



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 / 2 0 0 0

La Laguna, a 5 de abril de 2000.

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 L.D.S., como consecuencia de las presuntas lesiones derivadas de los servicios de asistencia sanitaria que le fue prestada a su hija B.D.G. por el Servicio Canario de Salud (EXP. 55/2000 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

La Presidencia del Gobierno interesa de este Consejo preceptivo Dictamen -al amparo de lo dispuesto en el art. 10.6 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCC), en relación con el art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y según lo previsto en el art. 1.2 del Reglamento de los Procedimientos de la Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP)- respecto de la Propuesta de Resolución (PR) que culmina el procedimiento de reclamación de Responsabilidad Patrimonial a que se hace referencia en el encabezamiento de este Dictamen.

II

Para poder hacer un adecuado análisis del procedimiento sobre responsabilidad patrimonial sometido a Dictamen, es necesario destacar los antecedentes que han llevado a la reclamante a incoarlo y son los siguientes:

A) B.D.G., aquejada de fuertes dolores en la espalda y afectada por el nacimiento de una joroba o giba en la misma, accedió con sus padres el 28 de

* PONENTE: Sr. Cabrera Ramírez.

noviembre de 1995 al Hospital Universitario de Canarias (HUC) a la consulta del Servicio de Traumatología, y en este Servicio se le incluye en lista de espera o servicio COT B, con el nº de asegurado 38/164.759 correspondiente a su padre L.D.S. y, según las manifestaciones de éste, el facultativo estimó que procedía la intervención quirúrgica con el diagnóstico previo de 737.3 de CISFOSCOLIOSIS y ESCOLIOSIS.

B) La madre de la mencionada menor, M.G., comparece el 25 de febrero de 1997 y formula la reclamación en impreso normalizado del Servicio Canario de Salud (SCS) con base en que estando su hija en lista de espera para ser operada de la columna desde la fecha de 28 de noviembre de 1995, ha ido al HUC y allí le han dicho que debe esperar un año más, a la vista de lo cual solicita que adelanten la fecha de la espera o la remitan a otro centro concertado.

C) Acude a la consulta en el HUC del Dr. P.C.G., Cirujano Ortopédico y de columna vertebral, cuya relación profesional con el HUC no consta para nada en el procedimiento, quien les hace un informe de la necesidad urgente de la intervención quirúrgica, aunque no exista "stricto sensu" urgencia vital por las razones que le da en su informe clínico. El mismo Dr. C., al parecer adscrito a dicho Hospital, prioriza la intervención con el turno de "urgencia".

D) Ante esta situación y sin recibir contestación a la reclamación formulada por la madre ante el SCS, se decidió por el padre ingresarla en la Clínica privada C. en Santa Cruz de Tenerife, el 31 de marzo de 1997, donde fue operada por el Dr. P.C.G., generándosele unos gastos de estancia en dicha Clínica y de intervención quirúrgica, más los honorarios de los distintos médicos que intervinieron, de 2.410.014 pesetas.

E) Formuló entonces el padre al SCS la solicitud de reintegro de dichos gastos por la operación quirúrgica con fecha 20 de mayo de 1997, que le fue denegada por el SCS. Formalizó en consecuencia la reclamación previa a la vía judicial laboral con fecha 18 de septiembre de 1997, que asimismo le fue desestimada por el Director General del SCS. Y, ante esta situación, acudió el padre a la vía judicial laboral, formalizando su demanda de reintegro de gastos médicos contra el SCS, suplicando que se estime la urgencia vital y se condene a la demandada al pago de los gastos médicos ocasionados. Son los autos nº 1.028/97, del Juzgado de lo Social nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, en los que recae Sentencia de fecha 10 de febrero de 1999, que desestima la demanda y absuelve al SCS de los pedimentos de la demanda. Esta sentencia no consta que

haya sido recurrida mediante el recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con el que fue advertido la parte demandante.

F) Como quiera que en esa misma Sentencia, en el Fundamento QUINTO, el Juzgado de lo Social nº 1 razona "que acaso pueda tener éxito en vía contencioso-administrativa, reclamando a la Administración indemnización por el funcionamiento anormal del Servicio Público Sanitario (art. 6.4, 6.5 y 7 de Ley 14/86), por el cauce de los arts. 139 y 44 de la Ley 30/92 o en la más amplia vía civil ordinaria", el repetido padre de la reclamante interpuso la reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Consejería de Sanidad y Consumo por el funcionamiento anormal del Servicio público Sanitario que presta a través del Servicio Canario de Salud, en la que suplica "se resuelva reconocer la existencia de la responsabilidad y ordene se le abone la cantidad de dos millones cuatrocientas diez mil catorce (2.410.014) pesetas como indemnización por la lesión patrimonial sufrida".

III

Conviene aclarar que, del examen de estos antecedentes, se deduce que la reclamación de reintegro de gastos por la operación quirúrgica -resuelta definitivamente por la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 desestimando dicha reclamación- no debe ser confundida ni identificada con el procedimiento de responsabilidad patrimonial cuya PR está sometida a Dictamen de este Consejo. Aún cuando efectivamente los hechos que soportan a una y otro sean los mismos, las causas de pedir y las pretensiones ejercitadas son distintas, aunque el mismo reclamante y promovente del procedimiento que ahora nos ocupa solicite la misma cantidad de 2.410.014 pesetas, en aquélla como reintegro de los gastos ocasionados por la operación quirúrgica realizada fuera de un centro de la Administración Sanitaria y en ésta como indemnización por la responsabilidad patrimonial consecuencia del retraso injustificado en la lista de espera.

En efecto, comparando la reclamación administrativa y demanda formulada en vía jurisdiccional para obtener el reintegro de gastos ocasionados por la operación quirúrgica con el escrito instando el procedimiento de responsabilidad patrimonial, se advierte que aquéllas se motivaban en la existencia de "urgencia vital" en la práctica de la intervención quirúrgica que justificó se realizara en un centro privado

y no en un establecimiento sanitario del Servicio Canario de Salud y se reclamara el reintegro de los gastos ocasionados por tal motivo; en cambio, en el procedimiento actual se fundamenta en la anormal espera en la lista correspondiente para ser intervenida quirúrgicamente, esto es, como dice el reclamante, "Es el tardío funcionamiento -en realidad, no funcionamiento- del servicio público sanitario el que me fuerza, a la vista de las circunstancias e informes médicos, a acudir a la medicina privada (...)".

Por otra parte, la pretensión que se ejercita en la reclamación administrativa y demanda en vía judicial laboral es el reintegro de gastos médicos consecuencia de la operación realizada en clínica privada; y, en cambio, en el presente procedimiento es el reconocimiento de la existencia de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal del servicio público de salud y en consecuencia una indemnización por la lesión patrimonial sufrida. Lo que quizá lleva más a la confusión es que la reclamante valora esta indemnización en la misma cantidad reclamada para el reintegro de los gastos médicos, lo cual no tiene por qué ser así necesariamente.

De ahí que la cuestión sustancial de este procedimiento de responsabilidad ha de ser todo lo relativo a las listas de espera: su organización, circunstancias o criterios que rigen en esas listas, si pueden o no ser modificadas por razones de urgencia, cuál sería el retraso anormal según las circunstancias del enfermo, etc. De esto parece haberse dado cuenta la PR examinada en su fundamento TERCERO, no obstante, en el párrafo último del mismo parece querer confundir las dos cuestiones: reclamación de reintegro de gastos médicos y procedimiento de responsabilidad, al sentar que "se pretende un reintegro de gastos médicos que siendo desestimado en la vía procedente, se le ha dado forma de reclamación patrimonial para, partiendo de pretensiones idénticas, evitar el pronunciamiento de cosa juzgada". Pero no es este el caso, a cuyo error contribuye la reclamación al valorar la indemnización reclamada como responsabilidad patrimonial con la misma cuantía que solicitó en el reintegro de gastos médicos, puesto que, como ya se razonó anteriormente, no cabe confundir ni identificar una y otra pretensión. Todo esto ha influido en la instrucción del procedimiento seguido, como a continuación se argumentará.

IV

Llegado es, pues, el momento de entrar a examinar la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial que ha culminado con la PR que ha

sido sometida a examen de este Consejo, con el fin de determinar si la instrucción desarrollada en el mismo permite entrar a resolver sobre el fondo de la pretensión objeto de su escrito de interposición de aquél o, por el contrario, las deficiencias o irregularidades encontradas en la instrucción no permiten entrar en el examen en cuanto al fondo de la adecuación al ordenamiento jurídico de la PR.

1. No existe deficiencia alguna en cuanto a la legitimación y al plazo para la interposición del procedimiento. En efecto, el procedimiento fue iniciado por el padre de la paciente que, presuntamente sufrió los daños; sin embargo, advertido por el Instructor del procedimiento que la paciente había adquirido la mayoría de edad, se le requirió para que subsanara tal defecto, pues era la hija como tal paciente la que debía formular la reclamación y por tanto debía otorgarle su representación, lo que se hizo mediante apoderamiento apud acta.

En cuanto al plazo, el procedimiento ha sido iniciado dentro del preceptivo plazo de un año que para la interposición de esta clase de reclamaciones dispone el art. 4º.2, 2º párrafo RPAPRP. En este punto ha de consignarse que, cuando de daños físicos y síquicos se trata, como es el caso, el inicio del cómputo coincide con el momento de la curación o la determinación del alcance de las secuelas, conforme al precepto antes citado. Debe significarse, sin embargo, que el mencionado plazo es de prescripción y no de caducidad, por lo que cabe su interrupción por cualquiera de las formas y modos admisibles en Derecho; particularmente, como ha ocurrido en este caso, por el planteamiento administrativo y subsiguiente sustanciación judicial en el orden social de la pretensión de reintegro de los gastos médicos, de forma que fue con la notificación de la Sentencia recaída en el mencionado proceso, 23 de febrero de 1999, cuando comenzó el cómputo inicial del plazo para reclamar en vía administrativa la responsabilidad patrimonial. Esta reclamación tuvo entrada en el Registro General de la Consejería de Sanidad y Consumo el 30 de marzo de 1999, es decir, en plazo.

2. En cambio, a lo largo de la tramitación del procedimiento se advierten una serie de irregularidades o deficiencias, que es preciso destacar, así:

A) En el escrito inicial de la reclamación, si bien se aporta una serie de documentos por el reclamante mediante Otrosí, sin embargo, no se formula proposición de pruebas, con lo cual se infringe el art. 6º.1, párrafo segundo, RPAPRP, el cual exige, además de aportar el reclamante "los documentos e informaciones que

estime oportunos, la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante". No es cierto lo que se dice en el Considerando Tercero de la Resolución de 15 de junio de 1999 del Secretario General del SCS que admite a trámite la reclamación, en cuanto a que "el escrito de reclamación inicial al que se solicitó mejora voluntaria al objeto de que se propusieran los medios de prueba de que pretende valerse reúne los requisitos esenciales establecidos en el artículo 6 del Reglamento antes citado", pues para lo único que se requiere al reclamante en el oficio fechado el 4 de mayo de 1999, que se le dirige por dicho Secretario General al reclamante, es para que remita la documentación acreditativa de que actúa en representación de su hija, lo cual quedó subsanado en comparecencia apud acta, pero en absoluto se le requirió para subsanar la falta de proposición de prueba, con manifiesta infracción del art. 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero (LPAC).

Por ello, la PR no responde tampoco a lo que resulta del procedimiento, puesto que en su Antecedente de Hecho Segundo se afirma que una vez subsanada la solicitud inicial acreditando la representación con la que actúa el solicitante, se admitió a trámite en fecha 15 de junio, con lo que resulta que la única subsanación fue la representación, pero no la falta de proposición de prueba de la solicitud inicial. Pudo haberse subsanado esta infracción del mencionado Reglamento, si la Administración hubiera requerido a la reclamante, en base de aquella falta, para que propusiera, si lo consideraba oportuno, proposición de pruebas, además de los documentos aportados, y abrir el período probatorio, que sólo se acordó abrir para tales documentos, según resulta de la PR en su Antecedente de Hecho Séptimo.

B) No son suficientes los datos que aportan los documentos e informes obrantes en el expediente en razón a evidenciar el supuesto fáctico de la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del procedimiento, esto es, el injustificado retraso en la espera para ser intervenida quirúrgicamente la paciente, como se razonó en el Fundamento anterior. En efecto, en cuanto a los documentos aportados por la reclamante o los traídos al procedimiento por la Administración Sanitaria existen discrepancias o errores que no han sido suficientemente esclarecidos. Así, se aporta con la reclamación un documento bajo número 2 del Instituto Nacional de la Salud, en el que se lee Historia Clínica: 95/9238, lista de espera: COT B y Solicitud: 28-XI-95, Consultas sucesivas: COT B; y otro documento bajo número 3, también del Hospital Universitario de Canarias, consistente en una Certificación de F.H.A., Jefe del Servicio de Admisiones y Registros Médicos del Hospital Universitario de Canarias,

con fecha 25 de febrero de 1997, en el que hace constar que según los antecedentes obrantes en el Servicio de Admisión del Hospital Universitario de Canarias, B.D.G., está pendiente de ingreso en el Servicio: Trauma "B" con un diagnóstico previo de 737.3 - CISOFCOLIOSIS y ESCOLIOSIS. Y se aporta por la Administración Sanitaria un documento fechado el 5 de diciembre de 1997, firmado por el Coordinador Servicio de Admisiones y Documentación Clínica del Hospital Universitario de Canarias, que se remite por el Gerente de dicho Hospital, Dr. J.V.H., al Juzgado de lo Social número Uno de Santa Cruz de Tenerife, en el que, en relación a B.D.G., comunica lo siguientes: "Fue incluida en lista de espera de COT "B" el 28/11/97 - Diagnóstico: CISOFCOLIOSIS y ESCOLIOSIS, - con fecha 06/02/97, el Dr. C. la prioriza con el turno de "Urgente". Pues bien, en este último documento claramente se advierte un error y contradicción, consistente en que la inclusión en la lista de espera de COT "B" debió ser el 28/11/95, no 97, pues el Dr. C. la prioriza el 06/02/97.

Es evidente que esta aclaración es sustancial para poder saber con rotundidad cuándo fue incluida dicha paciente en la lista de espera. El informe del Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia, con fecha 9 de agosto de 1999, en su párrafo 5, en base del informe del Inspector Médico, S.A., "señala que la enferma no ha acreditado que estuviera en lista de espera desde el 28 de noviembre de 1995, ya que esa es la fecha de la primera consulta en el Hospital Universitario de Canarias, y no de la inclusión en la lista de espera quirúrgica". Sin embargo, en la PR, Fundamento de Derecho Tercero, parece que para el órgano instructor "en un análisis de las actuaciones practicadas a lo largo del procedimiento, en especial el informe de la Inspección Médica (-que no figura hasta la fecha de la PR en el procedimiento-), y de las alegaciones del HECIT, constata la existencia de la siguiente secuencia de hechos en orden a la acreditación de la actuación sanitaria prestada a B.D.G.", según la cual el 28 de noviembre de 1995 se le incluye en lista de espera ordinaria para intervención y el 6 de febrero de 1997 es incluida por el Dr. C. en lista de espera en turno urgente. Por el contrario, el informe del Inspector Médico, S.A.P., que fue remitido a este Consejo con fecha 21 de marzo de 2000, afirma en el apartado 4) Análisis de los Hechos, que "la enferma no ha acreditado que estuviera en la lista de espera quirúrgica, sin haber aportado tampoco ningún informe médico del Hospital Universitario sobre la patología de su hija y sobre la necesidad de la intervención".

Esta última información del Inspector Médico conduce a la necesidad de otra aclaración que no resulta del procedimiento y es si el Dr. P.C.G. es o no Médico del

Hospital Universitario de Canarias y cual es la naturaleza de su actuación respecto de la enferma, sobre lo cual el procedimiento guarda un exquisito silencio, pues su informe clínico sobre B.D.G., aportado por la reclamante como documento número 4, no es considerado por el informe de la Inspección Médica del SCS como informe del HUC, y, sin embargo, según resulta de otros documentos antes analizados, que el Dr. C. puede priorizar el turno de la lista de espera del mismo Hospital. Esto luego se traduce en la PR a dictaminar, en su Fundamento de Derecho Tercero, en que el tratamiento fue llevado privadamente por el Dr. C. desde su inicio. Y, si esto es así, cómo puede el Dr. C. priorizar el turno de la lista de espera en turno de urgencia. Esto merece también una aclaración, que debe constar en el procedimiento tramitado y que la Administración sanitaria ha debido instar del Hospital Universitario de Canarias.

Finalmente, consta en el expediente el testimonio de los autos nº 1028/97 seguidos en el Juzgado de lo Social nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, en cuya Sentencia de fecha 10 de febrero de 1999, el Juzgado, si bien falla desestimando la demanda interpuesta por no existir la causa de "urgencia vital" a la que anuda el ordenamiento legal la justificación del reintegro de los gastos médicos ocasionados por una asistencia médica en centro privado no concertado, sin embargo, del relato de los hechos probados saca la consecuencia de que "es un ejemplo de pésimo Servicio sanitario, pues incomprensible la demora de 16 meses en la realización de una operación de una dolencia que avanzada y máxime en una joven de 19 años a la que la curva de la espalda y la joroba causa un obvio trastorno psicológico acaso más grave que el físico", y "ante esa notoria desidia, es evidente que el actor no le quedaba otra opción que abandonar los servicios de la Sanidad Pública y acudir a la privada y hasta de paciente y resignada cabe calificar esta actitud". Por ello, aunque la Sentencia mencionada no deba tener ninguna repercusión a la hora de resolver el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial instado, si ha debido el Instructor de este procedimiento cuidar más la acreditación de la inexistencia de una demora presuntamente injustificada.

Esa deficiencia se aprecia más en los informes obrantes en el expediente, pues, a la vista de las contradicciones o errores observados en los documentos existentes, ha debido solicitarse del Hospital Universitario de Canarias una información más completa acerca de los turnos en la lista de espera para las intervenciones quirúrgicas, tales como, con carácter general, normas o protocolo que reglamenten la lista de espera, cuál es la duración media de la lista de espera ordinaria y que

repercusión tiene cuando se incluya un enfermo en turno urgente en el adelantamiento de la espera y, con carácter específico aplicable al caso objeto del procedimiento, acreditar con rotundidad cuál fue la fecha de inclusión en la lista de espera de la enferma en cuestión, si realmente la enferma exigía su inclusión en el turno de urgencia y que adelanto hubiera obtenido atendiendo a las peculiaridades de la enfermedad. Esta información ha debido solicitarse por ser de orden organizativo al Servicio de Admisiones y Registros Médicos del Hospital Universitario de Canarias o al Jefe del Servicio competente en la gestión de la lista de espera de dicho Hospital, si fuera otro distinto de aquél (art. 82 LPAC).

Son estos los datos sustanciales que deben resultar de la instrucción del procedimiento en cuestión. En cuanto a los informes de carácter médico, aquéllos relativos a sí una situación, como en la que se encontraba la enferma aquejada de CIFOSCOLIOSIS y ESCOLIOSIS, deben ser atendidos en un lapso de tiempo inferior al turno de espera ordinario o debe ser atendida en un plazo más corto atendiendo a sus sufrimientos físicos o psíquicos. Y estos datos, que pueden y deben ser acreditados por el SCS o por el Hospital Universitario de Canarias que atiende también a los enfermos del mismo, deben ser aportados e informados por el SCS, esto es, por la Administración presunta responsable, en base a ser objetiva la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en su funcionamiento normal o anormal (cfr. art. 78 LPAC), y no por los particulares reclamantes, a quienes corresponde probar aquellos datos que documentados e informados por la Administración Pública con los que no estén de acuerdo.

C) Por último, otra deficiencia reiteradamente advertida por este Consejo (cfr. Dictamen 1/2000) es que no es conforme a Derecho que el Informe del Servicio Jurídico y el Dictamen del Consejo Consultivo se recaben y reciban por el mismo órgano, el decisor. El primero debe recabarse por el órgano instructor con carácter previo en tutela del interés de la actuación administrativa inmersa en la propuesta de resolución y el segundo, si bien se recaba por el órgano instructor, debe servir al órgano decisor en garantía de todos los sujetos intervinientes, así como del interés general. En suma, el Dictamen de este Consejo -último parecer jurídico integrable en el procedimiento- debe recaer sobre la Propuesta de Resolución definitiva, mientras que el informe del Servicio Jurídico debe servir al instructor para redactar aquella Propuesta de Resolución.

Por no haberse hecho así en el procedimiento ahora dictaminado, ha ocurrido que en el Informe del Servicio Jurídico, de fecha 4 de febrero de 2000, formulado con posterioridad a la Propuesta de Resolución con fecha 17 de enero de 2000, considera conveniente incorporar al procedimiento los documentos que se señalan: el informe del Inspector Médico S.A.; la contestación a la reclamación de 25 de febrero de 1997, presentada por la esposa del solicitante, requiriendo la aportación de informes con el diagnóstico e intervención indicada y escrito de fecha 3 de junio, presentando la documentación solicitada. Pues bien, esta documentación se solicita, pero no se une al procedimiento, sino que se remite el 21 de marzo de 2000 a este Consejo, con entrada en el mismo el siguiente día 24 del mismo mes, sin que unidos esos documentos al procedimiento se haya dado en el mismo nueva audiencia a los interesados, la reclamante y el Consejo de Administración del HUC personado en el procedimiento y, como consecuencia de estas actuaciones en el procedimiento, formular la definitiva Propuesta de Resolución.

Todas estas deficiencias o irregularidades apreciadas en la tramitación del procedimiento impiden entrar en el fondo de la cuestión objeto del mismo, puesto que se carece de datos suficientes para ello; en consecuencia, la Propuesta de Resolución que finaliza dicho procedimiento no resulta ajustada a Derecho y deberá retrotraerse el procedimiento para subsanar tales deficiencias o corregir las irregularidades que han quedado advertidas.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es ajustada a Derecho, procediendo retrotraer el procedimiento a los fines señalados en el Fundamento IV.