



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 1 9 / 2 0 0 2

La Laguna, a 22 de febrero de 2002.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Director del Servicio Canario de la Salud en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por P.R.S., por daños personales como consecuencia del funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria (EXP. 200/2001 IDS)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Se emite el presente Dictamen sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución (PR) de referencia, producida por la Secretaría General del Servicio Canario de Salud (SCS) integrado en la Administración de la Comunidad Autónoma (CAC), por la que se propone desestimar la reclamación de indemnización por daños que se alega se han producido por el funcionamiento del servicio público sanitario que formula P.R.S., en ejercicio del derecho indemnizatorio contemplado en el Ordenamiento Jurídico a partir del art. 106.2 de la Constitución (CE), exigiendo la correspondiente responsabilidad patrimonial del titular del servicio por el que estima deficiente tratamiento médico recibido.

Al presentarse la reclamación en julio de 1998, resulta aplicable al caso la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) en la versión aprobada por la Ley 30/92, (arts. 139 y siguientes), pues se inicia el procedimiento antes de entrar en vigor la citada Ley 4/99 que la modificó, sin perjuicio de la aplicación del sistema de recursos establecido en ésta por previsión de su disposición transitoria segunda. Asimismo, lo

---

\* PONENTE: Sr. Yanes Herreros.

es el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP).

Por demás, tratándose del funcionamiento del servicio público sanitario y su actuación en el ámbito autonómico, igualmente habrán de tenerse en cuenta las normas que incidan sobre ello, particularmente las aprobadas por las Leyes estatales 14/86, General de Sanidad (LGS) y, en su caso, 26/84, General para la defensa de consumidores y usuarios (LGDCU), o la Ley autonómica 11/94, de ordenación sanitaria de Canarias (LOSC), y las contenidas en el Reglamento del SCS, así como la jurisprudencia o doctrina producida al respecto.

2. Tras ser operada la reclamante el 2 de febrero de 1998 de cataratas por un especialista en el Hospital de La Gomera, operación de alto riesgo y con posibilidad de infección en el postoperatorio por sus antecedentes, especialmente al ser diabética, al día siguiente se le examina en planta y se le da el alta por ser su estado favorable, pautándosele cierto tratamiento y previendo revisión para el día 10 del mismo mes.

La afectada alega que, dadas las circunstancias, no debió haber sido este el tratamiento procedente. Además, señala que, teniendo fuertes dolores en el ojo operado, consultó a su médico de cabecera, quien le remitió al servicio de urgencias del Hospital donde fue operada, acudiendo el día 6 de febrero al mismo y recibiendo una asistencia que estima inadecuada e insuficiente, al no ser atendida por un especialista y con los medios adecuados, máxime teniéndose en cuenta su historia clínica y reciente operación. Por eso, el diagnóstico fué de simple dolor quirúrgico, recetándosele meros calmantes y enviándosele a su domicilio con la indicación de que consultara de nuevo con su médico de cabecera si persistía el dolor.

A los tres días, continuando y aun aumentando el dolor en su ojo derecho, con las molestias y perjuicios consiguientes, la afectada acudió a consulta del especialista en oftalmología del Hospital, indicando en su reclamación que fue quien la operó. Este facultativo, sin constar en el expediente su diagnóstico ni las circunstancias de la revisión o aun ésta misma, aunque el Hospital admita su existencia y la subsiguiente actuación, decidió la remisión de la paciente al Hospital de La Candelaria para tratamiento del ojo, debiéndose considerar que aquél no podía ser efectuado en el Hospital de La Gomera, aunque desconociéndose las condiciones de tal remisión.

La paciente se traslada el día 12 de febrero a Tenerife, siendo revisada por el Servicio de Oftalmología del Hospital de La Candelaria, que diagnostica endoftalmitis postquirúrgica precoz y estima la necesidad de intervenir quirúrgicamente el ojo infectado. La intervención, una vitrectomía con extracción, se realizó cuatro días más tarde, obteniéndose resultados insuficientes hasta el punto que la paciente está pendiente de enucleación del ojo derecho.

En definitiva, considera la reclamante que estos hechos nunca hubieran ocurrido de haber sido atendida y tratada precedentemente y no de forma negligente por los servicios actuantes del Hospital de La Gomera, de manera que el tratamiento adecuado, por preventivo primero y apropiado después por sus antecedentes mediatos e inmediatos, hubiera podido evitar o paliar los daños irreversibles y completos sufridos en el ojo operado.

Por tanto, solicita ser indemnizada por esos daños que son consecuencia del funcionamiento inadecuado del servicio público sanitario, añadiéndoles el consiguiente sufrimiento moral por los dolores sufridos, en cuantía de cinco millones de pesetas. Para fundar su solicitud propone diversos medios probatorios, tanto documental incluyendo historia clínica, como testifical, llamando al efecto a los facultativos del Hospital de La Gomera que la atendieron, y pericial.

Por contra, basándose en diversos Informes disponibles, procedentes del servicio de Inspección del propio (SCS) y del Hospital antes mencionado o del Hospital de La Candelaria, así como del Servicio de Oftalmología del Hospital Materno-Infantil de Las Palmas, o en declaraciones de los facultativos intervinientes y con fundamento en cierta jurisprudencia que cita, la PR rechaza la reclamación al considerar que no existe el necesario nexo de causalidad entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio.

Así, mantiene que no hay lesión indemnizable al considerar demostrado no sólo que se atendió debidamente a la reclamante, sino que la infección de la que se trata no tiene su origen en la operación efectuada o en el tratamiento posterior ni actividades hospitalarias hechas en relación con aquella, siendo tal infección, de pronóstico complicado aun detectada pronto, tratada adecuadamente por demás.

## II

Desde la perspectiva de la corrección del procedimiento de adopción de la PR se efectúan las consideraciones siguientes.

1. Es procedente la tramitación de la reclamación formulada, pues se cumplen los requisitos legales al efecto, tanto el temporal de un año tras producirse el hecho lesivo o determinarse las secuelas de éste, como los atinentes a que el daño por el que se reclama ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado personalmente (cfr. arts. 139.2. y 142.5, LRJAP-PAC).

Asimismo, se cumplen las reglas legal y reglamentariamente establecidas sobre la legitimación en este supuesto, tanto activa como pasiva (cfr. arts. 142.1, 31.1 y 139, LRJAP-PAC o arts. 22.3 y 32.10 del Estatuto de Autonomía, EAC, y 1, 2, 3, 23, 42, 50 y 51, LOSC).

Sin embargo, ha de insistirse en que un procedimiento administrativo no se inicia, incluido éste de responsabilidad, por un Acto expreso de la Administración admitiendo a trámite la reclamación, sin perjuicio de la eventual aplicación del art. 71, LRJAP-PAC con sus posibles consecuencias (cfr. art. 42.1, LRJAP-PAC), sino con la solicitud del interesado (cfr. arts. 68 y 142.1, LRJAP-PAC).

Por eso, el plazo de resolución del procedimiento comienza a contar desde ese momento y tal plazo, que es de seis meses según los arts. 142.3, LRJAP-PAC y 13.3, RPRP, está aquí evidentemente vencido, habiéndose producido una considerable demora en la tramitación no imputable a la interesada.

Ahora bien, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas o de otra índole y las consecuencias patrimoniales que este proceder pueda comportar, la Administración está obligada a resolver expresamente sobre la reclamación presentada, aunque la falta de resolución expresa tenga como efecto en este supuesto la desestimación de la reclamación y así puede considerarlo la reclamante (cfr. arts. 43.2 y 142.7, LRJAP-PAC y 13.3, RPRP).

2. Es improcedente el apartado 2 del Resuelvo de la PR que se dictamina, poniendo por demás de manifiesto no sólo el incorrecto entendimiento que su existencia comporta sobre procedimiento a seguir y su procedente culminación, sino el no menos indebido de la naturaleza y momento de realización de la función consultiva.

Así, la PR es la propia Resolución en forma de Proyecto, suponiendo la decisión que el órgano instructor propone al decisor que adopte, de modo que ha de tener similar contenido y formulación (cfr., en concreto, arts. 12.1 y 13.2, RPRP). Por eso, aparte de que el aludido apartado 2 no puede aparecer en la Resolución, es necesario que se incorpore a la Propuesta la relación de los recursos disponibles por el interesado (art. 89, LRJAP-PAC), debiéndose recordar que aquéllos han de ser los prevenidos en la Ley 4/99, incluido el potestativo de reposición, pese a cerrar la vía administrativa.

Por otra parte, el Informe del Servicio Jurídico y el Dictamen del Consejo Consultivo no pueden recabarse en el mismo momento procedimental, ni pueden tener idéntico objeto, pues el segundo ha de versar sobre la Propuesta que decida someter definitivamente el órgano instructor al decisor, una vez informado el expediente, asumiendo o no, razonadamente, el contenido de dicho Informe. Por tanto, quien debe recabar y recibir éste es el órgano instructor, mientras que quien solicita el Dictamen a los fines de que éste determine la adecuación jurídica de la Propuesta final es el órgano decisor, que resolverá a su exclusiva vista, estando terminado efectivamente el procedimiento a falta tan sólo de su Resolución.

La cual, por cierto y no teniendo el Dictamen efecto vinculante, puede separarse de su Conclusión y razonamientos, pero, por la naturaleza de la función realizada y del Organismo que la efectúa, no debiera rebatirlos con nuevos argumentos.

En fin, ha de indicarse que, de acuerdo con el vigente art. 60.n), LOSC, tras la modificación aprobada por el art. 11 de la Ley autonómica 4/2001, de medidas tributarias, financieras, de organización y relativas al personal de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, corresponde al Director del SCS la competencia para incoar y resolver los expedientes de responsabilidad patrimonial que deriven de la actuación del antedicho Servicio.

3. En cualquier caso, se aprecian relevantes defectos en la instrucción del procedimiento, en relación con los deberes del órgano instructor contemplado en el art. 78.1, LRJAP-PAC, pero también respecto a la regulación legal y reglamentaria de los trámites de Informes y Prueba.

En efecto, el órgano que tramita el procedimiento ha de realizar, de oficio, los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos

en virtud de los cuales se resolverá. Y, sin perjuicio de que la Administración reclamada deba y pueda aportar o proponer elementos de juicio o demostrativos de sus argumentos en el sentido que luego se expondrá, entre esos actos están evidentemente los tendentes a obtener los Informes pertinentes al caso.

En este sentido, el Informe a recabar preceptivamente por el instructor es el del servicio cuyo funcionamiento ocasionó la presunta lesión indemnizable (cfr. arts. 82, LRJAP-PAC y 10.1 RPRP), debiéndose lógicamente referir a los Departamentos o Unidades médicas o sanitarias que han actuado en relación con el reclamante o paciente afectado, pero en ningún caso al Servicio de Inspección afecto al propio órgano instructor. Por demás la información que pueda éste proporcionar, aunque pueda sin duda recabarse facultativamente, ha de apreciarse teniéndose en cuenta que dicho Servicio no conoce los hechos directamente y que su emisor puede no ser especialista en la cuestión, aparte de que este informe no puede tener los efectos procedimentales asignados legalmente al Informe preceptivo.

Por otra parte, no basta a los fines de la instrucción y correcto cumplimiento de las obligaciones del instructor con recabar Informes sin más, pues los recabados y emitidos han de servir al respecto. En esta ocasión, es absolutamente determinante disponer de información sobre las precauciones o atenciones relativas a la paciente afectada, constando que es de alto riesgo la operación que se le hizo, especialmente en cuanto resulta muy posible la infección en el ojo operado, no sólo en su práctica, sino también en el postoperatorio, incluso admitiéndose la posibilidad de alta en poco tiempo.

En este sentido, aun no siendo aquí trascendental disponer del consentimiento informado de la paciente, el mismo puede ser ilustrativo del tratamiento que el Hospital entendía preciso en la operación a efectuar y en la atención posterior. Y, en todo caso, es preciso que se informe tanto si la paciente fue advertida del especial cuidado que debía tener en el postoperatorio para evitar la infección, máxime dada la existencia de barrera física por trauma quirúrgico, y de la necesidad de acudir enseguida al primer síntoma de ello al especialista o al Hospital, como si el Servicio competente estaba preparado para tal circunstancia; extremos todos estos que no constan en el expediente.

En este orden de cosas resulta imprescindible contar con información, hasta ahora inexistente o insuficiente, sobre la atención prestada a la reclamante en el servicio de urgencias del Hospital de La Gomera en relación con la actuación

eventualmente inapropiada o errónea del facultativo que intervino, pues debía conocer las circunstancias de la paciente y no era por demás oftalmólogo, pero también sobre la posibilidad de que aquélla presentara síntomas de infección o endoftalmitis en ese momento que pudiera detectar un especialista, en el Hospital de La Gomera o, en su defecto, en otro Centro médico adecuado, habida cuenta de los antecedentes de la paciente y las características o efectos de la operación sufrida.

En esta línea, también ha de informarse por el especialista que vió a la paciente el día 9 en el Hospital de La Gomera, confirmándose si fue o no quien operó a aquélla, sobre si sufría endoftalmitis entonces y desde cuando la podía padecer por su grado de evolución, así como la razón de que la remitiera al Hospital de La Candelaria sin tratarla allí, especificando en qué condiciones lo hizo y si el resultado final de pérdida de visión o del propio ojo de la afectada era médicamente evitable con su detección entre los días 3 y 6 de febrero.

Por último, siendo sin duda lamentable que no se hubiese emitido informe pericial en este supuesto, no acertándose a comprender la renuncia sin justificación de dos especialistas nombrados al efecto, con su consentimiento y tras estudiar el expediente, ha de señalarse que es necesario completar el Informe que, como alternativa, emitió el Servicio de Oftalmología del Hospital Materno-Infantil. Así, a la luz de la historia clínica y otras actuaciones producidas, procede informar sobre la pertinencia del alta de la paciente en función del estado de su diabetes preexistente, la adecuación del postoperatorio, habiéndose adoptado los cuidados y precauciones debidos en este supuesto, y la corrección de la ulterior atención prestada en el servicio de urgencias a la paciente. Y también sobre si la paciente tenía o podía tener endoftalmitis el 6 de febrero y si, detectada antes del día 9 de dicho mes, era controlable para evitar o paliar sus efectos posteriores.

Por otro lado, y como ya se apunto, tampoco se ha realizado adecuadamente el trámite probatorio en este procedimiento. En efecto, siendo correcta la apertura del período correspondiente y la admisión de la testifical propuesta por la interesada (cfr. art. 80.2 y 3, LRJAP-PAC), no lo ha sido la práctica de dicha prueba, no sólo porque no puede ser sin más sustituida por preguntas a los testigos hechas por la propia Administración, sino porque éstos no pueden contestar por escrito y sin intervención, por demás no comunicada por el órgano instructor, de la interesada

(cfr. art. 81.1 y 2, LRJAP-PAC). Lo que supone vulnerar esta regulación y los principios de contradicción e igualdad que presiden el procedimiento administrativo para garantizar la pertinente defensa de los interesados (art. 85, LRJAP-PAC).

### III

1. El servicio público sanitario, como cualquier otro servicio público, está afectado por la normativa constitucional y legal relativa a la responsabilidad de su titular por su funcionamiento y, en consecuencia, conexas al derecho que se concede a los usuarios o ciudadanos de ser indemnizados por daños que sufran por ese funcionamiento, normal o anormal, con la excepción de fuerza mayor pero incluyendo el caso fortuito; supuestos éstos que, ha de insistirse, están plena y perfectamente diferenciados tanto doctrinal como, sobre todo y en especial, jurisprudencialmente.

Además, no cabe exigir tal responsabilidad y, por tanto, reclamar indemnización cuando el propio afectado interviene en la causación del daño o, de conformidad con normas aplicables, ha de soportar éste, cual sucede en eventos conexos al servicio prestado y previstos en su ordenación de alguna forma. Ni tampoco en aquellos en los que el necesario nexo causal entre daño sufrido y funcionamiento del servicio se quiebra por la intervención inmediata y exclusiva de un tercero. Todo ello, sin perjuicio de supuestos de responsabilidad limitada o compartida, admitidos por la jurisprudencia, en particular en los casos en los que exista un particular deber de vigilancia o custodia por la Administración.

Esta normativa sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración ha permitido calificarla de objetiva, en el sentido de que no es necesaria la existencia de anormalidad o culpa para ser exigible, bastando para ello que se den las condiciones antedichas pese a que no aparezca dolo o negligencia de la Administración prestataria o sus agentes y siendo el funcionamiento del servicio normal. Además, la imputación de la responsabilidad se hace a la Administración y no a sus agentes, a lo que no obsta que quepa, en caso de funcionamiento anormal o culposo, la repetición de aquella frente a éstos.

2. Naturalmente, el servicio público sanitario es peculiar por su naturaleza y finalidad, de manera que su funcionamiento también lo es, plasmándose estas circunstancias en su regulación, con concreta previsión de los derechos y deberes de los usuarios y de la Administración sanitaria.

En este sentido, la actuación terapéutica del servicio es de atención y cuidado, pero no de resultados, en cuanto que estos se garanticen y, en particular, se obtenga siempre curación o que ésta sea definitiva y perfecta. Por eso, el usuario tiene derecho a tal atención y cuidado con los medios que pueden disponerse por la medicina, con las limitaciones inevitables que comporta el irremediable límite presupuestario y el no menos limitado nivel médico o científico. Lo que permite determinar los supuestos de daños que el usuario debe soportar, entre los que es obvio que han de estar los inherentes a la enfermedad sufrida o resultantes de su inevitable evolución natural, o bien, los que sean inevitable consecuencia del medio terapéutico que ha de utilizarse para tratar al paciente.

No obstante, debe advertirse que el Sistema Sanitario público tiene ámbito nacional y es un conjunto integrado de órganos y de medios, funcionando como un todo que se complementa e interacciona, por lo que el nivel asistencial garantizado es de orden asimismo estatal y, al menos en cuanto a prestación y responsabilidad, no puede tener distingos entre una y otra parte del territorio del Estado. Además, un posible error de actuación o de diagnóstico, siempre posible dentro de los niveles exigibles de conocimientos y de medios a disponer en un momento dado y que, porcentualmente determinado, es conectable a un determinado daño o lesión de difícil detección en principio pero posible con esos medios, puede eximir de responsabilidad al personal sanitario actuante, pero no de responsabilidad patrimonial al titular del Servicio prestado.

En todo caso, en orden a facilitar la actuación sanitaria y la determinación de la responsabilidad por ella, el legislador ha optado, con base constitucional (cfr. art. 106.2, CE), por establecer la exigencia del llamado "consentimiento informado". Así, previo cumplimiento por la Administración prestataria de un deber informativo al paciente y de obtención de éste de su conformidad, realizado de acuerdo con la LGS y la LOSC, el usuario asume parte del riesgo que implica pasar por el proceso o tratamiento curativo al que tiene derecho (cfr. arts. 10, LGS y 6 u 8, LOSC), siempre que éste se realice de modo normal o ajustado a la *lex artis ad hoc*.

3. Evidentemente, cuando un particular presenta una reclamación de indemnización por daños que alega son causados por el funcionamiento del servicio público sanitario, ha de intentar probar con los medios prevenidos en Derecho la existencia del daño, su causación en el ámbito prestacional del servicio público

sanitario y la conexión entre el funcionamiento de éste y la lesión sufrida. Al menos aportando elementos de juicio suficientes para que, por sí mismos o conjuntamente con la labor investigadora que ha de realizar el órgano instructor, permitan la comprobación de los hechos acontecidos.

Pero es importante aclarar que, más que inversión de la carga de la prueba, hay distribución de tal carga entre las partes afectadas, de modo que la Administración debe demostrar que no hay hecho lesivo o que, habiéndolo, no hay exigibilidad de responsabilidad patrimonial por los motivos aquí expresados, especialmente por haberse cumplimentado debidamente la información al paciente.

Sobre todo lo anteriormente expuesto se han dictado múltiples Sentencias de los órganos jurisdiccionales, en especial los competentes al efecto que son los contencioso-administrativos de acuerdo con la LRJAP-PAC, tanto del Supremo como de otros Tribunales, cabiendo sostener que, fundamentalmente, esta doctrina judicial actual avala y confirma lo aquí explicitado, particularmente la más reciente, aunque las Propuestas remitidas a este Organismo para su Dictamen continúan sin tener en cuenta estas circunstancias.

## IV

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, sobre todo en el Punto 3 del Fundamento II, ha de señalarse que está acreditado que la interesada ha sufrido daños relacionados con la asistencia sanitaria prestada en el Hospital de La Gomera y, por tanto, con el funcionamiento del Servicio, en cuanto aparecidos en su ámbito y con ocasión de su realización.

No obstante, aunque debido a los defectos procedimentales antes advertidos de ello no pueda deducirse categóricamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, en cuanto no existan dudas sobre la relación de causalidad entre los primeros y el segundo, por idéntico motivo no puede compartirse con la PR la segura inexistencia de tal nexos, afirmándose que los daños no vienen ocasionados por la operación realizada a la paciente, ni son consecuencia del tratamiento que se le hizo con posterioridad, de modo que la infección se presenta por causas ajenas a todo ello, era inevitable o no detectable más que cuando efectivamente lo fue y tenía un tratamiento problemático en orden a curarla o controlarla.

Este Organismo ya ha expuesto razonadamente que la exigibilidad de responsabilidad por el funcionamiento del servicio sanitario y, más concretamente, en casos de infecciones oculares de origen quirúrgico, sobre todo en pacientes que por sus condiciones las hacen previsibles y aun habituales, no sólo afecta a la específica operación inicialmente producida u otras posteriores, sino también a las instalaciones o instrumental utilizado y a la asistencia a efectuar en el postoperatorio, en relación con el alta correctamente producida, los especiales cuidados a observar para evitar infecciones y el rápido y adecuado tratamiento de éstas para detectarlas, controlarlas y evitar o paliar sus efectos.

Por consiguiente, en este supuesto y no habiéndose realizado correctamente la procedente instrucción del procedimiento, como se ha expuesto, ha de concluirse que la desestimación de la reclamación carece de adecuado fundamento y, paralelamente, que no hay elementos de juicio que permitan a este Organismo conocer debidamente el fondo del asunto y, en especial, determinar si hay o no la necesaria relación de causalidad.

En definitiva, no siendo posible la emisión de Dictamen de fondo hasta que se corrijan los graves defectos de procedimiento señalados en éste, ha de considerarse que la Propuesta dictaminada no es conforme a Derecho, no procediendo su resuelto desestimatorio.

## CONCLUSIÓN

Según se expresa en el Fundamento IV y por las razones expuestas en éste y en el Fundamento II, siendo jurídicamente inadecuada la instrucción efectuada, no es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución analizada, debiendo efectuarse los trámites procedimentales allí indicados y, reformulada consecuentemente la Propuesta del órgano instructor, someter ésta a nuevo Dictamen.