



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 1 3 / 1 9 9 6

La Laguna, a 23 de diciembre de 1996.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno sobre el Proyecto de Orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por M.O.Q., como consecuencia de las presuntas lesiones derivadas de los servicios de asistencia sanitaria dependientes del Servicio Canario de Salud (EXP. 99/1996 ID)*.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, es una propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los arts. 11.1 y 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo en relación este último precepto con el art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 21 de abril, del Consejo de Estado y con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP) aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

1. Se cumple el requisito de legitimación activa porque el interesado reclama por una lesión de carácter personal.

* PONENTE: Sr. Fernández del Torco Alonso.

La persona pública que está legitimada pasivamente es el Servicio Canario de Salud (S.C.S.), porque, según los arts. 45 y 50 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC) en relación con el art. 2.2 LPAC y los arts. 4 y 7 de la Ley 7/1984, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (LHPCan), se trata de un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, al que corresponde, entre otras funciones, la prestación de los servicios de asistencia y la gestión y administración de los centros sanitarios (arts. 45, 50.3 y 51.1.g), h), i) LOSC), lo que lo convierte en un centro de imputación separado de su Administración matriz (la autonómica) al que se deben referir las relaciones jurídicas que genera en su tráfico administrativo y la responsabilidad derivada de los actos y hechos que constituyen dicho tráfico.

A esta legitimación pasiva del SCS no empece -como se verá más adelante- que el órgano competente para resolver este procedimiento sea, por mor del art. 142.2 LPAC en relación con el art. 50.2 LOSC, el titular del Departamento al que está adscrito: No siendo más que una personificación instrumental para el ejercicio de funciones de competencia de la Administración se halla, por consiguiente, sometido al control y tutela de ésta, por lo que el ordenamiento jurídico puede disponer que determinadas decisiones sobre su tráfico jurídico sean adoptadas por órganos de su Administración matriz.

Tampoco es obstáculo a la legitimación pasiva del SCS la circunstancia de que el hecho lesivo por el que se reclama sea anterior a la creación de ese organismo autónomo e incluso anterior a la transferencia de las funciones y servicios en materia de sanidad a la Comunidad Autónoma.

Ello se debe a que todo servicio público es una actividad de prestación en beneficio de los ciudadanos, es decir, es una actividad de interés público. Mientras éste exista, aquélla se ha de desarrollar con la continuidad que exija la satisfacción de dicho interés.

Este principio de continuidad de los servicios públicos esenciales para la comunidad resulta de que el art. 28.2 de la Constitución considere dicha continuidad con la relevancia suficiente para constituir un límite al ejercicio de un Derecho fundamental. Que el servicio público de sanidad es uno de esos servicios esenciales

está fuera de duda por su previsión expresa en el art. 43.2 de la Constitución. De la legislación ordinaria (arts. 162.a), 165, 167 y 168 de la Ley 13/1995, de 8 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas), también resulta la extensión de ese principio a todo servicio público, merezca o no la calificación de esencial para la comunidad, tal como ha consagrado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 24 de abril de 1985, Ar. 2229; de 20 de diciembre de 1986, Ar. 1175/1987; de 2 de diciembre de 1988, Ar. 9451; de 28 de mayo de 1991, Ar. 4298).

De este principio se deriva que los cambios en la titularidad del servicio público, operados por las transferencias de servicios dispuestos por los Estatutos de Autonomía, no alteran las posiciones jurídicas de sus usuarios: el nuevo titular queda subrogado frente a éstos en la misma posición que el anterior. Como ha señalado el Tribunal Constitucional con las transferencias de funciones y servicios del Estado a las Comunidades Autónomas nos encontramos ante "una sucesión parcial en el ejercicio de funciones públicas" (STC 58/1982, de 27 de julio, FJ 2), "ante una sucesión entre entes" (STC 85/1984, de 26 de julio, FJ 7). Se trata de una sucesión entre entes públicos que se califica de parcial porque el ente sucedido no desaparece, y que no puede merecer la calificación de singular porque, tratándose de una sucesión en el ejercicio de funciones públicas, no puede consistir sólo en una sucesión en derechos con exclusión de responsabilidades, sino que necesariamente se trata de una sucesión universal y que, como tal, implica la transformación subjetiva de una multiplicidad de relaciones jurídicas que conservan su identidad, aunque su centro de imputación lo constituya ahora la Comunidad Autónoma, que sustituye al Estado central en la actividad pública que desarrollaba en esa materia. En virtud de esa sucesión a un ente público titular de funciones públicas y sujeto, por ende, de las relaciones jurídicas que el ejercicio de esas funciones genera, le sustituye en dicha titularidad y relaciones otro ente público, quedando inalteradas objetivamente las relaciones cuyo centro de imputación era el sujeto originario y produciéndose sólo un cambio subjetivo en el conjunto de aquellas relaciones jurídicas. Éstas permanecen inmutables, cambia tan sólo su sujeto que se subroga en bloque en las relaciones jurídicas del ente sucedido.

Por ello, el art. 20 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, dispone que los expedientes de tramitación de los servicios que se transfieren se

entregarán a la Comunidad Autónoma para su decisión, siendo de su cuenta, en su caso, las consecuencias económicas de la decisión definitiva. Si respecto a expedientes ya iniciados por la Administración central se subroga en la posición de ésta la autonómica, con más razón en aquellos supuestos en que el expediente se inicia con posterioridad a la fecha de la transferencia del servicio con base en hechos anteriores a ella; porque la Administración central carece ya de competencia (y de medios) para poder actuar en esa materia en el territorio de la Comunidad Autónoma. Es la Administración de ésta a la que corresponde conocer en virtud de que, como se dijo, ha sucedido a la anterior.

2. Respecto al órgano competente para resolver las mencionadas reclamaciones se ha de considerar:

1º) Que los arts. 45 y 50 LOSC crean el Servicio Canario de Salud (SCS) como un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad que es la de Sanidad y Consumo (art. 6.3 Decreto 187/1995, de 20 de julio). Se trata, por tanto, de una de las entidades de Derecho Público contempladas en el art. 2.2 LPAC y en los arts. 4 y 7 LHPCan.

2º) Los órganos de un organismo autónomo administrativo pueden resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial sólo en caso de atribución expresa por su norma de creación (art. 142.2 LPAC).

3º) La LOSC, norma de creación del SCS, no determina expresamente a cuál de sus órganos corresponde resolver los procedimientos de reclamación de la responsabilidad patrimonial por su funcionamiento, como resulta del tenor de sus arts. 54 a 61 que regulan sus órganos centrales.

En los Dictámenes 78/1996, de 16 de octubre (cfr. Fundamento II.2) y 81/1996, de 23 de octubre (cfr. Fundamento II.2), ya se ha señalado que los apartados l) y m) del art. 60.1 LOSC no atribuyen la competencia para resolver este tipo de procedimientos.

A falta de atribución expresa en la LOSC de la competencia para resolver estos procedimientos, hay que estar a la regla del art. 142.2 LPAC: se resolverán por el Ministro respectivo o "por el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma", en

relación con la Disposición Final Iª de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, de lo que resulta que el órgano competente es el Consejero de Sanidad y Consumo.

Repárese en que la regla del art. 142.2 LPAC es de carácter general: los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, independientemente de que se dirijan contra ellas o sus organismos autónomos, han de ser resueltos por el Ministro o el órgano autonómico equivalente. A esta regla general sólo se le puede establecer excepciones de modo expreso por la norma de creación de un organismo autónomo. Si ésta calla al respecto, sigue valiendo la regla general.

Ello no está en contradicción con el hecho de que el Servicio Canario de Salud tenga personalidad jurídica propia distinta de la de la Administración autonómica, porque la Consejería ejerce sobre el SCS las facultades que le atribuye la LOSC y el resto del ordenamiento jurídico (art. 50.2 LOSC); de modo que el SCS en un serie de actuaciones está sometido a la tutela de la Consejería, que bien resuelve directamente, bien revisa sus actos. Por ello el art. 107 LOSC dispone en sus apartados 2, 3 y 4 que los actos administrativos de los órganos centrales del SCS pueden ser recurridos ante el Consejero competente y que éste resolverá las reclamaciones previas a la vía judicial civil y laboral. A esas atribuciones del Consejero la regla general del art. 142.2 LPAC añade la resolución de este tipo de procedimientos.

De ahí que el órgano competente para incoar, instruir y proponer la resolución de dichos procedimientos sea la Secretaría General del SCS, por aplicación del art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre (los Secretarios Generales Técnicos instruyen y formulan la propuesta de resolución de los procedimientos en que deban resolver los Consejeros) en relación con los arts. 10.3 (la Secretaría General se equipara a las Secretarías Generales Técnicas de los Departamentos de la Comunidad Autónoma) y 15,a) (corresponde a la Secretaría General las funciones relativas a las reclamaciones de los usuarios de los servicios sanitarios) del ROSC.

3. Respecto a la calificación de reclamación previa a la vía judicial laboral que da a su escrito el reclamante, se debe atender a que la Ley 30/1992 ha derogado

expresamente los arts. 40.2 y 41 LRJAE (apartado 2.b) de su disposición derogatoria); por lo que ha desaparecido la restricción que dichos preceptos introdujeron a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de todas las cuestiones que se susciten sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones (art. 3,b) LJCA).

Como es sabido, el último precepto citado estableció el monopolio de dicha jurisdicción para el conocimiento de esos asuntos de responsabilidad patrimonial de la Administración. La LRJAE, posterior a la LJCA, en virtud del juego de sus arts. 40.2 y 41, le sustrajo el conocimiento de aquellos asuntos en que la responsabilidad patrimonial de la Administración se derivaba de relaciones de Derecho privado. La derogación expresa de dichos preceptos ha vuelto a expandir la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa a todas las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, sea cual fuere la naturaleza de las relaciones de las que derive.

Esta derogación de los arts. 40.2 y 41 LRJAE es coherente con la regulación del art. 2.2 LPAC que califica de Administraciones Públicas las entidades como el Servicio Canario de Salud (arts. 3.2, 4.2, 6.4, 18, 44, 46, 50, 52 y 55 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), de carácter básico y los arts. 1.c), 19.2, 23-2, 42-2, 45, 50, 51.1.i) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, LOSC), y por tanto, sujetas al régimen de responsabilidad del art. 139 y siguientes de la LPAC, que habrá de ser exigida conforme a los procedimientos de los arts. 142 y 143 LPAC.

Conclusión que se refuerza con la extensión de la asistencia sanitaria pública a toda la población española (art. 3.2 LGS y arts. 1 y 2 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud), que en nuestra Comunidad Autónoma corresponde prestar al ente administrativo Servicio Canario de Salud (art. 51.1.i) LOSC); por consiguiente, esa asistencia sanitaria nunca podrá ser considerada prestada en el ámbito de una relación de Derecho privado sino de Derecho Administrativo. En definitiva, y conforme a lo mantenido por la Sala Especial de conflictos del Tribunal Supremo en su Auto de 7 de julio de 1994, la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la prestación de asistencia sanitaria pública de sus servicios de salud, debe ser dilucidada conforme al procedimiento del art. 142 LPAC, cuya resolución pone fin a la

vía administrativa y que sólo puede impugnarse ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Es importante subrayar que esta conclusión se apoya en los preceptos legales citados (art. 3, b) LJCA), art. 2.2 y 139 y siguientes de la LPAC) y no en la D.A. 1ª del RPRP, porque esta norma, por insuficiencia de rango, no puede cumplir con la reserva de Ley que establece el art. 117.3 CE y reitera el art. 9.1 LOPJ.

Por ello, ha sido correcto que la Administración haya cumplido con el deber que para ella se deduce del art. 110.2 LPAC (Dictámenes del Consejo de Estado 1.305/92, de 3 de diciembre de 1992 y 1.596/92, de 14 de enero de 1993) de recalificar correctamente el escrito del interesado como el de reclamación administrativa contemplado en los arts. 139 y ss. LPAC, recalificación que fue notificada al reclamante que, al no oponerse a ella, la ha aceptado tácitamente.

III

El reclamante, como fundamento fáctico de su pretensión resarcitoria, alega que sufrió un accidente laboral el 6 de marzo de 1989 que le produjo una hernia discal de la que fue operado 43 días después, el 18 de abril de 1989. Que en ese lapso de tiempo, como era alérgico a la mayoría de los analgésicos para paliar el dolor se le prescribió Sosegón, un medicamento analgésico que como principio activo contiene 50 miligramos de pentazocina, un opiáceo menor (informe del Centro Regional de Farmacovigilancia e Información Terapéutica de Canarias). Que como consecuencia de ello se le produjo una drogodependencia a dicha sustancia, por lo que reclama una indemnización de 50 millones de pesetas.

La secuela por la que reclama consiste por tanto en una drogodependencia que le ha generado la prescripción de un medicamento, la cual se realizó en el marco de la asistencia sanitaria que le ha prestado el servicio público de salud.

Dada la fecha en que sitúa el hecho lesivo (la prescripción de Sosegón entre el 6 de marzo y el 18 de abril de 1989) y la naturaleza de la secuela que se alega (la drogodependencia), hay que determinar la fecha en que se estableció la existencia de ésta para apreciar si la reclamación se ha interpuesto dentro de plazo.

El escrito de reclamación no precisa esa fecha, a pesar de que el art. 6 RPRP impone la carga al interesado de que en él debe especificar el momento en que la lesión efectivamente se produjo. Ese momento, en el caso de daños personales que se prolongan en el tiempo sin curación, es aquel en que se determinó el alcance de sus secuelas según el art. 142.5 LPAC, porque es a partir de él cuando se podrá establecer la extensión de la lesión y la cuantía de su resarcimiento.

En los folios 48 al 50 del expediente obra la reclamación previa a la vía judicial laboral que el 9 de diciembre de 1993 el interesado dirigió al INSALUD solicitando que se le indemnizaran por los mismos hechos en que fundamenta la reclamación que ha dado origen al presente procedimiento. En dicha reclamación previa el interesado afirma que está en tratamiento de deshabituación a la pentazocina desde el 13 de mayo de 1991.

Esta es la fecha que expresa el propio reclamante como aquella en que se estableció la existencia de la secuela por la que reclama, de modo que el 9 de diciembre de 1993, fecha de su primera reclamación, como el 20 de octubre de 1995, fecha en que ha presentado esta segunda reclamación, su acción ya estaba prescrita, si se comparte el planteamiento del reclamante de que su drogodependencia es incurable.

Ahora bien, si esta drogodependencia es susceptible de cura, no se puede considerar como una secuela de la asistencia sanitaria pública en la hipótesis de que haya sido causada por ésta. Ello es así por las siguientes razones: un tratamiento médico puede generar necesarios perjuicios yatrogénicos colaterales que son susceptibles de cura. Si ésta no se alcanza debido a la negativa del paciente a recibir la asistencia para eliminar esas consecuencias dañosas, éstas no se pueden considerar causadas por el tratamiento original sino por la propia conducta del paciente, que impide su desaparición al mismo tiempo que permite su persistencia y agravamiento.

El informe de la Inspección Médica (folios 27 al 29) expresa que del historial médico del reclamante obrante en el Hospital Insular y en su Centro de Salud resulta que el reclamante fue tratado en la Unidad de Salud Mental para deshabituación a la pentazocina desde el 15 de enero de 1991 al 10 de octubre de 1991, que abandonó voluntariamente el tratamiento y que el Servicio de Neurocirugía, el 13 de noviembre de 1993, le recomendó que solicitara el ingreso en la Unidad de Desintoxicación del

Hospital Insular, ingreso que no solicitó. Por consiguiente, en la hipótesis de que la drogodependencia en su origen hubiera sido causada por la asistencia sanitaria, la negativa del paciente a seguir el tratamiento para su eliminación es la causa determinante de su persistencia, por lo que no se puede imputar a dicha asistencia sanitaria.

Sin embargo, la hipótesis de que la dependencia del Sosegón haya sido causada en su origen por la asistencia sanitaria pública está rebatida por la documentación obrante en el expediente: El informe del Centro Regional de Farmacovigilancia e Información Terapéutica (CRFIT) expresa que la administración repetida de Sosegón origina dependencia física de la pentazocina, opiáceo menor que es el principio activo de dicho medicamento.

El informe del Servicio de Neurocirugía (folio 40) refiere que, tanto en su primer ingreso en dicho servicio el año 1989, como en el segundo ingreso el año 1990, el paciente presentaba adicción al Sosegón y que, sin embargo no se le suministró ningún analgésico sino placebos con resultado satisfactorio, de lo cual concluye la Inspectora Médico (informe obrante en los folios 27 al 29) que no existe dependencia física que justifique el consumo del Sosegón. En otras palabras, si el riesgo de la prescripción de ese medicamento radica en que genera dependencia física y ésta no concurre en el reclamante, no se puede calificar su drogodependencia del opiáceo como la concreción de un riesgo yatrogénico de la asistencia sanitaria que recibió; sino que esa drogodependencia hay que situarla en ese ámbito, ajeno al funcionamiento del servicio público de la salud, en que se sitúa también la adicción al alcohol en grado tóxico del reclamante con anterioridad a su accidente laboral, que reanudó en diciembre de 1993 y que llevó a que en febrero de 1994 se le diagnosticara pancreatitis aguda de origen etílico e hígado graso de probable origen etílico (Informe de la Inspección Médica; Informe de alta del Servicio de Digestivo del Hospital Insular de Gran Canaria de 2 de febrero de 1994).

Es más, la drogodependencia en absoluto ha surgido en el marco de la asistencia sanitaria que ha recibido del servicio público de salud: El reclamante afirma que como consecuencia de su hernia discal y dado que presentaba alergia a la mayoría de los analgésicos se le prescribió Sosegón durante el tratamiento que recibió en 1989.

El informe del Jefe del Servicio de Neurocirugía por el contrario refiere que cuando ingresó en dicho Servicio el 12 de abril de 1989 ya presentaba adicción al Sosegón y que en ese Servicio no se le administró ese medicamento sino placebos.

El informe de su médico de cabecera de 17 de septiembre de 1996, que se basa en datos del archivo clínico del reclamante, expresa que fue después de esa operación de hernia discal del año 1989 y por una supuesta alergia medicamentosa, que luego resultó que no existía, por lo que comenzó a recibir pentazocina.

Ello demuestra que la adicción al Sosegón del reclamante era previa a que recibiera la asistencia sanitaria y que en realidad se ha servido de ésta (y de los recursos públicos que la financian) para satisfacerla.

C O N C L U S I O N E S

1º En el presente procedimiento la legitimación pasiva corresponde al Servicio Canario de Salud (Fundamento II.1), el órgano competente para resolverlo es el Consejero de Sanidad (Fundamento II.2) y la jurisdicción competente para revisar esa resolución es la contencioso-administrativa (Fundamento II.3).

2º El daño cuyo resarcimiento se pretende no guarda relación alguna con la asistencia sanitaria prestada al reclamante por el servicio público de salud; por ende, procede la desestimación de su pretensión por las razones que se exponen en el Fundamento III.