



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 0 / 2 0 0 2

La Laguna, a 4 de abril 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 C.V.A., por daños personales como consecuencia del funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria (EXP. 19/2002 IDS)\**.

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

### I

1. Este Dictamen formaliza la opinión del Consejo Consultivo sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución (PR) de referencia, elaborada por la Secretaría General del Servicio Canario de Salud (SCS), Organismo 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 presenta C.V.A., en ejercicio del derecho indemnizatorio previsto en los arts. 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) a partir del art. 106.2 de la Constitución (CE), exigiendo la correspondiente responsabilidad patrimonial del titular del servicio por un supuesto tratamiento médico deficiente.

Tratándose del funcionamiento del servicio mencionado en el ámbito autonómico, además de las normas legales citadas y las del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP), establecido en aplicación de lo dispuesto en el art. 141.3, LRJAP-PAC, se han tenido en cuenta en el análisis de adecuación las Leyes estatales 14/86,

---

\* **PONENTE:** Sr. Millán Hernández.

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 el Reglamento del SCS, así como la jurisprudencia al respecto.

2. En su escrito de reclamación, firmado en octubre de 1999 con entrada en el SCS el uno de diciembre de ese año, la afectada señala que el 9 de septiembre de 1998 acudió al Centro de Salud de Jinámar aquejada "de fuerte dolor de cuello, que le impedía girar la cabeza y le producía mareos, atendiéndole la doctora M., la cual le diagnosticó contractura cervical y le prescribió tratamiento con diclofenaco y daipezan en inyecciones".

Ese mismo día, "una enfermera le puso la inyección pautada en la nalga derecha; lo que, según dice, le produjo un fuerte dolor, tras lo cual sufrió dolores en forma de tirones y de quemaduras desde la indicada nalga y el muslo derecho hasta la planta del pie".

Los siguientes días acude al Centro de Salud para recibir atención por esos dolores, detectándosele, tras realizarse diversas pruebas y observaciones, una parestesia en el muslo derecho y axonotmiosis parcial del nervio ciático poplíteo externo (CPE) derecho, con calambres en la pierna, parálisis muscular, impotencia funcional y pérdida de sensibilidad.

Por ello, se le trata con fármacos y rehabilitación, aunque en la fecha de la reclamación y con posterioridad, según se desprende del expediente del procedimiento tramitado, continúan los dolores y molestias en nalga y pierna derechas, ampliándose hasta la cadera con aparición de un cuadro de lumbalgia. Consecuentemente, la afectada no ha podido realizar su trabajo habitual, que hacía en el Ayuntamiento de Telde como monitora de medio ambiente, recibiendo la baja laboral el 18 de septiembre de 1998, situación en la que permanecía el 1 de diciembre de 1999.

En definitiva, la reclamante entiende que los daños sufridos se han debido a una deficiente actuación médica, con sus correspondientes efectos, por la incorrecta administración de la inyección o por el fármaco suministrado, por lo que exige la responsabilidad patrimonial de la Administración actuante, el SCS, declarándose su derecho a ser indemnizada.

En cuanto a la cuantía de la correspondiente indemnización, la declara indeterminada en su escrito inicial porque los daños relatados no sólo continúan, sino que se extienden, apareciendo lumbalgia con posible complicación a hernia discal. No obstante, posteriormente y actuando la interesada mediante representante, se presenta por éste escrito en el que, respondiendo a la exigencia de la Administración de cuantificación de aquélla y aunque se insiste en la imposibilidad de concretarla por las razones expuestas, se establece una valoración provisional.

En primer lugar, se reclama una cantidad por baja laboral, a razón de 6.500 ptas. por día, desde el que la obtuvo hasta aquél en el que obtenga el alta, incrementada en un 10% la cantidad resultante por perjuicio económico; por secuelas, se señala otra, en función de los daños sufridos por aplicación analógica de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 22 de febrero de 1999, obteniéndose un total de 15.737.276 pesetas correspondientes a 59 puntos y un incremento del 10% por perjuicio económico; y, por último, una tercera de 8 millones en concepto de incapacidad permanente para realizar las tareas propias de la ocupación habitual de la afectada, aunque ésta no conste que haya sido declarada oficialmente todavía pese a solicitarse su declaración.

Finalmente, la reclamación se acompaña de diversa documentación médica sobre la atención sanitaria recibida, padecimientos y tratamientos, como medio probatorio, interesando que se unan, a este propósito, otros documentos como la historia clínica e informes de los traumatólogos doctores M. y H. del ambulatorio de especialidades de Telde.

3. La PR desestima la reclamación al considerar que el funcionamiento del servicio sanitario ha sido correcto, habiéndose atendido debidamente a la reclamante en su enfermedad inicial y practicando adecuadamente el tratamiento pautado, al considerarse que el daño sufrido se debe a un efecto yatrogénico de dicho tratamiento, necesario y procedente, debido a que la difusión del líquido inyectado en el organismo de la paciente afectó al nervio ciático, circunstancia difícil pero posible, de modo que tiene el deber jurídico de soportarlo.

Además, la PR sostiene que, en estas condiciones y consintiendo la paciente el tratamiento, no hay conexión entre el daño que ha sufrido y el funcionamiento del servicio, pues éste no es el generador del riesgo de que ocurra la lesión aparecida y

por sí mismo no genera tal daño, siendo el adecuado para curar un mal y prevenir otros mayores.

En apoyo de la argumentación, la PR cita diferentes Sentencias de orden civil y contencioso-administrativo tanto del Tribunal Supremo (TS), como de otros Tribunales y Audiencias, utilizándose con este propósito también los Dictámenes 121/97 y 114/2000 de este Organismo, cuyo contenido incorpora parcialmente.

## II

Respecto al procedimiento de elaboración de la PR dictaminada se efectúan las consideraciones siguientes.

1. La interesada en el procedimiento es C.V.A., siendo la persona que sufre los daños por los que se reclama, estando legitimada (cfr. arts. 142.1, LRJAP-PAC, en relación con los arts. 139, 31 y 32 de dicha Ley), correspondiendo la legitimación pasiva al SCS (arts. 32.10 del Estatuto de Autonomía y 1 a 4, 23, 29, 42, 50, 51 y 60 LOSC).

Por otro lado, procede la tramitación de la reclamación formulada, pues, los daños sufridos por la reclamante y el momento en que se determinan, acontecen dentro del plazo legalmente exigido. Tales daños y perjuicios son efectivos, evaluables económicamente e individualizados personalmente (cfr. arts. 139.2. y 142.5 LRJAP-PAC).

El plazo de resolución del procedimiento es de seis meses según los arts. 142.3 LRJAP-PAC y 13.3 RPRP. Está aquí evidentemente vencido, no siendo imputable esta demora a la interesada o a su representante. Y ello, pese a que se acordara la suspensión del mismo en orden a recabar el preceptivo Informe del servicio, en aplicación del art. 42.5.c) LRJAP-PAC. Así, aunque como luego se precisará, tal Informe no es el recabado al Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia, que no atendió a la paciente en ningún momento, lo cierto es que el tiempo máximo de suspensión del procedimiento por la causa alegada es de tres meses y el Informe del Servicio fue emitido en abril de 2000.

De todos modos, la Administración está obligada a resolver expresamente sobre la reclamación presentada, aunque la falta de resolución expresa tiene como efecto

la desestimación de la reclamación y la interesada pueda proceder en consecuencia (cfr. arts. 43.2 y 142.7 LRJAP-PAC y 13.3 RPRP).

2. Es incorrecta la forma en que se formula el "Resuelvo" de la Propuesta que se analiza, siendo particularmente improcedente su Punto Segundo. En efecto, dicha Propuesta es la propia Resolución en forma de proyecto, expresando la decisión que el órgano instructor propone que adopte al decisor, por lo que ha de tener similar contenido y formulación (arts. 89 LRJAP-PAC y 12.1 y 13.2 RPRP).

Por otro lado, celebrado el trámite de vista y audiencia al interesado, ha de considerarse instruido el procedimiento a falta de redactarse la Propuesta definitiva del órgano instructor, a la luz del Informe del Servicio Jurídico sobre el expediente, incluida en su caso una inicial Propuesta resolutoria; esto es, habiéndose efectuado todos los trámites de la fase de instrucción, en especial los de informes y de prueba.

Por consiguiente, no procede tras la audiencia recabar nuevos Informes sobre el asunto, particularmente, aquéllos que incidan en el fondo de la cuestión a decidir y sirvan para motivar la decisión, reabriéndose la instrucción. Por eso, en tal caso y en orden a garantizar los principios de igualdad y contradicción que presiden el procedimiento administrativo, en garantía de la defensa de los interesados, ha de trasladarse, con carácter general, a éstos.

No obstante, el Informe complementario que, en aplicación de la Propuesta, se recabó y emitió ya constaba en el expediente, siendo copia de otro anterior y conociéndolo la interesada y su representante, en este caso y aún siendo indudable la incorrección formal de la Propuesta no se produce indefensión de aquélla porque ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ese Informe, sin que proceda nueva audiencia.

3. Se observa que no se solicitaron los Informes de los traumatólogos que se indicaban en el escrito de reclamación, no justificándose tal omisión, porque sólo pueden rechazarse los medios probatorios propuestos que, en efecto, sean manifiestamente improcedentes o innecesarios, debiendo hacerse esto además por resolución motivada.

### III

El servicio público sanitario 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.

Además, no cabe exigir tal responsabilidad cuando el propio afectado interviene en la causación del daño o, de conformidad con normas aplicables, ha de soportar éste, como sucede en eventos conexos al servicio prestado y contemplados en su regulación de diversa forma. Ni tampoco en aquéllos en los que el necesario nexo causal entre daño sufrido y funcionamiento del servicio se altera por la intervención inmediata y exclusiva de un tercero, siempre sin perjuicio de supuestos de responsabilidad compartida, admitida por la jurisprudencia, en particular en los casos en los que exista un especial 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 en forma de dolo o negligencia para ser exigible, bastando para ello que se den las condiciones antedichas, pudiendo ser el funcionamiento del servicio normal y, desde luego, haciéndose la imputación de la responsabilidad a la Administración.

Circunstancia determinante que permite distinguir esta responsabilidad extracontractual administrativa de la civil contemplada en el art. 1.902 del Código Civil, puesto que ésta es sólo exigible en caso de culpa, como la actual jurisprudencia se ha ocupado de recalcar justamente en el ámbito del servicio público sanitario.

En este sentido, normativa y jurisprudencialmente se señala que, en medicina curativa, la obligación y subsiguiente actuación del servicio es de atención y cuidado, pero no de resultados, en cuanto éstos se garanticen y, en particular, se obtenga siempre curación o que ésta sea definitiva y perfecta, de modo que 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 límite presupuestario o el nivel médico o científico. Lo que viene a conformar los supuestos de lesión que el

usuario debe soportar, entre los que es obvio que han de estar los daños inherentes a la enfermedad sufrida o resultantes de su inevitable evolución natural.

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 así mismo estatal y, al menos en cuanto a exigibilidad y responsabilidad, no pueden existir diferencias 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 conectable a un determinado daño o lesión, difícilmente detectable en principio, pero posible con esos medios, puede eximir de responsabilidad penal al personal sanitario actuante, pero no de su responsabilidad patrimonial al titular del Servicio prestado.

Precisamente, por la dificultad para determinar la exigibilidad de responsabilidad en este ámbito de actuación pública, especialmente cuando es normal el funcionamiento del servicio, el legislador ha optado, con base constitucional (cfr. art. 106.2 CE), por establecer el llamado "consentimiento informado", de manera que, previo cumplimiento por la Administración prestataria de un deber informativo al paciente y de obtención de éste de su consentimiento, en la forma precisada jurisprudencialmente, 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).

Evidentemente, cuando un particular presenta una reclamación de indemnización por daños causados por el funcionamiento del servicio público sanitario ha de tener en cuenta no sólo lo antedicho, sino también que 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 por sí mismos o conjuntamente con la labor investigadora que ha de realizar el órgano instructor (art. 78 LRJAP-PAC).

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 ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia del TS, en especial la competente al efecto que es la contencioso-administrativa, como determina la LRJAP-PAC, así como Sentencias de otros Tribunales, cuales son los Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas o la Audiencia Nacional, pudiéndose sostener que, fundamentalmente, estos pronunciamientos avalan y confirman lo aquí explicitado, particularmente las Sentencias más recientes.

## IV

1. Según se adelantó en el Fundamento I, la PR desestima la reclamación aduciendo diversos argumentos que, esencialmente, conducen a las dos causas fundamentales allí referidas para fundar su decisión.

Admitida la producción del daño y que éste aparece en el ámbito del servicio sanitario y con motivo de su prestación, sin intervención al efecto de un tercero o del propio interesado, no puede afirmarse que no hay relación de causalidad entre dicho daño y el funcionamiento del servicio, el cual, desde luego, es el factor que genera riesgo de daños al usuario y comprende diagnóstico, pronóstico y tratamiento de la enfermedad del paciente, con la información pertinente, y la aplicación de aquél, incluyendo, en su caso, la introducción de ciertos fármacos en el cuerpo del enfermo mediante inyección intramuscular.

En este punto es conveniente reiterar que no hay inversión de la carga de la prueba en perjuicio del afectado y reclamante, sino distribución de aquélla en sentido material entre éste y la Administración, así como el deber de soportarla por el órgano instructor en sentido formal. Y que la responsabilidad patrimonial de la Administración se objetiviza en cuanto que responde ésta, no su personal, y que es indiferente la existencia de culpa o negligencia para que sea exigible.

2. Como también se expresó, la PR cita en apoyo de su argumentación diversas Sentencias. Pero, buena parte de ellas proceden de Tribunales de lo Civil y han de considerarse, teniendo en cuenta esta circunstancia, a los efectos pertinentes, lo cierto es que las mencionadas no sólo son compatibles con lo aquí expuesto sobre la responsabilidad patrimonial en general y en el ámbito sanitario en particular, sino que en realidad no permiten, incluso las civiles, afirmar sin más la corrección de la línea argumental seguida en la PR, pues para ello se han de dar, necesariamente, los presupuestos determinados y exigidos en ellas.



Similar reflexión ha de hacerse en relación con los Dictámenes de este Organismo utilizados en la PR, especialmente el 114/2000, que aparentemente se refiere a un supuesto similar al que ahora se estudia. Y es que no sólo con posterioridad a dicho Dictamen se han emitido otros en esta materia, solicitados por el SCS y remitidos a éste, que marcan una lógica evolución en la doctrina de este Organismo al respecto, en la línea de la ya advertida de la jurisprudencia por demás, sino que el propio Dictamen citado contiene un Fundamento IV y una Conclusión, que no menciona la PR, con unas determinaciones que son esenciales en materia de responsabilidad patrimonial en la prestación del servicio público sanitario y en supuestos como el concreto que nos ocupa.

Justamente, aunque exista cierta similitud en el origen del daño entre el caso presente y el del Dictamen 114/2000, no hay absoluta identidad entre uno y otro, ni tampoco la labor administrativa, en particular la instructora y más específicamente la informativa, en el subsiguiente procedimiento administrativo de responsabilidad.

3. Pues bien, siendo determinante en esta ocasión asegurar que la actuación sanitaria ha sido correcta en cuanto ajustada a la "lex artis" en todo su contenido, como se ha puesto de manifiesto, en orden a afirmar que el daño producido no es antijurídico y, por tanto, el afectado tiene el deber de soportarlo (art. 141.1 LRJAP-PAC), la Administración ha de probar, en base a medios apropiados en Derecho para ello, incluidos Informes o pericias médicas o técnicas, que tal corrección o ajuste ha existido en efecto.

La lesión y sus consecuencias dañosas se mantienen, aun con períodos de mejoría, hasta la actualidad, admitiéndose que aquélla afecta al nervio ciático, con cierta intensidad y extensión, y que se debe a consecuencia de la inyección que, como tratamiento curativo del problema cervical presentado inicialmente por la afectada, se le administró a ésta en el glúteo.

En este sentido, ya se apuntó que, recogiendo lo expresado en el Informe del Servicio de Inspección, por referencia a lo que se informó en otro caso parecido, e, indirectamente, por el del Servicio de Rehabilitación del Hospital Materno-Infantil de Las Palmas, la PR afirma que el daño surge debido a un efecto, inusual pero que puede ocurrir en ciertas condiciones, de farmaco-cinética, de modo que se presiona el nervio afectado por el líquido inyectado con fin curativo tras difundirse por los tejidos y encapsularse en el músculo. Esto es, siendo adecuada la actuación

sanitaria, por lo demás dirigida a curar pertinentemente un mal de la paciente, evitándole otros mayores, el daño desafortunada e inesperadamente aparecido no es, ni puede ser, antijurídico.

4. Sin embargo, este Consejo no comparte la conclusión ni la argumentación que la justifica a la luz de la documentación disponible, especialmente los Informes que se han emitido por los Servicios actuantes, de acuerdo con lo expresado precedentemente en este Dictamen pero también a la vista de las Sentencias en la materia que, precisamente, en buena medida cita la propia PR.

En primer lugar, no hay evidencia alguna, sino una presunción vaga y genérica, que permita afirmar que la lesión generadora del daño sufrido se produce por la causa señalada en la PR. Es decir, no consta elemento de juicio que demuestre que, en este concreto supuesto, la difusión del fármaco inyectado, efecto que obviamente siempre ha de ocurrir para curar (farmaco-cinética), generó la lesión del nervio ciático en la forma descrita, máxime cuando alcanzó su objetivo curativo previsto; elemento de juicio o prueba que no está de más recordar que debe la Administración aportar.

Además, resulta extraño a la información emitida al respecto no sólo que los efectos dañosos de la lesión aparezcan en muy breve espacio de tiempo, pocos días, sino que tales efectos sean extensos y duraderos, afectando considerablemente diversas partes del cuerpo de la interesada, desde el glúteo hasta los dedos del pie y aun extendiéndose a otras, persistiendo, aun con períodos de cierta mejoría por rehabilitación, más de dos años.

En estas circunstancias, no resulta apropiado decir que no hay lesión antijurídica porque la inyección era necesaria para curar un mal, la contractura cervical temporal de la afectada, y evitar otros peores, pues, desconociéndose cuáles pueden ser éstos otros y aún curándose dicha contractura, lo cierto es que uno que podía presentarse es el que efectivamente apareció; lo que era sabido, como ella misma reconoce, por la Administración, pero no por la paciente.

Ningún documento del expediente demuestra, o tan siquiera menciona, que se informara mínimamente a la afectada sobre su enfermedad y el tratamiento a seguir, con sus riesgos y posibles alternativas, de manera que, por esta razón, no puede decirse que el consentimiento de aquella a ser inyectada baste para cubrir este deber de la Administración y las consecuencias de su incumplimiento. Como la

jurisprudencia señala constantemente, no sólo debe ser la Administración quien pruebe que se ha hecho el llamado "consentimiento informado", sino que la información a suministrar, sin la cual no sirve el consentimiento prestado por motivos obvios, ha de ser ajustada a la exigencia legal (art. 10, LGS), aunque en ciertas circunstancias pueda ser, al menos en parte, oral y, siendo suficiente, escueta.

Ha de advertirse que no puede rechazarse sin más que la lesión se produjera por efecto de la administración de la inyección, pinchándose inadvertida o involuntariamente el nervio ciático o descargando el líquido inyectado tan cerca que lo presionó y lesionó.

El Informe del Servicio de Rehabilitación señala, no negándolo, el del Centro de Jinámar, que ni siquiera responde a esta cuestión significativamente, o los de otras Unidades intervinientes, que existe esta posibilidad en cuanto que la paciente tuvo molestias de manera inmediata tras ser pinchada, acudiendo para ser tratada por molestias propias del daño sufrido; la consistencia de éste, la evolución de su paresia y, en general, su cuadro clínico se corresponden con esta eventualidad; y la axonotmiosis padecida, que puede ser parcial como ocurre en este caso, no tiene que manifestarse inmediatamente, sino en un plazo entre 2 y 14 días.

A mayor abundamiento ha de indicarse que, aun cuando éste sea un supuesto singular y poco usual de efectos de una inyección, la Administración no realizó actuación previa alguna respecto a la paciente que la iba a recibir en orden a tratar de detectar o prevenir tal posible efecto por sus antecedentes o características, aunque fuere mínima o genéricamente.

5. Existiendo relación de causalidad entre los daños y perjuicios que se han producido a la interesada y el funcionamiento del servicio y siendo la lesión que los genera antijurídica, todo ello de acuerdo con lo expuesto, no es jurídicamente adecuada la desestimación de la reclamación formulada, que, por el contrario, procede que se estime.

Sin embargo, en lo referente a la cuantía de la indemnización a abonar a la reclamante, ha de observarse que sólo resulta procedente la cuantía señalada en el escrito del representante de la afectada por incapacidad temporal, a razón de seis mil quinientas pesetas, o su equivalente en euros, por cada día de baja, calculándose el montante por todos aquéllos en los que efectivamente ha estado la interesada.

Por el contrario, no habiéndose determinado aún las secuelas de la interesada, con lesiones permanentes, no procede, hasta que se determine el alcance de las secuelas o daños, reclamar la correspondiente indemnización. Y, similarmente, no constando la declaración de incapacidad permanente, total o específica, pese a haberse instado, tampoco puede hacerse reclamación indemnizatoria por ella.

En todo caso, debido a la demora en resolver el procedimiento, que no es imputable a la interesada como se indicó, la cuantía de la indemnización determinada como se expuso ha de ajustarse de conformidad con los criterios previstos en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

## C O N C L U S I Ó N

La PR no es conforme a Derecho, pues, como se razona en el Fundamento IV, existe relación de causalidad entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio sin que la afectada tenga el deber jurídico de soportar dicho daño, por lo que ha de estimarse la reclamación formulada, aunque sólo proceda indemnizarla en la forma que se expone en el Punto 5 del citado Fundamento.