



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 8 / 1 9 9 7

La Laguna, a 18 de abril de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre *Propuesta de Orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por J.M.M.C., por la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital El Sabinal del área de salud de Gran Canaria (EXP. 28/1997 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

Se cumple el requisito de legitimación activa porque la reclamante pretende el resarcimiento de una lesión de carácter personal.

* **PONENTE:** Sr. Plata Medina.

* **VOTO PARTICULAR:** Sr. Petrovelly Curbelo.

El hecho lesivo por el que se reclama es anterior al Real Decreto 446/1994, de 11 de marzo (BOE de 9 de abril) por el que se le transfirieron las funciones y servicios de ese Instituto a la Comunidad Autónoma de Canarias.

Hemos declarado en anteriores Dictámenes (81/1996, de 23 de octubre; 83/1996, de 6 de noviembre; 113/1996, de 23 de diciembre; 6/1997 y 8/1997, ambos de 30 de enero) que no es obstáculo a la legitimación pasiva del Servicio Canario de Salud la circunstancia de que el hecho lesivo por el que se reclama sea anterior a su creación e incluso anterior a la transferencia de las funciones y servicios en materia de sanidad a la Comunidad Autónoma; puesto que con la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas se produce una sucesión entre entes públicos por obra de la cual el ente sucesor, la Comunidad Autónoma, se subroga en la misma posición que el Estado central, ente sucedido (SSTC 58/1982, de 27 de julio y 85/1984, de 26 de julio).

En la misma línea las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1990, Ar. 7895, y de 9 de diciembre de 1993, Ar. 9943, consideran que con las transferencias de funciones y servicios del Estado central a las Comunidades Autónomas se produce una sucesión entre entes públicos que está presidida por el principio de subrogación de la nueva Administración gestora en los derechos y obligaciones de los servicios transferidos de la Administración sucedida. Por ello la sucesora está legitimada pasivamente frente a los perjudicados por el funcionamiento de dichos servicios con anterioridad a su transferencia, sin perjuicio de que el importe de las eventuales indemnizaciones que satisficiera pueda repetirlo frente a la sucedida.

En definitiva, 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; de ahí que el ordenamiento jurídico puede disponer que determinadas decisiones sobre su tráfico jurídico sean adoptadas por órganos de su Administración matriz.

El órgano competente para dictar la resolución propuesta es el Consejero de Sanidad según el art. 142.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) 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 (LGA) y con el art. 50.2 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC); de donde se deriva que el órgano competente para incoar, instruir y formular la propuesta de resolución en este tipo de procedimientos sea el Secretario General del Servicio Canario de Salud (SCS) en virtud del art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica (DODA) en relación con los arts. 10.3 y 15,a) del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, que aprobó el Reglamento de Organización y Funcionamiento del SCS (ROSCS). Las competencias respectivas del Consejero y del Secretario General del SCS que se acaban de señalar han sido fundamentadas por extenso en los Dictámenes 78, 79 y 81/1996 de este Consejo, a los que se remite para evitar repeticiones innecesarias.

III

Los hechos en que se fundamenta la reclamación y que aparecen reflejados en la propuesta de resolución que se analiza son, en síntesis, los siguientes: J.M.M.C. acudió el 16 de febrero de 1994 al Servicio de Cirugía General, consultas externas del C.A.E. Norte, constando entre otros extremos, en la Nota Clínica (*Folio 17* del

Expediente) que "desde noviembre acusó un dolor abdominal que le hizo tener depresión por lo que comenzó a adelgazar". Fue remitido al hospital de El Sabinal donde se le practicó, el 1 de marzo de 1994, una colecistectomía laparoscópica.

Según informe de la Inspección Médica (*Folios 8 y 9* del expediente), durante la madrugada del día 2 de marzo su estado evolucionó de forma que, en la valoración quirúrgica realizada a primera hora de la mañana, se sospechó la existencia de hemiperitoneo, por lo que es trasladado al Hospital Ntra. Señora del Pino. A las 11.55 horas del día 2 de marzo es intervenido, confirmándose la existencia de hemiperitoneo post-quirúrgico, el cual se soluciona. El postoperatorio cursa sin ninguna complicación, dándosele de alta el día 9 de marzo de 1994. No obstante ello, el solicitante fundamenta su petición de indemnización en el hecho de que, como consecuencia de la hemorragia interna y de la falta de atención médica, sufrió secuelas que fueron atendidas en consultas externas. "Por derivación de tales secuelas el reclamante no pudo regresar en el mismo curso académico a proseguir sus estudios de Derecho en Pamplona, sufriendo considerables trastornos, todo lo cual le llevó a experimentar un marcado estado depresivo". El escrito de reclamación no concreta cuáles fueron esas secuelas, sino que remite su concreción a un informe que se basará en el estudio de la historia clínica y que realizará un Doctor en Medicina, que dentro del período probatorio designará el reclamante. Tampoco acredita la existencia del síndrome depresivo y su relación de causalidad con esas secuelas, sino que remite la acreditación de esos extremos de hecho al informe de un Doctor en Medicina, que se basará en el estudio de la historia clínica y en el reconocimiento del paciente y que será designado por éste dentro del período probatorio. La solicitud de estas pruebas el reclamante la justifica en el hecho de que, a pesar de haberlo solicitado, no se le ha proporcionado una copia de su historia clínica.

IV

En la tramitación del procedimiento se observan diferentes irregularidades procedimentales en la tramitación del expediente, que han de ser puestas de relieve, máxime cuando se vienen produciendo de forma reiterada en los expedientes de idéntica naturaleza tramitados por el Servicio Canario de Salud:

1.- Acuerdo de iniciación a instancia de parte y de designación de instructor y secretario del mismo.

Figura en el expediente un denominado Acuerdo de iniciar a instancia de parte un procedimiento de responsabilidad patrimonial. A este respecto cabe observar *ab initio* la contradicción que encierra el mismo en sus propios términos, en la medida en que los expedientes administrativos se inician bien de oficio o a solicitud de persona interesada y, si bien, cuando se inician de oficio, ha de hacerse necesariamente por acuerdo del órgano competente, obviamente cuando se inicia a solicitud del interesado dicho inicio se produce por la presentación de la solicitud por su parte sin que sea preciso acuerdo alguno por parte de la Administración (arts.68 y siguientes de la LPAC).

Por otra parte también en el propio acuerdo se designa “instructor y secretario” para la tramitación del mismo y, si bien la mención del instructor puede ser correcta, ambas figuras asociadas son propias de los expedientes disciplinarios y carecen de justificación en este tipo de expedientes, los cuales han de ser tramitados e instruidos, sin más, por los elementos personales del órgano competente.

2.- Trámite de alegaciones del interesado sobre la propuesta de resolución y en momento procesal coincidente con la solicitud de dictamen de este Consejo Consultivo y de la Dirección General del Servicio Jurídico.

La regulación del procedimiento administrativo común establece dos trámites sucesivos y deferentes que en la propuesta de resolución se confunden y se realizan de forma inadecuada, estos son, de una parte, el trámite de alegaciones regulado en el art. 79 de la LPAC , -alegaciones que podrán ser efectuadas en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia- en el que los interesados podrán aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio y que serán tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución; y, de otra parte, el trámite de audiencia regulado en el art. 84 de la propia Ley que consiste en que, una vez instruidos los procedimientos y antes de redactar la propuesta de resolución, los mismos se ponen de manifiesto a los interesados, quienes en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. En consecuencia, lo que se hace por la Administración actuante es un “*totum revolutum*” no conforme con la regulación antes señalada, ya que se concede trámite de “alegaciones” con posterioridad a la redacción de la propuesta de resolución; lo

cual, además de contradecir la regulación legal antes prevista, convierte o puede convertir este trámite en un puro formalismo, habida cuenta de que la finalidad, tanto del trámite de alegaciones como del de audiencia, es que las consideraciones que se hagan por el interesado sean tenidas en cuenta, en su caso, por el órgano administrativo a la hora de redactar la propuesta de resolución, finalidad que difícilmente se puede alcanzar si, cuando se le confiere dicho trámite ya está redactada la propuesta de resolución.

Por otra parte hay que poner de manifiesto que los trámites de informe de los Servicios Jurídicos y del Dictamen preceptivo de este Consejo no pueden en ningún caso ser simultáneos; sino que, una vez emitido el parecer de los Servicios Jurídicos y a la vista de las observaciones formuladas por los mismos, el órgano actuante puede en su caso modificar la propuesta de resolución o mantenerla en sus propios términos pero, sólo una vez efectuado dicho trámite, debe solicitar el correspondiente Dictamen de este órgano consultivo.

3.- Ampliación del plazo de resolución del expediente otros seis meses.

En el expediente figura una denominada "providencia"- terminología por cierto impropia del procedimiento administrativo común- en la que, una vez culminado el expediente y pendiente tan solo del trámite de audiencia al interesado, el instructor del expediente propone al Consejero que lo acuerda, la ampliación del plazo de resolución por otros seis meses al amparo de las previsiones contenidas al efecto en el artículo 42.2 de la LPAC. Si bien dicho precepto posibilita la ampliación de los plazos por tiempo no superior al inicialmente establecido en la tramitación del procedimiento, la causa para ello aparece reflejada en el propio precepto, esto es, cuando el número de solicitudes formuladas impidan razonablemente el cumplimiento de los plazos, razonabilidad que ha de ponerse en conexión en este caso con la fase procedimental en la que se produce dicho acuerdo ampliatorio, y como quiera que en el presente caso, se realiza una vez instruido el expediente y pendiente tan sólo del trámite de audiencia y de los informes del Servicio Jurídico y del Dictamen de este órgano, el establecimiento de dicho plazo ampliatorio, si bien tiene carácter discrecional, no puede comportar el ejercicio de una arbitrariedad administrativa ni una desviación de poder por desviación del fin al que el ordenamiento jurídico condiciona el ejercicio de dicha facultad.

4.- *Providencia por la que se acuerda rechazar la apertura de un período probatorio y de práctica de determinadas pruebas propuestas por el interesado.*

En la tramitación del expediente se produce de nuevo una actuación procedimental en la que se confunden y mezclan aspectos cuyo tratamiento jurídico es diferente. La resolución administrativa que ha de ser adoptada debe realizarse en función de los datos obrantes en el expediente. Ahora bien, no basta con que esos datos se hayan aportado, sino que es preciso que hayan sido comprobados. Esta actividad complementaria de la puramente alegatoria se define como prueba y puede ser conceptuada como acto o serie de actos con los que se trata de averiguar la realidad o certeza de los datos que deben ser valorados en la resolución final. Siendo ello así, en primer término, conviene señalar que la apertura de período probatorio tiene carácter preceptivo "cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados" (art. 80.2 LPAC) por lo que, de no darse esta circunstancia, dicho trámite debe verificarse necesariamente, sin que sea conforme a Derecho en consecuencia el acuerdo de rechazar la apertura de un período probatorio al no tener por ciertos los hechos alegados por el interesado.

Una vez dicho esto conviene hacer una breve referencia al otro acuerdo contenido asimismo en la misma "providencia", esto es, el acuerdo de rechazar la práctica de las pruebas propuestas por considerarlas "manifiestamente improcedentes e innecesarias, toda vez que de la documentación obrante en el expediente resultan debidamente acreditados los datos en virtud de los cuales haya de citarse la resolución que ponga fin al expediente". En relación con el contenido del mismo, sí es cierto que al menos desde el punto de vista formal, un acuerdo de dichas características -a diferencia del establecido en el apartado anterior- sí puede adoptarse de conformidad con lo dispuesto al respecto en el artículo 80.3 de la LPAC que exige al respecto "resolución motivada" pronunciándose en los mismos términos el art. 9 del RRPAP. En todo caso y, respecto al contenido del mismo, pueden hacerse las siguientes consideraciones tendentes a afirmar la conformidad a Derecho de dicho acuerdo: se debe reparar en que las pruebas solicitadas consistían en informes médicos elaborados a la vista de la historia clínica, la cual se incorporó al expediente el 10 de octubre de 1995 (folio 10), incorporación solicitada expresamente en el escrito de reclamación. El interesado ha tenido, pues, la posibilidad de conocer en cualquier momento dicha incorporación de la historia clínica al expediente y de pedir

copia de ella (art. 35,a) LPAC), proporcionársela a los facultativos de su elección para que elaboraran los informes médicos que estimara convenientes y aportarlos en cualquier fase del procedimiento. En tal sentido, de conformidad con los arts. 84 LPAC y 11 RRP, con ocasión de la apertura del trámite de audiencia, se le comunicó que la historia clínica obraba en el expediente, que podía obtener copia de ella y aportar los informes que quisiera (folios 102 al 104).

En definitiva, el reclamante, en todo momento a lo largo de la tramitación del expediente, ha tenido a su disposición la historia clínica, la posibilidad de obtener copia de ella y aportar los informes médicos que considerase conveniente a su derecho. A mayor abundamiento, en el escrito presentado por el interesado con ocasión del trámite de audiencia (folios 109 y 110) manifiesta que ha tenido acceso a la historia clínica y que ésta acredita los hechos en que fundamenta su petición. En cuanto a la práctica de prueba testifical para la acreditación de las circunstancias en que se desarrolló la asistencia al reclamante la noche del 1 al 2 de marzo de 1994, era innecesaria porque esas circunstancias constan pormenorizadamente en las Notas de Enfermería (folios 51 al 64) de la historia clínica.

5.- Apartado primero de la propuesta de resolución: Desestimar la reclamación previa a la vía judicial interpuesta por J.M.M.C. Efectivamente por parte de la Consejería se adopta tal acuerdo evidentemente erróneo, ya que lo que se resuelve es una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y, en tal sentido, lo hace constar correctamente el peticionario tanto en el escrito inicial como en los sucesivos escritos dirigidos a la Administración.

V

En primer término conviene precisar que la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución, y que aparece formulada en el artículo 121 de la LEF y 139 de la LRJAPC, supone que la Administración responde por toda lesión que los particulares sufran, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, esto es, de la gestión administrativa en general, incluso de las actuaciones u omisiones puramente materiales o de hecho y, en consecuencia, prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto causante de la lesión resarcible. De acuerdo con ello quedan también comprendidos los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, lo cual supone la inclusión dentro

de la fórmula legal de los daños causados involuntariamente, y en definitiva los resultantes del riesgo creado por la existencia misma de ciertos servicios o por la forma en que estén organizados. En su consecuencia basta la existencia de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto a una persona o un grupo de personas, para que surja la obligación de indemnizar, sin que se requiera otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto causante del daño; abarcando hechos que, aunque insólitos, tienen lugar dentro de las virtualidades propias que encierra el funcionamiento de esa actividad o servicio, a pesar de ser independiente del actuar del órgano administrativo.

VI

Una vez realizadas las consideraciones anteriores se hace preciso entrar a analizar a la luz de los requisitos para la prosperabilidad de la solicitud de responsabilidad patrimonial el fondo de la cuestión planteada:

Al reclamante le fue realizada en el Hospital de El Sabinal una colecistectomía laparoscópica la mañana del 1 de marzo de 1994, y reingresó del quirófano a la planta hospitalaria a las 13 horas (Notas de Enfermería, *folio 51*).

A las 2'30 horas de la madrugada del 2 de marzo presentó mareos y sudor frío con tensión arterial 105/60, que remitió con cuidados de enfermería. A las 3 se le vuelven a presentar los mismos síntomas; por ello las ATS intentaron localizar por teléfono al cirujano de guardia y, como no lo lograron, avisaron a las 3'30 horas al médico de guardia, que les indicó que intentaran de nuevo localizar al cirujano de guardia y que, en caso de que no lo consiguieran, remitiría al paciente al Hospital de Nuestra Señora del Pino. A las 4 horas, en que la tensión arterial sube a 110/70, se localiza telefónicamente a un cirujano del hospital que ordena la realización de un hemograma y la administración de un analgésico con el que remiten los síntomas hasta las 7'55 horas de la mañana, en que tornan a presentarse y la tensión arterial cae a 90/80 por lo que se avisa telefónicamente al cirujano que reitera la administración del analgésico.

A las 8'30 se repiten los síntomas acompañados de un nuevo descenso de la tensión arterial a 80/50, se toma la muestra para el hemograma y se le administra un suero según la pauta HEMOCE.

A continuación es valorado por un cirujano que, al sospechar la existencia de un hemoperitoneo, envía al paciente al Hospital de Nuestra Señora del Pino para una nueva intervención quirúrgica, la cual se realizó a las 12 horas con laparotomía y hemostasia que eliminó el hemoperitoneo y que fue seguida de un postoperatorio sin complicaciones, dándosele el alta el 9 de marzo de 1994 (Hojas de Enfermería, *folios 52 y 53*; Informe médico de la Subdirección Médica de 3 de abril de 1995, *folios 11 y 12*; Informe médico del Servicio de Cirugía, de 2 de mayo de 1996).

Según el Informe médico del Servicio de Cirugía de 2 de mayo de 1996, el hemoperitoneo es una complicación postquirúrgica de la colecistectomía laparoscópica que sucede en uno o dos por ciento de los casos. Es un riesgo iatrogénico que acompaña a este tipo de intervenciones. No se ha alegado ni resulta en absoluto de la documentación clínica e informes médicos que su concreción se haya debido a una mala práctica médica. Tampoco se ha cuestionado que la colecistectomía laparoscópica que se le practicó no fuese el acto terapéutico adecuado para curar de su dolencia al reclamante. La realidad es que ha sanado de ella gracias a él.

Los riesgos iatrogénicos inherentes a un acto terapéutico necesario y adecuado deben ser soportados por el paciente que ha dado, como en el presente caso (*folio 85*) su consentimiento a su práctica. La concreción de ese riesgo sólo genera la necesidad de reintervención quirúrgica, la cual se ha realizado aquí por el Servicio Canario de Salud sin coste alguno para el reclamante, conforme a la *lex artis ad hoc* y sin que haya dejado secuela de daño físico al reclamante. No se puede considerar como tal la cicatriz quirúrgica porque su origen se encuentra en la primera intervención tan necesaria como la segunda para restablecer la salud del paciente. Ambas intervenciones no han dejado secuela alguna calificable de lesión antijurídica según el art. 139 LPAC.

En cuanto al retraso en la prestación de asistencia durante la noche del 1 al 2 de marzo, se debe partir de que, suponiendo en vía de hipótesis que se haya dado el alegado retraso en prestarle asistencia médica la noche del 1 al 2 de marzo de 1994 y que por tanto exista un mal funcionamiento del servicio, ello no basta para que surja

el derecho a ser indemnizado; se precisa, además, que ese mal funcionamiento haya generado un daño, requisito que no concurre en el presente caso: El reclamante alega que ese mal funcionamiento generó unas secuelas físicas que exigieron asistencia ambulatoria y que a su vez le produjeron un síndrome depresivo. Pero no concreta en qué consistieron esas secuelas físicas ni hay prueba alguna de su existencia en la documentación clínica obrante en el expediente: Los informes médicos de 3 de abril de 1995 (*folios 11 y 12*), de 3 de julio de 1995 (*folios 8 y 9*) y 2 de mayo de 1996 (Pieza de documentación complementaria, sin numeración) coinciden en señalar que el postoperatorio de la segunda intervención transcurrió sin complicaciones, que fue dado de alta siete días después de ella, el 9 de marzo de 1994; y que la asistencia sanitaria prestada no ha dejado más secuela que la cicatriz quirúrgica.

No existen, por tanto, las secuelas físicas que se alegan sin concretar. No puede ser calificada como lesión antijurídica la citada cicatriz porque es una secuela necesaria e ineludible del acto terapéutico que se le realizó para restablecer su salud.

El reclamante alega que esas indefinidas secuelas físicas le produjeron una depresión. Como no existen éstas, su origen no se puede derivar a la intervención quirúrgica. En la alegada cadena causal entre la operación y la depresión falta el eslabón de las secuelas físicas.

Es más, de la documentación clínica resulta que el reclamante padecía el síndrome depresivo con anterioridad a la intervención quirúrgica. En efecto, en el folio 39 obra la Hoja de Consulta, fechada el 19 de enero de 1994, donde consta que, a la vez que se le diagnosticó al reclamante una "litiasis biliar sintomática" y se recomienda como tratamiento de esa patología la intervención quirúrgica denominada "colecistectomía laparoscópica", se le diagnosticó un "síndrome depresivo reactivo". Éste lo padecía el reclamante con anterioridad a la operación. Es imposible, por tanto, imputar a esta última su producción a través del escalón intermedio de unas inexistentes secuelas físicas.

Partiendo, pues, de admitir al menos en términos dialécticos que el servicio sanitario funcionó mal la noche del 1 al 2 de marzo de 1994, y que ello pudiera dar lugar a responsabilidades de otra índole, resulta que, en todo caso, no existe relación

de causalidad alguna entre dicho posible mal funcionamiento y las presuntas y no probadas secuelas psicológicas que el reclamante imputa a ese mal funcionamiento, siendo por otra parte la cicatriz de la operación una secuela derivada necesariamente de la propia intervención, por lo que obviamente carece de consideración de lesión resarcible a los efectos de la pretendida exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

CONCLUSIÓN

Con independencia de la existencia de determinadas irregularidades no invalidantes puestas de manifiesto en el Fundamento IV del presente Dictamen, es conforme a Derecho la propuesta de resolución que desestima la pretensión resarcitoria.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. ENRIQUE PETROVELLY CURBELO AL DICTAMEN 38/1997, ACERCA DE LA PROPUESTA DE ORDEN RESOLUTORIA DEL EXPEDIENTE DE RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN, FORMULADA POR J.M.M.C., POR LA ASISTENCIA SANITARIA QUE LE FUE PRESTADA EN EL HOSPITAL EL SABINAL DEL ÁREA DE SALUD DE GRAN CANARIA. CORRESPONDIENTE AL EXPEDIENTE 28/1997 IDS.

1. Discrepo del parecer mayoritario plasmado en el Dictamen de referencia, particularmente en su Conclusión, por razones tanto de orden procedimental y formal como de fondo, considerando en consecuencia no sólo que dicho parecer es técnicamente incorrecto y no ajustado a Derecho, sino que, obviamente y en definitiva, no es jurídicamente adecuada la Propuesta de Resolución que trae causa, en sus fundamentos y resuelvo.

Así, la actuación administrativa a realizar, además de presentar per se varios vicios formales de invalidez, no es conforme al Ordenamiento Jurídico aplicable en cuanto desestima la solicitud de indemnización que resuelve porque, de acuerdo con aquel, a mi juicio aquí se dan los requisitos de exigibilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, el Servicio Canario de Salud (SCS), estando suficientemente comprobado o demostrado en especial que existe nexo causal entre un daño sufrido por el afectado y la actividad, en este supuesto anormal, de servicio público del que se trata.

2. Por lo que atañe a las expresadas razones procedimentales y formales, he de reiterar, remitiéndome a efectos argumentales y de fundamentación jurídica a anteriores Votos Particulares de este Consejero en este asunto y concreto punto, que el órgano competente para resolver no es el Consejero titular de la Consejería de Sanidad de la Administración autonómica, sino un órgano del SCS, su Dirección o su órgano supremo directivo, de modo que, haciéndolo aquél, el acto administrativo correspondiente será dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia.

Y, asimismo, ha de advertirse que no es jurídicamente procedente, afectando ello cuando menos a la seguridad jurídica y a las garantías procedimentales del interesado, que, siendo el órgano instructor la Secretaría General del SCS, su titular, que es el competente para actuar al respecto y el responsable de ello, especialmente en todo aquello que suponga relación con el reclamante y sus derechos, nombre un instructor del procedimiento, supuesto sin duda distinto a una eventual delegación del ejercicio de esta función, y, encima, siga él interviniendo como tal en ocasiones.

Por otra parte, es indiscutible la errónea aplicación del artículo 80, Ley 30/1992 efectuada en la instrucción del procedimiento, por causas apuntadas en el Dictamen y explicitadas también por este Consejero en sus indicados Votos Particulares, siendo evidentemente la apertura del período probatorio obligatoria para el órgano actuante cuando, como es el caso, no tenga por ciertos los hechos alegados por el interesado, máxime a la vista de lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo citado y en el artículo 79.1 de la misma Ley, y siendo este trámite claramente diferente de la posibilidad del instructor de rechazar las pruebas propuestas por tal interesado, aunque sólo cuando sean improcedentes e innecesarias.

En este sentido, es contrario a Derecho, generando indefensión al interesado y suponiendo un defecto formal susceptible de generar nulidad de actuaciones, la decisión administrativa de negar la apertura de un período probatorio, especialmente en un supuesto como el presente. Y ello, no ya únicamente por el motivo general expuesto en el párrafo precedente, sino porque, además de que el interesado, en bastante correcto respeto a lo ordenado en los artículos 80, Ley 30/1992 y 6, RPRP, ha indicado los medios probatorios de los que pretende valerse, todos ellos sin duda apropiados al caso y razonablemente producibles, la propia Administración puede

plantear el uso de otros, al menos para comprobar como debe (cfr. artículos 78.1 y 79.1, Ley 30/1992) alegaciones y datos obrantes en el expediente, que, a mayor abundamiento podrían considerarse parciales o sesgados por venir casi todos aportados o condicionados mediante actuaciones informativas de los órganos contra cuya actividad se reclama.

Pero aún más grave e inadmisibles es que, en este contexto y con el antedicho presupuesto, la Administración pueda rechazar por innecesarias o improcedentes los medios probatorios propuestos por el interesado, o bien, que el Dictamen pretenda justificar semejante decisión. En realidad, dejando aparte la insostenible afirmación de que ésta no causa indefensión al afectado, cuestión sobre la que luego se volverá y que no puede en todo caso salvar la inevitable que ya le causó la antes comentada, es evidente que esta segunda decisión es consecuencia lógica de la primera, siendo por ello tan errónea como ella, en particular cuando resulta innegable que los medios probatorios propuestos son, máxime en este tema y dadas las circunstancias, procedentes y precisos, no dándose en consecuencia los motivos legalmente previstos para que el órgano instructor actuase como hizo.

Desde luego, en absoluto es correcta, y por ello asumible, la tesis del Dictamen de que, a pesar de todo, la decisión administrativa de rechazar las pruebas propuestas no es objetable porque esto no genera indefensión al interesado. Ante todo, porque, siendo relevante y hasta decisivo conocer a este fin datos de la Historia Clínica, resulta que ésta, pese a ser solicitada su incorporación al procedimiento con este propósito en febrero de 1996, no se apareció en él hasta octubre de ese año, evidentemente mucho después de que se tomaran las decisiones cuestionadas, y, además, sin ser esto advertido al reclamante, que obviamente no la podía encontrar antes de esa fecha, ni pudo hacer uso de ella en momento procedimental oportuno, aunque, aún así, tampoco le hubiera servicio de mucho conocerla entonces dado el tenor de las mencionadas decisiones.

En resumidas cuentas, no sólo no es cierto que el interesado dispusiera en todo momento de su historia clínica, y mucho menos en momento pertinente, sino que de poco le servía conocer de su existencia justo en el trámite de audiencia, tanto porque no es éste ni remotamente parecido a ningún fin o efecto al de apertura y práctica de pruebas, como porque ocurre que éste había sido negado de plano por el órgano actuante en su primera y en su segunda parte.

Cabe añadir que, en cualquier caso, es improcedente el rechazo de la testifical propuesta, pues es relevante en este supuesto, particularmente de no poderse practicar las otras indicadas por el interesado, por demás a causa de una impertinente decisión administrativa, y no aceptable la razón dada por el Dictamen para ello, no sólo por lo antedicho, sino porque es claro que los únicos datos disponibles son los aportados por el eventual causante del daño, de modo que el órgano actuante, supuestamente con objetividad, debe permitir al reclamante que trate de demostrar lo que alega en su favor y, en especial, lo incierto o incorrecto de esos datos, total o parcialmente.

3. Como viene a admitirse de alguna forma en el Dictamen, no parece claro que pueda negarse que el afectado no tuvo una adecuada atención médica la noche de los hechos. Así, no es de recibo que, en este tipo de actuaciones y a la luz de lo dicho en informe médico añadido en el expediente a solicitud de este Organismo, no se prestase un cuidado procedente al paciente desde un principio y mucho menos lo es que, visto lo que acontecía, no lo hiciera el médico disponible o que, aún peor, no existiera cirujano competente al respecto en el hospital en estos instantes y que, cuando se encontró alguno, éste interviniera por vía telefónica.

Desde luego, las operaciones a que fue sometido el interesado no se discuten en su procedencia y adecuada realización, pues esto ha sido así, pero ello no obsta a que pueda reclamarse por las inaceptables circunstancias que rodearon a las mismas. En esta línea, está suficientemente comprobado que a consecuencia del indebido tratamiento postoperatorio al interesado, que pudo remediarse tanto teniendo en cuenta las conocidas complicaciones que pueden presentarse o, en el peor de los casos, con la presencia y/o actuación del facultativo que debía estar en las dependencias hospitalarias al efecto, cirujano o incluso no cirujano, el afectado pasó un incuestionable trance muy peligroso para su salud, y aún vida, que supone presencia de daño físico y sin duda psíquico, acabando el mismo día con su ingreso en U.V.I. y transfusiones grandes de sangre.

Es cierto que no cabe hacer reclamación de daños por una secuela exclusivamente referida a la cicatriz de la operación, pero no puede ignorarse a este fin que el reclamante aporta un dato importante, y suficiente como exigencia de actuación por su parte al respecto, indicativo de daño físico duradero resultante de

los acontecimientos referidos y fácilmente comprobable por la Administración actuante, que cuestionablemente no se ha molestado en hacerlo el afectado ha seguido recibiendo tratamiento en consultas externas en relación con ellos y con el mal del que fue operado. En todo caso, si ese tratamiento tan largo ulterior se relaciona sólo con la cicatriz, ha de concluirse que esa conexión es errónea y que, en realidad, el problema no es el de una mera marca que afecta a la estética del paciente.

Finalmente, ha de manifestarse que es imposible discutir que los hechos ocurridos, y desgraciadamente para él, sufridos por el afectado han de generar daños síquicos en él, como los causaría en cualquier otro paciente en esas circunstancias y trance, especialmente cuando van unidos a efectivos daños físicos padecidos, que, determinadamente, no son un cierto estado de reacción a una operación, sino que comprobadamente han sido manifestación de que ésta ha generado una real complicación en la salud del operado que, además, consiste nada menos que en la rotura de una vena o similar y subsiguiente hemorragia, con progresivo empeoramiento.

De todos modos, para nada es de recibo lo argumentado por la Administración, y por el Dictamen, de que la depresión del afectado ya existía con anterioridad a la operación y que, por tanto, el daño psíquico aparecido es una mera muestra de aquella sin más. No sólo porque es cierta la conexión entre la situación dada y la reacción ante ella y, en el mejor de los casos, esto contribuye decisivamente a empeorar el estado del afectado, sino porque, conociéndose esta circunstancia, lo procedente era atender al paciente, no ya siquiera con celo extra, que podría defenderse que así fuera, sino con el mínimamente exigible para cualquier otro enfermo sin problema depresivo.