

En Logroño, a 20 de junio de 2002, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede provisional, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Bueyo Díez Jalón, D. José M^a Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, actuando como ponente Dña M^a del Bueyo Díez-Jalón, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

28/02

Correspondiente a la consulta elevada al Consejo Consultivo de La Rioja a instancia del Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales sobre el expediente de responsabilidad patrimonial tramitado por el INSALUD a instancia de Don J.A.A.S. por supuesto contagio de hepatitis C, a consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en el Complejo Hospitalario San Millán – San Pedro de Logroño.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Con fecha de 31 de marzo de 1999, tuvo entrada en el registro general de la Dirección Territorial del INSALUD en La Rioja una solicitud de responsabilidad patrimonial firmada por Don J.A.A., exigiendo el pago de una indemnización de 25.000.000 pts., en concepto de resarcimiento de los daños sufridos por contracción del virus de hepatitis C (VHC) según una analítica efectuada en marzo de 1998, suponiendo que el contagio había tenido lugar como consecuencia de la prestación de alguno de los siguientes servicios sanitarios:

- a) Como consecuencia de la transfusión sanguínea en una operación de hernia epigástrica, de la que fue objeto hace años.*

b) De la asistencia de que fue objeto en urgencias del Complejo Hospitalario San Millán – San Pedro, el día 12 de julio de 1997, como consecuencia de una agresión que sufrió.

Segundo

Con fecha de 30 de julio de 1999, se emite informe por la Doctora Médico-Inspector del INSALUD en relación a dicha petición de responsabilidad patrimonial por presunto contagio de hepatitis C y, realizadas las comprobaciones oportunas, se deducen dos conclusiones a tener en cuenta para la futura resolución del expediente:

1ª No existe constancia de que a Don J.A.A.S. se le realizara transfusión sanguínea durante la intervención quirúrgica de hernia epigástrica, ni durante el ingreso del 6 al 14 de noviembre de 1988 en la Clínica Valvanera, por lo tanto, no pudo ser esta la causa del contagio del virus de la hepatitis C.

2ª El día 12 de julio de 1997, el paciente sufrió una agresión, cuyo origen no quiso aclarar durante la comparecencia realizada en esta Inspección. A consecuencia de la misma, sufrió lesiones en cuero cabelludo, labio superior y ala de la nariz. La atención que se le prestó en el Servicio de Urgencias consistió en la limpieza de las heridas, sutura de una herida en el cuero cabelludo y profilaxis antitetánica. Según informa el Coordinador del Servicio de Urgencias, la asistencia fue prestada con los medios de protección adecuados, el material estaba correctamente esterilizado y no se produjo ningún accidente (pinchazo) entre el personal sanitario y el paciente. Por lo tanto, la hipótesis de contagio por esta atención es francamente improbable.

A este informe se le unen dieciocho anexos donde consta toda la información practicada.

Tercero

Con fecha de 31 de agosto de 1999, se le comunicó al interesado la puesta de

manifiesto del expediente administrativo, concediéndole el plazo de quince días para formular alegaciones, las cuales tuvieron entrada el 13 de septiembre. En ellas se ha de subrayar que da por descartado que se contagiara de hepatitis C, en la intervención quirúrgica de que fue objeto en la Clínica de Valvanera en septiembre de 1988; centrando como única posibilidad del contagio la asistencia de que fue objeto en urgencias el 12 de julio de 1997.

Cuarto

El 17 de septiembre de 1999, por la Dirección Territorial del INSALUD en La Rioja se procede al envío del expediente, cumplimentando el trámite de audiencia, al Área de Gestión de Responsabilidad Sanitaria del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Quinto

El 28 de diciembre de 2001, por la Subdirección General de Inspección Sanitaria-Unidad de Responsabilidad Patrimonial se dictó la propuesta de resolución del expediente de responsabilidad patrimonial seguido a instancia de Don J.A.A.S. con sentido desestimatorio, elevándola al órgano resolutorio, la Excma. Sra. Ministra de Sanidad y Consumo.

Sexto

El 17 de enero de 2002, por la referida Subdirección General se remite el expediente junto con la propuesta de resolución desestimatoria a la Asesoría Jurídica para su informe.

Séptimo

La Asesoría Jurídica de la Dirección General del INSALUD emitió su informe el 25 de enero de 2002 mostrando su conformidad con la propuesta de resolución que se le elevó.

Octavo

El 13 de febrero de 2002, por delegación de la Excma. Ministra de Sanidad y Consumo, el Subsecretario de Sanidad y Consumo dictó resolución acordando la incompetencia de la Administración del Estado para resolver el expediente tras el traspaso de las funciones y servicios del INSALUD a la Comunidad Autónoma de La Rioja por Real

Decreto 1473/2001, de 27 de diciembre, decidiendo, por ende, el envío del mismo a la Consejería que ahora formula la consulta objeto del presente dictamen.

Noveno

El 22 de febrero de 2002, tuvo entrada en la Consejería de Salud y Servicios Sociales el expediente de responsabilidad patrimonial referido.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito fechado el 21 de mayo de 2002, registrado de entrada en este Consejo el 24 del mismo mes y año, el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de, registrado de salida el día 24 de mayo de 2002, registrado de salida el mismo día, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Sobre la competencia de la Administración autonómica para asumir la resolución del expediente administrativo y las eventuales obligaciones económicas derivadas del mismo.

Prima facie, hemos de proceder al análisis de la competencia, estatal o autonómica, para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial instado, teniendo en cuenta, de un lado, la Administración actuante, la Entidad Gestora INSALUD a la que el interesado le imputa el daño como titular del servicio sanitario en la fecha en la que se produjo la lesión; y, de otro, la asunción por la Comunidad Autónoma de La Rioja de la competencia en materia sanitaria por mor del Real Decreto 1473/2001, de 27 de diciembre, de traspaso de funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud a La Rioja.

En virtud de la citada disposición reglamentaria, se aprueba el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias del traspaso de las funciones y servicios gestionados por el INSALUD, alcanzado plena efectividad a partir del día 1 de enero de 2002.

Ante el traspaso de funciones y medios, se plantea de inmediato el problema de determinar qué solución debe darse a los procedimientos en tramitación, respecto de los cuales no se ha producido a dicha fecha, 1 de enero de 2002, resolución definitiva, esto es, que ponga fin al procedimiento con carácter resolutorio (artículo 89 LRJ-PAC).

Para dar una solución al problema, hemos de partir de lo dispuesto en la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, cuyo artículo 20.1º reza literalmente así:

"Los expedientes en tramitación correspondientes a los servicios o competencias que estén pendientes de resolución definitiva antes de la fecha de efectividad de las transferencias, se entregarán a la Comunidad Autónoma para su decisión. No obstante, los recursos administrativos contra resoluciones de la Administración del Estado se tramitarán y resolverán por los órganos de ésta. Las consecuencias económicas que, en su

caso, resulten, serán de cuenta de quien hubiera adoptado la resolución definitiva".

Con objeto de alcanzar una mayor claridad expositiva del tema, el de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las transferencias de funciones y servicios del INSALUD a la Comunidad Autónoma de La Rioja, y tomando como punto de partida el artículo 20.1º de la Ley 12/1983, hemos de tratar los siguientes puntos, con objeto también de que sirvan para ulteriores casos similares:

- Qué se entiende por resolución definitiva en los expedientes de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.
- Interpretación jurisprudencial existente en torno al artículo 20.1º de la Ley 12/1983.
- Derechos de los ciudadanos y posible responsabilidad estatal en esta materia.
- Órgano autonómico competente para resolver estos procedimientos.

A) La resolución definitiva en los expedientes de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Su significado.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC) dentro de su Título X, bajo la rúbrica "de la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio", sólo contiene dos normas de orden procedimental, los artículos 142 y 143; si bien, es cierto que, bajo la técnica de la remisión normativa, habilita al Poder Ejecutivo para que, en ejercicio de la potestad reglamentaria, dicte un reglamento en el que se contengan los tramites del procedimiento ordinario y del especial o abreviado referido en el artículo 143 LRJ-PAC. Fruto de dicha remisión normativa, contenida en el artículo 142.3º LRJ-PAC, fue el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

El Real Decreto 429/1993 regula dos modalidades procedimentales y, así, en el Capítulo II, contiene las normas del procedimiento ordinario y en el Capítulo III las del abreviado, siguiendo las pautas de la LRJ-PAC.

El procedimiento ordinario, en cuanto a su tramitación ritual, iniciación, ordenación e

instrucción, queda regulado en los artículos 4 a 12; mas ahora nos interesa centrarnos en su terminación, artículo 13 del Real Decreto 429/1993. En este procedimiento cabe distinguir dos modos de terminación, el normal y el anormal, con distintas variedades en éste último supuesto. La terminación normal del procedimiento, no es sino la resolución que pone fin al expediente (*"la resolución definitiva"* en la terminología empleada por el artículo 20 de la Ley 12/1983) que debe dictarse en el plazo de veinte días desde la recepción, en su caso, del dictamen del órgano consultivo, o, cuando éste no sea preceptivo, desde la conclusión del trámite de audiencia; así lo expresa el artículo 13 Real Decreto 429/1993 y que se ajustará a lo dispuesto por el artículo 89 LRJ-PAC. La llamada terminación anormal puede mostrarse por distintos motivos, a saber:

a) Por silencio administrativo, operando en este caso, el acto administrativo presunto con efectos desestimatorios, tal y como previene el artículo 142.7º LRJ-PAC: *"Si no recae resolución expresa se podrá entender desestimada la solicitud de indemnización"*. Y así, transcurridos seis meses desde que se inició el expediente o el plazo que resulte de añadirles el período extraordinario de prueba, sin que haya recaído resolución expresa o sin que se haya formalizado un acuerdo indemnizatorio, se ha de entender que la resolución es contraria a la indemnización del particular (artículo 13.3 LRJ-PAC).

b) Por archivo del expediente, en los procedimientos iniciados de oficio, *"cuando el interesado no se persone en trámite alguno del procedimiento, y no lo hiciese en el de audiencia..."* (artículo 11.3 del Real Decreto 429/1993).

c) Por acuerdo indemnizatorio, en los términos previstos en el artículo 8 del Real Decreto 429/1993, que hunde sus raíces en el artículo 88 LRJ-PAC.

El procedimiento abreviado permitido en el artículo 143 LRJ-PAC, cuando sean inequívocos la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, se regula en el Capítulo III, artículos 14 a 17 del Real Decreto 429/1993. Hemos de reiterar aquí lo expuesto sobre las formas de terminación del expediente, sin más especialidades que las previstas en el artículo 17 de la mencionada disposición reglamentaria ya que, si el dictamen preceptivo discrepa de la propuesta de resolución o de la propuesta de

terminación convencional, el órgano competente para resolver ha de acordar el levantamiento de la suspensión del procedimiento general y la remisión de todo lo actuado al órgano competente para su instrucción. En cuanto al silencio, como no podía ser de otro modo, siguiendo el predicamento del artículo 143.3 LRJ-PAC, tiene carácter negativo ya que el artículo 27.2º Real Decreto 429/1993 determina que: *"transcurridos treinta días desde la iniciación del procedimiento sin que haya recaído resolución, se haya formalizado acuerdo o se haya levantado la suspensión del procedimiento general, podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular"*.

Nos hemos de detener en el régimen jurídico del silencio administrativo y su operatividad en estos expedientes de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas a los efectos de integrar el concepto de *"resolución definitiva"* a que hace referencia el artículo 20.1 de la Ley 12/1983. Pues bien, el artículo 43.1º LRJ-PAC en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de noviembre y para los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, dispone que: *" (...) el vencimiento del plazo máximo sin haber notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido su solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo"*. La regla general que se establece en el apartado 2º de dicho artículo 43 LRJ-PAC es la del silencio positivo, *"salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario"*, como es el caso que ahora nos ocupa, ya que la propia LRJ-PAC en sus artículos 142.7º y 143.3º, ante la falta de resolución expresa, otorga al silencio efectos desestimatorios de la solicitud de indemnización.

Llegados a este punto, nos hemos de interrogar sobre si los expedientes de responsabilidad patrimonial tramitados por el INSALUD en los que haya operado el silencio administrativo negativo han de ser entregados a la Comunidad Autónoma para su decisión. Ante tal tesitura, se ha de precisar que el silencio administrativo negativo es una mera ficción legal –por contraposición al positivo que equivale a un verdadero acto definitivo y resolutorio del procedimiento, aunque presunto-, que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos administrativos pertinentes, llegar a la vía judicial, superando los efectos de la inactividad de la Administración (STC 6/1986). Por ello, no podemos entender que, ante el silencio administrativo negativo en los expedientes de responsabilidad patrimonial tramitados por el INSALUD, exista una resolución administrativa definitiva, y todo ello, no sólo por la naturaleza propia de dicho silencio, sino también por la obligación de resolver que pesa sobre la Administración, en los términos impuestos en el artículo 43.4º LRJ-PAC, al que nos remite el párrafo 1º del

mismo precepto. El tenor literal del artículo 43.4º LRJ-PAC, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, reza así:

"4. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen:

- a) En los casos de estimación por silencio administrativo la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.*
- b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio".*

De una interpretación sistemática de los preceptos expuestos, en particular de los artículos 42, 43, 142.7 y 143.3 LRJ-PAC y del artículo 20.1 de la Ley 12/1983, se infiere que sólo el silencio administrativo con efectos estimatorios o silencio positivo, configura un verdadero y propio acto administrativo susceptible de integrar la "*resolución definitiva*" a la que alude el artículo 20.1 de la Ley de Proceso Autonómico; por lo que siendo, en estos expedientes de responsabilidad patrimonial, el silencio negativo o desestimatorio de la pretensión de indemnización formulada por el damnificado, y quedando latente al tiempo del traspaso de las competencias a la Comunidad Autónoma de La Rioja, la obligación de resolver, porque no lo ha hecho la Administración del Estado, se impone la preceptiva entrega a la Administración autonómica para su resolución definitiva o decisión final en vía administrativa por mor del artículo 20 .1 de la ya reiterada Ley 12/1983.

B) Interpretación jurisprudencial del artículo 20.1º de la Ley 12/1983.

El tenor literal del precepto, "el sentido propio de sus términos", en la terminología empleada por el artículo 3.1º del Código Civil, no puede ser más claro ("*in claris non fit interpretatio*"), habla de expedientes en tramitación, esto es, se está refiriendo a todos y cada uno de los procedimientos administrativos pendientes de resolución definitiva antes de la fecha de efectividad de la transferencia, excluyéndose únicamente los recursos administrativos contra las resoluciones procedentes de la Administración del Estado.

Ahora bien, cuando la Ley 12/1983, utiliza el término de Administración del Estado, se está refiriendo no sólo a la Administración General del Estado, es decir centralizada, sino también a las Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia dependientes o vinculadas de aquélla (artículo 2.2º LRJ-PAC) , cuyas funciones y servicios se transfieren a las distintas Comunidades Autónomas.

Por su parte, el artículo 2 del Real Decreto 1473/2001, de 27 de diciembre, de traspaso de las funciones y servicios del INSALUD a La Rioja previene que, *"quedan traspasados a la Comunidad Autónoma de La Rioja las funciones y servicios, así como los bienes, derechos, obligaciones, medios personales y créditos presupuestarios, correspondientes en los términos que resultan del propio Acuerdo y de las relaciones anexas"*.

En las relaciones anexas del Decreto no existe previsión específica sobre los expedientes de responsabilidad patrimonial pendientes de resolución a la fecha en que se produce la efectividad del traspaso, 1 de enero de 2002, por lo que se ha de entender que efectivamente le corresponde a la Comunidad Autónoma de La Rioja, en virtud de lo establecido en el artículo 20.1 de la Ley de Proceso Autonómico.

Esta misma tesis ha sido mantenida por la doctrina jurisprudencial existente, que se ha pronunciado sobre la subrogación de las obligaciones que conlleva el traspaso de los servicios de una Administración a otra. De esta forma lo ha contemplado la Sala 3ª del Tribunal Supremo, recogiendo incluso fallos de su Sala 4ª, de lo Social, y así su Sentencia de 10 de febrero de 2001, en relación con el traspaso del servicio sanitario al Servicio Gallego de Saude, expresó cuanto sigue:

"al haberse transferido a la Comunidad Autónoma los bienes, derechos y obligaciones del Instituto Nacional de la Salud, en uno de cuyos Centros hospitalarios ocurrió el hecho del que se pretende derivar la responsabilidad de la Administración, las obligaciones nacidas de la asistencia prestada en ese Centro hospitalario, entre las que lógicamente está el hacer frente a la responsabilidad patrimonial emanada de dicha asistencia sanitaria, deben ser asumidas por la

Administración a la que fue traspasado el servicio, como se deduce de la propia literalidad de los preceptos citados como infringidos y de la doctrina jurisprudencial recogida en las citadas Sentencias de este Tribunal Supremo, a las que cabe añadir la pronunciada por esta Sala Tercera (Sección Sexta) el 6 de mayo de 1997 (Ar. 4313) (recurso de apelación 9013/1992), en la que se contemplaba, al igual que en el caso enjuiciado, la realización de un acto médico con anterioridad a la fecha de la transferencia".

A mayor abundamiento y con cita jurisprudencial del Tribunal Supremo, en relación con el artículo 1203 apartado segundo del Código Civil, recogida en las Sentencias de 4 de noviembre de 1993 (Ar. 8188), 27 de noviembre de 1995 (Ar. 8799), y de 11 de octubre de 1990 (Ar. 7985), de la Sala de lo Penal y 23 de enero de 1995 (Ar. 402), de la Sala Social, ha declarado que, en virtud de los traspasos a favor de las Comunidades Autónomas, no sólo han sido traspasados los servicios, instituciones y bienes, sino también las obligaciones que se hubiesen generado para el INSALUD, y, en este caso, la obligación de indemnizar como consecuencia de los perjuicios causados por la asistencia sanitaria

C. Derechos de los ciudadanos y posible responsabilidad estatal en esta materia.

Por otra parte, tal y como ha recordado el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 33/1995 F.J.2:

" ... debe recordarse que la responsabilidad patrimonial de la Administración se vincula con la concreta actuación del servicio y que ,este a su vez, se encuentra ligado al ejercicio de una competencia determinada, cuya titularidad puede variar en cada momento histórico. A este respecto no cabe olvidar la nueva organización territorial del Estado que la Constitución ha venido a diseñar, con una distribución de competencias que ha sido sucesivamente completada por los Estatutos de Autonomía con la determinación de las competencias que específicamente ha asumido cada Comunidad. Lógicamente, esta ordenación lleva aparejada la necesidad de que se transfieran a las Comunidades Autónomas los medios personales y materiales, así como los servicios y funciones que, relacionados con cada competencia, venía gestionando y desarrollando la Administración

del Estado, como paso necesario para obtener el efectivo ejercicio de las competencias autonómicas.

Ahora bien, este proceso de asunción de las competencias y del traspaso de los servicios que arranca de la propia Constitución, puede ocasionar una importante distorsión en las situaciones y relaciones preexistentes que no debe perjudicar a los administrados. No es ésta, desde luego, la intención que se atisba en el texto constitucional, el cual, antes al contrario, se preocupa de ofrecer a los ciudadanos las máximas garantías en su relación con la actividad de los poderes públicos. La nueva estructura territorial del Estado no puede, por ello, ser lesiva para los administrados ni implicar un obstáculo para sus legítimas actuaciones. Desde esta perspectiva, no puede imponérseles la carga de discernir qué Administración es la titular en cada momento del servicio que les ha ocasionado un daño ni la de padecer, sin obtener una respuesta efectiva a sus demandas, la más que previsible contradicción de posturas entre las Administraciones transferente y receptora del servicio."

Sin embargo, la asunción por parte de La Comunidad Autónoma de La Rioja, de las competencias para resolver estas reclamaciones de responsabilidad patrimonial y asumir, en su caso, el pago de las indemnizaciones en atención a los derechos de los ciudadanos, no significa una completa exoneración de la Administración del Estado, al menos en dos supuestos susceptibles de un tratamiento jurídico diferenciado:

a) Posible renegociación del traspaso por incorrecto cálculo del coste efectivo de los servicios transferidos.

Por un lado, si el importe de las indemnizaciones no ha sido objeto de cálculo en concepto de coste efectivo de los servicios, puede ser dudosa, a la luz de la citada jurisprudencia, la viabilidad de una reclamación condicticia para repetir su importe de la Administración del Estado. Pero, siendo innegable que las obligaciones determinantes del pago nacieron a consecuencia de un daño ocasionado antes de la fecha de efectividad del traspaso, puede estimarse viable una renegociación de este aspecto económico del traspaso.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta a estos efectos que, si los entes estatales gestores del servicio público sanitario tuvieran cubierta su eventual responsabilidad patrimonial por actos médicos mediante una póliza de seguros (como, así sucede en la realidad), habrá que entender que el traspaso en esta materia conlleva la subrogación de la Comunidad Autónoma de La Rioja en la misma posición jurídica que en dicha póliza tuviesen tales entes, lo que puede proporcionar una cobertura económica suficiente a estos supuestos.

b) Posible reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración del Estado por inactividad debida al retraso en la tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial transferidos.

Por otro, si se aprecia un retraso indebido en la tramitación de éstos expedientes por parte de la Administración del Estado o de los entes estatales gestores del servicio público de asistencia sanitaria, puede proceder una reclamación de responsabilidad patrimonial causada por la inactividad administrativa, siempre que concurran el resto de requisitos necesarios para ello.

En el presente caso, como veremos en un ulterior Fundamento de Derecho, no parece que exista el principal de dichos requisitos, cual es la existencia del daño, ya que entendemos que no existe obligación por parte de la Administración de satisfacer indemnización alguna, por lo que estimamos que tampoco va a existir el daño a las arcas públicas autonómicas que justificase exigirlo de la Administración del Estado mediante una reclamación de responsabilidad.

No obstante, esto dicho, es claro que, de haber tenido que satisfacer la Comunidad Autónoma de la Rioja alguna cantidad en concepto de indemnización al perjudicado, en el presente caso nos encontraríamos ante una clara posibilidad de reclamar su importe de la Administración del Estado en concepto de responsabilidad patrimonial por inactividad debida a la tardanza en la tramitación de este expediente.

Debido al valor ejemplificativo que este caso puede tener para casos sucesivos, nos detendremos brevemente en razonar la existencia de dicha responsabilidad por tardanza en la tramitación.

Los plazos para la tramitación y resolución de los expedientes administrativos gozan de un carácter preceptivo, sus normas han sido definidas como de "ius cogens", indisponibles tanto por la Administración como por la voluntad de los interesados en los procedimientos administrativos, de una forma genérica así lo proclama el artículo 47 LRJ-PAC bajo la rúbrica, "de la obligatoriedad de términos y plazos".

La falta de resolución y notificación de la resolución expresa dentro del plazo máximo, -en la terminología introducida por la reforma que sobre la LRJ-PAC ha operado la Ley 4/1999, de 13 de enero-, además de la operatividad de la institución del silencio administrativo, se muestra en el nacimiento de determinadas responsabilidades administrativas por la tardanza o incumplimiento de los plazos, y así lo determina el artículo 42.7º LRJ-PAC cuya redacción tras la Ley 4/1999 expresa cuanto sigue:

"El personal al servicio de las Administraciones Públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo.

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente".

Por ello, y sin perjuicio de la posible responsabilidad disciplinaria en que pudieran estar incurso las autoridades o funcionarios responsables de la tramitación y resolución de los procedimientos administrativos (artículos 41, 42.7 y 79.2 LRJ-PAC), también puede nacer una acción de indemnización frente a la Administración fundada en un funcionamiento anormal de la misma "ex" artículos 106.2 C.E. y 139.1 LRJ-PAC, debido a su inactividad y al incumplimiento de su obligación legal de resolver dentro de los plazos que señalan las leyes y los reglamentos especiales reguladores de los procedimientos administrativos.

Lo cierto es que en el supuesto que nos ocupa, objeto del presente dictamen, se observa una tardanza excesiva en la tramitación y resolución del expediente administrativo sin que exista causa justificada que motive o legitime tal demora. De esta forma y atendiendo a la relación fáctica del expediente resultan significativas las siguientes fechas:

- El 31 de marzo de 1999, tiene entrada en el registro general de la Dirección Territorial del INSALUD de La Rioja la petición inicial de Don J.A.A.S. por la

que se inicia el expediente de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria;

- El 6 de abril de 1999, y mediante nota interna se reclama informe de la Inspección del Área Sanitaria;
- El 30 de julio de 1999, tiene entrada el informe de la Inspección junto con todos los anexos e historial clínico del interesado que obran en el expediente administrativo;
- El 31 de agosto de 1999, se dicta diligencia de puesta de manifiesto del expediente otorgando un plazo de quince días al interesado para efectuar alegaciones;
- El 13 de septiembre de 1999, se registra la entrada del escrito de alegaciones del afectado dando cumplimiento al trámite de audiencia;
- El 28 de diciembre de 2001, se dicta por el Subdirector General de Inspección Sanitaria de la Unidad de Responsabilidad Patrimonial del Ministerio de Sanidad y Consumo, la propuesta de resolución;
- El 17 de enero de 2002, se eleva la propuesta de resolución para informe de la Asesoría Jurídica de la Dirección General del INSALUD, que lo emite el 25 del mismo mes y año;
- El 13 de febrero de 2002, el Subsecretario de Sanidad y Consumo, amparándose en el Decreto de traspaso de funciones y servicios del INSALUD a La Rioja, declara la incompetencia del Ministerio para adoptar la resolución definitiva declarativa de la estimación o desestimación de la petición inicial, que no olvidemos se retrotrae al 31 de marzo de 1999.

El plazo máximo que establece el artículo 13.3º del Real Decreto 429/1993 para resolver y notificar la resolución expresa que pone fin a los expedientes de responsabilidad patrimonial tramitados por los cauces del procedimiento ordinario es de seis meses. Dado que no se ha documentado en el expediente, ni un período extraordinario de prueba "ex" artículo 9 del citado Reglamento ni una prórroga de dicho plazo al abrigo de lo dispuesto en el artículo 42.6º de la LRJ-PAC, resulta que, desde que se inició el expediente, -fecha del registro de entrada de la solicitud (artículo 42.3, letra b) de la LRJ-PAC), marzo de 1999- hasta que se acuerda la incompetencia de la Administración estatal sanitaria –febrero de 2002, ha transcurrido con exceso el mencionado plazo, lo que implica un

funcionamiento anormal de la actividad administrativa generadora de una responsabilidad administrativa y objetiva (sin entrar en valoraciones subjetivas de reprochabilidad de la conducta) que implica la existencia de un daño como perjuicio antijurídico.

La tardanza en la tramitación y resolución del procedimiento de responsabilidad implica no sólo un incumplimiento de la norma por la que se preceptúa con carácter imperativo el plazo máximo de duración del expediente, sino también lo que la Jurisprudencia constitucional ha venido en denominar la vulneración de "un plazo razonable", que permite una valoración o ponderación del caso concreto (SS. TC 36/1984; 5/1985 y 26/1994, entre otras). No queda justificado en el supuesto que se informa el transcurso de tres años sin que todavía el interesado haya obtenido "resolución definitiva" (sin perjuicio de los efectos negativos del silencio que han dejado expedita la revisión jurisdiccional contencioso-administrativa), todo lo cual hace acreedora a la Administración que ha transferido el servicio de un juicio de inactividad generadora de un perjuicio antijurídico que podría exigirle bien el lesionado, o bien, en su caso, la Administración autonómica, en el supuesto de que, finalmente tuviera que indemnizar a este, supuesto que, como hemos adelantado, entendemos que no se produce en este caso.

D. Órgano autonómico competente para resolver estos procedimientos.

Determinada la procedencia de que tales expedientes pendientes de resolución sean asumidos por la Comunidad Autónoma de La Rioja, se ha de determinar a qué órgano autonómico le corresponde tal competencia, en definitiva, si ha de resolver el Consejero de Salud y Servicios Sociales o la Entidad Gestora que se crea, el Servicio Riojano de Salud.

Atendiendo al artículo 142.2º LRJ-PAC, para que las Entidades de Derecho Público definidas en el artículo 2.2º LRJ-PAC, resuelvan los expedientes de responsabilidad patrimonial es preciso que su norma de creación así lo determine. No existe previsión expresa en la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud por la que se crea el Servicio Riojano de Salud (Título VII, artículos 72 y siguientes), como organismo autónomo de carácter administrativo dotado de personalidad jurídica propia y adscrito a la Consejería competente en materia de salud del Gobierno de La Rioja, por lo que ha de ser dicha Consejería la que resuelva estos expedientes de responsabilidad patrimonial por daños derivados de la

asistencia sanitaria.

Segundo

Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo.

Fijada la competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja (Consejería de Salud y Servicios Sociales) para resolver estos expedientes, procede analizar ahora la necesidad y ámbito de nuestro dictamen en los mismos.

1.- Necesidad.

Son varios los preceptos en los que se afirma la preceptividad de la emisión de informe de Órganos Consultivos, en los expedientes de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, a saber:

- El artículo 11 de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja establece que *"El Consejo Consultivo deberá ser consultado en los siguientes asuntos: g) Reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración Pública"*.

- El artículo 12 del Reglamento del Consejo Consultivo de La Rioja, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, también califica el dictamen de preceptivo (entre otras) para las siguientes materias: párrafo 2º *"En concreto, y según lo dispuesto en los artículos 2 y 11 de la Ley reguladora, el Consejo Consultivo emitirá dictamen, preceptivamente, en los siguientes casos: G) Reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración Pública"*.

- El artículo 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial dispone que: *"Concluido el trámite de audiencia, en el plazo de diez días, el órgano instructor propondrá que se recabe, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, el dictamen de este órgano consultivo o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma. A este efecto, remitirá al órgano competente para recabarlo todo lo actuado en el procedimiento, así como una propuesta de resolución que se ajustará a lo dispuesto en el artículo 13 de este Reglamento o, en su caso, la propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento"*.

2.- Ámbito.

Siguiendo el apartado 2º del artículo 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, este Consejo Consultivo ha de pronunciarse sobre: La existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida, y en su caso, es decir, de concurrir el nexo de causalidad, se ha de examinar, la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Tercero

Inexistencia de relación de causalidad entre el resultado dañoso y el funcionamiento normal o anormal del servicio público.

Entrando ya al fondo del asunto que nos ha sido consultado, es claro que, a tenor de los contenidos que se desprenden de los artículos 106.2 de la Constitución, 139.1 y 2 y 141.1 LRJ-PAC, los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, entendido como cualquier hecho o acto enmarcado dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, deviniendo necesario para declarar tal responsabilidad el cumplido acreditamiento por parte de la reclamante de la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, cuya imputación individual no está jurídicamente obligado a soportar el administrado, y debiendo existir una relación de causa a efecto directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración.

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, de la jurisprudencia *emanada en la interpretación de los mismos y de la propia doctrina fijada por este Órgano Consultivo*, la

conurrencia de los siguientes presupuestos:

1º La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º El daño ha de ser antijurídico, esto es, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

3º La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad públicas del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño. Imputabilidad bien directamente o bien en este expediente por subrogación "ex lege" al abrigo de lo dispuesto en el artículo 20.1º de la Ley 12/1983.

4º La relación de causalidad, de causa a efecto, entre la actividad administrativa y el resultado dañoso; nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa o inmediata; condiciones que sólo pueden operar como punto de partida, pero no de manera obligada en todos los casos. Sin embargo, esta exclusividad del nexo causal ha sido matizada por la doctrina jurisprudencial más reciente, en la que, sin establecer reglas generales, se han tomado en consideración las circunstancias objetivas de cada caso concreto ("ad casum"), admitiendo la posibilidad de que la injerencia de un tercero o del propio lesionado no produzca la ruptura de la relación de causalidad, sino una concurrencia de causas que pudiera, incluso, dar lugar a la graduación del quantum indemnizatorio que, en su caso, deba abonar la Administración.

5º Ausencia de fuerza mayor.

6º Que la reclamación se efectúe dentro del plazo de prescripción de un año a contar desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Para el caso de daños físicos o psíquicos a las personas –como lo es el caso que se informa de contagio de hepatitis C -, *"el plazo comenzará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas"* (artículos 142.5 LRJ-PAC y 4.2 in fine del Real Decreto 429/1993).

Por otra parte, el ya reiterado Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, aplicable a los procedimientos que se inicien, instruyan y resuelvan por todas las Administraciones Públicas, de acuerdo con su artículo 1.2.º sin perjuicio de las especialidades procedimentales que las Comunidades Autónomas puedan establecer en virtud de las competencias estatutariamente asumidas en materia de responsabilidad patrimonial, señala en su artículo 12.2º, que se solicitará que el dictamen del órgano consultivo se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y el modo de la indemnización, lo cual no obsta a que este Consejo Consultivo entre a valorar el resto de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, dado que los términos del precepto únicamente implican que, necesariamente, el pronunciamiento debe abarcar aquellos extremos, sin excluir los demás, como, por otra parte, resulta lógico ante la estrecha relación existente entre los distintos presupuestos de la responsabilidad, de modo que, para el correcto pronunciamiento sobre los mencionados en el reseñado artículo 12.2º, será precisa la apreciación y el análisis de los restantes. Incluso cabe reconocer, a la luz del principio de eficacia que debe presidir la actuación administrativa, la legitimidad de este Consejo Consultivo para examinar la corrección del procedimiento seguido en orden a determinar la existencia o no de responsabilidad administrativa.

Precisado lo anterior, hemos de centrar el objeto de la consulta en el expediente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración incoado a instancia de Don J.A.A.S., quien reclama una indemnización por los daños y perjuicios sufridos al ser infectado por virus de hepatitis C con ocasión de una asistencia sanitaria en el servicios sanitarios del INSALUD dependientes actualmente del Servicio Riojano de Salud.

El primer aspecto que ha de ser tratado es el de si la reclamación ha sido formulada en tiempo, esto es, dentro del plazo de prescripción de un año, toda vez que las asistencias sanitarias fueron prestadas en 1988 y 1997, se le diagnosticó la hepatitis por virus C el 23 de julio de 1997 y su solicitud de indemnización tuvo entrada en el registro general del INSALUD en La Rioja el 31 de marzo de 1999.

El artículo 142.5 LRJ-PAC, ante supuestos como el que ahora nos ocupa de daños

físicos o psíquicos a las personas, fija como día inicial para el cómputo del año prescriptorio la curación o determinación del alcance de las secuelas. Teniendo en cuenta la expresa referencia que a las secuelas hace el artículo 142.5º LRJ-PAC, es patente que el «dies a quo», según el tenor literal del precepto, no puede ser otro que aquel en que quede determinado el alcance de aquéllas, teniendo que rechazar como fecha inicial la del diagnóstico. Tal tesis venía siendo sostenida ya por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas Sentencias como las de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero y 26 de mayo de 1994 (Ar. 1474 y 3750) en las que, en definitiva, viene a establecerse que el «dies a quo» será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto. Como quiera que la hepatitis C es una enfermedad crónica cuyas secuelas, aunque puedan establecerse como posibles, están indeterminadas en el caso concreto, desconociéndose la incidencia de la enfermedad en el futuro de la víctima, estamos claramente ante un supuesto de daño continuado y, por tanto el plazo de prescripción queda abierto hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas. Así se ha decantado recientemente la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2000 (Ar. 8621).

La Administración que instruyó el expediente y que formuló la propuesta de resolución no ha puesto en duda esta cuestión, por lo que entendemos que la reclamación ha sido formulada en tiempo.

El daño alegado debe ser considerado efectivo, pues queda acreditada en el expediente la analítica en que se detecta la infección por virus de hepatitis C con fecha de 23 de julio de 1997.

Llegados a este punto, hemos de entrar en el análisis de su imputabilidad a la Administración sanitaria y, en especial, a la existencia o, en su caso, inexistencia del nexo de causalidad entre el contagio VHC y la prestación del servicio público sanitario. Respecto del nexo causal, ante todo cabe señalar, como lo ha precisado la doctrina jurisprudencial, que constituye un presupuesto esencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuya concurrencia ha de ser objeto de prueba por el interesado, de acuerdo con el principio general sobre la carga de la prueba que para los procedimientos administrativos contempla el artículo 80 LRJ-PAC; y que, más específicamente para el régimen de responsabilidad objetiva de la Administración dispone el artículo 6.1 del Real Decreto 429/1993, a cuyo tenor la reclamación "(...) irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante".

En el escrito de alegaciones el reclamante se aparta de su solicitud inicial

descartando que el contagio de la hepatitis C se produjera como consecuencia de una operación realizada en 1988 en la Clínica de Valvanera de Logroño, mostrando que el único motivo de tal contagio fue la asistencia prestada en el Complejo Hospitalario San Millán de Logroño el día 12 de julio de 1997 a raíz de una agresión sufridas, mas no aporta prueba alguna, teniendo incluso en consideración que no se le realizó transfusión sanguínea.

Pese a las dificultades probatorias existentes que pesan sobre el interesado, la Administración instructora ha aportado elementos objetivos de juicio suficientes que demuestran la inexistencia de una relación de causa a efecto entre la prestación sanitaria dispensada el 12 de julio de 1997 y el contagio del VHC diagnosticado el 23 de julio del mismo año. Y así, en el expediente administrativo se han incorporado los siguientes informes:

- Del Coordinador de Urgencias del Complejo Hospitalario San Millán de 6 de mayo y 8 de julio de 1999 en los que se informa que el paciente acude al Servicio de Urgencias tras sufrir una agresión, presentando heridas en cuero cabelludo, labio superior y ala nasal; que se procedió a la limpieza de las heridas y profilaxis antitetánica rehusando el paciente la sutura de sus heridas; que se utilizaron guantes, material inyectable y de sutura esterilizados; que el personal sanitario en ningún momento informó de accidentes con potencial riesgo; que la profilaxis antitetánica puede incluir toxoide y gammaglobulina antitetánica sin que se disponga de la información precisa sobre si, en este caso, además de toxoide, se administró gammaglobulina.
- De la Sección de Digestivo del citado Complejo Hospitalario, se manifiesta que se le diagnóstico de hepatitis por virus C el 23 de julio de 1997, habiendo permanecido el paciente prácticamente asintomático con cifras de transaminasas discretamente elevadas; que el paciente niega el uso de drogas por vía parenteral y contactos sexuales sospechosos, habiéndose realizado personalmente unos tatuajes, según manifiesta, con medidas de asepsia; que respecto al posible contagio en relación con la asistencia prestada el 12 de julio de 1997, es muy improbable por las medidas de asepsia que se utilizan.

- Del Servicio de Hematología y Hematerapia quien indica que durante 1998 no consta ninguna transfusión realizada a Don J.A.A. y que consultados los libros del Banco de Sangre referente a las transfusiones realizadas desde el 6 al 14 de noviembre de 1988, no hay constancia de envío alguno a la Clínica de Valvanera.
- De la Inspección Médica del INSALUD, que acredita que no existe constancia alguna sobre la transfusión sanguínea alegada por el reclamante y que la asistencia de urgencia que se realizó el 12 de julio de 1997 se efectuó con los medios adecuados, con el material correctamente esterilizado y no hay constancia de ningún accidente (pinchazo) entre el personal sanitario y el paciente, por lo que la hipótesis del contagio es improbable.

Todos estos elementos probatorios aportados por la Administración instructora, obrantes en el expediente administrativo, ponen de manifiesto la inexistencia de una relación de causalidad entre la prestación del servicio sanitario y el diagnóstico de hepatitis por virus C; motivo éste de inviabilidad, sin más, de la pretensión resarcitoria ejercitada por el interesado, sin tener que acudir a la doctrina jurisprudencial existente en la materia sobre el riesgo propio que debía asumir el propio paciente respecto de aquellas transfusiones sanguíneas realizadas con anterioridad a que se comercializase el reactivo para detectar el virus C, esto es, octubre de 1989 (SS. TS. 18-10-97, Ar. 8105; 13-6-98, Ar. 6435; 24-7-99, Ar. 6554; 3-10-2000, Ar. 7799 y 14-11-2001, Ar. 480); y todo ello, porque ha quedado documentado que ni se realizó transfusión sanguínea ni ninguna otra operación de posible contagio del virus de hepatitis C.

CONCLUSIONES

Primera

Es competencia de la Consejería de Salud y Servicios Sociales dictar la resolución definitiva de este expediente de responsabilidad patrimonial pues se ha operado una subrogación íntegra de la Comunidad Autónoma de La Rioja en todos los bienes, derechos y obligaciones derivados de actuaciones del INSALUD por mor de lo dispuesto en el artículo 20.1 de la Ley 12/1983.

Segunda

No existe relación de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal de la Administración sanitaria y el contagio del virus de hepatitis C contraído por Don J.A.A., puesto que éste no es objetivamente imputable a aquélla, por lo que es ajustada a Derecho la propuesta de resolución que desestima la reclamación.

Tercera

No obstante, se advierte que, si la Administración autonómica hubiera tenido que satisfacer alguna indemnización al perjudicado en este procedimiento podría existir un supuesto de responsabilidad de la Administración sanitaria estatal cedente del servicio, ante la inactividad manifiesta durante la tramitación del expediente con incumplimiento de los plazos legal y reglamentariamente preceptuados, en la forma y términos que hemos expuesto en el presente dictamen.

Este es nuestro dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha del encabezamiento.