



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 9 / 2 0 1 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 11 de febrero de 2010.

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 N.A.A., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 2/2010 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 Terminación Convencional de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal del Servicio Canario de Salud.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación de la Consejera de Sanidad para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación el primer precepto 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. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva. También el de interposición de la reclamación dentro del plazo porque fue el 2 de octubre de 2007 cuando la interesada conoció el hecho lesivo por el que reclama, y el 7 de julio de 2008 presentó el escrito de reclamación; por consiguiente, antes del vencimiento del plazo fijado por el art. 142.5, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de

* **PONENTE:** Sr. Suay Rincón.

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

4. Los folios 21 a 24 del expediente comprenden la Resolución, de 23 de septiembre de 2008, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admite a trámite la reclamación. Este hecho se recoge en el Antecedente de Hecho III de la Propuesta de Acuerdo. Sobre este particular se ha de señalar 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, por consiguiente, no 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 confirmando 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 a los arts. 4.1 y 6.1 del mismo RPAPRP.

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 hiciera 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.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales invalidantes. La interesada ha manifestado expresamente su conformidad con la Propuesta de Acuerdo indemnizatoria. No hay obstáculos a la emisión de un Dictamen sobre el fondo.

II

1. Los hechos que fundamentan la pretensión resarcitoria, tal como resultan del expediente y recoge la propuesta de acuerdo son los que se expresan a continuación.

2. La reclamante fue intervenida quirúrgicamente el 19 de julio de 2007 en el Hospital público “Nuestra Señora de los Reyes” en Valverde, isla de El Hierro.

Las finalidades de esta intervención quirúrgica eran dos. Una de índole terapéutica, la extirpación de tres miomas en el interior de las paredes del útero que había devenido hipertrófico y de un quiste en el ovario derecho que presentaba la trompa dilatada. La otra finalidad era diagnóstica, pues pretendía, mediante el análisis anatomopatológico en el laboratorio de las piezas extraídas, determinar si eran de naturaleza benigna o maligna los tumores detectados.

3. La intervención quirúrgica estaba programa para practicar una histerectomía total con doble anexectomía; pero, ante la presencia de un importante crecimiento ectópico de tejido semejante al endometrio en varias localizaciones extrauterinas descrito en el protocolo quirúrgico como "*intensa fibrosis de un cuadro típicamente endometrióbico con salida de contenido achocolatado*", se realizó una histerectomía subtotal.

4. La pieza extraída quirúrgicamente era grande: un útero fibromatoso, el ovario derecho tumoral, las trompas de Falopio y el ovario izquierdo. La pieza fue introducida en el recipiente apropiado y enviada, por un servicio de mensajería prestado por una empresa privada, al servicio de Anatomía Patológica de otro hospital público, el de "Nuestra Señora de La Candelaria" (HUNSC) en Santa Cruz de Tenerife, isla de Tenerife. Consta documentalmente que el recipiente fue enviado desde el Hospital de El Hierro. Ante la tardanza en remitir la biopsia el cirujano la reclamó telefónicamente al Servicio de Anatomía Patológica del HUNSC que le informó oralmente que el frasco había llegado vacío. En los registros y controles del HUNSC no consta la recepción de la muestra.

En su informe, de 24 de noviembre de 2008, el cirujano que es también el ginecólogo asignado por el Servicio Canario de la Salud a la paciente a la cual asiste desde hace años, expresa que no hay explicación para la desaparición de la muestra quirúrgica porque, dado su tamaño, es imposible que se salga del frasco sin que se advierta o que pueda olvidarse en algún lugar.

5. El informe de este facultativo explica que desde el punto de vista ginecológico el estado actual de la paciente, con un último control realizado el 26 de agosto de 2008, es de total sanidad; y que, atendiendo a la evolución pre y post operatoria de la paciente, al examen de la lesión durante el acto quirúrgico, al contenido de la sangre achocolatada que presentaron las pruebas médicas a las que se ha sometido a la paciente (resonancia magnética, ecografías, marcadores tumorales, muestra de colposcopia), se trataba de una tumoración benigna; pero que este juicio diagnóstico

no se puede afirmar con absoluta certeza, porque ésta solo puede ser proporcionada por la biopsia o estudio anatomopatológico de la muestra quirúrgica extraviada.

III

1. Como se explicó, la intervención quirúrgica tenía dos finalidades, una terapéutica, la extirpación de los órganos lesionados; y otra diagnóstica, el análisis anatomopatológico de los tejidos de esos órganos para determinar la actitud terapéutica a seguir.

Una intervención quirúrgica y extirpación de órganos constituye una lesión personal. Esta lesión no es antijurídica porque es necesaria para restablecer la salud de la paciente y ésta ha consentido a ella. Pero, en la hipótesis de que los objetivos de esa intervención quirúrgica no se alcanzaren total o parcialmente por una mala práctica médica, el servicio público de salud deberá resarcir a la paciente por funcionamiento anormal.

En el presente supuesto, de los dos objetivos de la operación, uno no se ha alcanzado. Este fracaso parcial de la intervención en absoluto se ha debido a una infracción de la *lex artis ad hoc*, sino a un funcionamiento anormal del servicio de recogida y envío de muestras quirúrgicas para su análisis, lo cual ha determinado el fracaso parcial de la operación porque no se ha conseguido la finalidad diagnóstica que se perseguía. Este fracaso ni constituye un daño iatrogénico inevitable de la operación ni está cubierto por el consentimiento a ésta de la paciente.

Representa, por tanto, un daño real y efectivo pues las molestias inherentes a una intervención quirúrgica y la extirpación de los órganos lesionados se han revelado parcialmente inútiles porque no se ha logrado establecer un diagnóstico concluyente de la lesión tumoral.

Por esta razón el Servicio Canario de la Salud está obligado a indemnizar a la paciente por la pérdida de la muestra quirúrgica.

2. La propuesta de acuerdo fija en 2.000 euros la indemnización, cuantía con la que manifiesta su conformidad la reclamante. La propuesta ha de pronunciarse sobre la valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización con expresión de los criterios utilizados para su cálculo (art. 12.1 RPAPRP en relación con el art. 13.2 del mismo).

En el presente caso la propuesta fija la indemnización en 2.000 euros pero sin expresar los criterios que se han aplicado para llegar a dicha cifra. Aún con carácter orientativo, deben expresarse los conceptos indemnizatorios integrantes en este caso del daño moral cuya cuantía sí se concreta.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.