



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 2 / 1 9 9 9

La Laguna, a 29 de junio de 1999.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *la Propuesta de orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por C.M.N., como consecuencia de los presuntos daños derivados de los servicios de asistencia sanitaria dependientes del Servicio Canario de Salud (EXP. 41/1999 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 (PR) de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. De la naturaleza del mismo 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

Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y de no extemporaneidad de la reclamación. En la tramitación del procedimiento no se han incurrido en defectos procedimentales que obsten a un Dictamen de fondo.

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

III

La reclamante, incluida en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social y con derecho, por tanto, a recibir asistencia sanitaria del Servicio Canario de Salud, SCS, padecía una insuficiencia venosa crónica en la extremidad inferior izquierda. Para remediar su patología los facultativos del SCS propusieron la intervención quirúrgica de la vena safena, para cuya realización fue derivada por el SCS al establecimiento sanitario privado "Clínica de S.R.", concertado con aquél. En dicha clínica se intervino a la paciente el nueve de julio de 1997.

El 31 de agosto de 1997, dentro del período del postoperatorio, la paciente refiere "molestias persistentes retromaleolares externas ante el mínimo roce". Por ello es examinada por los facultativos del servicio de cirugía vascular del Hospital Insular que, ante los síntomas referidos por la paciente, sopesan la posibilidad de que la intervención haya lesionado el nervio safeno externo o sural. Este nervio tiene su origen en el nervio ciático poplíteo interno y rama comunicante peronea del nervio ciático poplíteo externo y se distribuye por la piel sobre el dorso de la pierna y articulaciones del lado externo del talón y pie. Es un nervio sensitivo general y con funciones tróficas. Temiendo que se tratara de una lesión neurológica, la remiten al servicio de Neurología, cuyos facultativos a la exploración física detectan hipoalgesia en borde antero externo del pie izquierdo; fuerza normal, no afectación de fuerza en miembro inferior izquierdo, reflejos osteotendinosos simétricos, lo que les lleva a diagnosticar una neuropatía del nervio ciático poplíteo externo (CPE) en grado leve por afectación distal y sólo sensitiva; y a solicitar un electromiograma para valorar dicha neuropatía.

Esta prueba se realizó el 10 de noviembre de 1997 reflejando valores normales de la conducción sensitiva del nervio sural o safeno externo izquierdo y de la conducción motora del nervio ciático poplíteo externo (CPE) izquierdo, por lo que se concluye que no se objetiva lesión del nervio sural.

El 20 de marzo de 1998 la paciente es examinada de nuevo en el servicio de Neurocirugía del Hospital Insular, donde refiere síntomas distintos de los que se quejó el 31 de agosto de 1997, consistentes ahora en "dolor en gemelo izquierdo y tobillo que se irradia según la paciente hacia el muslo, lumbalgia". Los facultativos a la exploración no observan parámetros anormales. Se decide la práctica de una nueva electromiografía por sospecharse que el nervio ciático poplíteo externo izquierdo está afectado por una radiculopatía.

Esta prueba se realizó el 25 de mayo de 1998, con ella se examinaron los nervios CPE y peroneo superficial y permitió establecer que no existía denervación ni afectación neurógena del nervio CPE.

El 6 de agosto de 1998, debido a que presentaba lumbalgia crónica, es examinada por los especialistas del servicio de Rehabilitación del Hospital Insular que diagnostican osteocondrosis vertebral que afectaba a la última vértebra lumbar (L-5) y a la primera vértebra sacra (S-1). El 27 de ese mismo mes se le practica una resonancia nuclear magnética que confirma ese diagnóstico.

Como señala el informe de la inspección médica, si existiera una lesión neurológica, se revelaría por la ausencia de conductividad del nervio, lo cual sería acusado por una prueba médica objetiva como es la electromiografía. Esa supresión de conductividad conllevaría un deterioro de la función neurológica que se evidenciaría por alteraciones de la sensibilidad, del tono, la masa y la fuerza muscular; y por perturbaciones tróficas (de la nutrición de los tejidos) que se manifestarían por sudor, color y temperatura de la piel, aparición de úlceras y lesiones en las uñas, etc.

En definitiva, de los resultados de pruebas e informes médicos obrantes en el expediente resulta incontestable:

Que la intervención quirúrgica de la vena safena de la extremidad inferior izquierda se practicó correctamente sin que se lesionara el nervio safeno y sin causar ningún otro perjuicio a la reclamante.

Que la reclamante no adolece de ninguna lesión neurológica en dicha extremidad; que las molestias que presenta en ella están causadas por la osteocondrosis que padece en las vértebras L-5 Y S-1 y que le causa también lumbalgia; que la osteocondrosis es una patología endógena de la paciente que no ha sido causada por la asistencia sanitaria que se le ha dispensado.

IV

En su escrito de reclamación de 11 de junio de 1998 por el que se inició este procedimiento, la interesada alega como daño una lesión neurológica en la pierna izquierda que imputa a la intervención quirúrgica que se le practicó.

Durante la tramitación del procedimiento las exploraciones y pruebas médicas que se le realizaron revelaron la existencia de una osteocondrosis en las vértebras L-1 y S-5. Pero en ningún momento a lo largo del procedimiento la reclamante ha imputado su origen a la asistencia sanitaria recibida ni por ende ha pretendido que se le indemnice por ella.

El único daño que alega es, pues, la lesión neurológica en la pierna izquierda. Esa alegación delimita y ciñe el fundamento fáctico de su pretensión y la Administración debe resolver en congruencia con ella.

Examinando todos los informes médicos de las distintas exploraciones y el resultado de los electromiogramas realizados a la paciente, así como la Resonancia Nuclear Magnética practicada, el informe emitido por el Servicio de Inspección el 21 de noviembre de 1998 es preciso y contundente: No se muestra la afectación neurológica referida por la reclamante, concluyendo que la "ausencia de datos clínicos objetivos sugestivos de alteración orgánica, sin existir afectación motora (...), ni alteraciones tróficas (...), no permiten atribuir las presentes secuelas a la intervención quirúrgica practicada el 9 de julio de 1997".

El primer requisito para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos es la existencia de un daño (art. 139.1 y 2 LPAC). Demostrado que el daño que se alega no se ha producido, la pretensión resarcitoria carece de todo fundamento, por lo que debe ser desestimada directamente por esta única y decisiva razón sin necesidad de más consideraciones.

La propuesta de resolución en su Fundamento tercero afirma que no se dan todos los requisitos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración porque "la reclamante no ha sido capaz de establecer un nexo causal, la relación de causa efecto, entre la actuación del Servicio Público de Sanidad y el daño que sostiene padecer", y un poco más adelante afirma: "De las pruebas diagnósticas efectuadas no se acredita la existencia de lesión alguna". La propuesta de resolución confunde así daño y nexo causal, cuando son dos elementos que se deben mantener separados en el iter metodológico para determinar la existencia o inexistencia de responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos.

El primer paso es comprobar la realidad del daño causado. Sin él es imposible dar el segundo que es la determinación de la relación de causalidad y que consiste en averiguar si la producción del daño existente es el efecto de una acción u omisión

administrativa calificable de condición determinante y adecuada de aquél. Pero si no hay efecto, es imposible determinar su causa. La afirmación de que no existe la lesión alegada es incompatible lógicamente con la de que no se ha establecido que la haya producido la asistencia sanitaria.

El motivo por el que se debe desestimar la pretensión es porque no existe el daño; no porque no se ha establecido que lo haya causado la asistencia sanitaria.

Este Fundamento de la Propuesta de Resolución, inmediatamente después de negar la existencia de la lesión, añade que, aun manteniendo que dicha lesión existiera, no habría sido causada por el SCS sino por el establecimiento sanitario privado concertado, lo que rompe el nexo causal entre la actuación del SCS y la lesión por la que se reclama. A continuación en el Fundamento Cuarto, basándose en el art. 98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP, hace recaer la obligación de indemnizar "si se demostrase la existencia propia de la lesión" en el centro concertado. En coherencia, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión resarcitoria en lo que se refiere a la asistencia prestada por el SCS y la inadmite en lo que se refiere a la intervención quirúrgica realizada en la clínica privada.

Este planteamiento no se puede compartir por las siguientes razones:

1ª. Como se ha señalado en nuestro anterior Fundamento III, está demostrada la inexistencia de la lesión alegada. Esto sólo basta para que se desestime la pretensión e impide que se entre a considerar si se halla en relación de causa a efecto con el funcionamiento del servicio público de salud, si ese nexo causal se ha roto, si debe responder por la lesión otro sujeto, etc.

2ª. La declaración de inadmisión de la pretensión en lo que se refiere a la intervención quirúrgica se basa en una hipótesis: "Si se demostrare la existencia de lesión, entonces procede la inadmisión".

El proceso de aplicación del Derecho comienza por el establecimiento de los hechos, continua por su subsunción en el supuesto de hecho definido en abstracto por la norma, y termina con la declaración de que a la situación concreta contemplada le corresponden las consecuencias jurídicas previstas por la norma. Pero nunca se pueden declarar éstas, como hace la propuesta de

resolución, a partir de considerar hipotéticamente posible el hecho al cual el ordenamiento liga aquéllas.

3ª. El art. 98.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP, no establece sobre el particular una carga, sino que le confiere una facultad: La de requerir a la Administración para que se pronuncie sobre si la responsabilidad recae sobre ella o sobre su contratista. El particular puede entender desde el principio que la responsabilidad recae exclusivamente sobre la Administración o que la comparte con su contratista y, en consecuencia, reclamar con tal fundamentación en vía administrativa. El reclamante tiene derecho al procedimiento, que se inicia por la presentación de su escrito de reclamación. La Administración no puede negarse a tramitarlo; tampoco puede calificarlo como el escrito de requerimiento del art. 98.3 LCAP. Puede suceder que al final del procedimiento se dicte una resolución que declare la inexistencia de responsabilidad de la Administración, porque el daño no fue causado directamente por su actividad o pasividad, ni fue consecuencia inmediata de una orden suya al contratista. En este caso el reclamante puede optar entre estas dos alternativas:

a) Impugnar ante el orden contencioso administrativo esa resolución por continuar entendiendo que la responsabilidad recae sobre la Administración exclusivamente o en concurrencia con el contratista.

b) Dirigirse por la vía civil contra el contratista, por compartir el criterio de la resolución de que la responsabilidad recae exclusivamente sobre éste.

Esta es la solución que impone la relación existente entre el art. 98 LCAP y el último párrafo del art. 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, LOPJ, en la redacción que le dio el primer apartado del artículo único de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, y según el cual el orden contencioso-administrativo conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, incluso en el supuesto de que a la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados, en cuyo caso el demandante deducirá frente a ellos su pretensión ante ese orden jurisdiccional.

4ª. En todo caso, la Disposición Adicional XIIª de la Ley 4/1999, de 13 de enero de 1999, de modificación de la LPAC dispone:

"La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso".

Esta disposición establece por un lado una regla procedimental: Las reclamaciones por responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del servicio público de salud se tramitarán por el procedimiento administrativo de reclamación de dicha responsabilidad, aun en el caso de que ese servicio público haya sido prestado por medio de un establecimiento sanitario privado concertado. Esta regla excluye así la aplicación del art. 98 LCAP en el ámbito del servicio público de salud: el procedimiento para establecer la responsabilidad del centro concertado será siempre el establecido para la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Como tal regla procedimental, conforme al tenor de la Disposición Transitoria IIª de la Ley 4/1999, no es de aplicación a los procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor; aunque en la práctica, ante la ausencia de regulación específica, ese procedimiento general se aplicaba supletoriamente a las reclamaciones de esta naturaleza.

Por otro lado, la D.A. XIIª es una regla de atribución de competencia jurisdiccional. Como tal regla de atribución de competencia es aplicable a todas las resoluciones que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/1999, recaigan en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria pública en los que se impute la causación del daño al servicio público de salud y al centro sanitario privado concertado.

Por consiguiente, después de que está vigente la Ley 4/1999, ninguna resolución a dictar en este tipo de procedimientos en los que se exija, como en el presente caso, la responsabilidad de uno y otro, puede enviar al reclamante a que se dirija por la vía civil contra un centro concertado.

CONCLUSIONES

1. Es conforme a Derecho que se desestime la pretensión resarcitoria porque no existe el daño por el que se reclama.

2. La inadmisión que propugna la Propuesta de Resolución no es asumible por las razones que se exponen en el Fundamento IV de este Dictamen.