



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 5 / 1 9 9 7

La Laguna, a 5 de marzo de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno sobre la *Propuesta de Orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por A.T.G., como consecuencia de las presuntas lesiones derivadas de los servicios de asistencia sanitaria prestados por el Hospital Materno Infantil (EXP. 153/1996 IDS)*.*

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. El reclamante fue intervenido quirúrgicamente el 25 de abril de 1994 para la extirpación de un quiste branquial cervical derecho según la hoja quirúrgica obrante

* PONENTE: Sr. Fernández del Torco Alonso.

al folio 64 del expediente. El 12 de enero de 1995 refiere a los médicos del Servicio Canario de Salud una inmovilidad del brazo derecho. El 10 de agosto de 1995 el informe del estudio electromiográfico diagnostica una "lesión del nervio espinal accesorio derecho". Esta es la fecha de diagnóstico del daño físico que determina que el término del plazo anual de prescripción se sitúe el 10 de agosto de 1996. La reclamación se presentó el 16 de abril de 1996, por consiguiente no puede ser calificada de extemporánea.

2. El reclamante ha calificado su escrito como de reclamación previa a la vía judicial laboral. La Administración, en cumplimiento del deber de dar el curso adecuado a las solicitudes de los interesados que para ella resulta 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 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretando el art. 114.2 LPA, precedente legislativo del art. 110.2 LPAC), recalificó dicho escrito como el de reclamación administrativa contemplado en los arts. 139 y ss LPAC.

Que el régimen de la responsabilidad extracontractual que se reclama es el establecido en los arts. 139.1 y 2, 140, 141 y 142.5 LPAC, que el procedimiento para su sustanciación es el previsto en el art. 142 LPAC y por el RPRP, y la jurisdicción competente para conocer de ella es la contencioso-administrativa y no la social lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (Autos de la Sala de Conflictos de Competencia números 12 y 14 de 7 de julio y 27 de octubre de 1994, Ar. 7998 y 10587; 13 y 14 de 11 de diciembre de 1995, Ar. 9782 y 9783; Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 de diciembre de 1995, Ar. 9776) con base en las siguientes razones:

1º. El principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública tiene un alcance general y unitario como resulta de los arts. 106.2 y 149.1.18ª de la Constitución. Por ello resulta indiferente que la actividad administrativa dañosa se haya producido en el estricto ejercicio de una potestad administrativa o en forma de una mera actividad material o en omisión de una obligación legal, del propio modo que es también indiferente -art. 142.6 LPAC- la naturaleza pública o privada de la relación de la que derive la responsabilidad.

2º. Este sistema único, directo y objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración que tiene por causa el funcionamiento de los servicios públicos,

cláusula que comprende cualquier tipo de actuaciones extracontractuales, fue introducido por el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa LEF de 1954, reiterado por el art. 40 LRJAE y garantizado por los arts. 106.2 y 149.1.18ª de la Constitución, precepto este último que expresamente contempla un sistema -así, en singular y por ende único- de todas las administraciones públicas cuya regulación es competencia exclusiva del Estado.

3º. Ese sistema de responsabilidad fue introducido por la LEF de 1954 para toda lesión que tuviera su causa en el funcionamiento de los servicios públicos e independientemente de la naturaleza jurídica privada o pública de las relaciones en que se desplegara ese funcionamiento y atribuyó en exclusiva a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para conocer de esas reclamaciones (arts. 121 y 122 LEF).

La LJCA de 1956 en su art. 3,b) reiteró el monopolio de esa jurisdicción para el conocimiento de las reclamaciones de esa responsabilidad independientemente de que las relaciones jurídicas de las que deriva fueran de naturaleza pública o privada.

El art. 41 de la LRJAE de 1957 rompió ese monopolio al atribuir a los tribunales del orden civil el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad de la Administración cuando actuara en relaciones de Derecho Privado.

La LPAC de 1992 ha derogado expresamente el art. 41 LRJAE con lo cual se ha vuelto a expandir la competencia que el art. 3,b) LJCA atribuye a la jurisdicción contenciosa para conocer de todas las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración sea cual fuere la naturaleza de las relaciones de que se derive. El art. 41 LRJAE ha sido sustituido por los arts. 142.6 y 145.4 LPAC según los cuales las resoluciones administrativas que concluyen los procedimientos de reclamación ponen fin a la vía administrativa. La relación de esos preceptos con el art. 37.1 LJCA, según el cual el recurso contencioso sólo es admisible respecto de las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa, muestra claramente de que la vía jurisdiccional que sigue a estos procedimientos es la contencioso administrativa.

Ello es mucho más patente si se atiende a que la derogación de los arts. 40 y 41 LRJAE y la nueva redacción del art. 37.1 LJCA se ha realizado por obra respectivamente, de la disposición derogatoria.2 y la disposición adicional décima de la LPAC, precisamente como única fórmula de establecer un sistema cerrado y completo para este tipo de reclamaciones.

4º. El art. 142 LPAC en relación con el art. 144 y 145.1 de la misma ha establecido un procedimiento unitario para las reclamaciones de responsabilidad que agota o pone fin a la vía administrativa.

La derogación expresa del art. 40.2 y 3 LRJAE ha eliminado toda posibilidad de acción jurisdiccional autónoma de resarcimiento.

5º. Ese procedimiento unitario contemplado en los arts. 142, 144 y 145.1 LPAC no se puede confundir con las vías administrativas previas a las reclamaciones judiciales civiles o laborales contra las Administraciones públicas, por la elemental razón de que existe una regulación específica de las mismas sujeta a procedimientos y principios diferentes de los que rigen las reclamaciones de responsabilidad patrimonial (arts. 122 a 126 LPAC).

6º. No cabe dudar de la naturaleza de Administración pública de las entidades que integran el Sistema Nacional de Salud. En el caso concreto de organismos autónomos como el INSALUD o el Servicio Canario de Salud su consideración como Administraciones públicas está expresamente prevista en el art. 2.2 LPAC.

El hecho de que estas entidades gestoras de la prestación sanitaria de la Seguridad Social actúen a veces sometidas al Derecho Privado no las excluye de su consideración de Administración pública ni impide que se les apliquen los arts. 139 y siguientes LPAC para la exigencia de responsabilidad, y ello por aplicación del art. 144 de la misma.

7º. La excepción de dichas entidades de ese régimen de responsabilidad, además de chocar con la generalidad con que configura el art. 106.2 de la Constitución el derecho a ser indemnizado por las lesiones derivadas del funcionamiento de los servicios públicos, exigiría una previsión específica de la ley.

No constituye tal previsión la disposición adicional 6ª LPAC que se refiere genéricamente a actos de Seguridad Social y desempleo y no, por tanto, a pretensiones de responsabilidad patrimonial derivadas de lesiones causadas en la actividad prestacional de instituciones sanitarias de la Seguridad Social o del Sistema Nacional de Salud.

8º. Por otro lado sería incongruente que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por las lesiones derivadas de la asistencia sanitaria prestada por los servicios del Sistema Nacional de Salud tuvieran el régimen, procedimiento y jurisdicción determinados por la LPAC en caso de que el reclamante no estuviera comprendido en el campo de la acción protectora de la Seguridad Social y un régimen, procedimiento y jurisdicción distinto en el supuesto de que estuviera comprendido en ese campo.

9º. Además, después de la entrada en vigor de la LPAC, sólo un concepto amplísimo de reclamaciones en materia de Seguridad Social, no avalado por ningún texto legal concreto, permitiría que se incluyeran en él las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de la asistencia sanitaria y se sustrayeran así al régimen material, procedimental y jurisdiccional unitario que ha reintroducido la LPAC. Adviértase que el término "prestación" es un concepto jurídico inserto en el marco de los derechos y obligaciones específicos de la Seguridad Social y que tiene múltiples aspectos que afectan al nacimiento del derecho, a su obtención, a su amplitud, a sus condiciones de tiempo y lugar, a los requisitos de afiliación y cotización, etc., aspectos perfectamente distinguibles de la actividad de servicio público que realizan las instituciones sanitarias al prestar la asistencia sanitaria, actividad que por sí sola es susceptible de generar una pretensión de responsabilidad patrimonial.

Por todo ello y al no existir, en el ámbito institucional sanitario de la Seguridad Social, una previsión normativa específica sobre responsabilidad patrimonial y para evitar la anomalía que supondría sostener la existencia de un espacio institucional inmune en esta materia, que únicamente podría satisfacerse dentro del marco de la acción protectora de la Seguridad social cuando se preste a los sujetos incluidos en su campo de aplicación, es lógico concluir que la regulación unificadora de la LPAC en materia de responsabilidad patrimonial es aplicable a la que pueda exigirse a las

entidades gestoras de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social por los daños que en esa asistencia sanitaria generen.

Respecto a esta última fundamentación de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo cabe añadir en desarrollo de ella que:

El art. 38 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, LGSS 1994, (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) establece cuál es el alcance de la acción protectora de la Seguridad Social comprendiendo en ella:

a) la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo.

b) la recuperación profesional que proceda en los supuestos anteriores.

c) prestaciones económicas en los casos de incapacidad temporal por maternidad, invalidez, desempleo, jubilación, muerte y supervivencia.

d) prestaciones familiares por hijo a cargo.

e) prestaciones de servicios sociales y asistencia social.

Esta acción de protección comprende sólo esos aspectos y limita el ámbito de extensión posible del Régimen General y de los Especiales de la Seguridad Social (art. 38.3 LGSS 1994).

La disposición derogatoria de la LGSS 1994 mantiene la vigencia de varios artículos del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS 1974), aprobado por el Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo. Entre estos preceptos figuran los arts. 98, 102, 103, 105 y 108 conforme a los cuales la asistencia sanitaria de la Seguridad Social tiene por objeto la prestación de servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud y la aptitud para el trabajo, los servicios que complementen esas prestaciones médicas y farmacéuticas especialmente la rehabilitación física y profesional. Esa asistencia sanitaria comprende la asistencia médica referida estrictamente a prestaciones médicas y hospitalarias; la asistencia farmacéutica referida únicamente a la dispensación y adquisición de medicamentos; y la asistencia protésica.

En definitiva, la asistencia sanitaria de la Seguridad Social únicamente comprende prestaciones en especie, y en casos excepcionales prestaciones de reembolso de gastos médicos, con su procedimiento específico (art. 102 LGSS 1974).

A la vista de estos preceptos no puede sostenerse que la acción protectora de la Seguridad Social comprenda como una acción protectora más a añadir a las del art. 38 LGSS 1994 las "prestaciones por reparación de defectuosa asistencia sanitaria recibida". No existe apoyatura legal alguna para incluir dentro de la Seguridad Social esta clase de prestación. El reembolso de los gastos de una prestación en especie, que satisface el derecho a la asistencia sanitaria mediante restitución patrimonial es distinto del resarcimiento de daños por asistencia sanitaria defectuosa. Cuando procede éste ya no es posible la prestación sanitaria ni forma de prestación directa en especie ni en forma de prestación en metálico retributoria de los gastos causados para la recuperación de la salud. Lo único que cabe es una compensación indemnizatoria que tiene su causa no en la recuperación de la salud, ya perdida o disminuida inevitablemente como consecuencia del defecto en la actividad médica, sino en el hecho de que tal asistencia no se prestó en las condiciones debidas.

Esto lo confirma la existencia de casos en que quienes reclaman son los herederos de una persona cuyo fallecimiento se imputa a esa asistencia médica defectuosa: esa reclamación de indemnización no es reconducible siquiera remotamente a una reclamación de la prestación de asistencia sanitaria debida por la Seguridad Social: no se reclama por una prestación comprendida dentro de la acción protectora de ésta; lo que se ejercita es una acción de responsabilidad frente a la Administración por daños patrimoniales y morales.

Estas reclamaciones de responsabilidad no son subsumibles por consiguiente en la prestación sanitaria debida por la Seguridad Social.

La indemnización por asistencia sanitaria defectuosa no es una prestación de la Seguridad Social, y la acción resarcitoria no es una reclamación en materia de Seguridad Social por lo que la jurisdicción del orden social es incompetente para conocer de ellas (art. 9.5 LOPJ en relación con el art. 2,b) LPL).

El derecho a la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa de los servicios públicos de salud no resulta de la legislación de Seguridad Social sino del art. 106.2 de la Constitución y del art. 139 LPAC. Esos servicios públicos tienen el carácter de Administraciones públicas (art. 2.2 LPAC, arts. 45 y 50 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, LOSC, para el Servicio Canario de Salud). El acto que declara o deniega el derecho a la indemnización solicitada es un acto sujeto al Derecho Administrativo, dictado por una Administración pública y a través de un procedimiento administrativo al cual culmina poniendo fin a la vía administrativa. Por consiguiente, conforme a los arts. 9.4 LOPJ, 2,b) y 37.1 LJCA su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

Por ello, cuando el Servicio Canario de Salud le sean notificadas demandas interpuestas ante los órganos judiciales del orden civil o social cuya pretensión sea una indemnización por daños originados por asistencia sanitaria defectuosa, de las cuales esté conociendo en vía administrativa, el Consejero de Sanidad (arts. 3.2 y 5 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, LOCJ), a propuesta del órgano instructor (art. 4.1 LOCJ) debe dirigir, conforme al procedimiento del art. 10 LOCJ, un oficio de inhibición al órgano judicial (art. 10.2 LOCJ) para que decline su competencia (arts. 10.5 LOCJ) o en caso contrario plantee formalmente conflicto de jurisdicción (art. 12.2 LOCJ).

III

El reclamante padecía un quiste branquial cervical derecho cuyo estudio anatomopatológico (folio 66) describe como una formación quística tapizada por epitelio plano pavimentoso con amplias áreas de ulceración y reacción inflamatoria granulomatosa, con células gigantes multinucleadas de tipo cuerpo extraño y células espumosas, probablemente secundaria a ruptura de pared.

Este quiste estaba acompañado, según el estudio referido, por una linfadenitis crónica inespecífica.

Según los informes médicos obrantes en el expediente (Informe del Jefe del Servicio de Cirugía Maxilo-Facial, folios 15 al 17; Informe del Servicio de Prestaciones, Inspección y Farmacia, suscrito por la Médico-Inspector, folios 39 al 40) la patología que sufría el reclamante en numerosas ocasiones provoca la lesión del

nervio espinal accesorio derecho a causa de la comprensión mecánica que ejerce la masa o quiste cervical sobre el nervio.

Según dichos informes, el único tratamiento posible para esa patología es la extirpación quirúrgica del quiste que, dada la complejidad de la región anatómica y los cambios que en ella dicho quiste puede implicar, presenta, entre otros riesgos, que se produzca una lesión del nervio espinal accesorio, riesgo que se potencia enormemente cuando concurre una infección del quiste, circunstancia que se daba en el caso del reclamante.

Éste no ha aportado ni propuesto prueba alguna que descarte que la lesión no se debe a la comprensión del nervio por la masa del quiste inflamado y demuestre que se debe exclusivamente a una mala práctica médica de la intervención quirúrgica. Por ello no ha sido desvirtuado el juicio científico-médico con que cierra su informe el Médico Jefe del Servicio de Cirugía Máxilo-Facial: La aparición ocho meses después de la intervención de los síntomas de la lesión neurológica excluye su calificación como secuela quirúrgica y revela su carácter de lesión secundaria a la intensa actividad infecto-inflamatoria que presentó el quiste latero-cervical.

La doctrina del Tribunal Supremo es constante en afirmar que en materia de responsabilidad sanitaria no opera la inversión de la carga de la prueba, por lo que queda a cargo del reclamante probar la mala práctica médica y la relación de causalidad entre ésta y el daño por el que se reclama, y que en ausencia de esta prueba no procede declarar la responsabilidad patrimonial del médico ni de la organización en el seno de cuyo funcionamiento presta sus servicios (SSTS de 26 de mayo de 1986, Ar. 2.824; de 12 de julio de 1988, Ar. 5.991; de 12 de diciembre de 1988, Ar. 943; de 7 de febrero de 1990, Ar. 668; de 8 de mayo de 1991, Ar. 3.618; de 20 de febrero de 1992, Ar. 1.326; de 13 de octubre de 1992, Ar. 7.547; de 2 de febrero de 1993, Ar. 793; de 15 de noviembre de 1993, Ar. 9.096; de 12 de julio de 1994, Ar. 6.730; de 5 de diciembre de 1994, Ar. 9.409; y de 23 de septiembre de 1996, nº 728/1996).

En el expediente no obra ningún elemento probatorio que desvirtúe el juicio médico del Jefe del Servicio de Cirugía Maxilo-Facial. Por este solo motivo, con base en los arts. 139.1 LPAC, 1.214 del Código Civil y art. 6 RPRP y la doctrina

jurisprudencial citada, la pretensión resarcitoria debe ser desestimada; sin necesidad de entrar a considerar si la lesión, en el supuesto de que fuere la concreción de un riesgo iatrogénico inherente a la operación, no sería resarcible porque ésta era el único remedio a la patología del reclamante y porque éste dio su consentimiento para ella. Para poder analizar la pretensión desde este ángulo es necesario que previamente haya quedado demostrado que la lesión no tiene su causa en la patología del reclamante y que el intervalo temporal que media entre la operación y la manifestación de la sintomatología de aquélla no es óbice para imputarla al acto quirúrgico.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones expuestas en el Fundamento III es conforme a Derecho la desestimación de la reclamación indemnizatoria.