



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 24 de febrero de 2010.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por J.S.L., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 21/2010 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del Servicio Canario de Salud.

2. La legitimación de la Consejera de Sanidad, la preceptividad del Dictamen y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.e) y 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, en relación el primer precepto con el art. 12.1, de carácter básico, del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, RPAPRP (aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo).

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y de no extemporaneidad de la reclamación.

4. Según el art. 13.3 RPAPRP, en relación con los arts. 42.2 y 47 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), el plazo máximo para la tramitación del presente procedimiento es de seis meses, el cual se ha sobrepasado

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

ampliamente; sin embargo, aun fuera de plazo, la Administración está obligada a resolver expresamente en virtud de los arts. 42.1 y 43.1 y 4.b) LRJAP-PAC.

5. En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones que lo regulan. En particular, se ha emitido el informe del Servicio a cuyo funcionamiento se imputa la producción de la lesión, se ha practicado la prueba solicitada por la interesada y se le ha dado vista del expediente y audiencia para que presente las alegaciones finales antes de redactar la propuesta de resolución, y el Servicio Jurídico ha emitido informe sobre ella.

6. En el expediente consta la Resolución, de 15 de junio de 2006, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se admitió a trámite la reclamación. Esta circunstancia se recoge en el primer párrafo del Antecedente de Hecho Tercero de la propuesta de resolución.

Sobre este extremo se debe señalar que, según el art. 142.1 LRJAP-PAC y los concordantes arts. 4.1 y 6.1 RPAPRP el procedimiento se inicia por la presentación de la reclamación del interesado ante el órgano competente. Una vez presentada ésta el órgano administrativo impulsará el procedimiento por todos sus trámites ordenando los actos de instrucción adecuados hasta la resolución que ponga fin al mismo (arts. 74 y 78.1 LRJAP-PAC, arts. 6.2 y 7 RPAPRP).

La fecha de la presentación de la reclamación constituye el término inicial del plazo legal para resolver. Ese plazo puede quedar en suspenso si el escrito de reclamación no reúne los requisitos que exigen los arts. 70.1 LRJAP-PAC y 6.1 RPAPRP. Esa suspensión sólo se mantendrá durante los diez días siguientes a la notificación al interesado del requerimiento previsto en el art. 71.1 LRJAP-PAC (que podrá ser ampliado hasta cinco si concurrieren las circunstancias del art. 71.2 LRJAP-PAC).

Si el escrito de reclamación no reúne los requisitos legales la Administración debe requerir al interesado con celeridad para que subsane las deficiencias (arts. 71.1 y 74.1 LRJAP-PAC). No puede requerirlo cuando lo estime conveniente, sino con la celeridad que exige el art. 74.1 LRJAP-PAC; porque desde la presentación de la reclamación ya está corriendo el plazo de tramitación del procedimiento. Este plazo no se inicia cuando el interesado subsana las deficiencias de su escrito de reclamación, sino se reanuda.

El procedimiento tampoco se inicia cuando el órgano competente admite la reclamación y decide incoarlo. El tenor del art. 142.1 LRJAP-PAC y de los arts. 4.1 y

6.1 RPAPRP es inequívoco al expresar que el procedimiento se inicia por la reclamación de los interesados.

Como dice la STS de 30 de abril de 1990 (Ar. 2.900) "obligada está la Administración a iniciar el expediente de reclamación de tales daños y perjuicios, acomodándose a las específicas normas del ordenamiento jurídico (...) independientemente de que se acrediten o no las realidades de los alegados daños y perjuicios".

La expresión "si se admite la reclamación por el órgano competente (...)" del art. 6.2 RPAPRP, no puede ser interpretada como confirmando al órgano competente la potestad de admitir o inadmitir el escrito de reclamación y que, por consiguiente, el procedimiento se inicia con la resolución admitiendo la reclamación. Esta interpretación no cabe porque conduce a un resultado que contradice al art. 142.1 LRJAP-PAC, norma superior conforme a la cual debe ser interpretada la norma inferior, y a los arts. 4.1 y 6.1 del mismo RPAPRP.

La oración inicial del segundo apartado del art. 6 RPAPRP sólo tiene sentido en relación con su primer apartado y con el art. 70 LRJAP-PAC al que remite: El órgano administrativo sólo puede inadmitir el escrito de reclamación si es incompetente para conocer de ella.

Si es competente, pero dicho escrito no reúne los requisitos legales, requerirá al interesado, con suspensión del plazo de tramitación, para que subsane sus faltas; si éste no lo hiciera en plazo, la archivará sin más trámite.

Si es competente y el escrito reúne los requisitos legales está obligado a tramitar en plazo el procedimiento, porque el art. 142.1 LRJAP-PAC configura un auténtico derecho a incoar el procedimiento.

En definitiva: O inadmisión por incompetencia o archivo por no subsanación de las deficiencias del escrito. Si no se dan ni una ni otra, es obligatorio tramitar el procedimiento por todos sus trámites impulsándolo de oficio.

II

1. La reclamante padecía una coxartrosis de la cadera derecha o destrucción de la articulación de la cadera que le originaba dolor intenso.

Para remediar esta patología fue operada el 4 de julio de 2005 para implantarle una prótesis total de cadera sin cementar del modelo Furlong. Esta intervención

quirúrgica consistió en sustituir el extremo superior del fémur por una esfera metálica con un vástago insertado en ese hueso y en implantar una cúpula de plástico en la cavidad esférica de la pelvis que estaba dañada.

2. Entre los riesgos iatrogénicos que comporta esta intervención se halla el de lesiones nerviosas en un porcentaje del uno por ciento.

Se desconoce la causa por la que puede aparecer una lesión de este tipo. Se presume que surge inevitablemente en ciertos individuos por las manipulaciones inherentes a la implantación de la prótesis. La ciencia médica desconoce la manera de evitar la aparición de una lesión neurológica como consecuencia de este tipo de intervención quirúrgica.

3. La paciente firmó el 22 de marzo de 2005 un documento de consentimiento informado para prótesis total de cadera donde se describe en términos sencillos y comprensibles la patología que sufría, la imposibilidad de cura o mejoría por otros métodos que no fuera el de la sustitución de la articulación por una prótesis, y los riesgos iatrogénicos de la intervención entre los que se mencionaba expresamente el de lesión neurológica con un uno por ciento de probabilidad.

4. La intervención quirúrgica alcanzó la finalidad terapéutica perseguida. Las radiografías postoperatorias permiten apreciar la correcta posición de ambos componentes protésicos. Sin embargo, en el post operatorio se manifestó una paresia o parálisis del nervio ciático poplíteo derecho que corre por la zona intervenida. Esta paresia le ha causado que el pie derecho presente un equino varo doloroso que determina claudicación, la cual obliga al auxilio de un bastón para la deambulación.

III

1. La reclamante imputa la paresia y subsecuente claudicación en la deambulación a la negligencia profesional de los cirujanos que la operaron. Sin embargo, no aporta ningún informe ni prueba médica que pruebe esta afirmación. Los informes y pruebas médicas obrantes en su historia clínica así como el protocolo quirúrgico no permiten dudar de la corrección con la que se realizó la operación. Los informes de los facultativos responsables del tratamiento rehabilitador describen la lesión neurológica como de carácter iatrogénico.

Como la reclamación se funda en mala praxis médica, a la reclamante incumbía la carga de probar que los cirujanos incurrieron en negligencia profesional al realizar la operación, carga con la cual no ha cumplido.

La Administración ha aportado al expediente todas las pruebas e informes médicos post operatorios sobre el estado y evolución de la paciente que acreditan que la operación se realizó correctamente.

En consecuencia, la reclamación debe ser desestimada porque no existe prueba ni indicio alguno de la negligencia profesional en la realización de la operación, negligencia que ha alegado la reclamante como fundamento de su pretensión resarcitoria.

2. Tampoco cabe que el servicio público de salud responda objetivamente por el daño iatrogénico porque el fundamento de la responsabilidad objetiva de la Administración por el funcionamiento normal de los servicios públicos se encuentra en los riesgos que engendra, de tal manera que si la comunidad se beneficia de dicho funcionamiento, aquella habrá de reparar los daños que la concreción de esos riesgos irroque de una manera particularizada, que exceda de los riesgos de la vida social, a uno de sus miembros el cual, además, no tenga el deber jurídico de soportarlos.

En el caso del funcionamiento del servicio público de la sanidad se ha de considerar, por un lado, que se dirige a proporcionar medios para prevenir o curar la enfermedad, pero sin garantizar sus resultados; porque la medicina no ha alcanzado el grado de perfección que le permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana.

La obligación de los servicios de salud es una obligación de actuar, sin que incluya la de responder en términos absolutos por las consecuencias de la actuación sanitaria; porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan sólo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo. El funcionamiento de dicho servicio es una obligación de medios, no de resultados.

Por tanto, para hacer surgir la responsabilidad de la Administración, no basta que en el funcionamiento de dicho servicio no se hayan obtenido unos resultados satisfactorios para los usuarios, sino que esos resultados sean la concreción de un riesgo específico creado por el funcionamiento del servicio y que, además, sean antijurídicos en el sentido de que no exista un deber jurídico para aquéllos de soportarlos.

Por ello, no son riesgos específicos creados por el establecimiento y funcionamiento del servicio público sanitario los ligados a la irreversibilidad de los

estados patológicos, al carácter limitado de los conocimientos de la ciencia médica y a la manifestación de efectos secundarios iatrogénicos inherentes a muchos tratamientos médicos, o a los riesgos conocidos que generan pero que se asumen, porque su probabilidad de plasmación es más o menos remota y es mayor la probabilidad de obtener logros terapéuticos.

En el presente supuesto, el riesgo de que se produjera una lesión del nervio, no es un riesgo generado por el funcionamiento del servicio de salud, sino por el estado actual de los conocimientos médicos que no puede garantizar que la implantación de una prótesis de cadera no cause una lesión neurológica en un uno por ciento de los casos. El art. 141.1 LRJAP-PAC establece que no son indemnizables los daños que deriven de hechos o circunstancias que no son evitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos.

Por último, tampoco concurre otro requisito esencial para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial y que consiste en que el daño sea antijurídico. Si existe un título jurídico, una causa de justificación que obligue al perjudicado a soportar el daño, no existe lesión indemnizable. En el presente caso concurre un título jurídico que impone al reclamante el deber de soportar el daño: La asunción voluntaria del riesgo al decidir libremente someterse a la operación tras haber sido informado de los riesgos que conllevaba, entre ellos el riesgo específico por cuya materialización reclama. El consentimiento informado (arts. 8 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica LAP), constituye uno de los títulos jurídicos que obliga al paciente a soportar los efectos iatrogénicos secundarios a una actuación médica correcta. La paciente, en cuanto asumió los beneficios que pudieran derivarse de la intervención quirúrgica, asumió también las consecuencias dañosas de la probable realización del riesgo que comportaba, del cual fue informada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.