



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 78/1997

La Laguna, a 22 de julio de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *Propuesta de Orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por A.B.L., como consecuencia de las presuntas lesiones derivadas de los servicios de asistencia sanitaria dependientes del Servicio Canario de Salud (EXP. 69/1997 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, es una Propuesta de Resolución que culmina un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. De la naturaleza del procedimiento 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 reclamante pretende el resarcimiento de una lesión de carácter personal.

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

2. 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 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (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 que el órgano competente para resolver este procedimiento sea, en virtud 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.

3. Que el órgano competente para dictar la resolución propuesta sea el Consejero de Sanidad resulta del art. 142.2 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 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 hace remisión para evitar repeticiones innecesarias.

4. La acción de reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año legalmente establecido (art. 142 LPAC), pues el reclamante imputa el daño sufrido a la medicación prescrita el 9 de abril de 1996 y presenta la reclamación el posterior día 9 de julio.

5. En la tramitación del expediente se comprueba que sustancialmente se han cumplido las formalidades preceptivas, aunque -en aras de la más exacta observancia de las normas de procedimiento- se reiteran, dando por reproducidas, las observaciones efectuadas, entre otros, en el Dictamen 76/1997, sobre una serie de actos de trámite recaídos y que de forma repetitiva se suceden en los distintos procedimientos de esta naturaleza, referentes a la ampliación del plazo de resolución de la reclamación, duplicando el período de 6 meses reglamentariamente establecido, sin contar con la motivación suficiente; así como a la no apertura del período probatorio, sin margen de recurso, lo que eventualmente podría generar una situación de indefensión al interesado, si la naturaleza del procedimiento o la circunstancia de no tener por ciertos los hechos por él alegados determinara la procedencia de que el instructor haya de cumplimentar el mandato que a tal fin contiene el art. 80.2 LPAC.

III

El reclamante calificó su solicitud de reclamación previa a la vía judicial conforme a lo preceptuado en el art. 69 LPL. La Administración, sin que mediara un acto expreso en tal sentido, recalifica la citada solicitud como de reclamación administrativa y en escrito dirigido al interesado en el que reclama documentación complementaria en aplicación del art. 71 LPAC expresamente indica que se trata de una solicitud de iniciación de expediente de responsabilidad patrimonial. Esta recalificación operada encuentra apoyo en el deber que para la Administración se deduce del art. 110.2 LPAC (Dictámenes del Consejo de Estado 1.305/92, de 3 de diciembre y 1.596/92, de 14 de enero de 1993).

En contestación al indicado oficio, el reclamante aporta la documentación requerida, sin reparar el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la Administración, de donde cabe entender su aceptación al mismo.

Sin embargo, en trámite de audiencia comparece “a los únicos efectos de manifestar que la vía administrativa abierta por la Administración demandada no es la adecuada, significando que sí lo es la social (...). A tal efecto se formuló reclamación previa (desestimada por silencio administrativo) y la correspondiente demanda, estando pendiente de celebración del juicio, a celebrar el próximo día 20 de febrero de 1997 (...)”. En el expediente no consta ninguna actuación relativa a este proceso.

Este Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este problema en varias ocasiones, entendiéndose que en los casos en que por los mismos hechos por los que se reclama en este procedimiento se haya interpuesto una demanda con idéntica pretensión ante la jurisdicción de lo Social no existe obstáculo para que la Administración se pronuncie sobre ellos.

Por otra parte, que el procedimiento para la sustanciación de la presente reclamación sea el previsto en el art. 142 LPAC y la jurisdicción competente para conocer de ella sea la contencioso-administrativa y no la social resulta de las razones desgranadas por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo en los Autos nº 12 y 14, de 7 de julio y 27 de octubre de 1994 y nº 13 y 14 de 11 de diciembre de 1995, acogidas sustancialmente en las fundamentaciones expuestas en extenso en el Dictamen 8/1997 de este Consejo, que con posterioridad ha permitido sostener el mismo criterio en los Dictámenes 31 y 39/1997, a los que en evitación de reiteraciones nos remitimos.

En desarrollo de la doctrina invocada de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, en el Dictamen 8/1997 se remarcaron las siguientes consideraciones que son de igual aplicación al presente caso:

“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 médicos -que es una prestación en especie que satisface el derecho a la asistencia sanitaria mediante una restitución patrimonial- es distinto del resarcimiento de daños por asistencia sanitaria defectuosa. Cuando procede éste ya no es posible la prestación sanitaria ni en 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 al 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)".

IV

1. El procedimiento se inicia, como se ha indicado, el 9 de julio de 1996 por la solicitud que J.B.L. presenta ante el Servicio Canario de Salud reclamando el resarcimiento de los daños personales producidos por la medicación prescrita en el servicio de urgencias del Hospital de Ntra. Sra. de Candelaria.

Según relata en su solicitud, el 15 de enero de 1990 fue intervenido quirúrgicamente en el servicio de cirugía general del Hospital Nuestra Sra. de Candelaria, con un diagnóstico de perforación pilórica. El 9 de abril de 1996 ingresa en urgencias del mismo hospital por presentar dolor intenso en zona lumbar, con irradiación a pierna izquierda. Tras una exploración física y la realización de pruebas radiográficas, en las que no se aprecian hallazgos significativos, se le diagnostica lumbociática y se la prescribe Inzitan y Myolastan. Al día siguiente acude al médico de atención primaria, quien, además de lo recetado en urgencias, prescribe Voltarén I/M y le extiende parte de baja temporal por lumbalgia. Ante el agravamiento de su estado y la extensión del dolor a la zona abdominal, acude el 13 de abril al servicio de urgencias del Hospital reseñado, donde, previa práctica de radiografía simple de abdomen con el objeto de confirmar sospechas de perforación de víscera hueca, es sometido a intervención quirúrgica tras el diagnóstico de úlcus pilórico perforado.

El reclamante ha permanecido en situación de incapacidad temporal desde el 9 de abril hasta el 11 de junio de 1996. Según indica, en el momento de presentar la reclamación, aunque se ha procedido a su alta médica, su estado general no es bueno, con pérdida de peso y molestias gástricas más frecuentes, que obligan al dicente a guardar reposo y llevar una dieta controlada. Concluye reclamando una indemnización de 5.000.000 ptas por el daño patrimonial debido a la incapacidad temporal, así como por los daños morales y las incidencias padecidas en su categoría profesional (es cobrador y en la actualidad no puede hacer el mismo número de cobros).

En definitiva, la causa de su reclamación, tal como recoge en su solicitud, es la deficiente prestación de la asistencia médica por cuanto ante el dolor lumbar irradiado a pierna izquierda que presentó el día 9 de abril, es tratado con Voltaren e Inzitan inyectados, medicaciones ambas que están especialmente contraindicadas en pacientes que han padecido perforación pilórica.

2. En el presente expediente, como así se aprecia por la Propuesta de Resolución, no ha quedado demostrada la existencia del nexo causal entre la administración de tales medicamentos y el resultado dañoso padecido, requisito sin el cual no puede apreciarse la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

A este respecto es necesario destacar, como se acredita en los informes médicos, que:

- Al contrario que el Inzitan, cuya prescripción consta en la hoja de la Historia Clínica correspondiente al día 9 de abril, el Voltarén no consta que fuera un medicamento prescrito al paciente por los servicios del Hospital ni por el médico de atención primaria, que se limitó a recetar los fármacos indicados por los servicios del Hospital.

- En cuanto al Inzitan, sólo existe constancia de que se hubiera inyectado una única vez al paciente por el servicio de atención primaria, *sin que el reclamante haya demostrado que a su aplicación se debiera la perforación padecida* y de donde derivaría la existencia del nexo causal entre el funcionamiento del servicio y el daño padecido. Debe tenerse en cuenta que, conforme se indica en el Informe de la Inspección médica, además del tratamiento con medicamentos como el señalado, existen otros factores de riesgo en pacientes ulcerosos, como son el propio dolor (úlceras de estrés), el factor estacional (primavera y otoño), el tabaco, el alcohol y los alimentos picantes (en estos dos últimos supuestos el paciente declara no ingerirlos). Por tanto, no es la administración de tales medicamentos la única causa posible de aparición de la patología sufrida por el reclamante, a quien corresponde probar los hechos alegados y su incidencia en el resultado producido, teniendo en cuenta sobre todo que según consta en el expediente sólo le fue aplicado un inyectable, sin que tratara por tanto de un tratamiento continuado y, por otra parte, al paciente se le recetó un protector gástrico por los efectos secundarios que presentan los medicamentos como el Inzitan.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución denegatoria de la pretensión indemnizatoria se considera ajustada a Derecho, al no resultar acreditada la existencia del nexo causal entre la actuación de los servicios sanitarios y el daño padecido.