



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 8 / 1 9 9 6

La Laguna, a 16 de octubre de 1996.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno sobre la *Propuesta de Orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por J.R.R., por la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital Nuestra Señora del Pino (EXP. 17/1996 ID)*.*

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 de la Administración autonómica. De la naturaleza 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.

II

1. Se cumplen los requisitos de legitimación activa y pasiva.
2. Respecto al órgano competente para dictar la resolución propuesta se ha de considerar:

* **PONENTE:** Sr. Fernández del Torco Alonso.

1º) Que los arts. 45 y 50 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC) crean el Servicio Canario de Salud (SCS) como un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad que es la de Sanidad y Consumo (art. 6.3 Decreto 187/1995, de 20 de julio). Se trata, por tanto, de una de las entidades de Derecho Público contempladas en el art. 2.2 LPAC y en 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).

2º) Los órganos de un organismo autónomo administrativo (OAU) pueden resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial sólo en caso de atribución expresa por su norma de creación (art. 142.2 LPAC).

3º) La LOSC, norma de creación del SCS, no determina expresamente a cuál de sus órganos corresponde resolver los procedimientos de reclamación de la responsabilidad patrimonial por su funcionamiento, como resulta del tenor de sus arts. 54 a 61 que regulan sus órganos centrales.

No se puede entender que la atribución de la ejecución del presupuesto y de la autorización de gastos al Director del SCS (art. 60.1.I) y m) LOSC) comprende la de resolver estos procedimientos, porque la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos no nace de la ejecución de la Ley de Presupuestos sino del acaecimiento de los hechos a los cuales la Ley anuda el surgimiento de aquélla (art. 139.1 LPAC). Por ello, el art. 29.1 LHPCan distingue, por un lado, el nacimiento de las obligaciones de la Comunidad Autónoma y de los organismos autónomos de su Administración y, por otro lado, la ejecución del presupuesto.

El nacimiento de la obligación de indemnizar la Ley la liga a la producción de una lesión a un particular por el funcionamiento de un servicio público, no de que exista concepto y dotación presupuestaria. Su exigibilidad, que es distinta de su existencia, depende de la ejecución del presupuesto.

El acto administrativo que estima una pretensión resarcitoria no crea para la Administración la obligación de resarcimiento, simplemente la declara, previa constatación del presupuesto de hecho a cuya realización la ley anuda su

surgimiento. Este acto administrativo se produce a través de un procedimiento distinto del de ejecución presupuestaria. Este último está al servicio de dicho acto únicamente en caso de que sea estimatorio de la pretensión resarcitoria. Es un procedimiento instrumental dirigido a darle eficacia, a realizar la concreta actuación material -el pago- cuya decisión previa contiene aquél.

El procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial es presupuesto del de ejecución presupuestaria sólo si concluye con un acto administrativo que declara una relación jurídica entre la Administración y el lesionado, la obligación de indemnizar.

La actividad administrativa dirigida a realizar la prestación de esa obligación constituye la ejecución de un gasto público. Esa actividad administrativa supone el nacimiento de una relación jurídica de gasto que encuentra su fundamento en la Ley de presupuestos como ley habilitante para la realización de gastos públicos; y se desenvuelve a través de un procedimiento de ejecución presupuestaria cuyas sucesivas fases las constituyen la autorización del gasto, su compromiso, el reconocimiento de la obligación, la propuesta de pago, la ordenación del pago y por último el pago material. Ambas relaciones jurídicas, aunque la primera es presupuesto de la segunda, se desenvuelven en planos distintos: la administrativa en el material y la de gasto en el meramente formal que se refiere a la gestión y manejo del dinero público. La relación de gasto existe en cuanto existe la jurídico-administrativa, pero su naturaleza es independiente de aquélla. El vínculo administrativo (la obligación de indemnizar) puede nacer en un momento anterior al de su dotación presupuestaria y ser plenamente válido, pero no podrá llegar a ser eficaz en tanto no exista la relación jurídica de gasto con base en el presupuesto corriente, que será lo que permita al ente público satisfacer la cantidad debida.

El acto administrativo que rechaza o declara la responsabilidad patrimonial de la Administración se produce a través de un procedimiento específico distinto del de ejecución presupuestaria. La competencia para resolver este último no implica competencia para dictar el primero.

Máxime si se tiene en cuenta:

a) que el procedimiento de ejecución presupuestaria tiene muchas otras finalidades distintas a las de dar eficacia a un acto administrativo declarativo de la responsabilidad patrimonial administrativa.

b) que el acto que resuelve un procedimiento de reclamación de esa responsabilidad, en caso de que rechace la pretensión resarcitoria, ni ejecuta el presupuesto ni autoriza gastos. Por tanto, la competencia para dictarlo no puede subsumirse en las atribuciones de los apartados l) y m) del art. 60.1 LOSC.

Las atribuciones del art. 60.1.l) y m) se limitan al ámbito de la ejecución presupuestaria, al ámbito de la relación jurídica de gasto que es distinto de las relaciones jurídicas materiales a las que sirve. Esto lo pone de relieve el propio art. 60.1.l) que atribuye al Director también las facultades de órgano de contratación. Esta atribución expresa de establecer relaciones jurídicas materiales no sería necesaria si estuviera subsumida en la atribución de ejecutar los presupuestos y autorizar gastos.

Que esta atribución se limita a este último ámbito resulta del tenor literal de los citados apartados l) y m) que disponen que la ejecución del Presupuesto se realizará conforme a la LHPCan y la autorización de gastos según los presupuestos del servicio. Ni la una ni la otra contienen normas atributivas de competencia para resolver procedimientos de responsabilidad patrimonial, mucho menos normas sustantivas sobre ésta.

Además, si se interpretara la expresión autorizar gastos del art. 60.1.m) LOSC como competencia para resolver estos procedimientos, entonces resultaría que, en caso de que la indemnización reclamada fuera superior a 120 millones de pesetas, el Director no sería competente para resolverlos, según el art. 9.6 del Reglamento de la LOSC.

También militan en favor de esta interpretación los apartados 3 y 4 del art. 107 LOSC que atribuyen al Consejero competente en materia de sanidad la resolución de las reclamaciones previas a la vía jurisdiccional civil y laboral. Esas resoluciones del Consejero, de ser estimatorias y generar obligaciones económicas, pondrían en marcha el procedimiento de ejecución presupuestaria. De la confrontación del art. 107.3 y 4 LOSC con el art. 60.1.l) y m) de la misma es patente que los apartados de

este último precepto no conllevan la atribución de establecer relaciones jurídicas materiales.

En definitiva, las atribuciones del art. 60.1.m) y l) se limitan al ámbito de la ejecución presupuestaria, al ámbito de la relación jurídica de gasto que es distinto del de las relaciones jurídicas materiales a las que sirve.

A falta de atribución expresa en la LOSC de la competencia para resolver estos procedimientos, hay que estar a la regla del art. 142.2 LPAC: se resolverán por el Ministro respectivo o "por el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma", en relación con la Disposición Final 1ª de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, de lo que resulta que el órgano competente es el Consejero de Sanidad y Consumo.

Repárese en que la regla del art. 142.2 LPAC es de carácter general: los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, independientemente de que se dirijan contra ellas o sus organismos autónomos, han de ser resueltos por el Ministro o el órgano autonómico equivalente. A esta regla general sólo se le puede establecer excepciones de modo expreso por la norma de creación de un organismo autónomo. Si ésta calla al respecto, sigue valiendo la regla general.

Ello no está en contradicción con el hecho de que el Servicio Canario de Salud tenga personalidad jurídica propia distinta de la de la Administración autonómica, porque la Consejería ejerce sobre el SCS las facultades que le atribuye la LOSC y el resto del ordenamiento jurídico (art. 50 LOSC); de modo que el SCS en un serie de actuaciones está sometido a la tutela de la Consejería, que bien resuelve directamente, bien revisa sus actos. Por ello el art. 107.2, 3 y 4 LOSC dispone que los actos administrativos de los órganos centrales del SCS puedan ser recurridos ante el Consejero competente y que éste resuelve las reclamaciones previas a la vía judicial civil y laboral. A estas atribuciones la regla general del art. 142.2 LPAC añade la resolución de este tipo de procedimientos.

De ahí que el órgano competente para incoar, instruir y proponer la resolución de dichos procedimientos corresponda a la Secretaría General del SCS por aplicación del art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre (los Secretarios Generales

Técnicos instruyen y formulan la propuesta de resolución de los procedimientos en que deban resolver los Consejeros) en relación con los arts. 10.3 (la Secretaría General se equipara a las Secretarías Generales Técnicas de los Departamentos de la Comunidad Autónoma) y 15,a) (corresponde a la Secretaría General las funciones relativas a las reclamaciones de los usuarios de los servicios sanitarios) del ROSCS.

3. Respecto a la tramitación del presente procedimiento se ha de observar:

Que la solicitud de Dictamen expresa que se remite una propuesta de Orden Departamental. Sin embargo, en el expediente figura únicamente la propuesta del instructor designado por el Secretario General del SCS. Ya se ha expuesto en el apartado anterior que la competencia para instruir y formular la propuesta de resolución corresponde al Secretario General del SCS. Conforme al art. 25.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, las unidades administrativas preparan y documentan las decisiones de los órganos a los que están adscritos. Por ello, no hay impedimento legal en que el expediente sea tramitado por un instructor designado por el Secretario General. Pero la propuesta de resolución que formule el primero, si no es reelaborada por el Secretario, debe ser asumida expresamente por éste como propuesta de Orden Departamental para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 15.1 del Decreto 212/1991 en relación con los arts. 10.3 y 15,a) ROSCS.

Asimismo, es esta propuesta del Secretario General lo que debe ser informada por el Servicio Jurídico para luego ser remitida a este Consejo para su Dictamen.

Se ha de observar además que la propuesta de resolución, formulada por el instructor después de cumplido el trámite de audiencia previsto en el art. 11 RPRP, propone que se notifique la propuesta de resolución a la interesada a fin de que en el plazo de diez días presente alegaciones.

Ello es reparable porque:

a)La propuesta de resolución no puede disponer que se notifique la misma a la interesada, porque esa notificación sería un acto de trámite que, como tal, corresponde realizar al propio instructor.

b)El art. 11 RPRP exige únicamente que se dé trámite de audiencia al interesado antes de formular la propuesta de resolución, no que una vez formulada ésta se le

conceda un segundo trámite de audiencia para que realice alegaciones sobre dicha propuesta.

4. En cuanto al requisito de la no extemporaneidad de la acción se ha de considerar que la lesión por la que se reclama es de carácter personal y consiste en el contagio del virus de la hepatitis C (VHC), cuya causa se atribuye a que estaban infectadas las unidades de concentrados de hematíes que se le transfundieron a la reclamante en el curso de una intervención quirúrgica realizada en el Hospital de Nuestra Sra. del Pino del Servicio Canario de Salud en virtud de la prestación de asistencia sanitaria que constituye el objeto de dicho servicio público.

Esta enfermedad, según el informe médico del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital, en el 40-30% de los casos no presenta secuelas. En el 60-70% de los casos la secuela es una hepatitis crónica que es asintomática en el 90% de los casos. En un 5-10% de los casos aparecen síntomas como astenia, dolor abdominal, ictericia, etc.

Según ese informe, en los supuestos en que se hace crónica, en un 20% de los casos produce una cirrosis en un plazo de tiempo de 10 a 30 años, aunque a veces este plazo se reduce a 5-10 años. A su vez, un 15-20% de los pacientes con cirrosis desarrollarán un carcinoma hepatocelular.

La enfermedad en caso de cronificarse no tiene curación. Evoluciona en un 20% de los casos de cronificación a una cirrosis que, en un 15-20% de los casos de cirrosis deriva en cáncer de hígado.

La reclamante, según refiere en su escrito de reclamación, manifestó sintomatología de la enfermedad inmediatamente después de la operación realizada el 28 de abril de 1992, lo que la llevó a realizarse diversos análisis de sangre, el primero de ellos el 8 de mayo de 1992, es decir, 10 días después de la intervención; el segundo, el 28 de mayo de 1993; y el tercero, en el que se hacen las pruebas serológicas específicas para la detección del virus de hepatitis C, en marzo de 1994 y que acusa la presencia del virus. Esta es, pues, la fecha de diagnóstico de la enfermedad.

En cuanto a las secuelas físicas actuales de esa enfermedad se limitan a la contracción una hepatitis C crónica; sin que haya demostrado la reclamante otro tipo de secuelas, ya que se ha limitado a alegar en su escrito de reclamación que sufre molestias pero sin precisarlas, de modo que es imposible determinar si se corresponde a la sintomatología de aquellos casos en que la hepatitis C es sintomática.

En el escrito que la reclamante presentó en la Delegación de Gobierno el 19 de octubre de 1995 imputa a la transfusión de sangre, que ella afirma contaminada, la aparición de enfermedades que nunca antes había padecido como insuficiencia coronaria, glucosa, hepatitis, hipertensión y nerviosismo. El informe médico no refiere la insuficiencia coronaria, la diabetes ni la hipertensión como secuelas de la hepatitis C. Por otro lado, en la historia clínica obrante en el expediente, se refiere, con fecha 7 de marzo de 1991, que la paciente padece de diabetes, y que es una depresiva en tratamiento (Notas clínicas, hoja nº 2). Las Notas clínicas fechadas el 11 de abril de 1991 refieren que está en tratamiento por depresión. Las Notas de enfermería fechadas la víspera de la intervención refieren que se le ve muy aprensiva y nerviosa, que refiere que padece de los nervios, que es hipertensa y diabética. La Nota clínica fechada el 10 de septiembre de 1992 expresa que está sin dolor, camina sin bastón y que está satisfecha con la operación. La fechada el 16 de marzo de 1993 expresa que no siente dolores, que camina sin bastones y que está muy contenta.

En definitiva, la única secuela actual y efectiva determinada de la hepatitis C es el carácter crónico de ella. Las otras enfermedades de que adolece la reclamante no tienen relación con la hepatitis C y las padecía con anterioridad a la transfusión a la que imputa el contagio del VHC. A esa secuela habría que sumar el sufrimiento moral derivado del temor que esa hepatitis pueda derivar en cirrosis y posteriormente en cáncer de hígado. Pero estas últimas patologías no son secuelas determinables a partir del diagnóstico, sino probabilidades remotas temporalmente que carecen del requisito de daño actual y efectivo, necesario para ser calificadas de lesión.

En supuestos de daños físicos que originan diversas secuelas a lo largo del tiempo, unas actuales y otras más o menos probables, los perjudicados, a partir de la determinación de las primeras, pueden interponer, en el plazo anual, la reclamación para que se les resarza por ellas.

Si más adelante se concretan las secuelas probables, pueden reclamar su resarcimiento en un nuevo plazo anual computable desde la determinación de su alcance, porque sólo a partir de su manifestación revestirían el carácter de daño real y efectivo. Esta segunda reclamación pretendería el resarcimiento de otros daños distintos de aquellos por los que se formuló la primera, aunque unos y otros tengan la misma causa.

En el presente supuesto, es incontestable que el diagnóstico de la enfermedad coincide con la determinación del alcance de sus secuelas dañosas reales y efectivas. A la fecha de aquél hay que atenerse, pues, para la determinación de si la reclamación ha sido interpuesta en plazo.

Ese diagnóstico se realizó en marzo de 1994, tal como manifiesta la reclamante y prueban el análisis de sangre y el parte de consulta que aporta. La reclamación se interpuso el 1 de septiembre de 1995. Por tanto, hay que coincidir con la propuesta de resolución que la acción para reclamar estaba prescrita, si nos atenemos a la fecha del diagnóstico y no dirigimos la atención a que, según el escrito que la reclamante presentó el 19 de octubre de 1995 ante la Delegación del Gobierno, desde el año 1992 ha acudido a abogados para reclamar una indemnización por las secuelas que achaca a la transfusión de sangre, en cuyo caso el momento para la determinación del plazo de prescripción se alejaría más en el tiempo. Sin embargo, hay que parar mientes en el hecho de que en el escrito inicial de reclamación se dice que la interesada presentó una denuncia ante la Consejería de Sanidad y Consumo que recibió el número 1.196 en el Registro de Entrada, el 16 de diciembre de 1994. Si esta denuncia implicaba una reclamación de indemnización, entonces el plazo de prescripción, cuyo cómputo se inicia en marzo de 1994, habría quedado interrumpido con la consecuencia de que su cómputo se habría tenido que reiniciar a partir del 16 de diciembre de 1994, por lo que presentada la reclamación el 1 de septiembre de 1995, ésta se habría presentado dentro de plazo. El instructor del expediente no ha reclamado, porque no lo solicitó la interesada, del Registro de Entrada de la Consejería certificación de si es cierto que, en esa fecha y con ese número, se presentó dicha denuncia y a qué órgano administrativo se remitió a fin de obtener copia de ella para, a la vista de su contenido, poder determinar si se trataba de una reclamación susceptible de interrumpir el plazo de prescripción.

Por ello, aunque la reclamante no ha demostrado que el plazo de prescripción ha sido interrumpido, ante la eventualidad de que así haya sucedido, en virtud del principio *pro actione*, se considera oportuno, descender al fondo del asunto como hace la propuesta de resolución.

III

La propuesta de resolución, como se acaba de señalar, no rechaza la pretensión indemnizatoria únicamente porque se hayan presentado fuera de plazo, sino que además entra en el fondo del asunto y constata la no existencia de nexo de causalidad.

Para apreciar la corrección de este juicio se ha de considerar:

a) Según resulta de la historia clínica de la paciente, a ésta en el transcurso de la operación se le transfundieron dos bolsas de concentrado de hematíes con los números 129.108 y 237. El certificado del Servicio de Hematología y Hemoterapia expresa que a esas dos unidades se les realizaron el 23 y el 22 de abril de 1992 las pruebas serológicas para la detección del virus de la hepatitis C con resultado negativo.

b) Los informes médicos son contestes en señalar que el período de incubación de la hepatitis C abarca de 6 a 12 semanas y que, en caso de adquirirse, el período de tiempo para la elevación de las transaminasas casi siempre es superior al mes.

c) En el presente caso la reclamante afirma repetidamente que las molestias comenzaron a partir de la operación, lo que la llevó a realizarse un análisis de sangre el 8 de mayo de 1992, diez días después de la transfusión.

Este análisis acusa valores para la transaminasas GOT, GPT y GGT superiores a los valores de referencia o normales y señalan, por tanto, una lesión hepática aguda. Si el origen de ésta se debiera a que estaban contaminadas por VHC las bolsas que se le transfundieron el 28 de abril de 1992, entonces el 8 de mayo sería imposible que el análisis de sangre acusara esa lesión hepática, porque el período de incubación de la enfermedad es de 6 a 12 semanas y se necesita un mes como mínimo desde la infección para que comenzaran a elevarse los niveles de transaminasas.

El posterior análisis de sangre de mayo de 1993 sigue indicando unos altos niveles de transaminasas, lo que indica que esa lesión hepática es crónica. El último análisis de sangre, que incluye las pruebas serológicas para la detección de hepatitis, torna a indicar valores altos de transaminasas y la presencia de antígenos de hepatitis C positivos.

En definitiva, pocos días después de la transfusión y antes del período de tiempo necesario para que se manifestara una hepatitis C cuya causa estuviera en la transfusión, la reclamante presentaba una lesión hepática aguda que posteriores análisis demuestran que es de carácter crónico y que se debe a una hepatitis C. Es evidente por tanto que el origen de ésta no se encontraba en la transfusión que se le realizó durante la intervención quirúrgica.

Por consiguiente, hay que coincidir con la propuesta de resolución en la ausencia de nexo de causalidad entre la prestación sanitaria recibida por la reclamante y la lesión cuyo resarcimiento pretende.

Esa ausencia de nexo resulta meridianamente de los datos clínicos de los análisis aportados por la propia reclamante.

El hecho de que las unidades del producto que se le transfundió no eran de sangre natural, sino de concentrados de hematíes, es decir, un hemoderivado tratado en laboratorio y sometido por tanto a controles para evitar contagio por transfusión y al cual, pocos días antes de su utilización, se le realizan con resultado negativo las pruebas específicas para la detección del virus de hepatitis C; el hecho de que la hepatitis C es una enfermedad frecuente en nuestro medio ya que entre el 2 y el 3% de la población es portadora del virus; y el hecho de que en el 60% de los casos la vía de contagio es desconocida, no hacen más que insistir en que la vía de contagio no fue la transfusión y que la reclamante la ha debido haber adquirido por otra vía.

CONCLUSIONES

1. El órgano competente para resolver los procedimientos de reclamación de la responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de Salud es el Consejero de Sanidad (Fundamento II.2).

2. La propuesta de resolución formulada por el instructor debe ser expresamente asumida como propia por la Secretaría General del Servicio Canario de Salud. Una vez formulada la propuesta de resolución no procede conceder un nuevo trámite de audiencia al interesado para que realice alegaciones sobre ella (Fundamento II.3).

3. No es indubitado que haya prescrito la acción para reclamar (Fundamento II.4).

4. Es conforme a Derecho que la propuesta desestime la pretensión indemnizatoria porque no existe nexo causal entre la asistencia sanitaria que recibió y la lesión por la que se reclama (Fundamento III).