

Expediente Núm. 188/2018
Dictamen Núm. 252/2018

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 8 de noviembre de 2018, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 19 de julio de 2018 -registrada de entrada el día 27 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias, formulada por, por los daños derivados de una intervención quirúrgica innecesaria.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 8 de marzo de 2018, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de una circuncisión “innecesaria y no deseada” que se le practicó en el Hospital cuando “acudió para ser intervenido por un bultoma a nivel del testículo derecho”.

Manifiesta que, teniendo 50 años de edad, acudió a su centro de salud para “valorar exéresis” de un bultoma y que es remitido a “Urología del

ambulatorio”, precisándose en el informe hospitalario de Urología que “el motivo de ingreso es practicar circuncisión y bultoma”, por lo que se le somete el 18 de mayo de 2017 a “dos intervenciones quirúrgicas”.

Reclama una indemnización de siete mil quinientos cuarenta y siete euros con setenta y seis céntimos (7.547,76 €), por las secuelas y días de perjuicio personal que detalla, y considera que “el periodo de estabilización de la exéresis del bulto matricular es menor al tiempo necesario para realizar una vida plena y normal tras la circuncisión”.

Interesa que se incorpore al expediente “todo el historial médico (...) relativo a la presente reclamación” y, como prueba testifical, que se averigüe “quién fue el médico que intervino en la cirugía y se le cite, dándose traslado (...) para que pueda formular las preguntas por escrito con antelación suficiente”.

Acompaña a su reclamación una copia del poder de representación del firmante del escrito y un “informe médico de valoración”, elaborado por una clínica privada, en el que se objetivan 8 puntos de secuelas y se justifican 14 días de “perjuicio personal moderado”, sin fijar un *quantum* indemnizatorio.

2. Mediante oficio de 20 de marzo de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. A solicitud del Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, se incorpora al expediente una copia de la historia clínica del perjudicado obrante en el Hospital y un informe librado por el Director de la Unidad de Gestión de Urología del referido centro.

En la historia clínica consta que se programó al reclamante para ser intervenido de un bultoma en semiescrotos derecho con sospecha de lipoma, y que se le realizó también circuncisión el 18 de mayo de 2017.

En el informe elaborado por el Director de la Unidad de Gestión de Urología, fechado el 12 de abril de 2018, se expone que se programó al paciente “en una sala (...) en la que se iban a realizar principalmente circuncisiones. Al entrar en la sala se exploró (...) y se le preguntó “si le molestaba”, ya que no presentaba fimosis (en muchas ocasiones no presentan fimosis sin erección y sin embargo tienen molestias en la erección). Ante dicha pregunta el paciente contestó “últimamente sí”. Por ello, se realizó circuncisión sin incidencias. Cuando se le explicó al paciente los cuidados, pregunta por el bulto en el testículo y se realiza la exéresis del mismo”.

4. Durante la instrucción, se incorpora al expediente el “dictamen estimatorio del daño corporal-secuelas” elaborado por una médica al servicio de la compañía aseguradora de la Administración sanitaria el día 24 de mayo de 2018. En él consta que se trata de un “paciente que ingresa de forma programada para exéresis de bultoma en hemiescrotos derecho al que se realiza circuncisión por error, y posteriormente en el mismo día la cirugía programada”. Se valora el daño sufrido en 7.519,76 €, admitiendo los 8 puntos de secuelas que se reclaman y adicionando una compensación consistente en “perjuicio personal particular por intervención quirúrgica” del vigente baremo, si bien no se consideran días de curación por cuanto que “la incapacidad temporal tras una circuncisión según el manual” del Instituto Nacional de la Seguridad Social “es de 4 días y de la cirugía de exéresis de un lipoma 10 días”.

5. Mediante oficio notificado al interesado el 8 de junio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia.

El 15 de ese mismo mes se persona aquel en las dependencias administrativas y obtiene una copia del expediente.

Con fecha 18 de junio de 2018, el reclamante presenta un escrito en el que señala que en la misma se ha omitido el informe de valoración de la

compañía aseguradora, por lo que se le remite nuevamente una copia de todo el expediente.

El día 28 de junio de 2018, el perjudicado presenta un escrito de alegaciones en el que se limita a denunciar que “interesó testifical de la doctora que realizó la intervención quirúrgica” y que “la Administración ha considerado suficiente la presentación de un escrito, dejando a esta parte indefensa; además no ha motivado por qué se deja sin efecto una testifical”.

6. Con fecha 4 de julio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido estimatorio, asumiendo que “es evidente que el paciente fue programado para realizarle la exéresis y biopsia de un bultoma (...) y que por error se le realizó una circuncisión”.

Razona, asimismo, que la testifical propuesta era innecesaria al haberse incorporado ya al expediente un informe del Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urología.

Respecto a la cuantía indemnizatoria, se adopta la propuesta formulada por la compañía aseguradora, y se pone de relieve que el reclamante “no ha presentado alegación ni objeción alguna a la misma”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 19 de julio de 2018, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm. de la Consejería de Sanidad, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo 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, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y 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.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la LPAC dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 8 de marzo de 2018, habiéndose sometido al paciente a la cirugía que se cuestiona el día 18 de mayo de 2017, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo

común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se advierte que en la instrucción del procedimiento solo se explicita el motivo por el que se desecha la testifical que se propone al tiempo de elaborarse la propuesta de resolución. Esa postergación se revela perturbadora, pues al evacuarse el trámite de audiencia el interesado no tiene constancia de que el instructor considera probados los hechos en los que se sustenta la reclamación deducida, y denuncia una indefensión por la que -implícitamente- interesa la retroacción de las actuaciones. En rigor, a la luz de lo dispuesto en el artículo 77.3 de la LPAC, la decisión motivada por la que se rechaza aquella prueba debió ser oportuna y también elocuente, observándose que ni siquiera en la propuesta de resolución lo es, en cuanto que se oscurece -remitiéndose a un informe que no es terminante- la verdadera causa por la que se omite la testifical propuesta, que no es otra que la admisión de los hechos por la Administración.

Asimismo, se aprecia que a la fecha de emisión del presente dictamen se ha rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por el daño derivado de una cirugía “innecesaria y no deseada”.

Queda acreditado el sustrato fáctico en que se funda, en cuanto que el paciente tiene programada una exéresis de bultoma en semiescroto derecho con sospecha de lipoma y se le realiza, por error, una circuncisión; extremos estos no controvertidos en el expediente.

Planteada la cuestión en estos términos, que permiten dar por probada tanto la efectividad de los daños alegados como su imputabilidad al servicio público sanitario -que de manera expresa admite la negligencia y la realidad del daño-, procede, a juicio de este Consejo Consultivo, la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuya actividad -o inactividad- generó unos daños antijurídicos que el reclamante no tienen la obligación de soportar.

SÉPTIMA.- En torno a la valoración del daño, no existe divergencia sustancial entre la pretensión del interesado y la valoración efectuada por la compañía aseguradora de la Administración, que estima el daño en 7.519,76 €, admitiendo los 8 puntos de secuelas que se reclaman y adicionando una compensación consistente en “perjuicio personal particular por intervención quirúrgica” del vigente baremo de referencia, si bien no se consideran los días de curación que el perjudicado postula por cuanto que “la incapacidad temporal tras una circuncisión según el manual” del Instituto Nacional de la Seguridad Social “es de 4 días y de la cirugía de exéresis de un lipoma 10 días”. Teniendo en cuenta que esta exclusión se funda en literatura médica y que se somete a la consideración del reclamante sin que nada esgrima de contrario, este Consejo estima procedente la reparación señalada.

En mérito a lo enunciado, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos expuestos en el presente dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.