



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 5 8 1 / 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 J.A.H.A., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 554/2009 IDS)\*.*

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

### I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad el 1 de septiembre de 2009, con registro de entrada en el Consejo Consultivo el 11 de septiembre de 2009, 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 (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

### II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de J.A.H.A., al pretender el resarcimiento de un daño que se le irrogó en su persona como consecuencia, presuntamente, de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

---

\* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

2. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. 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 15.1 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.

4. 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.

5. Asimismo se da cumplimiento del requisito del plazo para reclamar establecido en 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-PAC), y en el art. 4.2 RPAPRP, pues la reclamación se interpone el 1 de agosto de 2007 respecto de un hecho cuyo desenlace se ha producido con la intervención quirúrgica realizada en el Hospital V.R., de Sevilla, el 9 de junio de 2005, mas, ha supuesto seguimiento médico continuado que, a la fecha de la reclamación no ha dado lugar a alta médica. En cualquier caso, la última revisión que consta es de 15 de noviembre de 2006.

### III

1. Por lo que se refiere a los aspectos procedimentales, se han observado los trámites legal y reglamentariamente previstos, con la excepción del plazo para resolver. 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.

Así constan las siguientes actuaciones:

En escrito de 10 de agosto de 2007 se identifica el procedimiento y se insta al interesado a que mejore su solicitud, proponiendo pruebas, aportando alegaciones, documentos e información que estime oportuno, y autorice expresamente el acceso a

su historia clínica. De ello recibe notificación el reclamante el 27 de agosto de 2007, viniendo a cumplir con este requerimiento el 4 de septiembre de 2007.

En su escrito de mejora propone como medios probatorios, además de dar por reproducidos los documentos que aporta en su escrito inicial, que se incorpore su historia clínica con especial referencia a la exclusión de la lista de espera y sus motivos, así como testifical.

Por Resolución de 1 de octubre de 2007 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación del interesado, ordenándose el inicio del procedimiento y la notificación del mismo al Hospital Universitario de Canarias a los efectos oportunos. Asimismo se ordena la suspensión del plazo para resolver desde el momento de la solicitud del preceptivo informe del Servicio y su recepción.

En aquella misma fecha, el 4 de abril de 2005, se solicita informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, de lo que se notifica al interesado el 8 de marzo de 2008. Aquella solicitud se reitera el 8 de agosto de 2008 y el 2 de diciembre de 2008, emitiéndose el informe el 10 de diciembre de 2008.

A tales efectos, el 1 de octubre de 2008, se pidió a la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Canarias que se remitiera la historia clínica del reclamante obrante en aquel Hospital, así como informe relativo a inclusión y posterior exclusión de lista de espera para el Servicio de Cirugía Maxilofacial. Asimismo se solicita a la Gerencia de Atención Primaria, Área de Salud de Tenerife, copia de la historia clínica del reclamante obrante en el Centro de Salud Laguna-Mercedes. Finalmente, también se recaba historia clínica obrante en el Hospital V.R., de Sevilla.

El 16 de noviembre de 2007, y, nuevamente, el 4 de septiembre de 2008, se solicita informe del Dr. R.F.T. pronunciándose sobre los términos de la reclamación.

Toda la documentación solicitada será remitida, a excepción del informe del Dr. R.F.T., respecto de cuya solicitud se remite, el 9 de septiembre de 2008, comunicación del Director de Recursos Humanos del Hospital Universitario de Canarias informando de que el Dr. R.F.T. ha cesado su relación laboral con el Consorcio Sanitario de Tenerife el 1 de junio de 2006 por excedencia voluntaria.

No obstante, no se insiste en recabar aquel informe por otra vía (centro donde ejerza la medicina actualmente).

Entretanto, el interesado presenta escrito el 10 de noviembre de 2008 solicitando información acerca del estado de tramitación del procedimiento, a lo que se le contesta el 9 de diciembre de 2008 de que se ha reiterado solicitud de informe del Servicio de Inspección y Prestaciones y que se notificó el procedimiento al Hospital Universitario de Canarias.

Por resolución de 8 de enero de 2009, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se suspende el procedimiento general de responsabilidad patrimonial y se acuerda la iniciación de procedimiento abreviado, planteando al interesado acuerdo indemnizatorio de 2.594 euros. De ello recibe notificación el interesado por correos el 31 de enero de 2009, si bien, desde el 29 de enero se le había puesto en conocimiento tras personarse aquél en las dependencias de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud.

El 9 de febrero de 2009 comparece el interesado solicitando copia del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, así como informe de cirugía maxilofacial e historia clínica, lo que se le entrega en el mismo acto.

A la vista de aquella documentación, el interesado presenta escrito de alegaciones en las que se opone a la cantidad que se propone como indemnización, solicitando que se continúe con la tramitación del procedimiento y se le reconozca el derecho a la indemnización solicitada.

El 16 de abril de 2009 se dicta Propuesta de Resolución por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud en la que se estima parcialmente la reclamación del interesado, reconociendo el derecho a una indemnización, en concepto de daños morales por espera en la intervención, tras ser excluido de la lista de espera inicial, por importe de 2.594 euros.

El 16 de abril de 2009, así como el 22 de julio de 2009 y el 28 de julio de 2009, se solicita informe del Servicio Jurídico acerca de la Propuesta de Resolución.

Mientras, el interesado interesa, el 21 de septiembre de 2009, que se informe del estado de tramitación del procedimiento y se resuelva, contestándosele que se está a la espera del informe del Servicio Jurídico (de ello recibe notificación el reclamante le 8 de agosto de 2009).

Tras emitirse aquel informe el 25 de agosto de 2009, estimando conforme a derecho la Propuesta de Resolución, ésta se eleva a definitiva el 21 de agosto de 2009, sometiéndose a Dictamen de este Consejo el 1 de septiembre de 2009 (con

fecha de RE del escrito de solicitud en el Consejo Consultivo de Canarias de 11 de septiembre de 2009).

## IV

1. El procedimiento se inicia el 1 de agosto de 2007, fecha en la que tuvo entrada en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud el escrito presentado por J.A.H.A., en el que reclama el resarcimiento de los daños producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria que le fue prestada por el Servicio Canario de la Salud.

Los hechos objeto de la reclamación se exponen por la reclamante en su solicitud, consistiendo en que:

*“En el año 1997 el compareciente acude a una odontóloga que le manifiesta que éste padece una enfermedad consistente en una desproporción maxilomandibular tipo II de Angle. Esta dentista le recomienda que visite al DR. P.F.T., demandado en el presente procedimiento.*

*(...) El Dr. P.F.T. le confirma el diagnóstico que le había dado previamente la dentista inicial. (...) lo deriva al Hospital Universitario porque quiere que lo vea allí todo su equipo, equipo en el que también había una ortodoncista, llamada Dra. E.V. Una vez que mi demandante fue valorado por el equipo, el Dr. P.F.T., emite con fecha 5 de febrero de 1998 un informe en el que expresamente se dice:*

*«Paciente de 28 años de edad que acude a nuestro servicio por presentar maloclusión dental, solicitando corrección quirúrgica.*

*Se aprecia una desproporción maxilomandibular tipo II de Angle.*

*Tras reunión del equipo multidisciplinar de cirugía ortognática, es elaborado plan terapéutico, consistente en ortodoncia prequirúrgica, cirugía y ortodoncia posquirúrgica.*

*En este hospital es posible la prestación quirúrgica, ni siendo posible el tratamiento ortodóncico».*

*(...) El compareciente acudió al Servicio Canario de la Salud a los efectos de comprobar si este tratamiento le era cubierto por dicho Servicio. Allí, se le informó que el Servicio Canario de la Salud sólo cubriría los gastos de los tratamientos de ortodoncia cuando este tratamiento fuere necesario para evitar otro tipo de enfermedades y como ese era su (caso), el mismo presentó informes médicos,*

*presupuestos, etc. y al final el Servicio Canario de la Salud cubrió su tratamiento de ortodoncia prequirúrgico.*

*Pues bien, una vez aprobado el coste de dicho tratamiento de ortodoncia prequirúrgica, éste se lo realizó la Dra. E.V. Cuando la Dra. E.V. termina con su parte del tratamiento, es decir, cuando termina el tratamiento de ortodoncia prequirúrgica emite un estudio de los problemas del compareciente y un resumen del caso, con explicación de cómo había ido el tratamiento así como lo que, bajo el punto de vista de esta doctora, necesitaba corregirse con cirugía. Así, en el citado informe se hace constar por dicha doctora que considera necesaria una mentoplastia de avance, si bien establece que se valore en quirófano.*

*El día 10 de abril de 2003, el compareciente fue intervenido quirúrgicamente por el Dr. P.F.T. practicándosele una intervención llamada osteotomía maxilar tipo Le foro I con implantación saterior y osteopatía sagital de rama ascendente mandibular bilateral de avance, osteosíntesis con miniplacas de titanio y bloque elástico intermaxilar.*

*Lo cierto es que el compareciente fue informado por el Dr. P.F.T. que en el mismo momento en el que se iba a realizar la citada intervención se procedería a realizar también una mentoplastia de avance y descenso.*

*Con esta idea entró el compareciente a quirófano y una vez terminada la intervención el Dr. P.F.T. procedió a informar a la familia del compareciente, que estaba esperando noticias, que, como quiera que la intervención había durado más de siete horas, no se había podido realizar la mentoplastica, para no tenerlo mas tiempo anestesiado. Con posterioridad, el propio Dr. P.F.T. explicó al compareciente que la mentoplastia se la realizaría en un plazo de tres meses y que aprovecharía para, una vez en quirófano, realizar una eliminación de las Bolas de Bichad, con la finalidad de dar proyección a la cara, resaltando los malaes, de forma que la cara quedara más angulosa.*

*Así, el compareciente fue dado de alta a los dos días de la intervención, sin informe médico y sin medicación y fue adscrito a la Lista de Espera del Hospital Universitario para la realización de la mentoplastia así como para la eliminación de las Bolas de Bichad.*

*Como quiera que pasaron más de seis meses y el compareciente no fue llamado para realizarle la intervención acordada, que se había dejado sin hacer en el intervención previa, éste se puso en contacto telefónico con el Dr. P.F.T. quien le*

*comunicó que esperase un poco más de tiempo. Pasado el tiempo y como quiera que no se le practicaba la intervención que era continuación de la que ya se había realizado, el compareciente concertó cita con el Director del Servicio Canario de la Salud quien le prometió hablar con el Dr. P.F.T. y solucionar su problema. Como respuesta a la mediación del Director del Servicio Canario de la Salud, el compareciente obtuvo amenazas telefónicas del Dr. P.F.T., quien la manifestó que como a él lo molestase alguien en relación a la operación del compareciente, no lo iba a operar, que ya lo operaría. A estas alturas ya había pasado un año desde la primera intervención que se dejó incompleta.*

*Aprovechando la consulta de revisión de la primera intervención, una doctora del equipo médico del Dr. P.F.T., que lo sustituía en consulta en el Hospital Universitario, puesta en antecedentes por el compareciente de que le faltaba una nueva operación dado que la primera estaba incompleta, le realizó un volante para pedir hora en la consulta de preanestesia. El compareciente le comunicó este hecho al Dr. P.F.T. y éste le contestó que desde que tuviese cita con preanestesia lo operaría.*

*El compareciente acude al Hospital Universitario y como quiera que tiene un volante urgente para consulta de preanestesia solicita hablar con la doctora encargada de dicha consulta de preanestesia y le explica que lleva más de un año pendiente de una intervención quirúrgica complementaria de una anterior que se le había practicado, a lo que ésta le comunica que iba a investigar el porqué del retraso y que lo llamaría inmediatamente para darle las razones del retraso.*

*A los quince o veinte días, como quiera que el compareciente no había recibido ninguna llamada telefónica de la consulta de preanestesia llamó por teléfono al Hospital Universitario y se le comunica verbalmente que su operación no se iba a realizar porque el Dr. P.F.T. lo había dado de baja de la Lista de Espera, en la que el propio doctor lo había incluido*

*A principios del año 2005, el compareciente recibe una llamada telefónica del Servicio Canario de la Salud para comentarle que tenía concedido el traslado solicitado al Hospital V.R. de Sevilla para realizarse la operación que restaba para completar su proceso (...)*

*El reclamante recibe tratamiento médico en el citado Hospital andaluz, con cargo al Servicio Canario de la Salud, con resultado satisfactorio; este Servicio, además, abonó el coste de sus desplazamientos a la capital bética, y le entregó la*

dieta diaria de 12 euros reglamentariamente establecida. El reclamante pretende que se le abone otros gastos derivados de los desplazamientos a Sevilla (1347,18 euros), que no alcanzó a cubrir la dieta.

Además, el particular reclama por otros conceptos las sumas siguientes:

«Por los dos años de paro que tuvo que sufrir por no realizarse la operación la suma de 23.400 euros a razón de 900 euros que podría haber percibido por cada mes que estuvo de baja laboral en el paro como consecuencia de la no realización de la operación.

Por los daños psicológicos que le causó el retraso de la operación, como consecuencia de los cuales tuvo que acudir al Centro de Salud Mental al ver sus expectativas fracasadas, amén de por tener que pasar por la intervención quirúrgica que se le realizó en el Hospital V.R. de Sevilla totalmente solo y sin el apoyo de su familia y amigos la suma de 150.000 euros.

Por no poder ejercer la tutoría del menor A. en los períodos en los que estuvo en Sevilla, la suma de 50.000 euros».

Por ello, el interesado reclama la cantidad de DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE EUROS CON DIECIOCHO CÉNTIMOS (224.747,18), en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados.

Por otra parte, junto al escrito de reclamación, se aporta por el interesado la siguiente documentación:

Informe médico emitido por el Dr. P.F.T. en el año 1998 sobre el padecimiento y la enfermedad del compareciente.

Autorización del Servicio Canario de la Salud de colocación de los implantes necesarios para mi mandante.

Autorización para realizarse el tratamiento quirúrgico consistente en cirugía ortognática para ajuste de oclusión dental, autorización que se le concede por el Servicio Canario de la Salud con fecha 11 de enero de 2002.

Informe de la Dra. E.V. y Estudio realizado por la citada doctora del seguimiento del tratamiento de ortodoncia prequirúrgica realizado al compareciente.

Informe de la intervención quirúrgica realizada por el Dr. P.F.T. al compareciente el día 10 de abril de 2003, expedido en el año 2004.

Informe del Dr. P.F.T. en el que se manifiesta que dio de baja en la Lista de Espera de la intervención que le faltaba al compareciente y los motivos de dicha baja.

Solicitud llevada a cabo por el compareciente ante el Servicio Canario de la Salud en la que se solicita que se realice la intervención en un centro privado o en el Hospital V.R. de Sevilla.

Recibos de estancia y gastos del primer traslado a Sevilla del compareciente en el mes de febrero de 2005.

Recibos de gastos de estancia y alimentación del viaje a Sevilla del compareciente del mes de marzo de 2005.

Recibos del viaje realizado a Sevilla en el mes de junio de 2005.

Recibos del viaje realizado a Sevilla en el mes de septiembre de 2005.

Recibos del viaje realizado a Sevilla en el mes de noviembre de 2006.

Contrato de trabajo y nóminas del último empleo que tuvo el compareciente antes de someterse a la primera intervención quirúrgica.

Tarjeta de desempleo del compareciente donde se puede observar la situación de baja del mismo.

Documentos relativos a la custodia del menor C.A.M.H.

Ayudas básicas que tuvo que solicitar el compareciente ante el Ayuntamiento de La Laguna por carecer de ingresos y estar de baja como demandante de empleo por tener pendiente la operación quirúrgica de la que hablamos y que finalmente se le realizó en el Hospital V.R. de Sevilla.

Informe del médico de cabecera del compareciente.

Por otra parte, se solicita en la reclamación, que se recabe del Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Canarias el historial médico completo del interesado.

## V

1. La Propuesta de Resolución, con fundamento en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, así como del resto de la documentación obrante en el expediente, viene a estimar parcialmente la reclamación del interesado, reconociendo el derecho a una indemnización, en concepto de daños morales por

espera en la intervención, tras ser excluido de la lista de espera inicial, por importe de 2.594 euros.

Rechaza la Propuesta de Resolución asumir el pago de indemnización por los conceptos reclamados por el interesado, salvo en lo relativo a los daños morales. Así, señala la Propuesta de Resolución:

*“No obstante lo anterior, entendemos que ha podido existir un daño moral, ya que cumple con los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo en su constante y reiterada jurisprudencia para entenderlo indemnizable, pues se colocó al reclamante, por haberse dado de baja en la lista de espera y no comunicárselo, una situación básica consistente en el sufrimiento y padecimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, con una cierta intensidad hasta la resolución satisfactoria de su proceso.*

*Por lo que se formula propuesta de indemnización de 2.594 euros por los daños morales sufridos por la dilación de la segunda intervención quirúrgica”.*

2. Pues bien, suscribe este Consejo las consideraciones de la Propuesta de Resolución dirigidas a fundamentar el rechazo al reconocimiento de responsabilidad del Servicio en todos los conceptos reclamados salvo el del daño moral. En consecuencia, se considera que tal pronunciamiento es ajustado a derecho.

No obstante, según establece el art. 145, apartados 2 y 3, LRJAP-PAC, la Administración habrá de incoar de oficio el correspondiente expediente, dirigido a comprobar si existió dolo, culpa o negligencia grave del personal a su servicio que ha intervenido en este caso, del cual hubiere derivado un perjuicio al servicio, y resolver en consecuencia.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, sin perjuicio de la procedencia de incoar de oficio el procedimiento referido en el último Fundamento de este Dictamen.