

Expediente Núm. 8/2005
Dictamen Núm. 3/2005

V O C A L E S :

*Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón*

Secretario General:
Fernández García, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 9 de diciembre de 2005, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de 24 de noviembre de 2005, examina el expediente relativo a reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias, formulada por don, por el anormal funcionamiento del servicio sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. En fecha que no consta y sin registro de entrada, el Servicio de Atención al Paciente del Hospital (en adelante) recibe un escrito, firmado por don, en el que se reclama la responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias, en cuyo Servicio de Salud del Principado de Asturias (en adelante SESPA) está integrado dicho centro hospitalario (folio 9 del

expediente). En su escrito expone que “fue ingresado en la Residencia el día 9 de enero de 2005 para hacerle al día siguiente una biopsia. En la realización de dicha prueba, el médico le rompió un diente y tuvo que arreglarlo entero. Debido a ello, tuvo que hacerse una prótesis nueva porque la otra no le valía por culpa del diente arreglado” (en el Extracto de Secretaría figura erróneamente que se reclama por “la rotura de los incisivos centrales superiores”).

No obstante la ausencia de fecha y registro de entrada del escrito de reclamación, constan en el expediente, folios 10 y 11, dos presupuestos de dos odontólogos, sin firma ni sello clínico alguno, fechados el día 27 de abril de 2005 y en los que se establece una misma cantidad de ochocientos diez euros (810 €) como previsión del coste de la reparación del diente dañado.

Además, se encuentran en el expediente dos documentos que ayudan a ubicar temporalmente el momento en que se presenta la reclamación. El primero es un escrito de la Responsable del Servicio de Atención al Paciente del Hospital, fechado el día 8 de junio de 2005, en el que, junto a una copia de dicha reclamación, solicita al Servicio de Anestesia -al que se le imputa el daño causado- una pronta contestación al objeto de tramitar el expediente. El otro documento es el escrito del Director Gerente del, que, con fecha de 8 de julio y dirigido al mencionado Servicio de Anestesia, le apremia a que dé respuesta a la solicitud cursada un mes antes por la Responsable del Servicio de Atención al Paciente.

2. Con fecha de 11 de julio de 2005, la Coordinadora de Anestesiología y Reanimación del contesta a la solicitud del Director Gerente y, refiriéndose al paciente, afirma “en el curso de la intubación orotraqueal necesaria para realizar una microcirugía laríngea y toma de biopsias, se le rompió un diente ya que la laringoscopia fue extremadamente dificultosa y no se visualizaba la glotis. En el consentimiento informado que usted firmó (se envía copia), cuando

existe este tipo de dificultad se puede dañar algún diente a pesar de hacerlo con cuidado”.

3. El día 13 de julio de 2005 (con fecha de entrada de 14 de julio) el Secretario General del SESPA remite a su Secretaría la reclamación presentada por don “para su tramitación como expediente de responsabilidad patrimonial, por parte del Servicio de Inspección de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios”. Acompañan al oficio de remisión los dos documentos referenciados en los antecedentes 1 *in fine* y 2, es decir, el escrito de 8 de julio del Director Gerente del reclamando al Servicio de Anestesia el informe sobre la intervención quirúrgica de 10 de enero de 2005 y el escrito de respuesta, de 11 de julio, firmado por la Coordinadora de Anestesiología y Reanimación. También se adjuntan los dos presupuestos odontológicos referidos en el antecedente 1.

Asimismo, el Secretario General del SESPA señala que no es posible tramitar esta reclamación al amparo de la póliza de seguros suscrita con la Compañía de Seguros, al tener una cláusula de franquicia de tres mil euros (3.000 €).

4. Con fecha de 21 de julio de 2005 y mediante certificación postal del día 26 de ese mes, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias (en adelante SISPPSS) comunica al reclamante que ha tenido entrada en la Administración su reclamación y le informa de la apertura del expediente y de su tramitación de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) y desarrollado en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (en adelante, Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

El día 1 de agosto firma el acuse de recibo de aquella comunicación doña “..... . Viuda” (en el Índice de documentos del expediente figura erróneamente como fecha del Recibí de la notificación el 21-7-05).

5. El día 22 de julio de 2005 el Jefe del SISPPSS nombra al inspector sanitario encargado de elaborar el preceptivo Informe Técnico de Evaluación del expediente abierto por la reclamación referenciada y con fecha de 8 de agosto de 2005 solicita a la Dirección-Gerencia del la remisión de una copia de la historia clínica de señor

6. En la historia clínica constan los siguientes datos de interés, que ordenamos cronológicamente:

1) 23 de diciembre de 2004. Programación del reclamante por el Servicio de Otorrinolaringología (en adelante SORL) para microcirugía laríngea preferente con toma de biopsia, a realizar el día 10 de enero de 2005 (folio 36 del expediente).

2) 7 de enero de 2005. Datos del Informe de preanestesia: “Boca: bien. Medida de cuello: bien. Dentadura: prótesis parcial” (folio 30 del expediente).

3) 7 de enero de 2005. Consentimiento informado para anestesia general. En el escrito, firmado por el reclamante, bajo el epígrafe “riesgos típicos de la anestesia general”, consta “excepcionalmente, la introducción del tubo hasta la tráquea puede entrañar alguna dificultad y, a pesar de hacerlo con cuidado, dañar el diente”. En el mismo escrito el epígrafe “riesgos personalizados” aparece en blanco (folio 34 del expediente).

4) 10 de enero de 2005. Informe del facultativo del SORL sobre la intervención quirúrgica “paciente en decúbito supino e hiperextensión cervical se realiza microcirugía, por suspensión, realizamos laringoscopia directa muy dificultosa” (folio 33 del expediente). En él no se alude en ningún momento a la rotura de un diente del paciente. No hay constancia de que el anestesista haya

hecho informe alguno sobre el curso de la anestesia durante la cirugía referenciada.

5) 11 de enero de 2005. Informe de alta en el que tampoco se menciona el incidente de la rotura de un diente al paciente durante la intervención quirúrgica, "cursando el postoperatorio sin incidentes" (folio 17 del expediente).

6) 16 de julio de 2005. Tras acudir en diversas ocasiones al para el tratamiento del cáncer orofaríngeo que padece, el reclamante ingresa en el (folio 23 del expediente).

7) 28 de julio de 2005. El reclamante fallece en el (folio 24 del expediente).

7. Con fecha de 20 de septiembre de 2005 el inspector sanitario emite el Informe Técnico de Evaluación en el que se afirma: "el daño de las piezas dentales durante la intubación anestésica, aunque no es un daño muy frecuente, es la complicación más común en el procedimiento anestésico (1 de cada 1000 procedimientos). Las causas se deben fundamentalmente a dificultades anatómicas para la intubación (cuello corto, destrucción de tejidos por cirugías previas, dificultad para la apertura de la boca, etc.) o al mal estado de las piezas dentarias (enfermedades periodontales, boca séptica, etc.) que producen movilidad de los dientes en las encías y los hace vulnerables a los posibles traumatismos durante la intubación. En el presente caso y debido a una causa anatómica (dificultad para visualizar la glotis), la maniobra de intubación se realizó con gran dificultad produciéndose el daño en la pieza dentaria que es la materialización de un riesgo típico de estos procedimientos anestésicos, del que el Sr. era conocedor, puesto que firmó el documento de consentimiento informado en el que textualmente se indica que 'Excepcionalmente, la introducción del tubo hasta la tráquea puede entrañar alguna dificultad y, a pesar de hacerlo con cuidado, dañar algún diente''. Concluye el Informe con la consideración de que "la solicitud de indemnización debe ser desestimada por ser la asistencia prestada conforme a la lex artis".

8. Con fecha de 22 de septiembre de 2005, el Jefe del SISPPSS, "a la vista de las actuaciones, documentos e informaciones llevadas a cabo en relación con el expediente", acuerda "la suspensión del procedimiento general y el inicio de un procedimiento abreviado, de acuerdo con lo establecido en el capítulo III del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial".

9. Con fecha de 22 de septiembre de 2005 se comunica al interesado el inicio del procedimiento abreviado y la apertura del trámite de audiencia. El acuse de recibo de la notificación es de 27 de septiembre de 2005 y lo firma doña ".....
.Viuda".

10. Con fecha 8 de noviembre de 2005, el Jefe del SISPPSS suscribe la propuesta de resolución del expediente en cuestión. En ella, se recuerda que en nuestro Derecho la responsabilidad de las Administraciones Públicas es de naturaleza objetiva "pues basta con acreditar la existencia de un daño material o moral individualizado y que tenga su origen, en relación causa-efecto, con el funcionamiento de los servicios públicos, siempre que no concurra fuerza mayor, para que surja la obligación de indemnizar al lesionado". Tras señalar que en materia sanitaria la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el criterio de la *lex artis*, consistente en la obligación de "prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo", concluye que, de acuerdo con lo que señala el Informe Técnico de Evaluación, "la actuación médica fue correcta y adecuada a la *lex artis*". Por ello, propone "desestimar la reclamación que por responsabilidad patrimonial ha formulado don

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 24 de noviembre de 2005, registrado de entrada el día 29 del mismo mes, V.E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente nº, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho

PRIMERA.- El Consejo Consultivo del Principado de Asturias emite dictamen preceptivo en asunto de reclamación de responsabilidad patrimonial, según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- El procedimiento que rige la tramitación de los expedientes de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es el regulado en el Título X de la LRJPAC, desarrollado por el Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. Procedimiento al que, en virtud de la Disposición adicional duodécima de la LRJPAC, están sujetas las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los

centros sanitarios concertados con ellas. En esta materia ambas normas tienen el carácter de legislación básica para el Principado de Asturias.

La LRJPAC, en su artículo 143, dispone la posibilidad de tramitación de un procedimiento abreviado: "Iniciado el procedimiento general, cuando sean inequívocos la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, el órgano competente podrá acordar la sustanciación de un procedimiento abreviado, a fin de reconocer el derecho a la indemnización en el plazo de treinta días". El Capítulo III del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial desarrolla dicho procedimiento.

TERCERA.- Habida cuenta de que el expediente se tramita por el procedimiento abreviado en materia de responsabilidad patrimonial, emitimos nuestro dictamen dentro del plazo de diez días establecido en el artículo 16 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, aunque en el presente caso sólo sea para que no se interprete que el mero transcurso del plazo sin acuerdo del Consejo habilita a la resolución inmediata del procedimiento.

CUARTA.- Sin necesidad de entrar en el examen detallado de todos y cada uno de los pasos seguidos por la Administración sanitaria en el expediente de responsabilidad patrimonial objeto de consulta, advertimos que la instrucción no reparó en el hecho de que el reclamante falleció el 28 de julio de 2005, dato que consta en la historia clínica y se desprende de los acuses de recibo de la notificación de la apertura del expediente y de la notificación del inicio del procedimiento abreviado y apertura del trámite de audiencia (fechados los días 1 de agosto y 27 de septiembre de 2005, respectivamente), firmados en ambos casos por la que dice ser viuda del reclamante. El dato es fundamental en el examen del asunto, porque constituye uno de los supuestos de conclusión anticipada del procedimiento, y su desconocimiento trastoca todo lo instruido con posterioridad. Ello impide a este Consejo pronunciarse sobre el fondo de la

consulta por V.E. solicitada con el contenido exigido por el artículo 12.2 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, acerca de "la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización", hasta que conste la personación en el procedimiento de interesados distintos del único reclamante, lamentablemente ya fallecido.

El artículo 87.2 de la LRJPAC establece que "También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que se dicte deberá ser motivada en todo caso" y, a su vez, el artículo 42 de la misma Ley dispone que "La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables".

En el presente caso, la muerte del único reclamante es una de esas causas sobrevenidas que producen, en principio, la terminación anticipada del procedimiento. Ahora bien, el artículo 34 de la LRJPAC establece que "Si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal, se advierte la existencia de personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos cuya identificación resulte del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se comunicará a dichas personas la tramitación del procedimiento" y, en relación con él, el artículo 31.3 del mismo cuerpo legal afirma: "Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento". En el expediente examinado existen indicios de que puede haber algún familiar del reclamante fallecido -por ejemplo, la que dice ser su viuda- con derechos o

intereses legítimos y directos. No se desprende del expediente si la instrucción se percató de ello, ni de lo más elemental, el óbito del reclamante; parece que no, dada la propuesta de resolución, pero los hechos descritos existen y exigen actuaciones congruentes en el procedimiento. Por tanto, para cumplir con las exigencias legales, la instrucción debe plantearse la terminación del procedimiento por la muerte del único reclamante, pero, dado el indicio de la posible existencia de algún o algunos interesados no personados en el procedimiento, ha de comunicarles la tramitación del expediente, la propuesta de terminación del procedimiento por fallecimiento del único interesado personado en él, así como el derecho que pudiera asistirles, siempre que acrediten su condición de herederos, a suceder al reclamante en su eventual derecho patrimonial y, por tanto, a personarse en el procedimiento iniciado por el causante. Si hubiera efectivamente algún derecho habiente y, personándose, sucediera al reclamante en su condición de interesado, el procedimiento habrá de proseguir con esa nueva parte legitimada activamente y no podrá darse por terminado. En tal caso, el correspondiente expediente debería volver de nuevo a este Consejo para emitir el preceptivo dictamen.

QUINTA.- La instrucción del expediente adolece también de otro defecto esencial, ya que no se debió tramitar por el procedimiento abreviado, regulado en el artículo 143 de la LRJPAC para un supuesto distinto.

El día 22 de septiembre de 2005 el Jefe del SISPPSS acordó suspender el procedimiento general seguido hasta la fecha e iniciar el procedimiento abreviado; sin embargo, esta decisión sólo es posible cuando concurren dos requisitos, tal como establece el mencionado precepto: que sea inequívoco el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, por un lado, y que sea inequívoca la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, por otro. La finalidad del procedimiento abreviado la enuncia el inciso final de dicho precepto "a fin de reconocer el derecho a la indemnización en el plazo de treinta días". En otras palabras, se trata de beneficiar al

reclamante, agilizando la tramitación administrativa, cuando la Administración admite su responsabilidad patrimonial y sabe con certeza el daño producido y la cuantía de la indemnización a reconocer. De no concurrir alguno de esos requisitos, no ha lugar al procedimiento abreviado. La reducción de plazos y la propia alteración del carácter impeditivo que en estas consultas tiene el dictamen de este Consejo (artículo 44.3 de nuestro Reglamento en relación con el artículo 17.1 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial) suponen un claro perjuicio para el interesado y una restricción de sus derechos.

El Informe Técnico de Evaluación, fechado el día 20 de septiembre de 2005, niega expresamente que concurren en los hechos denunciados por el reclamante los dos requisitos que exige el artículo 143 de la LRJPAC. Siguiendo el informe realizado por la Coordinadora de Anestesiología y Reanimación del, en dicho Informe Técnico se afirma: el paciente perdió su diente “debido a una causa anatómica (dificultad para visualizar la glotis)”. Por esta dificultad “el paciente presentaba factores de riesgo (...). Está acreditado que fue informado del riesgo, ya que firmó el documento del consentimiento informado donde se explica éste y otros riesgos del procedimiento anestésico, por lo que” –concluye el Informe- “considero que la solicitud de indemnización debe ser desestimada por ser la asistencia prestada conforme a la lex artis”.

Con este Informe como pieza fundamental, el día 22 de septiembre de 2005 el Jefe del SISPPSS ordena la suspensión del procedimiento general y acuerda la iniciación del procedimiento abreviado. Podría comprenderse su decisión si, discrepando con rotundidad de su contenido y conclusión, pensase estimar la reclamación y tuviese clara la cuantía de la indemnización, pero no es el caso. En su propuesta de resolución de 8 de noviembre de 2005 se adhiere a los argumentos vertidos en dicho Informe sobre los factores del riesgo del paciente y la firma por este de la hoja del consentimiento informado, y propone “desestimar la reclamación que por responsabilidad patrimonial ha formulado don”.

Ignora este Consejo Consultivo los motivos que impulsaron a iniciar el procedimiento abreviado. Desde luego, entre ellos no debió de estar el de resolver con más celeridad el expediente, pues el plazo de treinta días que establece el artículo 143 de la LRJPAC para concluir dicho procedimiento ya se había sobrepasado en el momento de redactar la propuesta de resolución y, mucho más, en el de recabar este dictamen.

Pero, cualesquiera que fueran los motivos, consideramos que el procedimiento seguido en la tramitación del expediente incumple de plano lo dispuesto en el Título X de la LRJPAC, al suspender el instructor el procedimiento general e iniciar el procedimiento abreviado sin concurrir los requisitos que establece el artículo 143 de la LRJPAC.

SEXTA.- El artículo 17 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial dispone que, si el dictamen del Consejo Consultivo “discrepa de la propuesta de resolución, el órgano competente para resolver acordará el levantamiento de la suspensión del procedimiento general y la remisión de todo lo actuado al órgano competente para su instrucción, notificándolo al interesado”. En su virtud, y además de lo ya expresado en las consideraciones anteriores, este Consejo entiende que el órgano instructor debe dar cumplimiento a lo ordenado en el mencionado precepto legal, ya que nunca debió acordar una propuesta de resolución, estimatoria o desestimatoria, habiendo fallecido el único interesado personado en el procedimiento.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta solicitada. Que debe retrotraerse el procedimiento al momento en el que se acordó su suspensión y levantarse ésta, resolviendo motivadamente la imposibilidad material de continuarlo por fallecimiento del único reclamante, salvo que haya constancia de la continuidad en el procedimiento de sus

causahabientes. Que, en tal caso, deberá proseguir el procedimiento, si bien por su tramitación ordinaria, salvo que concurran los requisitos legalmente exigidos para el inicio del procedimiento abreviado y, una vez formulada nueva propuesta de resolución, recabar de nuevo a este Consejo el preceptivo dictamen.”

V.E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.