65,48 euros diarios (tabla V del Anexo): 982'20 euros.

Por los 122 días de baja impeditiva transcurridos entre el 2 de julio de 2007, fecha del alta hospitalaria, y el 4 de noviembre de 2007, a razón de 53,20 euros diarios (tabla V del Anexo): 6.490,40 euros.

La suma de ambos conceptos asciende a 7.472,60 euros.

Las cuantías diarias para ambos conceptos que se expresan en los apartados a) y b) del primer informe del Servicio de Inspección y Prestaciones transcrito en el Fundamento Sexto de la Propuesta de Resolución son erróneas. Esas cuantías se trasladan al penúltimo párrafo de dicho Fundamento VI y al primer apartado de la parte dispositiva de la Propuesta de Resolución y deben ser corregidas para adecuarlas a las expresadas en la tabla V del Anexo.

De este modo, tras su incremento en un 10% por el factor de corrección previsto en la tabla V del Anexo para los supuestos en que no se superen los 26.209,38 euros de ingresos netos anuales por trabajo personal, la cuantía correcta de la indemnización ascendería a 8.219,86 euros en vez de los 8.138 euros que se consignan en el Fundamento VI y en el primer apartado de la parte dispositiva de la Propuesta de Resolución.

4. El hecho sobre el que existe controversia estriba si para la segunda cirugía se practicó una nueva incisión longitudinal en la zona derecha del bajo vientre o si, por el contrario, se abrió la cicatriz que había dejado la incisión de *Gibson* de la primera cirugía y cuyo trazado se inicia en el borde inferior de la caja torácica, pasa a dos centímetros de la espina ilíaca anterosuperior y llega hasta la sínfisis pubiana.

En la primera hipótesis, la nueva cicatriz -consecuencia de una cirugía que no habría sido necesaria de no haberse negligido retirar el trozo de gasa en la anterior- si, por su aspecto e imposibilidad de desaparición o aminoración espontánea,

mereciere la calificación de perjuicio estético; entonces debería ser valorada como concepto indemnizable por sí misma a cuya cuantía habría que sumar el coste de la cirugía de reparación.

En la segunda hipótesis, no habría lesión indemnizable porque no se habría causado una nueva cicatriz, puesto que la incisión se realizó sobre la cicatriz de *Gibson* ya existente que se había practicado en beneficio del paciente y que por ello es un efecto iatrogénico secundario inevitable que éste debe soportar.

5. El interesado, en prueba de su afirmación de que se trata de una nueva cicatriz, acompaña tres fotografías.

La primera de medio cuerpo con el vientre descubierto y las otras dos de las zonas del vientre donde se afirma que se ubican las dos cicatrices quirúrgicas.

Estas fotografías no se pueden considerar probatorias del hecho afirmado por las siguientes razones:

Su calidad no permite distinguir la presencia de cicatrices quirúrgicas, y, por ende, tampoco su estado.

Las fotografías, por su facilidad de manipulación, máxime si son digitales, no son medio probatorio, salvo que se realicen y conserven bajo la fé pública.

El carácter fragmentario de las fotografías segunda y tercera no permiten afirmar que reproducen zonas distintas del mismo vientre y que éste pertenece al reclamante.

6. La prueba de este extremo de hecho estaba fácilmente al alcance del paciente. Bastaba con que hubiera aportado un informe o un certificado médico, extendido por un facultativo privado o por alguno de los facultativos del Servicio Canario de la Salud que lo atienden, que describiera la existencia, ubicación y aspecto de las cicatrices y su probable evolución y evaluara las posibilidades de eliminación o mejora de su aspecto mediante cirugía plástica.

7. En cambio, la afirmación de que la incisión de la segunda cirugía se hizo sobre la cicatriz de la anterior queda probada por la hoja quirúrgica (folio 142) que describe pormenorizadamente la intervención quirúrgica. Allí se expresa: "*2) Incisión sobre Gibson previa (lado derecho)*".

Lo cual acredita que la nueva herida se realizó sobre la cicatriz de la incisión de *Gibson* previamente existente causada por la operación de transplante renal.

No hay prueba alguna de que los facultativos intervinientes en esta segunda operación no hayan recogido verazmente en ese documento oficial las maniobras quirúrgicas. La carga de probar la falsedad de ese documento oficial recae sobre quien la alegue. El interesado no ha alegado tal, ni ha aportado pruebas que desmientan esa afirmación de hecho contenida en el mencionado documento.

8. Además, la sana crítica no permite dudar de la veracidad de los hechos reflejados en la hoja quirúrgica.

En ésta se describe lo que encuentran los cirujanos tras la apertura quirúrgica:

*“3) Absceso retroperitoneal encapsulado, con abundante contenido de pus espeso, y una compresa en su interior. Situado por encima del polo superior del injerto renal que está indemne”.*

Es decir, que la cápsula llena de pus que contenía la compresa o gasa estaba situada encima del nuevo riñón.

Si, para llegar a la fosa renal a fin de extraer el riñón enfermo e injertar el nuevo, el camino más fácil es practicar una incisión de *Gibson*, es lógico suponer que para extraer un cuerpo extraño inmediato al riñón se siga el mismo camino y no se abra una nueva incisión en una zona del vientre más alejada de aquella donde está el riñón.

9. Como no está demostrada la presencia de una segunda cicatriz en una zona del vientre distinta de donde se halla cicatriz del trasplante y sí que está probado que sobre ésta se practicó la incisión de la segunda cirugía, no procede indemnizar por el perjuicio estético que supone porque, aparte de que no está probado que su aspecto y estado definitivo representen tal perjuicio, sería un efecto secundario iatrogénico inherente a la cirugía del trasplante realizado en beneficio del paciente, que está obligado a soportar y que no ha causado la segunda cirugía.

## CONCLUSIONES

1. El Antecedente Tercero de la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento I.7.

2. Existe relación de causalidad entre el funcionamiento anormal del servicio público de salud y el hecho lesivo. Este funcionamiento anormal lo representa la negligencia profesional de los cirujanos de ese Servicio (Fundamento III.1).

3. Los criterios aplicables para la cuantificación del daño son los del Anexo del TRLRCSV, tal como recoge la Propuesta de Resolución y alega el interesado (Fundamento III.2).

4. El importe de la indemnización se debe fijar en 8.219,86 euros en vez de 8.138 euros (Fundamento III.3).

5. No está acreditado que la segunda operación quirúrgica haya causado una cicatriz diferente de la de *Gibson*; por ello es conforme a Derecho que la Propuesta de Resolución desestime la pretensión de indemnizar por perjuicio estético moderado y cirugía plástica para su eliminación (apartados 4 a 9 del Fundamento III).