



Consejo Consultivo de Canarias

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

La Laguna, a 2 de marzo de 1999.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por O.V.L., como consecuencia de las presuntas lesiones derivadas de los servicios de asistencia sanitaria dependientes del Servicio Canario de la Salud (EXP. 72/1998 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 (PR) de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. De la naturaleza de dicho procedimiento 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.

II

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

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

2. En cuanto a la legitimación pasiva, se debe atender a que las lesiones por las que se reclaman se imputan a la asistencia sanitaria prestada en un establecimiento sanitario dependiente del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), el Hospital Universitario Clínica de Puerta de Hierro (CPH) de Madrid, al cual fue remitida la reclamante por el Servicio Canario de Salud, ya que aquél es el centro de referencia en radiocirugía del Sistema Nacional de Salud.

El segundo fundamento de Derecho de la Propuesta de Resolución considera que la CPH es una persona jurídica vinculada al Servicio Canario de Salud por medio de un contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto contemplada en el art. 157, c) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) y que, como el tratamiento en la CPH fue ordenado por el SCS, éste es competente, en virtud del art. 98 LCAP, para instruir el procedimiento dirigido a establecer la concurrencia de los requisitos para la estimación de la pretensión indemnizatoria y determinar, en caso de que se dieran, cuál de las dos partes contratantes debería responder.

Esta fundamentación no se puede compartir porque:

a) La CPH no tiene personalidad jurídica, por ende, no puede ser contratista de una Administración. Es el ente público INSALUD, titular de ese establecimiento sanitario, el que posee personalidad jurídica.

b) Conforme a los artículos, de carácter básico, 155.2 y 156.1 y 2 LCAP, en los contratos de gestión de servicios públicos el contratista es siempre una persona jurídico-privada.

c) En coherencia con ello, los arts. 94.2 y 96.1 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC), disponen que sólo las entidades privadas pueden ser contratistas en los conciertos sanitarios que celebre el Servicio Canario de Salud.

El establecimiento sanitario CPH ha prestado asistencia sanitaria a la reclamante, no en virtud de una inexistente relación contractual entre el organismo autónomo Instituto Nacional de la Salud y el organismo autónomo Servicio Canario de la Salud, sino en virtud de la obligación *ex lege* que resulta del art. 15.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, LGS. Este precepto establece que el Ministerio de Sanidad y Consumo acreditará servicios de referencia a los que podrán

acceder todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud (SNS), una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de los servicios especializados de la Comunidad Autónoma donde residan.

Según ello, los usuarios del SNS tienen un derecho *ex lege* a la asistencia sanitaria de esos centros de referencia, con independencia de que su titularidad corresponda a cualquiera de los entes públicos integrantes del SNS conforme a los arts. 44 y 45 LGS.

El presupuesto para el nacimiento y ejercicio de ese derecho de acceso a esos centros de referencia consiste en que el servicio de salud de su Comunidad Autónoma no tenga posibilidad de diagnosticar y/o tratar su patología. La obligación del servicio de salud es una obligación de proporcionar todos los medios necesarios para procurar el restablecimiento de la salud del paciente. Si entre esos medios necesarios se encuentran algunos que no están a disposición del servicio autonómico de salud, cumple con su obligación de proporcionárselos al paciente remitiéndolo al correspondiente centro de referencia. El ente público titular de este último no puede negarse a dispensarle la asistencia porque está obligado en virtud del art. 15.2 LGS.

Este derecho de acceso a las prestaciones sanitarias del centro de referencia forma parte del derecho más general a la protección de la salud que reconoce el art. 1.2 LGS a todos los españoles en desarrollo del art. 43 de la Constitución. Es en el seno de la relación jurídica que surge *ex art.* 15.2 LGS entre el centro de referencia y el usuario (y que consiste en el derecho de éste a recibir asistencia sanitaria en aquél y la correlativa obligación de prestársela del ente titular del centro de referencia) donde se despliega el conjunto de derechos y obligaciones que atribuyen a los usuarios los arts. 10 y 11 LGS.

El Servicio Canario de Salud no puede responder del cumplimiento de esos derechos ni dilucidar su eventual vulneración, porque la prestación sanitaria no la realiza él, sino otro ente, siendo esa asistencia sanitaria el presupuesto y el eje de la constelación de derechos y correlativas obligaciones que establece el art. 10 LGS. Así, no es el personal del SCS el que realiza la actuación médica; por tanto, el SCS no puede controlar que se presta adecuadamente, ni responder en caso de que por mala práctica profesional se hayan irrogado daños al paciente; tampoco puede cumplir con la obligación de darle información continuada al paciente sobre su proceso, ni con la de contar con su previo consentimiento escrito para la realización de intervenciones,

ni por consiguiente puede responder en caso de que, siendo correcta la actuación médica, haya causado daños iatrogénicos de los que no fue advertido previamente el paciente y a los que, por ende, no alcanzó su consentimiento en orden a excluirlos de la calificación de lesiones antijurídicas.

En definitiva, ni el hecho lesivo que se alega se imputa a la actuación de los agentes del Servicio Canario de Salud, ni éste tiene poder de decisión sobre el centro sanitario a cuya actividad se imputa el daño, ni se puede imputar la actividad de un centro sanitario radicado en Madrid y dependiente de un ente público de la Administración del Estado al funcionamiento del servicio público de salud autonómico, pues el ámbito territorial de la actividad de éste está limitado al de la Comunidad Autónoma de Canarias en virtud del art. 40.1 de su Estatuto de Autonomía.

En consecuencia, el Servicio Canario de Salud no está legitimado pasivamente. El ente público que lo está es el titular del centro sanitario donde se realizó la asistencia médica por la que se reclama y a cuya prestación venía obligado por el art. 15.2 LGS.

Por ello, huelga toda consideración sobre si las lesiones por las que se reclaman son consecuencia del tratamiento que la *lex artis ad hoc* recomendaba aplicar en primera línea, y cuyo riesgo de producción asumió la reclamante en cuanto asumió los beneficios que pudieran derivarse de la intervención, una vez informada de dichos riesgos, como sobre si son debidas a una mala práctica médica que en ningún momento ha alegado la reclamante, como sobre si se debieron a la intervención quirúrgica que se le realizó en un centro privado.

C O N C L U S I O N E S

1. El Servicio Canario de Salud no está legitimado pasivamente frente a la reclamación que ha dado lugar al presente procedimiento.

2. La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho porque con una fundamentación jurídicamente incorrecta declara la legitimación pasiva del Servicio Canario de Salud y entra en el fondo del asunto cuando, dada esa falta de legitimación pasiva, debe abstenerse de ello limitándose a declarar que el legitimado pasivamente es el INSALUD.