

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

## **DICTAMEN**

**30/02**

Correspondiente a la consulta trasladada por la Consejería de Salud y Servicios Sociales en relación con el expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración instado por doña M.I.N.A. por daños sufridos a consecuencia de tratamiento médico-quirúrgico dispensado en el Hospital "San Millán-San Pedro" de Logroño.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

A la reclamante, doña M.I.N.A., con fecha 23 de noviembre de 1999, le fue diagnosticada una miomatosis uterina y quiste anexial derecho, por lo cual se le propuso la práctica de una operación de histerectomía total con doble anexectomía (extirpación del útero en su totalidad y de ambas trompas y ovarios). La paciente dió su consentimiento para dicha intervención, previamente informada de sus riesgos.

La operación quirúrgica se realizó el 11 de abril de 2000, viéndose dificultada por la existencia de una endometriosis en el ovario derecho con adherencias intestinales.

El 25 de abril de 2000, aparecen nuevos e imprevistos síntomas patológicos, por lo que, realizado un urograma, se aprecia la existencia de un uréter derecho doble con obstrucción en el superior, que parece fistulizado a vagina, por donde se producen pérdidas de orina causantes de infecciones

El 26 de abril de 2000, la paciente firma autorización de tratamiento de cistoscopia, pielografía retrógrada en ambos sistemas uretrales y colocación de catéter doble J derecho. El 28 de abril siguiente se realiza ureterocistoscopia y cateterismo uretral del pielón inferior, que resulta normal, pero no se pudo colocar el catéter doble J por no ser posible el relleno del uréter distal correspondiente al pielón superior.

A la vista de estas circunstancias, se decidió optar por la corrección diferida de la fístula, confiando en una curación espontánea, colocándose de momento una sonda de nefrostomía, por cuya obstrucción posterior la paciente, que había sido dada de alta, tuvo que ingresar de nuevo de urgencia el 5 de julio de 2000.

El 7 de julio, se realiza una pielografía y es incluida en lista de espera quirúrgica para uretero-ureterostomía u ureterovésico anastomosis, indicándose como tiempo probable de espera el de dos meses.

La sonda se vuelve a obstruir el 13 de agosto, por lo que vuelve a ser ingresada la paciente, que es dada de alta el 17 del mismo mes.

Finalmente, la paciente fue operada el 14 de diciembre de 2000, practicándosele una uréter-ureterorrafia en doble sistema uretral derecho, operación que obtuvo el éxito deseado, siendo dada de alta el 29 de diciembre de 2000.

### **Segundo**

Por escrito presentado el 18 de abril de 2001, la interesada formuló reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por entender que la primera intervención a que fue sometida en el Complejo Hospitalario "San Millán-San Pedro" de Logroño fue "errónea, negligente o fallida", lo que, a su juicio, provocó el "acortamiento de un año de su vida", por lo que solicita una indemnización de seis millones de pesetas.

### **Tercero**

Tramitado el expediente, por el Subdirector General de Inspección Sanitaria del INSALUD se formula propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación formulada por doña M.I.N.A..

## **Antecedentes de la Consulta**

### **Primero**

Mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2002, registrado de entrada en este Consejo el 24 del mismo mes y año, el Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja, solicitó el dictamen del Consejo Consultivo en el asunto de

referencia, remitiendo el correspondiente expediente.

### **Segundo**

Por escrito de 27 de mayo de 2002, registrado de salida el mismo día, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió a acusar recibo del expediente, a declarar la competencia inicial del Consejo para emitir el dictamen solicitado y a considerar que la consulta reúne los requisitos reglamentariamente establecidos.

### **Tercero**

Designado ponente el Consejero señalado en el encabezamiento, el asunto quedó incluido en el orden del día de la sesión allí expresada.

## **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 el 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 reclamación patrimonial

causada por la inactividad administrativa, siempre que concurren el resto de requisitos necesarios para ello.

En el presente caso, como veremos en un ulterior Fundamento de Derecho, puede existir daño para las arcas regionales, ya que entendemos que la Administración autonómica debe satisfacer una indemnización a la reclamante, por lo que, una vez producido el pago, su importe podría reclamarse a la Administración del Estado en concepto de responsabilidad patrimonial por inactividad debida a la tardanza en la tramitación de este expediente.

En efecto 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 18 de abril de 2001, la interesada formula la reclamación de responsabilidad patrimonial.

- El 28 de diciembre de 2001, se formula la propuesta de resolución por la Administración sanitaria estatal.

- El 5 de febrero de 2002, todavía el expediente se encuentra en poder de la Administración sanitaria estatal para resolución. Es la fecha del último documento que figura en el expediente que nos ha sido remitido.

Así pues, han transcurrido con creces los 6 meses de caducidad señalados por la legislación de procedimiento administrativo común cuando el expediente es transferido sin que en el mismo conste ninguna justificación de dicha tardanza y ninguna explicación de por qué la Administración del Estado no resolvió este expediente antes de transferirlo.

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), abril de 2001- hasta que se acuerda la incompetencia de la Administración estatal sanitaria, 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 del plazo transcurrido sin que todavía la interesada 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 como ocurre en este caso, finalmente

tenga que indemnizar a este.

#### **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 del Dictamen del Consejo Consultivo.**

Admitida, en los términos del anterior fundamento de Derecho, la subrogación de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja en la eventual responsabilidad patrimonial contraída en su día por el INSALUD por los hechos a que se contrae el presente expediente y, por tanto, la competencia de este Consejo Consultivo, el carácter preceptivo de nuestro dictamen resulta con toda claridad de lo dispuesto en el artículo 11.3.g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, según el cual éste "*deberá ser consultado*" en las "*reclamaciones de daños y perjuicios que se formulen ante la Administración Pública*".

#### **Tercero Sobre la existencia del daño.**

Como reiteradamente viene señalando este Consejo Consultivo en sus ya numerosos dictámenes en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, el primer elemento que debe ponderarse para determinar la existencia o no de tal responsabilidad no es sino la concurrencia de un daño, el cual, como dice el art. 139.2 LRJPAC, "*habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo*

*de personas"*.

En este caso, atendiendo al escrito de reclamación de la interesada, el daño que se reclama es un *daño moral*, que se concreta –según dice– en "un año de vivir para padecer", pues, durante el mismo, la reclamante hubo de pasar cuatro veces por quirófano con anestesia general, tuvo tres ingresos hospitalarios de 37, 5 y 17 días respectivamente, tuvo que acudir todas las semanas al ambulatorio para curas y al médico para el parte de confirmación de baja, revisión y medicación, sufrió un cambio de nefrostomía "a lo vivo"

(*sic*), sufrió obstrucciones continuas de nefrostomía con limpieza a diario, constantes infecciones y la incomodidad "de ir con la bolsa de orines a cuestras" (*sic*).

Pues bien, con independencia de la valoración económica de ese daño (que la interesada cifra en la cantidad de 6 millones de pesetas, pero sobre la cual no procede de momento pronunciarse), es innegable –a juicio de este Consejo Consultivo– la existencia de dicho *daño moral*, puesto que, en efecto, en el expediente quedan acreditados suficientemente los padecimientos de la reclamante, que resultan sin más de su historia clínica.

#### **Cuarto**

##### **Sobre la relación de causalidad en sentido estricto.**

Admitida, pues, la existencia del *daño moral* cuya indemnización se reclama, la siguiente cuestión a analizar es la de la relación de causalidad en su más estricto sentido, esto es, la determinación de los hechos antecedentes que, de acuerdo con las reglas de la experiencia, de la lógica y de las ciencias de la naturaleza, explican que aquél resultado dañoso, en su manifestación concreta, haya tenido lugar.

Como hemos dicho en otros muchos dictámenes, el planteamiento técnico que ha de presidir este análisis no puede ser otro que el de la *condicio sine qua non*, atendiendo al cual un hecho es causa de un resultado cuando, suprimido mentalmente ese hecho, el resultado, en su configuración talmente concreta, no habría tenido lugar.

Pues bien, a juicio de este Consejo Consultivo, la aplicación de dicho planteamiento al presente caso conduce a la conclusión de que el origen o causa última de los padecimientos y la zozobra de la reclamante ha de ser situado, indudablemente, en la primera operación a que fue sometida y que se llevó a cabo el 11 de abril de 2000, a resultas de la cual se produjo una obstrucción en el uréter superior derecho (ya que el uréter de la paciente resultó ser doble, anomalía que, según consta en el expediente, se da en alrededor de un 10% de las mujeres).

Mas, partiendo de ese primer resultado, existen otras concausas del daño concreto

producido, por cuanto la obstrucción del uréter superior derecho fue detectada y diagnosticada al poco de practicarse la primera operación, concretamente en el urograma realizado el 25 de abril de 2000, pero su inicial tratamiento resultó infructuoso (no se pudo colocar el catéter doble J en intervención que tuvo lugar el 28 de abril), optándose por colocar una sonda de nefrostomía por cuya obstrucción la paciente tuvo que ser ingresada de urgencia dos veces (el 5 de julio y el 13 de agosto de 2000), entre cuyos ingresos (concretamente el 7 de julio) se decidió la realización de la operación de uretero-ureterostomía u ureterovésico anastomosis que finalmente resolvió la patología, si bien dicha operación no se realizó hasta el 14 de diciembre de dicho año 2000.

Es todo este conjunto de causas (el daño en el uréter producido en la primera operación, el fracaso en la colocación del catéter doble J, la colocación de la sonda de nefrostomía y las ulteriores obstrucciones de ésta, el período de tiempo que transcurre entre que se decide la realización de la operación de uretero-ureterostomía u ureterovésico anastomosis y el momento en que ésta se lleva efectivamente a cabo) el que integra en este caso la relación de causalidad en sentido estricto, esto es, el que explica que el resultado dañoso, en su configuración y consistencia concreta, tuviera lugar.

### **Quinto**

#### **Sobre la imputación objetiva del resultado dañoso a la Administración.**

Según la doctrina reiterada de este Consejo Consultivo, problema distinto al de la relación de causalidad en sentido estricto es el de la imputación objetiva del resultado dañoso a la Administración, esto es, la cuestión de cuáles de los concretos hechos que han de ser considerados como causas del daño son objetivamente imputables a la Administración y, por tanto, si dicho resultado ha de ponerse o no a cargo de ésta. A diferencia del anterior, dicho problema es estrictamente jurídico, y ha de resolverse de acuerdo con los criterios de imputación objetiva, positivos y negativos, que ofrece el ordenamiento.

#### **A) El criterio positivo de imputación objetiva: el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.**

El artículo 139.1 LRJPAC utiliza como criterio positivo de imputación objetiva el del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos: el particular tiene derecho a ser indemnizado siempre que el daño *"sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos"*.

Pues bien, en este caso no cabe la más mínima duda de la concurrencia de este criterio positivo de imputación objetiva, al no poder negarse que los padecimientos de la reclamante por los que solicita ser indemnizada son consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario, que es el que en este caso llevó a cabo los actos médicos que, como hemos visto, se integran en la relación de causalidad considerada en su más estricto sentido.

No se olvide, en este orden de cosas, que la Administración responde tanto por el funcionamiento "normal" cuanto por el "anormal", y que su responsabilidad es objetiva,

esto es, para nada requiere que los concretos agentes causantes del daño hayan actuado con culpa o negligencia. Por ello, en el plano en que ahora nos movemos, es del todo improcedente el análisis de si los facultativos actuaron o no de acuerdo con el estándar de diligencia de la *lex artis ad hoc*, acertadamente consagrado por la jurisprudencia civil en el análisis de la responsabilidad sanitaria derivada de la aplicación de los artículos 1.101 o 1.902 del Código civil, esto es, de la exigible a los sujetos privados ( que es siempre una responsabilidad por culpa y no objetiva).

**B) Los criterios negativos de imputación objetiva: en particular, el deber jurídico de soportar el daño y el "consentimiento informado".**

Como hemos dicho en otros muchos dictámenes, supuesta la concurrencia del criterio positivo de imputación que es el del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, el ordenamiento viene luego a negar, en ciertos casos, que la Administración deba, pese a todo, responder: son tales los que hemos llamados "criterios negativos de imputación objetiva". Algunos de esos criterios –lo hemos indicado ya en muchos dictámenes– aparecen expresamente previstos en el ordenamiento, y otros lo están implícitamente, en cuanto se inducen de nuestro sistema general de responsabilidad.

En materia sanitaria tiene un papel importante, como criterio negativo de imputación objetiva, el del llamado "consentimiento informado". De acuerdo con este criterio no hay responsabilidad cuando el paciente ha sido previamente informado de los riesgos que presenta el tratamiento o la intervención que se le propone y luego presta su consentimiento a éstos, si finalmente un daño de cuya eventual producción fue informado se produce efectivamente.

Este criterio del "consentimiento informado" tiene su génesis en el Derecho privado, y su virtualidad se explica en tanto en cuanto, cuando se presta dicho consentimiento, la responsabilidad del médico (o de la clínica en la que el médico presta sus servicios) es siempre "contractual", esto es, deriva del incumplimiento de una obligación preexistente, cuyo objeto es la práctica médica a realizar, que, de no tener otra fuente, la encuentra en el acuerdo de voluntades que dicho consentimiento expresa. Por eso no puede haber responsabilidad cuando no hay incumplimiento de esa obligación preexistente, y no lo hay, aunque las cosas salgan mal, si el médico ha actuado de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, puesto que su obligación –a salvo supuestos excepcionales– es de medios y no de resultado.

Sobre esta base conceptual, el "consentimiento informado" equivale a una cláusula voluntaria y genérica de exoneración de responsabilidad, aceptada por el paciente-acreedor, que asume con ella unos determinados riesgos típicos, y que sirve al médico-deudor (o a su empresario) para evitar la tendencia, que hoy parece inevitable en la práctica de los tribunales, de que también él responda, no ya por culpa, sino por riesgo.

El mismo significado ha de otorgarse al "consentimiento informado" en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos sanitarios: lo mismo que en el Derecho privado, tiene como presupuesto la preexistencia de una obligación prestacional (que aquí no deriva de un contrato, sino de una relación jurídico-pública) y equivale a una cláusula voluntaria y genérica de exoneración de dicha responsabilidad por la cual el paciente asume los riesgos típicos de los que fue informado, de modo que, entonces, ha de entenderse que éste tiene el deber jurídico de soportar el daño, que es un criterio negativo expreso de imputación objetiva (cfr. art. 141.1 LRJPAC). Por lo demás, aquí esa cláusula de exoneración de responsabilidad tiene mayor alcance práctico que en el Derecho privado (al menos en teoría), porque la Administración no responde por culpa, sino objetivamente, y entonces, si no fuera por ella, debería responder incluso habiendo cumplimiento escrupuloso de su obligación prestacional, que en todo caso es de medios y no de resultado.

En el caso que nos ocupa, creemos que este criterio del "consentimiento informado", así entendido, puede y debe servir para exonerar de responsabilidad a la Administración en cuanto a la primera operación practicada a la reclamante: primero, porque dicha operación fue realizada de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, que es el estándar de diligencia que determina que la operación de medios asumida por la Administración sanitaria deba considerarse cumplida; segundo, porque se incluyó la obstrucción del uréter como riesgo típico asumido por el paciente al prestar su consentimiento informado, y hay razones suficientes para concluir que efectivamente tal riesgo es típico y no exorbitante o extraño, al cifrarse en los informes que obran en el expediente entre un 0,5 % y un 2,5 % de los casos, proporción que puede duplicarse en los casos de doble uréter, que era el de la paciente. En estas condiciones, la Administración, que en aplicación de la doctrina general respondería pese a su cumplimiento de la obligación prestacional asumida (concorre el criterio positivo de imputación objetiva de que el daño sea debido al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos), no debe responder por concurrir un criterio negativo de imputación (consentimiento informado generador para quien lo asumió del deber jurídico de soportar el daño).

La misma conclusión debe extenderse, a nuestro juicio, respecto al intento de colocación del catéter doble J, intervención para la que también prestó su autorización expresa la reclamante, y que igualmente entendemos realizada conforme a la *lex artis ad hoc*, por más que, de hecho, la colocación del catéter no resultara posible por no poderse realizar el relleno del uréter distal correspondiente al pielón superior.

Y lo mismo sucede, a nuestro entender, con la colocación de la sonda de nefrostomía, que, dada la historia clínica de la paciente y los tratamientos intentados, resultaba, en ese momento, imprescindible.

Aquí acaban, sin embargo, las causas del resultado dañoso respecto a las cuales cabe apreciar la concurrencia de criterios negativos de imputación objetiva de aquél a la Administración sanitaria. Porque lo que desde luego no queda amparado por ninguno de dichos criterios es el retraso que existió entre el momento en que se decide la práctica de la operación de uretero-ureterostomía o ureterovésico anastomosis (7 de julio de 2000) y la fecha en que dicha intervención se realizó (14 de diciembre de 2000). Si, según consta en el expediente, a finales de abril o primeros de mayo se decidió colocar la sonda de nefrostomía y esperar dos o tres meses en espera de la posible resolución espontánea de la fístula, para en su defecto llevar a cabo la uretero-uretrostomía, eso quiere decir que ésta debió ser practicada en julio, que es cuando en efecto se decidió su realización, y no cinco meses después. Este retraso, sin duda imputable al funcionamiento del servicio público sanitario, provocó padecimientos a la paciente que ésta no tenía el deber jurídico de soportar y que, por ello, a juicio de este Consejo Consultivo, le deben ser indemnizados.

### **Sexto** **Sobre la cuantía de la indemnización.**

La reclamante valora el daño moral cuya indemnización solicita en la cantidad de seis millones de pesetas. Sin embargo, como ha quedado argumentado, no todas las causas concurrentes en la producción de los resultados dañosos para la reclamante son

objetivamente imputables a la Administración a resultas del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos sanitarios, entendiéndose este Consejo que sólo concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial respecto a los padecimientos causados por el injustificado período de tiempo que transcurrió entre que se decidió practicar la operación que finalmente se reveló necesaria y el momento en que ésta se llevó efectivamente a cabo. Ponderando la entidad de esos daños, se estima adecuado cifrar la indemnización procedente en la cantidad de 6.000 €.

Esta cuantía incumbe satisfacerla a la Administración autonómica, sin perjuicio de que pueda ser repercutida a la compañía de seguros, si como parece estos riesgos se encuentran cubiertos por la respectiva póliza.

## **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**

A juicio de este Consejo Consultivo, existe en el presente caso relación de

causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y un daño moral efectivo causado a la reclamante, por lo que procede reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración e indemnizar a doña M.I.N.A. en la cantidad de 6.000 €.

### **Tercera**

El pago que incumbe a la Comunidad Autónoma de La Rioja puede ser exigido a la correspondiente compañía de seguros y, si ello no fuera posible, podría constituir motivo para una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria estatal cedente del servicio por tardanza en la tramitación del expediente transferido.

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