



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 5 4 / 2 0 1 1

(Sección 2ª)

La Laguna, a 18 de octubre de 2011.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por R.R.J., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 542/2011 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es la propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de Salud.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad para solicitarlo resultan de los artículos 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el artículo 12, de carácter básico, del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP).

3. Conforme al artículo 13.3 RPRP, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, el cual se ha sobrepasado ampliamente aquí; sin embargo, aun fuera de plazo, la Administración está obligada a resolver expresamente en virtud de los artículos 42.1 y 43.1 4.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

4. La causación de los daños alegados se imputa a la actuación de una empleada de un hospital privado que atendió al reclamante por cuenta del Servicio Canario de Salud en virtud de un concierto sanitario entre éste y dicho hospital.

El objeto de los conciertos sanitarios es la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a las Administraciones públicas (artículo 90.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, LGS). La Administración fija los requisitos y condiciones mínimas básicas y comunes de los conciertos (artículo 90.4 LGS), los cuales establecen las obligaciones y derechos de las partes (artículo 90.6 LGS), correspondiendo a la Administración las funciones de inspección sobre los aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta de la Administración Pública en los centros privados concertados (artículo 94.2 LGS). La Administración ostenta poderes de policía sobre el centro concertado dirigidos a garantizar que la asistencia sanitaria se preste en las condiciones legales y convenientes, pero la actividad del centro concertado no se publica.

Los conciertos sanitarios, cuya regulación específica se encuentra en la LGS, pertenecen al género del contrato administrativo típico denominado concierto para la gestión indirecta de los servicios públicos que se encontraba ya contemplado en la Base X.1 de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado (LBCE) y en el artículo 66 del Texto Articulado que la desarrollaba (aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril); y que actualmente se definen de manera idéntica en el artículo 253, c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Esta naturaleza del concierto sanitario como un contrato de gestión indirecta de los servicios públicos implica que, para todo aquello que no regule el artículo 90 LGS, habrá que acudir a la legislación de contratación pública.

El hecho lesivo que alega el interesado acaeció el 23 de junio de 2004 en el centro sanitario privado donde era atendido en virtud de un concierto existente en esa fecha. Ello determina que le sea aplicable la legislación de contratos administrativos vigente en esa fecha (D.T. 1º LCSP) constituida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). Por ello serán sus preceptos los que se citen, aunque su contenido sea idéntico al de los preceptos que los han sustituido.

El artículo 90 LGS guarda silencio sobre el régimen de la responsabilidad patrimonial derivada de la ejecución del concierto. De ahí que, como se señaló anteriormente, se haya de acudir a la legislación general de contratación administrativa que, como se ha visto, en este caso está representada por el TRLCAP.

El artículo 157.c) TRLCAP contempla al concierto como una modalidad de contratación de la gestión de servicios públicos; de ahí que, conforme al artículo 162.c) TRLCAP, el contratista esté obligado a indemnizar los daños que en la ejecución del contrato cause a terceros, excepto cuando el daño sea producido a causas imputables a la Administración. La regla del artículo 162.c) TRLCAP es una reiteración de la contenida en el apartado primero del artículo 98 TRLCAP, cuyo apartado segundo precisa que por causas imputables a la Administración han de entenderse las órdenes de ésta que originen directa e inmediatamente los daños y los causados por los vicios de los proyectos elaborados por ella misma.

En definitiva, 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. Esta conclusión lleva necesariamente a esta otra: En los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración titular del servicio público de salud, el SCS 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 virtud de los artículos 98 y 162.c) TRLCAP. Así resulta de la D.A. XII de la LRJAP-PAC; de la D.A. 1ª RPRP; del segundo párrafo del artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ); y del artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

Conforme a todos estos preceptos el procedimiento para las reclamaciones por daños causados por contratistas de la Administración (en general y, en especial y expresamente, por los centros sanitarios privados concertados) es el regulado en el RPRP y en ellos está legitimada pasivamente la empresa contratista, puesto que tiene la cualidad de interesada según el artículo 31.1.b) de la LRJAP-PAC, en relación con los artículos 98 y 162.c) TRLCAP [actualmente, artículo 198 y 256.c) LCSP].

Lo expuesto hasta aquí no es desvirtuado por el hecho de que el artículo 97.3 TRLCAP (actualmente el artículo 198.3 LCSP) contemple que los terceros perjudicados "*podrán requerir previamente al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción*". Ello por las siguientes razones:

Lo que el artículo 97.3 TRLCAP (ahora 198.3 LCSP) confiere al perjudicado es una facultad como expresamente la califica el tenor del precepto y como resulta de la expresión "*podrá requerir*". No le impone la carga de que para alcanzar su pretensión deba formular necesariamente ese requerimiento como un obligatorio trámite previo a la interposición de su reclamación. A su elección queda presentar ésta directamente o formular ese requerimiento.

Esto lo corrobora el siguiente apartado del art. 97 TRLCAP (actualmente, artículo 198.4 LCSP) "La reclamación de aquéllos se formulará en todo caso conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto".

Ese requerimiento potestativo es distinto de la reclamación. Ésta se ha de tramitar por el procedimiento legal que corresponda que, cuando se trata de daños causados a usuarios del servicio público de salud, se ha de tramitar por el procedimiento administrativo de reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tal como ordenan la D.A. XII LPAC, el segundo párrafo del artículo 9.4 LOPJ y el apartado e) del artículo 2 LJCA.

Por esta razón el instructor del procedimiento notificó a Clínicas del Sur, S.L.U., empresa titular del hospital privado concertado *H.S.*, la iniciación del procedimiento para que se personara en el mismo, alegara lo que conviniera a su derecho y propusiera prueba (folios 43 a 49 del expediente); y le dio trámite de audiencia (folios 250 y 251).

Sin embargo, a pesar de que la sociedad mercantil tenía el carácter de interesada, no le notificó el acuerdo sobre la apertura del período probatorio, ni la citó a la práctica de las pruebas testificales, ni le notificó los dos trámites de audiencia posteriores al primero motivados por la incorporación de nueva documentación al procedimiento.

La notificación a esta interesada de esos trámites y actuaciones era obligada en virtud de los artículos 81.1 y 2 (práctica de la prueba); 84 (trámite de audiencia) y 85.3 (principios de contradicción y de igualdad de los interesados) LRJAP-PAC.

La carencia de notificación de estos trámites a la sociedad mercantil legitimada pasivamente no impone que se retrotraigan las actuaciones porque esas infracciones procedimentales no le generan indefensión puesto que la propuesta de resolución no se pronuncia sobre la responsabilidad de la contratista. Esas infracciones procedimentales tienen como consecuencia que, en el supuesto de que se estimare la pretensión por la resolución final, ésta no podrá imponer a la sociedad mercantil la

obligación de resarcir, sino que el SCS deberá indemnizar directamente al reclamante y luego iniciar un procedimiento, donde la sociedad mercantil tenga oportunidades plenas de defensa, a fin de repetir contra ésta la indemnización que satisfizo en su lugar.

5. La propuesta de resolución expresa que el SCS está legitimado pasivamente. Por las razones que se acaban de exponer, ha de señalar que también está legitimada pasivamente la sociedad mercantil titular del centro sanitario concertado.

II

El fundamento fáctico de la pretensión resarcitoria, tal como resulta de lo actuado en el procedimiento y se recoge en la propuesta de resolución, es el siguiente:

El reclamante es pensionista de la Seguridad Social desde el 8 de julio de 1992.

En el marco de la asistencia sanitaria pública y por cuenta del SCS ingresó el 23 de junio de 2004 en el centro médico privado H.S. concertado con el SCS.

El ingreso se debió a que sufrió un síndrome coronario agudo por angina de pecho inestable por lo que, una vez estabilizado, se le intervino quirúrgicamente el 20 de julio de 2004 para realizarle una revascularización coronaria por medio de tres by-pass. Recibió el alta hospitalaria el 28 de julio de 2004.

Cuando fue ingresado el 23 de junio de 2004 se le canalizó una vía venosa en el miembro superior izquierdo. El líquido perfundido por esa vía se extravasó y comprimió los nervios mediano y radial, causando en este último una neuropatía de carácter axonal, lo que determinó que siguiera un tratamiento médico y rehabilitador. La rehabilitación se inició el 5 de julio de 2004. La Doctora D.C. del Servicio de Rehabilitación el 6 de febrero de 2006 anota en la historia clínica del paciente que existe una recuperación total de la sensibilidad y movimiento de la mano y lo cita para nueva revisión, el 23 de abril de 2006, control al que no acudió el paciente.

El informe aportado por el reclamante de la neuróloga Doctora L.R., fechado el 19 de septiembre de 2006, expresa que a la exploración neurológica no objetiva déficits a destacar.

El informe médico pericial, suscrito por el Doctor M.P., aportado por el reclamante y que está fechado el 25 de enero de 2008, en el apartado "*Exploración y*

estado actual" expresa "No hay pérdida de fuerza ni limitaciones de movilidad en antebrazo, articulación de la muñeca y dedos de la mano izquierda. En el momento actual no se aprecian déficit en la extremidad superior izquierda" .

Los informes médicos coinciden en que el paciente curó completamente de la neuropatía que le causó la extravasación del líquido sin que le haya dejado secuela alguna. Este restablecimiento completo se produjo según la doctora del Servicio de Rehabilitación el 6 de febrero de 2006, lo cual es corroborado por el informe de la neuróloga, que lo examina el 9 de septiembre de 2006 sin hallar secuelas neurológicas.

Según el artículo 142.5 LRJAP-PAC el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho dañoso o de manifestarse su efecto lesivo, y si se trata de daños físicos a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación.

En el presente caso la curación de la lesión personal por la que se reclama se constató el 6 de febrero de 2006 y el escrito de reclamación se presentó el 28 de enero de 2008, un año, once meses y veintidós días después de dicha fecha, por lo que es forzoso coincidir con la propuesta de resolución en que procede la desestimación de la reclamación por prescripción de la acción resarcitoria.

Esta prescripción impide que se analice si concurren los demás requisitos legales para la estimación de la pretensión.

C O N C L U S I Ó N

Se considera conforme a Derecho la desestimación de la pretensión deducida, por prescripción del derecho a reclamar.