



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 79/1996

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.C.S. en nombre de su hija M.H.C., por la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital Materno Infantil de Las Palmas de Gran Canaria (EXP. 61/1996 ID)\*.*

## FUNDAMENTOS

### 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 y de no extemporaneidad de la reclamación.

---

\* PONENTE: Sr. Fernández del Torco Alonso.

2. Respecto al órgano competente para dictar la resolución propuesta se ha de considerar:

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 aquella (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.

### III

La interesada interpuso reclamación solicitando que el Servicio Canario de Salud le indemnizara en la cantidad de 70 millones de pesetas por la enfermedad que padece su hija y que consiste en una parálisis cerebral severa, originada por una porencefalia secundaria a un proceso isquémico. La reclamante considera como causa de esa porencefalia secundaria la larga duración del parto (siete horas), sin que los médicos que la atendieron hubieran intervenido inmediatamente para provocarlo.

Es esta mala práctica profesional que imputa a los obstetras que la atendieron la que no impidió el sufrimiento fetal de su hija por un proceso hipóxico (falta de oxígeno) que provocó las lesiones cerebrales.

Según la historia clínica y los informes, de 12 de diciembre de 1995 y de 16 de julio de 1996, del Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital donde fue atendida, la reclamante inició su control gestacional en ese servicio la vigésimo novena semana de embarazo (la gestación normal dura entre 37 y 42 semanas) por gestación gemelar y tensión arterial patológica. Se trataba, por tanto, de un embarazo de alto riesgo.

Las ecografías que se le realizaron detectaron que uno de los fetos presentaba retraso de crecimiento y flujo sanguíneo reverso, es decir, que la circulación sanguínea se había readaptado para servir exclusivamente a los órganos vitales (cerebro, corazón y cápsulas suprarrenales) porque había disminuido el aporte de oxígeno, que es en lo que consiste un proceso hipóxico. Esto se determinó por ecografía Doppler. Una semana más tarde este feto murió.

El otro feto vivo presentaba crecimiento adecuado y daban resultados normales las pruebas de valoración de su estado que se podían aplicar por ser inocuas para el feto. Por ello, después de informar a los padres, se decidió continuar con el embarazo con el fin de aproximar la edad gestacional a la que correspondiera a un feto maduro (al menos 32 semanas).

Con controles del estado fetal arrojando resultados normales y con control de la tensión arterial de la gestante, el embarazo se prolongó hasta la trigésima tercera semana en la que, a las 13 horas del 8 de noviembre de 1994, se produjo espontáneamente la amniorraxis (expulsión del líquido amniótico por ruptura de bolsa) con la que se inicia el proceso del parto. A las 14 horas de ese día se le introdujo en la sala de dilatación para provocarle el parto. Para ello se le aplicó oxitocina en perfusión continua y se le sometió a monitorización permanente y vigilancia continua puesto que se hallaba con anestesia epidural. A las 19'30 horas el registro cardiotocográfico acusó desaceleraciones variables leves, por lo que se practicó una microtoma de sangre de la calota fetal (en la cabeza del feto) para determinar si había sufrimiento fetal. El valor pH de esta muestra fue de 7'30. Como un valor superior a 7'24 se considera normal, ese valor de 7'30 se encontraba en los límites altos de normalidad, lo que descarta absolutamente que hasta ese momento existiera sufrimiento fetal. A las 20'10 horas se realizó una nueva microtoma de la calota fetal que arrojó un valor 7'18 de pH. Como un valor de pH inferior a 7'20 indica sufrimiento fetal, considerándose de carácter grave si baja de 7'16, los médicos procedieron inmediatamente a la extracción del feto mediante fórceps, que se consiguió a las 20'20 horas. No existía procedimiento alternativo más rápido para la extracción fetal en el presente caso y el intervalo de tiempo transcurrido (diez minutos) entre la determinación del pH sanguíneo del feto y el nacimiento se puede considerar excelente, según el informe médico de 16 de julio de 1996.

Se ha de señalar que el valor pH de las muestras sanguíneas del cordón umbilical prueban el estado del feto al nacer. Un valor inferior a 7 se considera patológico. Inmediatamente después del nacimiento, a las 20'23 horas, se realizó este análisis que arrojó un valor en vena umbilical de 7'25, que demuestra que el aporte de oxígeno de la madre al feto era excelente, y descarta la existencia de hipoxia prenatal. El valor de pH en la arteria umbilical era 7'05. Ambos valores son completamente normales. El test de Apgar, otro indicador del estado fetal al nacer, dio un resultado de 9/9 que traduce buena vitalidad del recién nacido, su perfecto estado, y señala la inexistencia de depresión neonatal en el momento del nacimiento.

Por último, los informes médicos establecen en 12 horas la duración media de un parto de primíparas, circunstancia que concurre en la reclamante, cuyo parto duró 7 horas.



En definitiva, el control cardiotocográfico, el control de los valores del pH intraparto y de los vasos umbilicales, el resultado del test de Apgar y la buena vitalidad de la recién nacida en el momento del nacimiento permiten excluir terminantemente, según los informes médicos citados, la producción de hipoxia en el momento del parto, cuya duración además se redujo en cinco horas respecto a la duración media.

Esta conclusión se confirma además por el hecho de que el informe del Servicio de Neonatología del Hospital, fechado el 7 de diciembre de 1994, día del alta de la recién nacida, expresa en el apartado de Riesgo neurológico, que la ecografía craneal realizada el 14 de noviembre de 1994, acusa una imagen hiper refringente en zona periventricular del ventrículo lateral derecho con múltiples áreas redondeadas de menor ecogenicidad por proceso isquémico probable en evolución.

Es decir, seis días después de su nacimiento la niña presentaba ya lesiones quísticas importantes en el cerebro, que son confirmadas, según ese informe, por una nueva ecografía cerebral el 16 de noviembre de 1994, diez días después del nacimiento, que revela una lesión parenquimatosa en región parietoccipital bilateral consistente en zonas quísticas de múltiples tabiques y que permite emitir el diagnóstico de lesión porencefálica secundaria a proceso isquémico. Según el informe del Servicio de Neonatología, de 23 de julio de 1996, estas lesiones para poder manifestarse necesitan semanas o meses, por lo que si hubieran sido causadas por hipoxia durante el parto no se habrían manifestado a los seis días del nacimiento, ni se hubieran confirmado a los diez días de éste. Por consiguiente, está demostrado que no existe nexo causal entre la asistencia sanitaria prestada a la reclamante durante el parto de su hija y las lesiones neurológicas de ésta.

El origen de éstas pudo haberse debido, como señalan los informes del Servicio de Ginecología y Obstetricia y del de Neonatología, a muchas causas; entre ellas el embarazo gemelar monocariódico, en el que los dos gemelos comparten la misma placenta y, por ende, la misma circulación fetal, lo que favorece la aparición de fenómenos tromboembólicos -y aquí hay que recordar que el otro feto presentó antes de su muerte flujo reverso indicativo de un proceso hipóxico- "sobre todo cuando uno de los fetos fallece intraútero o también a anemia importante por transfusión feto-fetal, existiendo sin duda otras muchas causas" (Informe del Servicio de Neonatología

de 23 de julio de 1996). Lo que está fuera de duda es que no hubo una asistencia obstétrica defectuosa causante de hipoxia que generara lesiones neurológicas; que esos tromboembolismos y sus subsiguientes lesiones isquémicas no son detectables por ecografía (Informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología de 12 de diciembre de 1995). La tomografía computadorizada, técnica que no es utilizable en fetos, por realizarse mediante radiaciones, puede diagnosticar una hemorragia, pero no lesiones cerebrales isquémicas sin hemorragia (íbidem). Tampoco son evitables en el estado actual de los conocimientos médicos, por lo que si el tromboembolismo que provocó la lesión neurológica en el feto supérstite se produjo cuando falleció su gemelo, no lo habría evitado una intervención médica a posteriori para anticipar el parto, que lo único a lo que habría conducido sería a alumbrar un feto más inmaduro y padeciendo ya la grave lesión neurológica producida con anterioridad.

Las lesiones neurológicas de la hija de la reclamante no han sido causadas por una mala asistencia sanitaria (lo que excluye la responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio público de sanidad) ni son concreción de un riesgo que este servicio público genere (lo que excluye la responsabilidad objetiva por funcionamiento normal del servicio público de sanidad).

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

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. Es conforme a Derecho que la propuesta de resolución desestime la pretensión resarcitoria por ausencia de nexo causal entre la asistencia sanitaria prestada a la reclamante y la parálisis cerebral de su hija.