



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 9 / 2 0 1 4

(Sección 1ª)

La Laguna, a 2 de abril de 2014.

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.G.O. y M.F.R.V., en nombre propio y en nombre y representación de su hijo menor, J.B.G.R., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 66/2014 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de un Organismo Autónomo de la Administración autonómica (Servicio Canario de la Salud). La solicitud de dictamen, de 20 de febrero de 2014, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 26 de febrero de 2014. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia de este 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 de J.G.O. y M.F.R.V., que actúan en nombre propio y en nombre y representación de su hijo menor, J.B.G.R. (de quien son representantes legales según se acredita

* **PONENTE:** Sr. Lorenzo Tejera.

mediante la aportación al expediente de copia del libro de familia) y, por ende, del derecho a reclamar, al pretender el resarcimiento de un daño que se le irrogó en su esfera personal como consecuencia, presuntamente, de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

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. Se cumple, por otra parte, el requisito de no extemporaneidad de la reclamación. Ésta se presentó el 26 de mayo de 2009 en modelo oficial de reclamación en el ámbito sanitario, en el propio Hospital Universitario de Canarias (HUC), remitiéndose a la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud el 22 de junio 2009 (RE 26 de junio de 2009). Por su parte, el daño por el que se reclama se produjo con ocasión de la asistencia sanitaria prestada el mismo día en el que se presentó la reclamación.

III

Los hechos que constituyen la reclamación de los interesados, son, según el tenor literal de su escrito, los siguientes:

“El 26 de mayo de 2009 mi hijo ingresa en el Quirófano a las 8 de la mañana para una operación con anestesia total para operarlo de los pies, una vez hecha la anestesia y empezar la operación con el niño con los pies abiertos se dan cuenta, según nos comentan, que los tornillos que le tienen que poner no sirven y no tienen más.

Considerándose que es anestesia total, lo califico de falta muy grave, gravísima, no haber revisado el material antes de operar.

Por todo ello y lo que conlleva el trastorno del niño pido una compensación económica por dicha gravedad”.

Tal compensación económica se cuantifica en ulterior escrito en 100.000 euros, si bien durante la sustanciación del procedimiento se propone acuerdo indemnizatorio por importe de 7.000 euros, valorando en tal cantidad un periodo impositivo de los padres.

IV

1. 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, sin perjuicio de los efectos y responsabilidades que ello comporte (arts. 42.1 y 7 y 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

2. Constan en el procedimiento de responsabilidad patrimonial que nos ocupa las siguientes actuaciones:

- El 2 de julio de 2009, se identifica el procedimiento y se insta a los interesados a la mejora de la solicitud. De ello reciben notificación aquéllos el 20 de julio de 2009, viniendo a mejorar su solicitud el 23 de julio de 2009.

- Mediante Resolución de 10 de agosto de 2009, de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación de los interesados y se acuerda la remisión del expediente a la Dirección Gerencia del HUC para su tramitación, así como la suspensión del plazo de resolución hasta la recepción del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones. Lo que se notifica a los reclamantes el 27 de agosto de 2009.

- Por escrito de 10 de agosto de 2009, se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones. El mismo vendrá a emitirse el 9 de mayo de 2012, después de haber recabado la documentación oportuna.

- El 5 de junio de 2012, se emite informe propuesta por el órgano delegado sobre suspensión del procedimiento general e inicio de procedimiento abreviado, conforme al art. 14 RPAPRP.

- Por Resolución de 18 de junio de 2012, de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, se declara la suspensión del procedimiento general y se acuerda el inicio de procedimiento abreviado, proponiéndose la terminación convencional del procedimiento mediante la suscripción de acuerdo indemnizatorio en la cuantía propuesta por el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones; esto es, 975,21 €. Ello se notifica a los interesados el 29 de junio de 2012.

- Por medio de escrito presentado por los reclamantes el 5 de julio de 2012, manifiestan su oposición al acuerdo propuesto, al considerar que no se tuvieron en cuenta determinados conceptos indemnizables, por lo que proponen la cuantía de 7.000 €. Aportan documentación en la que acreditan que el menor sufre síndrome de Asperger con un 37% de discapacidad, prueba del mayor sufrimiento moral del menor como consecuencia del proceso asistencial por el que se reclama.

- El 13 de julio de 2012, mediante comparecencia personal de J.G.O., se solicita copia de determinada documentación, que se le entrega en el acto.

- Asimismo, el 5 de junio de 2013 comparece aquél otorgando poder de representación a tercero que en la misma fecha comparece solicitando determinada documentación de la que se le hace entrega en el acto.

- El 16 de julio de 2012, se emite Propuesta de Resolución por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud que estima parcialmente la pretensión de los reclamantes. En tal sentido, consta borrador de Resolución de la Directora del Servicio Canario de la Salud, sin que conste fecha, elevándose la Propuesta de Resolución a definitiva el 11 de febrero de 2014, tras haber sido informada favorablemente, después de haberse reiterado en varias ocasiones la solicitud de informe por el Servicio Jurídico el 27 de enero de 2014.

3. Respecto del procedimiento seguido, ha de señalarse que el art. 14 RPAPRP establece como presupuestos del procedimiento abreviado que se entienda por el instructor que son inequívocas la relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento del servicio público, la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización.

En el presente caso, si bien la relación de causalidad resulta inequívoca, tal y como se desprende de los informes obrantes en el expediente, sin embargo no ocurre lo mismo con la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización.

Durante la sustanciación del procedimiento general se propone la terminación convencional del procedimiento por el Instructor (art. 15.2 RPAPRP), por importe de

975,21 euros, cantidad que no es aceptada por los reclamantes, precisamente porque, al resultar controvertida la cuantía indemnizatoria, la Administración argumenta la ausencia de acreditación de la cantidad reclamada.

Por todo ello, procede la retroacción del procedimiento y el levantamiento de la suspensión del procedimiento general para volver a él con todos sus trámites, tal y como establece el art. 17 RPAPRP. Así pues, debe abrirse trámite probatorio y concederse audiencia a los interesados.

V

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución estima parcialmente la pretensión de los reclamantes con fundamento en la documentación obrante en el expediente, transcribiendo al efecto los informes obrantes en el mismo, de los que se deriva la disconformidad a la *lex artis* de la actuación sanitaria en el caso que nos ocupa, si bien, considera la Propuesta de Resolución que no se ha acreditado por los interesados la cuantía indemnizatoria que solicita, más allá de la calculada por el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones.

2. Ciertamente, de los informes aportados al expediente se detrae con claridad la existencia de responsabilidad de la Administración, tanto del informe de Inspección y Prestaciones, como del resto de los informes emitidos durante la tramitación del procedimiento, que son incorporados al primero.

Así, se señala en las conclusiones del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones:

“La intervención quirúrgica programada estaba destinada a la colocación de prótesis en el seno del tarso a fin de corregir la deformidad de pies.

El material a implantar se solicita de forma expresa para la intervención, número de implante concreto, no existiendo un stock de distintos tamaños en el Centro. Según información del Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, se intentó colocar la prótesis que se usa habitualmente para ese número de pie y que resultó grande, debido a que el hueco del seno del tarso donde se debía introducir era inusualmente pequeño para el tamaño del pie.

Como solución alternativa se trató de introducir un tornillo, según técnica habitual y también era demasiado grande. Esta circunstancia no era previsible preoperatoriamente. Por otra parte, informa que en el implante que correspondería

a su número se encontraron con una probable contaminación que no fue posible valorar previamente al existir dos sobres de esterilización superpuestos de la casa comercial. Como no se puede reesterilizar al tratarse de material reabsorbible, se toma la decisión de no implantarlo ante el peligro de una grave infección. La intervención se aplaza hasta la disponibilidad del material.

Esta circunstancia causó para el menor un día de ingreso hospitalario y la asistencia a su Centro de Salud los días 28 de mayo, 1 y 6 de junio de 2009 para cura de la herida quirúrgica. Finalmente, con buena evolución, los puntos fueron retirados en fecha 12 de junio de 2009.

Tratándose de un hecho que ocurre de forma no previsible, se procede al cálculo de la cuantía indemnizatoria en función de lo expuesto:

Con el fin de actualizar la correspondiente cuantía recurrimos a la 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.

Indemnización por incapacidad temporal (incluidos daños morales)

Ingreso hospitalario de un día: 69,61 €

Duración del proceso herida quirúrgica hasta la retirada de sutura: 16 días x 56,60 €/día improductivo = 905,60 €.

Total de cuantía actualizada propuesta: 975,21 €".

3. De lo expuesto resulta que no hay controversia en relación con la existencia de responsabilidad de la Administración por el daño generado al menor como consecuencia de haberlo sometido a una intervención quirúrgica que devino inútil como consecuencia del funcionamiento del servicio sanitario.

Sin embargo, sí hay controversia en relación con el alcance del daño al menor y con el daño a los propios padres.

Respecto del menor, los reclamantes alegan en el escrito presentado el 5 de julio de 2012 que el daño moral irrogado al menor, por sufrir aquél el síndrome de Asperger, es superior al reconocido por la propuesta de acuerdo indemnizatorio. Además, añaden que debe indemnizarse también por el tiempo en el que aquél faltó al colegio como consecuencia del proceso asistencial por el que se reclama.

Respecto de ellos mismos, señalan la existencia de un periodo impeditivo por el tiempo en el que tuvieron que cuidar a su hijo, mientras no acudió al colegio.

Mas, la Propuesta de Resolución no contempla los perjuicios alegados por los reclamantes, por entender que no han sido acreditados.

Ahora bien, como se ha señalado en el apartado 3 del fundamento anterior de este Dictamen, es precisamente por no ser inequívoco el daño y su cuantificación por lo que no resulta procedente la tramitación de la solicitud de responsabilidad patrimonial por el procedimiento abreviado. Así, como ya se indicó, procede la retroacción de las actuaciones y el levantamiento de la suspensión del procedimiento general, remitiendo todo lo actuado al órgano competente para su instrucción, notificándolo al interesado (art. 17.1 RPAPRP).

C O N C L U S I Ó N

No es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución por ser improcedente la sustanciación del procedimiento abreviado, por lo que deben retrotraerse las actuaciones, en los términos establecidos por el art. 17.1 del R.D. 429/1993.