



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 851/2010

(Sección 2ª)

La Laguna, a 30 de noviembre de 2010.

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 L.F.J.G., en nombre y representación de G.M.A., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 823/2010 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es la propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal del Servicio Canario de Salud.

2. La competencia del Consejo Consultivo para emitir el Dictamen y la legitimación de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D,e) y 12.3 de la Ley 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. 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) de la Ley 30/1992, de 26 de

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

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

4. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades que impidan un Dictamen de fondo.

II

1. Desde el año 1995, la reclamante trabajó como Asistente Técnico Sanitario en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Canarias. Luego pasó a trabajar en otros servicios de dicho Hospital. El 23 de septiembre de 1997 se le diagnosticó tuberculosis, que fue declarada enfermedad profesional.

El tratamiento sanitario prestado a la reclamante consiguió que curara de la infección tuberculosa, por lo que se le dio el alta médica el 7 de julio de 1998. Sin embargo, se le detectó un granuloma endobronquial como secuela de la tuberculosis, que determinó que causara nueva baja médica el 8 de julio de 1998 para someterla a laserterapia endobronquial reconstructiva y finalizada ésta fue dada de alta el 16 de diciembre de 1998. En el año 2001 se le detectó una estenosis endobronquial, que determinó una nueva baja médica y que el 7 de abril de 2002 se le operara para reseccionarle la pirámide basal izquierda del pulmón por bronquiectasia, recibiendo el alta hospitalaria el 15 de abril de 2002. El 6 de mayo de 2003 se emitieron informes propuesta para valoración de posible reconocimiento por incapacidad permanente.

2. La reclamante fundamenta su pretensión indemnizatoria en el hecho de que el deficiente sistema higiénico sanitario del Hospital Universitario de Canarias creó un riesgo infeccioso sobreañadido al riesgo profesional propio de la profesión de la paciente. Textualmente aduce: *" Se trata pues en este caso concreto de una infección de adquisición hospitalaria, relacionada con un insuficiente y defectuoso sistema de organización, control, vigilancia, higiene, desinfección y esterilización de las instalaciones del centro, del quirófano y del instrumental médico empleado, así como del personal sanitario al cual se le debe proporcionar ropa de trabajo higiénicamente limpia, junto con guantes, mascarilla y material estéril"*.

En el escrito de reclamación, se alega que el Hospital Universitario carece de un sistema eficaz de vigilancia y control de la infección nosocomial del personal sanitario porque no se aplicaban las siguientes medidas:

Realizar un seguimiento de las bacteriemias.

Detección y control de brotes epidémicos.

Vigilancia de la resistencia antimicrobiana de los microorganismos hospitalarios.

Recomendaciones para el uso racional de los antibióticos.

Procedimientos normalizados para la desinfección y esterilización.

Control de la higiene y limpieza hospitalarias, que incluye el control sanitario alimentario y la higiene y política de manipulación de alimentos que se sigue en los servicios de cocina de los hospitales.

Elaboración de protocolos diversos y revisión de procedimientos en relación con las infecciones nosocomiales o procedimientos de riesgo.

Control de enfermedades transmisibles y política de vacunación del personal sanitario.

Formación continuada de los sanitarios en infecciones nosocomiales, como instrumento para la consecución de los objetivos anteriores.

Como prueba de esas deficiencias presenta una declaración jurada firmada en septiembre de 2003 por varios compañeros de trabajo de la reclamante.

3. De los informes del Jefe del Departamento de Microbiología y Medicina Preventiva, del Comité de Infecciones del Hospital Universitario y del Servicio de Inspección y Prestaciones resulta acreditado que el Hospital Universitario disponía desde su creación de un servicio de vigilancia y control de la infección nosocomial que abarcaba al personal sanitario y a los pacientes; que se cumplían y cumplen todas las medidas que la reclamante alega que no se han adoptado; que no existía ningún riesgo añadido de infección como lo prueba el hecho de que en el período en que contrajo la tuberculosis la reclamante esa enfermedad no la contrajo ningún otro trabajador del Servicio de Urgencias; que, aunque el episodio de tuberculosis que sufrió la reclamante fue declarado enfermedad profesional no está demostrado científicamente que el contagio haya tenido origen nosocomial.

III

1. Según el criterio jurisprudencial recogido en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de noviembre de 2001 (RJ 2001\10102), de 29 de enero de 2004 (RJ 2004\572), y de 24 de noviembre de 2005 (RJ 2006\1806), los daños experimentados por el personal sanitario a causa de

enfermedades que tienen su origen en la asistencia sanitaria que prestan, son concreción de los riesgos derivados de la actividad profesional y se hallan cubiertos por la acción protectora de la Seguridad Social.

En tanto que riesgos profesionales conocidos por el personal sanitario se trata de riesgos voluntariamente aceptados, lo que excluye su calificación como antijurídicos; con lo que no concurre uno de los requisitos esenciales para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cual es el de la antijuricidad del daño; salvo que se acredite que la Administración omitió alguna de las medidas de seguridad que estaba obligada a adoptar en garantía de la integridad física de sus trabajadores.

En el presente supuesto, la reclamante ha alegado que el Hospital donde trabajaba carecía de un sistema de control y vigilancia de las infecciones nosocomiales y que no se cumplían las medidas que relaciona en su escrito de reclamación.

Los informes médicos obrantes en el expediente acreditan cumplidamente que ese sistema existía y que se cumplían las medidas de prevención y seguridad pertinentes.

No existía, por tanto, una situación de riesgo añadido al riesgo profesional propio de la actividad de la reclamante.

Esta inexistencia de riesgo sobreañadido lo confirma, además, el hecho de que la calificación de su episodio de tuberculosis como enfermedad profesional no fue acompañada -como impone el art. 123 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) - de un recargo de la correspondiente prestación económica a cargo del Hospital Universitario por incumplimiento empresarial de las normas de prevención de riesgos. Tampoco la reclamante exigió en su momento el recargo de esa prestación económica por enfermedad profesional con fundamento en las carencias o deficiencias de las medidas de control y vigilancia de las infecciones nosocomiales que ahora alega.

Por consiguiente, el daño alegado es única y exclusivamente la concreción de un riesgo profesional aceptado por la reclamante y, en consecuencia, no es antijurídico, de donde sigue la procedencia de desestimar la pretensión resarcitoria, tal como sostiene la propuesta de resolución.

2. Esto no obstante, preciso es también señalar que, por este Consejo Consultivo desde su Dictamen 31/2001 y en sucesivos pronunciamientos en este tipo de supuestos, como por ejemplo el 485/2007, de 14 de diciembre, se ha mantenido que, a los efectos de la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración por daños y perjuicios que genere el funcionamiento de sus servicios o actividades públicas, han de diferenciarse los supuestos en que aquéllos afecten a particulares de los que interesan a funcionarios públicos o personal laboral de las Administraciones públicas, causados a estos últimos en el ejercicio de sus funciones, como ocurre en el supuesto que nos ocupa.

En los Dictámenes mencionados se afirmaba que "desde luego, es a los primeros (los particulares) a los que se refiere explícitamente la Constitución (art. 106.2) y la LRJAP-PAC (art. 139) cuando establecen el derecho indemnizatorio por lesión en bienes y derechos, salvo fuerza mayor, por el funcionamiento de los servicios públicos, por muy amplia que sea la inteligencia de éstos. Y, ciertamente, es clara la diferencia jurídica entre particulares y funcionarios desde la perspectiva de su relación con la Administración, caracterizándose los segundos por su relación de servicio o de especial sujeción frente a la generalidad de los particulares, no siendo equiparables a los funcionarios ni siquiera los que se relacionan contractualmente con la Administración, pues su relación con ella no es de servicios y, por ende, es contractual la responsabilidad que sea exigible entre ambas partes del contrato".

De este modo, este Organismo considera, siguiendo la postura doctrinal reiterada en diversos Dictámenes, que corresponde ciertamente a la Administración resarcir en su caso las lesiones que sufran sus funcionarios al realizar o cumplir sus deberes funcionariales; pero este deber está previsto específicamente en la normativa sobre función pública (arts. 23.4 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que continúa en vigor hasta que se den las condiciones prevista en la disposición final cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, siendo actualmente de aplicación, en el mismo sentido que el art. 14.d) de la misma y el 82.4 de la Ley autonómica 2/1987, de la Función Pública Canaria); de manera que parece clara su exclusión del régimen general de responsabilidad patrimonial, o, si se prefiere, del que afecta a los particulares.

En definitiva, en la línea de los Dictámenes del Consejo de Estado (814/91, 846/92, 199/94, 988/94, 1917/94, 2368/95, 3311/97, 2309/98, 3.311/97 y 3115/98), los Dictámenes de este Organismo, referidos con anterioridad, señalan que el título o

norma que fundamenta el deber de la Administración de indemnizar a sus funcionarios es diferente a la que la obliga a hacerlo a los particulares, siendo el particular fin de aquélla la reparación de los daños que sufran los agentes públicos, siempre que ello ocurra con ocasión o como consecuencia del cumplimiento de sus funciones o al prestar el servicio que tienen encomendado.

3. Asimismo, y como ya ha señalado este Consejo Consultivo, si el derecho de los funcionarios a ser indemnizados por el funcionamiento administrativo no se corresponde con la responsabilidad patrimonial general de la Administración frente a los particulares, sino con el deber específico de ésta de reparar los daños que aquél cause a su propio personal, el procedimiento para tramitar la reclamación de indemnización en que se materializa el ejercicio de tal derecho no debe ser el que, a partir de la regulación de la LRJAP-PAC en esta materia y, con habilitación concreta en el art. 142.3 de la misma, es desarrollado por el RPAPRP.

No está regulado, sin embargo, un procedimiento general para la resolución de los supuestos de indemnización por razón del servicio, pese a que debiera haberlo hecho el Estado, como razonadamente pone de manifiesto el Consejo de Estado. Aunque se prevén en el ordenamiento jurídico distintas vías procedimentales para tramitar indemnizaciones a funcionarios, como aquellos particularizados por la especial dificultad o peligrosidad de sus funciones, todos estos procedimientos específicos y distintos entre sí son equiparables tanto por su común fundamento del derecho indemnizatorio a reconocer, como por el hecho de que ninguno es el ordenado en el citado RPAPRP.

Siendo ello así, como el procedimiento a seguir no es el del Reglamento ya citado, ni tampoco existe uno de responsabilidad por daños a funcionarios, genérico o específico del caso, el procedimiento a seguir ha de ser el administrativo común determinado en la LRJAP-PAC, sin que resulte preceptivo en este caso el previo Dictamen de este Consejo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.