



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 171/2020

(Sección 1ª)

La Laguna, a 1 de junio de 2020.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 151/2020 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El presente dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la propuesta de resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario.

2. Si bien el interesado no cuantifica la indemnización solicitada (ni en la reclamación inicial que presenta, ni a lo largo de la tramitación del procedimiento administrativo), sin embargo, la Administración ha solicitado el presente dictamen; por lo que se ha de presumir que el importe de la indemnización supera los seis mil euros, tal y como hemos interpretado en anteriores ocasiones (*v.gr.*, dictámenes 361/2015, 43/2019 o 155/2019).

Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación de la Sra. Consejera para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

3. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (B.O.C., n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 16.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

Por su parte, la resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

4. Se cumple el requisito de legitimación activa, teniendo el reclamante la condición de interesado al haber sufrido un daño por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP].

Por otro lado, corresponde al Servicio Canario de la Salud la legitimación pasiva, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el centro sanitario privado en donde fue dispensada la prestación médica al paciente -por cuenta del Servicio Canario de Salud a través de la figura del concierto sanitario-.

Como se ha manifestado en numerosos dictámenes de este Consejo Consultivo (31/1997, de 20 de marzo; 554/2011, de 18 de octubre; 93/2013, de 21 de marzo; 154/2016, de 16 de mayo y 48/2017, de 13 de febrero, entre otros), los conciertos sanitarios, cuya regulación específica se encuentra en los arts. 90 y siguientes de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, pertenecen al género del contrato administrativo típico denominado concierto para la gestión indirecta de los servicios públicos.

Conforme a la legislación de contratación administrativa, si los centros sanitarios privados, al prestar a los usuarios del servicio público de salud asistencia sanitaria en virtud de un concierto, les causan daños, ellos serán los obligados a resarcirlos, salvo que demuestren que la lesión tuvo su origen inmediato y directo en una orden de la Administración. Por ello, en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración titular del servicio público de salud -el Servicio Canario de Salud en este caso-, como el centro sanitario privado concertado; porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación de éste, entonces está obligado a resarcirlo.

En definitiva, en el presente procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud, junto a éste, está legitimado pasivamente el centro sanitario privado concertado. Estas razones explican que el instructor haya llamado a éste al procedimiento en su calidad de presunto responsable del daño alegado y le haya solicitado informes sobre los hechos alegados como fundamento de la reclamación.

5. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación (art. 67 LPACAP), circunstancia que por lo demás no es puesta en entredicho por la Administración sanitaria.

6. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aun fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21 LPACAP).

7. En el análisis a efectuar de la propuesta de resolución formulada, resulta de aplicación, además de la LPACAP, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; así como la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

8. A la tramitación del presente procedimiento consultivo le es de aplicación lo establecido en la Disposición Adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En atención al mencionado Real Decreto se dictó por el Presidente de este Consejo Consultivo la Resolución n.º 14/20, de 17

de marzo, ordenando la interrupción de los plazos para la aprobación de dictámenes, lo que ha afectado a la tramitación de este procedimiento consultivo. No obstante, mediante Resolución de la Presidencia 20/2020, de 19 de mayo, se acordó el levantamiento de la suspensión tras la publicación en el BOC de la Resolución de 23 de abril, del Presidente del Consejo de Dirección del Servicio Canario de la Salud, por la que se acuerda la continuación de la tramitación de procedimientos administrativos, considerados indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios, en el ámbito del Servicio Canario de la Salud.

II

1. El reclamante promueve la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el centro concertado «(...)».

A este respecto, el perjudicado fundamenta su pretensión indemnizatoria -tal y como se extrae de su escrito de reclamación inicial- en los siguientes antecedentes fácticos:

«PRIMERO.- El solicitante fue intervenido quirúrgicamente en fecha 18.05.16 en la Clínica (...) por concierto del SCS.

Se procedió a la intervención de una hernia inguinal derecha con anestesia regional raquídea durante la cual se produce dolor intenso a lo largo del MII en tres ocasiones que cede por el efecto de la anestesia local y reaparece una vez acabado su efecto en la URPA.

A resultas se le diagnostica en un principio de radiculopatía postpunción intradural no confirmada con una primera EMG de fecha 15.06.2016.

Se le instaura tratamiento con antidepresivos, anticonvulsivantes en dosis altas y analgésicos. persistiendo el dolor, quemazón y hormigueo en MII.

En fecha 29.12.16 se realiza una segunda EMG que confirma el Juicio Clínico de Radiculopatía motora crónica L5-S1 bilateral leve-moderada y sensitiva crónica S1 bilateral severa.

En fecha 09.01.2017 se informa dicha EMG y se procede a su alta en la Unidad de Dolor de la (...), tras agotar las posibilidades terapéuticas, recomendando su

seguimiento por la Unidad de dolor de su centro de referencia para valorar evolución completa y para la eventual necesidad de tratamiento sintomático.

SEGUNDO.- Mediante resolución administrativa con fecha de registro de salida 18.05.2017 (...), la Dirección Provincial de Las Palmas del INSS resuelve reconocer al solicitante en situación de INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL para su profesión habitual incorporando el siguiente Dictamen propuesta del E.V.I.:

Cuadro Clínico residual

Radiculopatía motora crónica L%-S1 bilateral leve-moderada y sensitiva crónica S1 bilateral de intensidad severa en lado izdo. Postpunción intradural.

Limitaciones orgánicas y funcionales.

Proceso neurológico crónico, con estabilidad parcial actualmente en tratamiento con analgesia de tercer escalón, presentando amiotrofia de cuádriceps izquierdo de 2 cms con respecto al contralateral y el dolor urente referido por el paciente».

2. El perjudicado reclama porque entiende que «el daño causado es consecuencia directa de una mala o defectuosa práctica anestésica, y, por tanto, supone un funcionamiento defectuoso de los servicios públicos que el solicitante no tiene el deber jurídico de soportar, debiendo ser reparado en su integridad».

3. No se ha determinado en el expediente administrativo la cuantía de la indemnización reclamada -a pesar de haber sido requerido por la Administración a tal fin-.

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Mediante escrito con registro de entrada el día 22 de diciembre de 2017, (...) insta la iniciación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, supuestamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia médica que le fue dispensada en el centro sanitario concertado «(...)».

2. Con fecha 29 de diciembre de 2017 se requiere al interesado al objeto de que subsane determinados aspectos de su reclamación inicial.

Tras practicar la correspondiente notificación, el reclamante presenta escrito subsanando las deficiencias advertidas el día 26 de enero de 2018.

3. Mediante Resolución del Secretario General del Servicio Canario de la Salud de 5 de febrero de 2018 se admite a trámite la reclamación formulada y se solicitan los informes pertinentes y la historia clínica del interesado.

La citada resolución administrativa fue notificada al reclamante el día 20 de febrero de 2018.

Asimismo, consta notificada dicha resolución administrativa a la Clínica (...) - centro sanitario concertado por el Servicio Canario de Salud-, *«a fin de que, como presunto responsable de los hechos reclamados, pueda personarse en el procedimiento y proponer los medios probatorios que estime pertinentes»* (apartado tercero de la parte dispositiva).

4. Con fecha 7 de febrero de 2018 se solicita la emisión de informe por el Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SIP), referido a la asistencia sanitaria prestada a (...) (art. 81.1 LPACAP).

El precitado informe es evacuado por el SIP con fecha 28 de mayo de 2018. Y a él se acompaña copia de la historia clínica obrante en el Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín y en el (...), así como informe emitido por el especialista en Anestesia y Reanimación del (...).

5. El día 31 de enero de 2019, la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud dicta acuerdo probatorio, admitiéndose a trámite las pruebas propuestas por el interesado e incorporando -como prueba documental- la historia clínica y los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción.

Dicho acuerdo fue objeto de notificación al reclamante el día 14 de febrero de 2019.

6. Con fecha 5 de junio de 2019 se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediéndose al interesado un plazo de diez días para que pudiera formular alegaciones y presentar los documentos que estimase procedentes. Consta en el expediente la notificación de dicho acuerdo el día 18 de julio de 2019.

7. El día 7 de agosto de 2019 el interesado presenta escrito de alegaciones.

8. A la vista de las manifestaciones del reclamante, el órgano instructor requiere al SIP al objeto de que emita informe complementario en relación con las alegaciones planteadas por el interesado.

9. El día 19 de agosto de 2019 se emite informe complementario por parte del SIP, del que se da traslado al reclamante con fecha 24 de septiembre de 2019.

10. Con fecha 8 de octubre de 2019 se presenta escrito del perjudicado, reiterando en todos sus extremos la reclamación presentada.

11. Elaborada propuesta de resolución por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se solicita informe a la Asesoría Jurídica Departamental [art. 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias]; que es emitido con fecha 9 de marzo de 2020, estimando ajustada a Derecho la propuesta formulada.

12. Con fecha 24 de marzo de 2020 se formula propuesta de resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...).

13. Mediante oficio de 25 de marzo de 2020 (con registro de entrada en este órgano consultivo el día 6 de abril de 2020), la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias solicita la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo al amparo de lo dispuesto en la LCCC.

IV

1. La propuesta de resolución sometida al dictamen de este Consejo Consultivo desestima la reclamación formulada por (...) al considerar que no concurren los requisitos necesarios para que se pueda declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. En este sentido, se considera que la técnica anestésica empleada con motivo de la intervención inguinal practicada al paciente el día 18 de mayo de 2016 en el centro sanitario concertado «*Clínica (...)*» se desarrolló conforme a las exigencias derivadas de la *lex artis ad hoc*.

2. Analizado el expediente remitido a este Organismo, se considera necesaria la emisión de un informe complementario por parte del SIP en relación con el contenido de la sentencia n.º 1319/2018, de 28 de noviembre de 2018, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria (recurso de suplicación n.º 1030/2018).

Si bien el contenido de dicha sentencia fue esgrimido por el reclamante como fundamento de su pretensión indemnizatoria -folios 135 y ss., y 162-; admitida como

prueba documental en la fase probatoria -folios 144 y 145-; y, además, respecto a la misma se requirió, por parte del órgano instructor, el parecer del SIP -folio 164-, lo cierto es que, ni el informe complementario del citado Servicio emitido con fecha 19 de agosto de 2019, ni la propia propuesta de resolución se manifiesta y/o valora el contenido de la precitada resolución judicial firme.

En la indicada sentencia, se señala (apartado A), del Fundamento de Derecho único):

«(...) todos los informes destacan (folios 49 a 52 y folios 24 y siguientes) la existencia de una radiculopatía postpunción epidural.

Ello, con arreglo a la jurisprudencia citada, nos sitúa de lleno en el ámbito del accidente no laboral, pues se trata de una lesión producida en un acto de práctica médica, que en principio no tiene que ocurrir (la punción epidural no tiene porque producir una radiculopatía, y si lo produce supone un fracaso de la intervención), externo e imprevisto que produce el efecto invalidante.

Así, de los autos resulta que el actor accedió a los servicios médicos para la práctica de una herniorrafia inguinal derecha, y durante el proceso de anestesia (folio 23 vuelto) sufre dolor intenso a lo largo del miembro inferior izquierdo; siendo unánime los informes en el sentido de que existe una radiculopatía postpunción epidural que es la lesión invalidante que ha llevado a la entidad gestora a reconocer la Incapacidad Permanente Total al actor.

Procede por lo expuesto en este punto estimar el recurso y declarar que la Incapacidad Permanente es derivada de accidente no laboral».

Por su parte, el informe evacuado por el SIP con fecha 19 de agosto de 2019 viene a sentar las siguientes conclusiones:

«3.- Se subraya además que el doctor de la Unidad de Dolor que lo atiende tras la cirugía del 14 de junio de 2016, tras intervención quirúrgica, y que el que emite a su vez informe realizado el 9 de enero de 2017 donde anota: “es valorado en nuestro servicio donde es diagnosticado en un principio de radiculopatía postpunción dural, no confirmándose por EMG de junio de 2016”. quiere decir que lo que un principio se cree se demuestra no se confirma por las pruebas objetivas.

Por tanto lo que refiere el Sr reclamante que hay unanimidad en los informes de la existencia de una radiculopatía postpunción lumbar no es validable con la realidad existente.

Tanto en el EMG de junio de 2016 como el de diciembre de 2016 lo que si se confirma es la radiculopatía motora crónica, y la no existencia de lesión nerviosa, a su vez presenta una radiculopatía sensitiva crónica, los datos EMG son provenientes de las raíces L5 Y S1, o sea que aunque en la RMN realizada haya mas problemas en la columna lumbar que son severos y en varios niveles, la manifestación clínica que padece el paciente es proveniente o corresponde con la afectación de las raíces L5 Y S1. Y la punción lumbar se realiza en L3-L4. El Jefe de Anestesiología y Reanimación del (...) nos aclara en su informe que la punción lumbar para la anestesia realizada el 18 de mayo de 2016 es realizada a nivel del espacio lumbar L3-L4, no demostrándose lesión nerviosa tras la misma por las pruebas complementarias realizadas y si lesiones crónicas importantes y la afectación severa de L5 y S1 en el paciente, con clínica que se subraya localizada en dichas raíces, en su origen, en los EMG correspondientes. No es en este lugar donde se puncionó.

Eso no quiere decir que se niegue la existencia de la clínica, de las parestesias [dolor, hormigueos (...)] y de sus posibles causas u origen.

Pero si se plantean los resultados de las pruebas objetivas, no comprobándose la relación reclamada, en las mismas».

3. Dada la aparente divergencia de criterios, se estima necesario que, por parte del SIP, se emita un informe complementario que contenga un pronunciamiento expreso respecto a las consideraciones efectuadas por la sentencia precitada, en la medida en que dicha resolución judicial se ha esgrimido por el particular y está incorporada al expediente; con particular referencia a la afirmación que se realiza en ella acerca de la existencia de un supuesto criterio unánime de los informes evacuados en el curso de tales actuaciones a favor de la existencia de una «*radiculopatía postpunción epidural*».

A falta de valoración en la vía administrativa del contenido de la resolución judicial antedicha, el análisis del asunto resultaría incompleto, no se estarían resolviendo todas las cuestiones aducidas por el interesado y se estaría también privando a este Consejo Consultivo de todos los elementos de juicio necesarios para emitir su dictamen en torno a la cuestión jurídica que se suscita en la reclamación, en los términos en que ésta viene planteada; de forma específica, en relación con la conexión causal entre la lesión producida y el funcionamiento del servicio público (art. 81.2, párrafo tercero, LPACAP).

4. Así pues, procede la retroacción del procedimiento administrativo a fin de que se recabe, en los términos descritos anteriormente, el informe complementario del SIP. Una vez cumplimentado dicho trámite, se continuará con la debida tramitación legal del expediente administrativo de responsabilidad patrimonial, incluyendo la práctica de una nueva audiencia de la persona interesada. Y, finalmente, se volverá a emitir una nueva propuesta de resolución, sobre la que a su vez se ha de recabar de nuevo el dictamen preceptivo de este Consejo Consultivo.

C O N C L U S I Ó N

La propuesta de resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...), se entiende que no es conforme a Derecho, debiendo retrotraerse el procedimiento en los términos indicados en el Fundamento IV de este Dictamen.