



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 6 / 1 9 9 7

La Laguna, a 11 de julio de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *Propuesta de orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por B.R.S.R., como consecuencia de las presuntas lesiones derivadas de los servicios de asistencia sanitaria dependientes del Servicio Canario de Salud (EXP. 65/1997 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, es una propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial por daños, incoado por el Servicio Canario de la Salud, interesado por B.R.S.R., que como consecuencia presuntamente, de una transfusión de sangre a que fue sometida, resultado de otra dolencia de la que al parecer ya ha sanado, se le infectó con el virus V.I.H. Del contenido de esta propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los arts. 11.1 y 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo en relación este último precepto con el art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 21 de abril, del Consejo de Estado y con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

* PONENTE: Sr. Plata Medina.

II

Se cumple el requisito de legitimación activa porque la reclamante pretende el resarcimiento de una lesión de carácter personal.

La persona pública que está legitimada pasivamente es el Servicio Canario de Salud (S.C.S.), porque, según los arts. 45 y 50 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC) en relación con el art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y los arts. 4 y 7 de la Ley 7/1984, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (LHPCan), se trata de un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, al que corresponde, entre otras funciones, la prestación de los servicios de asistencia y la gestión y administración de los centros sanitarios (arts. 45, 50.3 y 51.1.g), h), i) LOSC), lo que lo convierte en un centro de imputación separado de su Administración matriz (la autonómica) al que se deben referir las relaciones jurídicas que genera en su tráfico administrativo y la responsabilidad derivada de los actos y hechos que constituyen dicho tráfico.

A esta legitimación pasiva del SCS no empece que el órgano competente para resolver este procedimiento sea, en virtud del art. 142.2 LPAC, en relación con el art. 50.2 LOSC, el titular del Departamento al que está adscrito. Que el órgano competente para dictar la resolución propuesta sea el Consejero de Sanidad resulta del art. 142.2 LPAC, en relación con la disposición final Iª de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (LGA) y con el art. 50.2 LOSC; de donde se deriva que el órgano competente para incoar, instruir y formular la Propuesta de Resolución en este tipo de procedimientos sea el Secretario General del Servicio Canario de Salud (SCS), en virtud del art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autónoma (DODA), en relación con los arts. 10.3 y 15,a) del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, que aprobó el Reglamento de Organización y Funcionamiento del SCS (ROSCS). Las competencias respectivas del Consejero y del Secretario General del SCS que se acaban de señalar han sido fundamentadas por extenso en los Dictámenes 78, 79 y 81/1996 de este Consejo, a los que se remite para evitar repeticiones innecesarias.

No es obstáculo a esta legitimación pasiva del SCS la circunstancia de que el hecho al que se imputa la causación del daño sea una intervención quirúrgica realizada al reclamante en el marco de la asistencia sanitaria que dispensaba el INSALUD en Canarias antes de la transferencia, por obra del Real Decreto 446/1994, de 11 de marzo, de sus funciones y servicios a la Comunidad Autónoma; porque, como hemos fundamentado por extenso en los Dictámenes 113/1996, de 23 de diciembre, 6/1997 y 8/1997, ambos de 30 de enero, aquí se está ante una sucesión entre entes públicos en virtud de la cual el ente sucesor, la Administración de la Comunidad Autónoma y sus personificaciones instrumentales, se subroga en la misma posición jurídica que el ente sucedido, la Administración central (SSTC 58/1982, de 27 de julio, FJ 2; y 85/1984, de 26 de julio, FJ 7). Por ello, la Administración sucesora está legitimada pasivamente frente a los perjudicados por el funcionamiento de dichos servicios con anterioridad a su transferencia, sin perjuicio de que el importe de las eventuales indemnizaciones que satisficiera pueda repetirlo frente a la sucedida (SSTS de 11 de octubre de 1990, Ar. 7895; y de 9 de diciembre de 1993, Ar. 9943). Siendo ello así, no es conforme a Derecho el Fundamento Primero de la propuesta de resolución que se analiza en cuanto considera que no existe legitimación pasiva por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canaria en la personificación del SCS sino, en su caso, de la Administración del Estado. Por otra parte y, en consonancia con ello, tampoco resulta conforme a Derecho que, después de considerar que no existe legitimación pasiva, se resuelva desestimar la pretensión de la reclamante incurriendo así en una incongruencia patente y manifiesta.

III

En primer término conviene precisar que, la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución Española, y que aparece formulada en el artículo 121 de la LEF y 139 de la LRJAPC, supone que la Administración responde por toda lesión que los particulares sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, esto es, de la gestión administrativa en general, incluso de las actuaciones u omisiones puramente materiales o de hecho y, en su consecuencia, prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto causante de la lesión resarcible. De acuerdo con ello quedan también comprendidos los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, lo cual supone la

inclusión dentro de la fórmula legal de los daños causados involuntariamente, y en definitiva los resultantes del riesgo creado por la existencia misma de ciertos servicios o por la forma en que estén organizados. En su consecuencia, basta la existencia de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto a una persona o un grupo de personas, para que surja la obligación de indemnizar, sin que se requiera otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto causante del daño; abarcando hechos que, aunque insólitos, tienen lugar dentro de las virtualidades propias que encierra el funcionamiento de esa actividad o servicio, a pesar de ser independiente del actuar del órgano administrativo. Por su parte, el concepto jurídico de fuerza mayor (art. 1.105 del Código Civil) está reservado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a los acontecimientos extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad, según su propia naturaleza, y no comprende aquellos hechos que, aunque insólitos, tengan lugar dentro de las virtualidades propias que encierra o provoca la actividad del agente.

IV

La reclamante desde el comienzo de las actuaciones (escrito inicial de reclamación de 25 marzo de 1996, folio 2) entendía que la reclamación que estaba formulando era la previa a la vía judicial correspondiente al orden social, lo que reitera en escritos de fecha 10 de mayo de 1996 (folios 23 a 25); 3 de junio de 1996 (folios 31 a 33); 19 de julio de 1996 (folios 63 y 64); 8 de octubre de 1996 (folio 72); 10 de octubre de 1996 (folios 73 a 79); 8 de noviembre de 1996 (folio 99); y de 24 de marzo de 1997, de evacuación del trámite de audiencia, en el que, una vez más, manifiesta que "por haberse presentado demanda ante la vía jurisdiccional social, que entiendo es la competente en este caso, solicita (la abstención) de seguir con el procedimiento administrativo". Y, en efecto, consta en las actuaciones (folio 156) copia de Auto, de 3 de abril de 1996, del Juzgado de lo Social nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, de admisión a trámite de la correspondiente demanda y de requerimiento al Servicio Canario de la Salud del historial clínico de la actora, replanteándose los temas -al parecer no definitivamente cerrados- del orden jurisdiccional competente y de la pendencia de causa ante el orden jurisdiccional de lo social, siendo así que el pie de recurso de la Resolución que en su día culmine el procedimiento indicará el orden jurisdiccional contencioso administrativo, cuando ya

existe causa abierta por los mismos hechos en otro orden jurisdiccional. No obstante esta calificación realizada por la interesada, la Administración, en cumplimiento del deber de dar el curso adecuado a las solicitudes de los interesados que para ella resulta del art. 110.2 LPAC (Dictámenes del Consejo de Estado 1.305/92, de 3 de diciembre de 1992 y 1.596/92, de 14 de enero de 1993 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretando el art. 114.2 LPA, precedente legislativo del art. 110.2 LPAC), recalificó dicho escrito como el de reclamación administrativa contemplado en los arts. 139 y ss LPAC, recalificación que fue notificada a la representación de la reclamante.

Por lo que respecta a esta cuestión se deberá valorar el grado de interconexión entre la actual causa incoada en el orden social, el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial incoado, así como el posible conocimiento por el orden contencioso administrativo si la Resolución final resulta desestimatoria de la reclamación interpuesta. Debe señalarse al respecto que el inicio de acciones judiciales puede interrumpir el plazo anual de prescripción en materia de responsabilidad patrimonial, aunque para ello "es necesaria la conexión entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo de que se trate" (DCE 1.497/94). En Dictamen posterior, sin embargo, el Consejo de Estado (DCE 1.918/1995) estima la compatibilidad entre la Jurisdicción civil y el procedimiento administrativo sobre los mismos hechos dados los diferentes "parámetros jurídicos" con los que el orden Jurisdiccional aborda las pretensiones deducidas, concluyendo en que "no existe óbice en dictar resolución en el asunto consultado, a pesar de la pendencia de pretensiones similares ante los Tribunales de orden civil". Sin que, por cierto, se haga consideración alguna sobre el alcance de la Ley orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales. Tampoco se hace esa referencia en las actuaciones, en las que a la Administración le consta el inicio del proceso judicial, desconociéndose si el Juzgado tiene conocimiento del procedimiento administrativo incoado. Sí queda constancia de la repetida solicitud de abstención que la reclamante formuló al órgano administrativo incoador del expediente de responsabilidad patrimonial, que no fue atendida. Con carácter general, si la Propuesta de Resolución que culmina el expediente fuera favorable a la pretensión de la parte, ningún inconveniente u obstáculo de orden práctico habría en que el procedimiento administrativo culminara, lo que daría lugar a la finalización del proceso judicial por satisfacción

extraprocesal de la pretensión. Si la Propuesta de Resolución fuera desestimatoria - como en el presente caso- nos podríamos encontrar con dos órdenes jurisdiccionales conociendo de los mismos hechos, con las lógicas consecuencia de índole procesal que se derivarían. De ello se desprende que lo procedimentalmente correcto podría haber sido instar el correspondiente conflicto de jurisdicción y requerir de inhibición al Juzgado de lo social que estaba conociendo idénticas actuaciones, tal y como señala la Ley 2/1987 de 18 de mayo de Conflictos Jurisdiccionales antes citada. Sobre la jurisdicción competente, al respecto nos remitimos a la posición mantenida por este Consejo en los DDCC 31/1997, de 20 de marzo, 39/1997, de 18 de abril y 57/1997, de 26 de junio.

V

Se hace necesario a continuación analizar diferentes irregularidades procedimentales observadas en la tramitación del expediente, que han de ser puestas de relieve, máxime cuando se vienen produciendo de forma reiterada en los expedientes de idéntica naturaleza tramitados por la propia Consejería:

1.- Acuerdo de admisión a trámite de la reclamación y de designación de instructor y secretario del mismo.

Figura en el expediente un denominado Acuerdo de admisión a trámite de la reclamación ordenando iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial. A este respecto cabe observar *ab initio* la contradicción que encierra el mismo en sus propios términos, en la medida en que los expedientes administrativos se inician bien de oficio o a solicitud de persona interesada y, si bien, cuando se inician de oficio, ha de hacerse necesariamente por acuerdo del órgano competente, obviamente cuando se inicia a solicitud del interesado, como es el caso, dicho inicio se produce por la presentación de la solicitud por su parte sin que sea preciso acuerdo alguno por parte de la Administración (arts.68 y siguientes de la LPAC).

Por otra parte, también en el propio acuerdo se designa "instructor y secretario" para la tramitación del mismo, y si bien la mención del instructor puede ser correcta, ambas figuras asociadas son propias de los expedientes disciplinarios y carecen de justificación en este tipo de expedientes, los cuales han de ser tramitados e instruidos, sin más, por los elementos personales del órgano competente.

2.- Acuerdo de apertura limitada de un período probatorio. . En el presente caso se da la circunstancia curiosa de que el instructor del expediente acuerda la apertura de un período probatorio 30 días a los solos y exclusivos efectos de que previo consentimiento de la paciente sea analizada el fragmento de médula ósea afín de determinar en ella la existencia o no de HIV y que, en caso de que no se preste dicho consentimiento, no se procederá a la apertura del período probatorio, continuando el procedimiento por los trámites oportunos, añadiéndose que contra el citado acuerdo, por ser de mero trámite, no cabe recurso alguno.

La resolución administrativa que ha de ser adoptada ha de realizarse en función de los datos obrantes en el expediente. Ahora bien, no basta con que esos datos hayan sido aportados, sino es preciso que hayan sido comprobados. Esta actividad complementaria de la puramente alegatoria se define como prueba y puede ser conceptuada como acto o serie de actos con los que se trata de averiguar la realidad o certeza de los datos que han de ser valorados en la resolución final. Siendo ello así, en primer término, conviene señalar que la apertura de período probatorio tiene carácter preceptivo "cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados" (art. 80.2 LPAC) por lo que, de no darse esta circunstancia, dicho trámite ha de verificarse necesariamente sin que sea conforme a Derecho en su consecuencia el acuerdo de rechazar la apertura de un período probatorio al no tener por ciertos los hechos alegados por el interesado. Asimismo, resulta contrario a Derecho dicho acuerdo en cuanto considera que, al tratarse de un acto de mero trámite, contra dicha denegación no cabe recurso alguno. A este respecto conviene precisar que el art. 107 de la LPAC posibilita la interposición de recurso ordinario contra las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa y contra los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión, razón que determina que, en el supuesto objeto de Dictamen, no estemos en presencia de un acto de mero trámite, como señala impropiaemente dicho acuerdo, sino de un acto de trámite cualificado -como es denominado por la doctrina- en cuanto que el rechazo de la apertura de un período probatorio puede producir indefensión a la reclamante y, en consecuencia, susceptible de recurso ordinario.

VI

En cuanto al fondo del asunto a que concierne el expediente incoado, estos son los hechos:

- El 17 de septiembre de 1985 a la hoy reclamante se le diagnosticó leucemia, cuyo tratamiento requirió varias transfusiones de sangre con concentrado de hematíes y plaquetas que se llevaron a cabo en distintas fechas del mes de septiembre y diciembre, siendo ingresada el 9 de julio de 1991 para extracción de médula ósea siendo nuevamente transfundida.

- En julio de 1991, se procedió a la toma de la paciente de una muestra de médula ósea que actualmente se encuentra congelada, disponiéndose de un volumen entre 200 c.c. y 250 c.c. de médula ósea criopreservada y de un tubo o microvial de 2-3- c.c. de médula ósea concentrada y criopreservada.

- El 21 de septiembre de 1995 se le realiza la prueba de Screening V.I.H. que resultó positiva.

De los informes obrantes en el expediente se constata que los concentrados de hematíes que le fueron transfundidos a la hoy reclamante el 9 de julio de 1991, tras ser sometidos a pruebas serológicas frente al V.I.H., arrojaron un resultado negativo, por lo que queda descartada que hubiera sido tal transfusión la causante de la actual patología de la reclamante. Por lo que respecta a las realizadas en 1985, no se pueden certificar los resultados de la serología vírica "por cuanto como consecuencia de una inundación del local donde se custodiaban los libros de registro de dichas transfusiones, éstos quedaron ilegibles, por lo que fueron desechados"; causa que impide asimismo certificar la procedencia de dichos hemoderivados. Salvo esta declaración, no consta en el expediente referencia alguna a las circunstancias concurrentes en esa inundación (causa; cuando ocurrió; donde estaban los libros registro; qué libros fueron afectados; cuál ha sido su destino, por citar alguna) debidamente certificadas por quién tenía la responsabilidad de su custodia, perdiéndose de esta forma un cualificado elemento de prueba cual sería aquél que permitiría determinar que alguna de las unidades de concentrados transfundidos en 1985 estaba contaminada con virus de V.I.H. La desaparición de esta prueba no es desde luego imputable a la reclamante y sí objetivamente a la Administración responsable de su custodia, sean cuales fueren las causas remotas de tal inundación,

aunque su conocimiento podría acreditar el concurso o no de negligencia en el desempeño de las funciones de la custodia debida.

Existe sin embargo otro elemento probatorio cuya realización requiere el previo consentimiento de la reclamante, consentimiento que fue denegado por escrito de 11 de julio de 1996, por considerar que la muestra podría ser necesaria para el futuro tratamiento de la leucemia. En efecto, "la utilización del microvial para efectuar pruebas conducentes a determinar la existencia o no de V.I.H. no impediría la utilización futura del volumen de 200-250 c.c., considerando no obstante que se encuentra en remisión completa su leucemia desde 1988" (folios 103 y 113). Debe señalarse al respecto que el Centro Nacional de Microbiología, Virología e Inmunología Sanitarias del Instituto de la Salud Carlos III informó que una metodología como la propuesta "permitiría establecer el diagnóstico de la infección por V.I.H., incluso en una hipotética situación de período ventana, dado la elevada sensibilidad y la alta especificidad de las técnicas propuestas". Lo cual permitiría -según la Propuesta de Resolución- determinar "la existencia o no de la relación causal entre las transfusiones practicadas en 1985 y el contagio de V.I.H.", lo que impide precisamente la negativa de la reclamante en amparo precisamente de su derecho a la salud.

La realización de la citada prueba podría acreditar que la infección de V.I.H. fue anterior a 1991, siendo más que probable que, dada la edad de la reclamante en 1985 (9 años), la infección fuera producto de las transfusiones realizadas en 1985. Ahora bien, debe tenerse en cuenta -en tal eventualidad- que fue por Orden de 18 de febrero de 1987 cuando se determinó la obligatoriedad de realizar las pruebas de detección de anticuerpos en las donaciones de sangre (al parecer ése era el origen de la sangre transfundida en 1985), aunque desde 1985 (Resolución de 6 de septiembre de 1985) era exigible realizar la prueba de anticuerpos en las unidades de plasma destinadas a hemoderivados por las industrias fraccionadoras de plasma y los fabricantes e importadores de hemoderivados, y fue por Decreto 1.945/1985, cuando se procedió a regular la hemodonación y los Bancos de sangre, estableciendo su Orden de desarrollo un sistema de cuestionario para la determinación de si los donantes se hallaban en grupos de riesgo de SIDA.

En consecuencia, la interesada no ha acreditado, negándose incluso a la realización de pruebas que pudieran demostrar lo que alega, el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el hecho lesivo, por lo que no procede estimar la reclamación patrimonial que se dictamina.

CONCLUSIÓN

Salvo que la Administración entendiese que debe instar el oportuno conflicto jurisdiccional, en cuyo caso debería abstenerse de resolver hasta la resolución de dicho conflicto, y con las matizaciones expresadas, se estima que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, al no acreditarse la relación de causalidad, aunque hay indicios cuya plena confirmación no ha sido posible dada la oposición de la reclamante a realizar prueba específica sobre microvial de su médula espinal.