



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 214/2013

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de junio de 2013.

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 J.Y.R.P. por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 213/2013 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Es objeto del presente Dictamen la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. La solicitud de Dictamen, de 19 de abril de 2013, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 15 de mayo de 2013. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los artículos 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 los arts. 8 y 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRRP).

2. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de J.Y.R.P., al pretender el resarcimiento de un daño sufrido en su persona como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud (SCS).

3. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado

* **PONENTE:** Sr. Brito González.

Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño, si bien éste se prestó por H.S., la entidad concertada a la que fue derivada la paciente por el SCS.

El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del SCS, de conformidad con el artículo 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los artículos 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 Salud.

La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado SCS, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 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.

4. Sobre el régimen de responsabilidad patrimonial derivada de la ejecución de los conciertos sanitarios señalamos en nuestro Dictamen nº 132/2013 lo siguiente:

“(...) si los centros sanitarios privados, al prestar a los usuarios del servicio público de salud asistencia sanitaria en virtud de un concierto, les causan daños, ellos serán los obligados a resarcirlos, salvo que demuestren que la lesión tuvo su origen inmediato y directo en una orden de la Administración. Esta conclusión lleva necesariamente a esta otra: En los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración titular del servicio público de salud, el SCS en este caso, como el centro sanitario privado concertado, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación de éste, entonces está obligado a resarcirlo en virtud de los artículos 98 y 162, c) TRLCAP (ahora arts. 214 y 277, a) TRLCSP). Así resulta de la D.A. XII de la LRJAP-PAC; de la D.A. 1ª RPRP; del segundo párrafo del artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ); y del artículo 2, e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

Conforme a todos estos preceptos el procedimiento para las reclamaciones por daños causados por contratistas de la Administración (en general y, en especial y expresamente, por los centros sanitarios privados concertados) es el regulado en el RPRP y en ellos está legitimada pasivamente la empresa contratista, puesto que tiene la cualidad de interesada según el artículo 31.1.b) de la LRJAP-PAC, en

relación con los artículos 98 y 162.c) TRLCAP, actualmente, artículo 198 y 256.c) LCSP].

Lo expuesto hasta aquí no es desvirtuado por el hecho de que el artículo 97.3 TRLCAP (actualmente el artículo 214.3 TRLCSP) contemple que los terceros perjudicados «podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción». Ello por las siguientes razones:

Lo que el artículo 97.3 TRLCAP (ahora 214.3 TRLCSP) confiere al perjudicado es una facultad como expresamente la califica el tenor del precepto y como resulta de la expresión «podrá requerir». No le impone la carga de que para alcanzar su pretensión deba formular necesariamente ese requerimiento como un obligatorio trámite previo a la interposición de su reclamación. A su elección queda presentar ésta directamente o formular ese requerimiento.

Esto lo corrobora el siguiente apartado del art. 97 TRLCAP (actualmente, artículo 214.4 TRLCSP) «La reclamación de aquéllos se formulará en todo caso conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto».

Ese requerimiento potestativo es distinto de la reclamación. Ésta se ha de tramitar por el procedimiento legal que corresponda que, cuando se trata de daños causados a usuarios del servicio público de salud, se ha de tramitar por el procedimiento administrativo de reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tal como ordenan la D.A. XII LPAC, el segundo párrafo del artículo 9.4 LOPJ y el apartado e) del artículo 2 LJCA.

Estas razones, que con cita de los preceptos pertinentes de la LCSP en vez de los del actualmente vigente TRLCSP, ya fueron expuestas en nuestro Dictamen 554/2011, de 18 de octubre; explican que el instructor haya llamado al procedimiento al centro sanitario concertado, y le haya dado vista del expediente y trámite de audiencia. Solo cabe advertir de que, como interesado, también se le ha de notificar la resolución definitiva”.

Pues bien, lo señalado en el dictamen anteriormente transcrito es plenamente aplicable al supuesto analizado, de ahí que, -en contra de lo alegado por la entidad concertada que se exonera de toda responsabilidad-, la resolución definitiva que se

dicte en este procedimiento le afecta como interesada y legitimada pasivamente, lo que implica que deberá notificarse a H.S. dicha resolución.

5. Se cumple, por otra parte, el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues el escrito de reclamación se presentó el 13 de abril de 2010, respecto de un daño producido a partir de la intervención quirúrgica realizada el 16 de noviembre de 2009.

6. En este procedimiento, el plazo de resolución está vencido, sin que se justifique la demora, lo que no exime a la Administración de resolver expresamente (arts. 42.1 y 7 y 141.3 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

II

El escrito de reclamación, en cuanto a los hechos objeto de la misma, se señala lo siguiente:

“El día 16 de noviembre de 2009 ingreso en H.S., tras ser derivada por el SCS para ser intervenida de un hallux valgus en primer dedo del pie derecho. El Dr. que me intervino, el Dr. D., me comenta que era una operación bastante sencilla, que iba a ser con Láser y que en apenas 7 días podría incorporarse a mi trabajo; haciendo yo previsión con la empresa de dicha baja.

El día de la operación surgen diferentes problemas; el primero de ellos fue que el aparato/instrumento de operación se estropea teniendo ya la anestesia epidural puesta, el segundo fue la situación que tuve de vivir dentro de quirófano, el Dr. muy molesto con la enfermera que provocó el fallo en el instrumento, le pidió explicaciones gritándole y expulsándola de quirófano. La situación vivida por mi parte fue bastante desagradable, yo no sabía qué iba a pasar, me puse muy nerviosa tras los gritos del equipo médico y me dicen que ya que tenía la epidural lo mejor era intervenir, que no sería con láser pero que en 15 días estaría recuperada. Me sedan y me operan.

Tras la intervención me suben a la habitación y me dicen que 15 días es poco, que sería algo más, que me habían puesto un tornillo y una grapa, etc, ya la versión cambió, nada de eso se me comentó, me engañaron.

Me dan de alta el día 17/11/09, me voy a casa siguiendo un tratamiento médico que me tuvo una semana con fuertes vómitos, llegando incluso a visitar a mi médico de cabecera (...). Tras visitar al Dr. en consulta para ver evolución, me pide perdón y

que me mandaría a rehabilitación. Acudo en la fecha indicada a rehabilitación durante varios días, teniendo tras la misma, dolores insoportables porque la grapa que me pusieron estaba mal colocada y me dañaba enormemente. Me mandan desde rehabilitación a pedir cita de nuevo en el Dr. y se decide operar una vez más el 20/01/10 para quitarle la grapa, con el trastorno que esto me ha supuesto tanto en mi vida personal como laboral.

Tras varias semanas, se inicia nuevamente rehabilitación tratando de conseguir movilidad en dicho dedo, siendo esto imposible, ya que según me comentan desde rehabilitación ese dichoso tornillo, (el cual en ningún momento se me había indicado que se me pondría al igual que la grapa) me imposibilitará tener movilidad e incluso podría traerme consecuencias graves en el futuro, ya que está en un punto de apoyo importantísimo a la hora de caminar”.

Se solicita indemnización que se cuantifica inicialmente en 26.037,32 euros, si bien en escrito de alegaciones de 8 de abril de 2013 se cuantifica en 28.258,87 euros.

III

Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones:

- El 28 de mayo de 2010 se identifica el procedimiento y se insta a la interesada a mejorar su solicitud mediante la aportación de determinada documentación. Tras recibir notificación de ello el 3 de junio de 2010, vendrá a aportar lo solicitado el 11 de junio de 2010.

- Por Resolución de 15 de junio de 2010 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación recibiendo la reclamante la pertinente notificación el 25 de junio de 2010. Asimismo se notifica a H.S. el 23 de junio de 2010 (hospital concertado con el Servicio Canario de Salud al que fue derivado la reclamante para realizarle la intervención quirúrgica que da origen a esta reclamación).

- Por escrito de 15 de junio de 2010 se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones, lo que se reitera el 14 de diciembre de 2010 y el 1 de abril de 2011. Tal informe se emite el 3 de julio de 2012, tras haberse recabado la documentación oportuna: historia clínica de la reclamante custodiada en el Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria y en Atención Primaria del Área de Salud de Tenerife, así como la historia clínica custodiada en H.S. y los informes emitidos por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología y de Rehabilitación de H.S.

En el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones se concluye la existencia de responsabilidad patrimonial parcial de la Administración y se valora el daño producido en 3.086,47 euros, cantidad en la que se propone indemnizar a la reclamante.

- El 17 de agosto de 2010 la interesada presenta escrito, que reitera el 13 de diciembre de 2010 y el 31 de marzo de 2011, solicitando información acerca del estado del procedimiento e instando su impulso. De tales escritos se da traslado al Servicio de Inspección y Prestaciones, y se informa a la interesada estar a la espera del informe de aquel Servicio.

- Por Resolución de 9 de julio de 2012 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud se acuerda suspensión del procedimiento general continuando por los trámites del procedimiento abreviado, de conformidad con el art. 14 RPRRP, mediante la suscripción de un acuerdo indemnizatorio por importe de 3.086,47 euros (art. 8 RPRRP). Ello se le notifica a la interesada el 23 de julio de 2012, así como a H.S., el 20 de julio de 2012, que presenta escrito el 26 de julio de 2012 señalando la conformidad a la *lex artis* de la actuación del centro y que, "*de cualquier modo, el acuerdo que fuera alcanzado convencionalmente en nada debe afectar a este Centro ni a la entidad H.*". Por su parte, la interesada, mediante escrito de 30 de julio de 2012, acepta la indemnización propuesta y facilita su número de cuenta bancaria.

- El 20 de agosto de 2012 se emite, pues, Propuesta de Terminación Convencional, suscribiéndose, sin que conste fecha, borrador de acuerdo indemnizatorio por la Directora del Servicio Canario de la Salud.

- El 18 de enero de 2013 se emite informe por el Servicio Jurídico, en el que se pone de relieve la ausencia de justificación adecuada de la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del Servicio.

- Así pues, el 23 de enero de 2013, se solicita, por el Servicio de Normativa y Estudios, informe complementario al Servicio de Inspección y Prestaciones en el que se aclare lo señalado por el informe del Servicio Jurídico. Tal informe se emite el 11 de marzo de 2013, en el que reitera los términos del anterior, viniendo, además, a actualizar la cuantía indemnizatoria, que pasaría a ser de 3.175,85 euros.

- Aquel informe es puesto en conocimiento de la interesada, a quien se le concede nuevo trámite de audiencia el 21 de marzo de 2013. Recibida notificación de ello el 25 de marzo de 2013 (recibida también por H.S. en la misma fecha), la reclamante presenta escrito de alegaciones por correo en el que manifiesta su

disconformidad con la cuantía indemnizatoria y solicita 28.258,87 euros por los daños sufridos.

- El 19 de abril de 2013 se dicta Propuesta de Resolución estimando parcialmente la reclamación de la interesada con la indemnización de 3.175,85 euros.

IV

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución, en virtud de la información recabada a lo largo de la tramitación del procedimiento, viene a estimar parcialmente la reclamación de la interesada, determinando la concurrencia de elementos de responsabilidad patrimonial de la Administración sólo en cuanto a la prolongación de los días de incapacidad temporal en relación con los precedentes de haberse operado la paciente por el método inicialmente previsto y consentido, como consecuencia del cambio de técnica, así como por la colocación del material de osteosíntesis. Deriva de ello una indemnización que se cuantifica en 3.175,85 euros.

Asimismo, la Propuesta de Resolución responde a las alegaciones de la interesada aclarando, acertadamente, lo siguiente:

“Primero.- La interesada pretende ser indemnizada por 157 días improductivos, desde el 16 de noviembre de 2009 (fecha de la intervención), hasta el 22 de abril de 2010 (alta en el Servicio de Cirugía Ortopédica) y por la lesión permanente parcial, no obstante, resulta del todo improcedente atribuir al Servicio Canario de la Salud la responsabilidad sobre la patología que padece y las complicaciones derivadas de la intervención a la que voluntariamente se sometió y cuyos riesgos asumió mediante la firma del Documento de Consentimiento Informado, entre los que se encuentra la limitación de la articulación metatarsfalángica y la algodistrofia (...).

Como reitera el Servicio de Inspección y Prestaciones en su informe de 11 de marzo de 2013, como objeto de la indemnización no sería valorable, por tanto, las secuelas inherentes a la corrección sino a la prolongación del proceso de incapacidad temporal y las consecuencias en esta paciente del material de osteosíntesis, es decir, las consecuencias del cambio de técnica a la prevista inicialmente secundaria a problemas ajenos a ella.

Segundo.- En relación a los daños psicológicos, que ni siquiera se nombran en la reclamación inicial, no constan acreditados en la documentación obrante en el presente expediente (...).

Tercera.- Finalmente, respecto a los daños futuros (“las consecuencias futuras que esta mala operación pudiera ocasionarme”), de conformidad con lo establecido por el artículo 139.2 de la LRJAP-PAC, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Es decir, las futuras consecuencias que reclama la interesada no son indemnizables, ya que el daño ha de ser real, efectivo, constatable y cierto y no hipotético o futuro (...).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene afirmando de forma sistemática que para ser resarcible el daño ha de consistir en un daño real, excluyéndose los daños dudosos o presumibles, así como la mera frustración de expectativas (...).

2. Pues bien, este Consejo, a la luz de la información obrante en el expediente, entiende que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho al concurrir los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los términos expresados en la Propuesta de Resolución, no en la reclamación de la interesada.

A estos efectos, resulta relevante el dato expuesto en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, en sus conclusiones, cuando viene a exponer las distintas técnicas quirúrgicas utilizadas para corregir la patología de la paciente (Hallux Valgus en pie derecho que le producía dolor durante la marcha). En este punto señala que *“se puede recurrir a la técnica convencional o a la técnica de Mínima Incisión que permite con sólo pequeños cortes realizar la corrección bajo control radioscópico. Esta última fue la propuesta a la reclamante y que no se pudo llevar a cabo por problemas técnicos”*.

En primer lugar, sobre esta técnica, aclara el informe: *“La técnica a la que alude la reclamante aunque mínimamente invasiva no se realiza mediante «Láser» como ella expone, ya que aunque popularmente se conoce como Láser por las pequeñas incisiones que se llevan a cabo, no se emplea rayos láser tratándose de una técnica invasiva”*.

Y, en segundo lugar, en relación con el cambio de técnica señala: *“una cuestión es el modo de abordaje para la corrección y otra es la aparición de efectos indeseables posibles en cualquier técnica y derivados de la intervención precisa para corrección de la deformidad, entre los que se encuentran la limitación del movimiento de la articulación metatarsofalángica y la algodistrofia. La algodistrofia que se caracteriza por dolor como síntoma principal y manifestaciones pseudoinflamatorias así como signos de disfunción del sistema autónomo, es una complicación que puede aparecer con independencia de la técnica quirúrgica*

utilizada. De hecho, observamos que previo a la decisión de cambio del modo de abordaje la reclamante firma Documento Consentimiento Informado que recoge los posibles efectos indeseables descritos y posteriormente padecidos, inherentes a la corrección quirúrgica que nos ocupa, y este DCI es válido en cualquiera de las vías de abordaje, dándose la circunstancia de que se puede decidir e iniciar un procedimiento mínimamente invasivo y verse obligados a un abordaje convencional en función de los problemas encontrados”.

Es decir, una cosa es la técnica usada en la intervención, que, ciertamente, fue modificada sin el consentimiento de la paciente, y otra, los efectos de la intervención del hallux valgus, que son los mismos con independencia de la técnica utilizada y que, de hecho, son comunes en el documento de consentimiento informado para esta intervención, firmado por la interesada.

Por ello, no es objeto de indemnización el daño alegado por la reclamante consistente en las secuelas inherentes a la corrección del hallux valgus, pues se trata de una intervención correctamente realizada para la corrección de una patología que padecía la paciente, habiéndose sometido voluntariamente a la misma y habiendo firmado, y, por ende, consentido, las complicaciones propias de esta intervención quirúrgica.

Otra cosa, son los daños derivados de la utilización de la concreta técnica con la que fue intervenida la paciente que conlleva la implantación de material de osteosíntesis, pues el cambio de técnica se produjo dentro del quirófano y sin consentimiento de aquella.

En este sentido, se informa por el Servicio de Inspección y Prestaciones, que aquel daño se concreta en una prolongación del proceso de incapacidad temporal, señalando que:

“La técnica mínimamente invasiva, cirugía percutánea, que ocasiona menos trauma de partes blandas, requiere en el postoperatorio inmovilización con un vendaje en ligera hipercorrección pero permite la marcha precoz, zapato ortopédico de postoperatorio, aunque conviene no caminar ni permanecer mucho de pie en las primeras 2 semanas para evitar la inflamación. El vendaje se retira a los siete días y se sustituye por un separador entre primer y segundo dedo y una cincha metatarsal que se mantienen durante mes y medio.

Frente a esto, nos encontramos:

Duración del proceso inicial de Incapacidad Temporal de 36 días frente a los 15 días previstos. Por tanto sería valorable 16 días improductivos sin estancia hospitalaria.

Nuevo proceso de IT de 27 días, desde el 20 de enero al 15 de febrero de 2010, de los cuales un día causó estancia hospitalaria para retirada de material de osteosíntesis y 26 días fueron improductivos sin estancia hospitalaria.

Nuevo periodo de rehabilitación que abarca desde el 1-22 de marzo de 2010, periodo que consideramos como días no improductivos”.

De lo que concluye aquél: *“La cuantía propuesta, con la finalidad de su actualización, a la vista de Resolución de 24 de enero de 2012, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2012 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación:*

42 días improductivos sin estancia hospitalaria: 42 días x 56,60 €/día = 2.377,20 €
1 día improductivo con estancia hospitalaria: 1 día x 69,61 €/día = 69,61 €

21 días no improductivos: 21 días x 30,46 €/día = 639,66 €

Total cuantía propuesta: 3.086,47 €”.

Esta cuantía se actualiza en el informe de 11 de marzo de 2013, siendo 3.175,85 euros la cuantía en la que se concreta la indemnización contenida en la Propuesta de Resolución.

Asimismo, como se aclara también en la Propuesta de Resolución, no procede la indemnización de los supuestos daños psicológicos alegados por la interesada y no acreditados, así como de las hipotéticas “futuras consecuencias”, dada la exigencia de la certeza del daño, derivada del art. 139.2 LRJAP-PAC, que excluye los daños hipotéticos y futuros, así como cualquier expectativa no concretada al momento de la reclamación.

3. Entendemos por todo lo expuesto que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho. No obstante, debe aclararse que, a pesar de no mediar acuerdo indemnizatorio, pues la reclamante revocó el consentimiento prestado al acuerdo formulado por la Administración, no procede la retroacción de las actuaciones propias del procedimiento general, abriendo un nuevo trámite probatorio, pues se han aportado desde el principio, por la interesada y por la Administración, las

pruebas pertinentes para la resolución del procedimiento, no causando la ausencia de este nuevo trámite indefensión a la interesada.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones anteriormente expuestas en el Fundamento IV, la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen se considera conforme a Derecho.