



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 8 / 1997

La Laguna, a 30 de enero de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno sobre la *Propuesta de Orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por Á.C.H. en representación de A.S.F., J.L.R.C. y A.R.S., como consecuencia de la asistencia sanitaria que le fue proporcionada a la menor A.R.S. en el Hospital Materno Infantil (EXP. 156/1996 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 un organismo autónomo 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 cumple el requisito de legitimación activa porque el interesado reclama por una lesión de carácter personal.

* PONENTE: Sr. Fernández del Torco Alonso.

La persona pública que está legitimada pasivamente es el Servicio Canario de Salud (S.C.S.), porque, según los arts. 45 y 50 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC) en relación con el art. 2.2 LPAC y 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), se trata de un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, al que corresponde, entre otras funciones, la prestación de los servicios de asistencia y la gestión y administración de los centros sanitarios (arts. 45, 50.3 y 51.1.g), h), i) LOSC), lo que lo convierte en un centro de imputación separado de su Administración matriz (la autonómica) al que se deben referir las relaciones jurídicas que genera en su tráfico administrativo y la responsabilidad derivada de los actos y hechos que constituyen dicho tráfico.

A esta legitimación pasiva del SCS no empece -como se verá más adelante- que el órgano competente para resolver este procedimiento sea, por mor del art. 142.2 LPAC en relación con el art. 50.2 LOSC, el titular del Departamento al que está adscrito: No siendo más que una personificación instrumental para el ejercicio de funciones de competencia de la Administración se halla, por consiguiente, sometido al control y tutela de ésta, por lo que el ordenamiento jurídico puede disponer que determinadas decisiones sobre su tráfico jurídico sean adoptadas por órganos de su Administración matriz.

2. Tampoco es obstáculo a la legitimación pasiva del SCS la circunstancia de que el hecho lesivo por el que se reclama sea anterior a la creación de ese organismo autónomo e incluso anterior a las transferencias de las funciones y servicios en materia de sanidad a la Comunidad Autónoma.

Ello es así por las siguientes razones:

La Comunidad Autónoma es creada por obra del Estatuto de Autonomía. Éste le atribuye la titularidad de un elenco de competencias delimitadas material y territorialmente que hasta la entrada en vigor del Estatuto eran de titularidad estatal. Esta atribución "*ipso iure*" de competencias "debe entenderse como posibilidad de ejercicio inmediato de todas aquellas que para su ejercicio no requieran especiales medios personales o materiales. El traspaso de servicios es condición de pleno ejercicio de las competencias estatutariamente transferidas cuando, según su naturaleza, sea necesario e imprescindible, caso en el cual es

totalmente lícito el ejercicio de las competencias por el Estado mientras los servicios no sean transferidos" (STC 25/1987, de 7 de abril, FJ 3). La Comunidad Autónoma sucede así en su ámbito territorial al Estado en la titularidad de esas competencias. En algunas "*ipso iure*" a la entrada en vigor del Estatuto; en otras, al traspaso de las funciones y servicios.

En uno y otro supuesto la Comunidad Autónoma pasa a ostentar un conjunto de facultades de intervención pública y, en su caso, de medios para su ejercicio, que antes eran de titularidad estatal.

Con la naturaleza que se determine estatutariamente (competencia exclusiva, de desarrollo y ejecución, de mera ejecución), desde el punto de vista del Derecho interno es idéntica la situación jurídico-pública de la Comunidad Autónoma y del Estado respecto a ese sector de las relaciones sociales denominado "materia".

Las competencias que antes eran de titularidad estatal y ahora autónoma tienen igual objeto y contenido y se diferencian únicamente por la mutación del sujeto titular. La Comunidad Autónoma se subroga en la posición del anterior en las potestades y materias (competencias) determinadas estatutariamente, ya sea a la entrada en vigor del Estatuto, ya sea con el traspaso de medios y servicios.

Se asiste por consiguiente a una sucesión entre entes públicos. En palabras del Tribunal Constitucional, se trata "de una sucesión parcial en el ejercicio de las funciones públicas entre dos entes de esta naturaleza. Las Comunidades Autónomas no son entes preexistentes a los que el Estado ceda bienes propios, sino entes de nueva creación que sólo alcanzan existencia real en la medida en que el Estado se reestructura sustrayendo a sus instituciones centrales parte de sus competencias para atribuir las a esos entes territoriales y les transfiere, con ellas, los medios personales y reales necesarios para ejercerlas. El Estado, como conjunto de las instituciones centrales, pierde las facultades que las Comunidades Autónomas ganan y las transferencias de recursos de todo género y en concreto de bienes inmuebles de aquél a éstas no es, en consecuencia, producto de una cesión, sino, como antes decimos, consecuencia obligada de una sucesión". (STC 58/1982, de 27 de julio, FJ 2; en idéntico sentido, STC 85/1984, de 26 de julio, FJ 7).

Se trata de una sucesión a título universal circunscrita material y territorialmente, en una fracción sólo del ordenamiento público territorial originario sin extinción de éste. Aunque no se está ante una asunción total por parte de la Comunidad Autónoma de las facultades y medios del Estado, merece la calificación de universal porque se asiste a una sucesión en una "universitas" de funciones públicas pertenecientes a un sector del ordenamiento del sujeto originario y no de situaciones singulares concretas y aisladas. No puede ser una sucesión singular porque, siendo su objeto funciones públicas, no puede consistir sólo en una sucesión de derechos con exclusión de responsabilidades. En una sucesión de funciones públicas el objetivo al cual sirven, la procura de intereses públicos, no se extingue, permanece. El ente sucesor está obligado a continuar ese fin. Por ello no recibe particulares derechos, sino todo el complejo unitario de funciones, estructuras organizativas, bienes, derechos de crédito, obligaciones, relaciones jurídicas, etc. En todas las situaciones activas y pasivas ligadas a esas funciones, en esa materia y ese ámbito territorial, la Comunidad Autónoma sucede al Estado central. Por estas razones se ha afirmado en anteriores Dictámenes que se está ante una sucesión universal entre entes públicos de carácter parcial porque el ente sucedido no desaparece.

Como tal sucesión implica la transformación subjetiva de una multiplicidad de relaciones jurídicas que conservan su identidad, aunque su centro de imputación lo constituya ahora la Comunidad Autónoma, que sustituye al Estado central en la actividad pública que en esa materia desarrollaba y en el ámbito territorial autonómico. En virtud de esa sucesión, a un ente público titular de funciones públicas y sujeto, por ende, de las relaciones jurídicas que el ejercicio de esas funciones genera, le sustituye en dicha titularidad y relaciones otro ente público, con lo que quedan inalteradas objetivamente las relaciones cuyo centro de imputación era el sujeto originario porque sólo se produce un cambio subjetivo en el conjunto de aquellas relaciones jurídicas. Éstas permanecen inmutables, cambia tan sólo su sujeto que se subroga en bloque en las relaciones jurídicas del ente sucedido.

Por consiguiente, no sólo las situaciones activas son transmitidas a la Comunidad Autónoma, sino también sus obligaciones, sean de carácter estatutario, contractual o extracontractual.

Por ello, el art. 20 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, dispone que los expedientes en tramitación de los servicios que se transfieren se entregarán a la Comunidad Autónoma para su decisión, siendo de su cuenta, en su caso, las consecuencias económicas de la decisión definitiva. Si respecto a expedientes ya iniciados por la Administración central, la autonómica se subroga en su posición, con más razón en aquellos supuestos en que el expediente se inicia con posterioridad a la fecha de la transferencia del servicio con base en hechos anteriores a ella; porque la Administración central carece ya de competencia (y de medios) para poder actuar en esa materia en el territorio de la Comunidad Autónoma. Es la Administración de ésta a la que corresponde conocer en virtud de que, como se dijo, ha sucedido a la anterior.

III

1. En los folios 85 y 86 del expediente obra copia de la demanda que la representación de los reclamantes interpuso ante el Juzgado de lo Social contra la Tesorería General de las Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Salud y la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de la Comunidad Autónoma de Canarias; demanda que determinó la formación de los Autos 516/1995 seguidos en el Juzgado de lo Social nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria. Los hechos en que se funda esa demanda son transcripción literal de los hechos en que se funda el escrito de reclamación del presente procedimiento. La demanda está fechada el 24 de julio de 1995. El señalamiento de la celebración del acto del juicio para las 11,20 horas del día 22 de abril de 1996 se comunicó a la Consejería de Sanidad por cédula de citación expedida el 6 de marzo de 1996. (folio 84). En el folio 78 obra el acta de comparecencia de la representación de los reclamantes y del representante del Servicio Canario de Salud en la que de mutuo acuerdo solicitan la suspensión del acto del juicio lo cual acordó el Juzgado *"sine die"*.

Que por los mismos hechos por los que se reclama en este procedimiento se haya interpuesto una demanda con idéntica pretensión ante la jurisdicción de los Social no obsta a que la Administración se pronuncie sobre ellos; ya que, según los arts. 120 LPAC y 69 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), toda demanda contra la Administración autonómica o los organismos autónomos dependientes de la misma debe ir precedida de reclamación administrativa previa,

requisito que ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como legítimo y no contrario al art. 24 de la Constitución (SSTC 21/1986, de 14 de febrero; 60/1989, de 16 de marzo; 162/1989, de 16 de octubre; 217/1991, de 14 de noviembre y 120/1993, de 19 de abril).

En el presente caso, la interposición de la reclamación previa fue posterior a la de la demanda. Sin embargo, a la vista de los arts. 121.1 LPAC y 81 LPL, la jurisprudencia ha interpretado que esto no constituye un obstáculo procesal si la Administración cuenta con el plazo legal para pronunciarse sobre la reclamación en el intervalo que media desde que la recibió hasta la celebración del juicio (STS de 30 de marzo de 1992, Sala de 1992, Sala Cuarta, recurso de casación para unificación de doctrina, Ar. 1887; STC 120/1993, de 19 de abril, FJ 4). Conforme a esta doctrina jurisprudencial, el simple hecho de la interposición de la demanda no impide a la Administración pronunciarse sobre el asunto siempre que lo haga en el plazo legal y antes de la celebración del juicio.

Ahora bien, la representación de la reclamante calificó a su escrito de reclamación previa a la vía judicial laboral. La Administración, en cumplimiento del deber de dar el curso adecuado a las solicitudes de los interesados que para ella resulta del art. 110.2 LPAC (Dictámenes del Consejo de Estado 1.305/92, de 3 de diciembre de 1992 y 1.596/92, de 14 de enero de 1993 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretando el art. 114.2 LPA, precedente legislativo del art. 110.2 LPAC), recalificó dicho escrito como el de reclamación administrativa contemplado en los arts. 139 y ss LPAC, recalificación que fue notificada a la representación de los reclamantes que, al no oponerse a ella, la ha aceptado tácitamente.

Que el procedimiento para la sustanciación de la presente reclamación sea el previsto en el art. 142 LPAC y la jurisdicción competente para conocer de ella sea la contencioso-administrativa y no la social resulta de las siguientes razones desgranadas por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo en los Autos nº 12 y 14, de 7 de julio y 27 de octubre de 1994 y nº 13 y 14 de 11 de diciembre de 1995:

1º. El principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública tiene un alcance general y unitario, como resulta de los arts. 106.2 y 149.1.18ª de la Constitución. Por ello resulta indiferente que la actividad administrativa dañosa se haya producido en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, o en forma de

una mera actividad material, o en omisión de una obligación legal, del propio modo que es también indiferente -art. 142.6 LPAC- la naturaleza pública o privada de la relación de la que derive la responsabilidad.

2º. Este sistema único, directo y objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración que tiene por causa el funcionamiento de los servicios públicos, cláusula que comprende cualquier tipo de actuaciones extracontractuales, fue introducido por el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) de 1954, reiterado por el art. 40 LRJAE y garantizado por los arts. 106.2 y 149.1.18ª de la Constitución, precepto este último que expresamente contempla un sistema -así, en singular y por ende único- de todas las administraciones públicas cuya regulación es competencia exclusiva del Estado.

3º. Ese sistema de responsabilidad fue introducido por la LEF de 1954 para toda lesión que tuviera su causa en el funcionamiento de los servicios públicos e independientemente de la naturaleza jurídica privada o pública de las relaciones en que se desplegara ese funcionamiento, y atribuyó en exclusiva a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para conocer de esas reclamaciones (arts. 121 y 122 LEF). La LJCA de 1956 en su art. 3,b) reiteró el monopolio de esa jurisdicción para el conocimiento de las reclamaciones de esa responsabilidad, independientemente de que las relaciones jurídicas de las que derivara fueran de naturaleza pública o privada. El art. 41 de la LRJAE de 1957 rompió ese monopolio al atribuir a los tribunales del orden civil el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad de la Administración cuando actuara en relaciones de Derecho Privado.

La LPAC de 1992 ha derogado expresamente el art. 41 LRJAE con lo cual se ha vuelto a expandir la competencia que el art. 3,b) LJCA atribuye a la jurisdicción contenciosa para conocer de todas las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, sea cual fuere la naturaleza de las relaciones de que se derive. El art. 41 LRJAE ha sido sustituido por los arts. 142.6 y 145.4 LPAC según los cuales las resoluciones administrativas que concluyen los procedimientos de reclamación ponen fin a la vía administrativa. La relación de esos preceptos con el art. 37.1 LJCA, según el cual el recurso contencioso sólo es admisible respecto de las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa, muestra

claramente de que la vía jurisdiccional que sigue a estos procedimientos es la contencioso administrativa.

Ello es mucho más patente si se atiende a que la derogación de los arts. 40 y 41 LRJAE y la nueva redacción del art. 37.1 LJCA se ha realizado por obra respectivamente, de la Disposición Derogatoria.2 y la Disposición Adicional Décima de la LPAC, precisamente como única fórmula de establecer un sistema cerrado y completo para este tipo de reclamaciones.

4º. El art. 142 LPAC, en relación con el art. 144 y 145.1 de la misma, ha establecido un procedimiento unitario para las reclamaciones de responsabilidad previo a su planteamiento jurisdiccional. La derogación expresa del art. 40.2 y 3 LRJAE ha eliminado toda posibilidad de acción jurisdiccional autónoma de resarcimiento.

5º. Ese procedimiento unitario y previo contemplado en los arts. 142, 144 y 145.1 LPAC no se puede confundir con las vías administrativas previas a las reclamaciones judiciales civiles o laborales contra las Administraciones públicas, por la elemental razón de que existe una regulación específica de las mismas sujeta a procedimientos y principios diferentes de los que rigen las reclamaciones de responsabilidad patrimonial (arts. 122 a 126 LPAC).

6º. No cabe dudar de la naturaleza de Administración pública de las entidades que integran el Sistema Nacional de Salud. En el caso concreto de organismos autónomos como el INSALUD o el Servicio Canario de Salud su consideración como Administraciones públicas está expresamente prevista en el art. 2.2 LPAC. El hecho de que estas entidades gestoras de la prestación sanitaria de la Seguridad Social actúen a veces sometidas al Derecho Privado no las excluye de su consideración de Administración pública ni impide que se les apliquen los arts. 139 y siguientes LPAC para la exigencia de responsabilidad, y ello por aplicación del art. 144 de la misma.

7º. La excepción de dichas entidades de ese régimen de responsabilidad, además de chocar con la generalidad con que configura el art. 106.2 de la Constitución el derecho a ser indemnizado por las lesiones derivadas del funcionamiento de los servicios públicos, exigiría una previsión específica de la ley. No constituye tal previsión la D.A. 6ª LPAC que se refiere genéricamente a actos de Seguridad Social y desempleo y no, por tanto, a pretensiones de responsabilidad patrimonial derivadas

de lesiones causadas en la actividad prestacional de instituciones sanitarias de la Seguridad Social o del Sistema Nacional de Salud.

8º. Por otro lado, sería incongruente que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por las lesiones derivadas de la asistencia sanitaria prestada por los servicios del Sistema Nacional de Salud tuvieran el régimen, procedimiento y jurisdicción determinados por la LPAC en caso de que el reclamante no estuviera comprendido en el campo de la acción protectora de la Seguridad Social y un régimen, procedimiento y jurisdicción distinto en el supuesto de que estuviera comprendido en ese campo.

9º. Además, después de la entrada en vigor de la LPAC, sólo un concepto amplísimo de reclamaciones en materia de Seguridad Social, no avalado por ningún texto legal concreto, permitiría que se incluyeran en él las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de la asistencia sanitaria y se sustrajeran así al régimen material, procedimental y jurisdiccional unitario que ha reintroducido la LPAC. Adviértase que el término "prestación" es un concepto jurídico inserto en el marco de los derechos y obligaciones específicos de la Seguridad Social y que tiene múltiples aspectos que afectan al nacimiento del derecho, a su obtención, a su amplitud, a sus condiciones de tiempo y lugar, a los requisitos de afiliación y cotización, etc., aspectos perfectamente distinguibles de la actividad de servicio público que realizan las instituciones sanitarias al prestar la asistencia sanitaria, actividad que por sí sola es susceptible de generar una pretensión de responsabilidad patrimonial.

Por todo ello y al no existir, en el ámbito institucional sanitario de la Seguridad Social, una previsión normativa específica sobre responsabilidad patrimonial, y para evitar la anomalía que supondría sostener la existencia de un espacio institucional inmune en esta materia, que únicamente podría satisfacerse dentro del marco de la acción protectora de la Seguridad social cuando se preste a los sujetos incluidos en su campo de aplicación; es lógico concluir que la regulación unificadora de la LPAC en materia de responsabilidad patrimonial es aplicable a la que pueda exigirse a las entidades gestoras de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social por los daños que en esa asistencia sanitaria generen.

Respecto a esta última fundamentación de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, cabe añadir en desarrollo de ella que:

El art. 38 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, LGSS 1994, (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) establece cuál es el alcance de la acción protectora de la Seguridad Social comprendiendo en ella: a) la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo; b) la recuperación profesional que proceda en los supuestos anteriores; c) prestaciones económicas en los casos de incapacidad temporal por maternidad, invalidez, desempleo, jubilación, muerte y supervivencia; d) prestaciones familiares por hijo a cargo; e) prestaciones de servicios sociales y asistencia social.

Esta acción de protección comprende sólo esos aspectos y limita el ámbito de extensión posible del Régimen General y de los Especiales de la Seguridad Social (art. 38.3 LGSS 1994).

La Disposición Derogatoria de la LGSS 1994 mantiene la vigencia de varios artículos del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS 1974), aprobado por el Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo. Entre estos preceptos figuran los arts. 98, 102, 103, 105 y 108 conforme a los cuales la asistencia sanitaria de la Seguridad Social tiene por objeto la prestación de servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud y la aptitud para el trabajo, los servicios que complementen esas prestaciones médicas y farmacéuticas especialmente la rehabilitación física y profesional. Esa asistencia sanitaria comprende la asistencia médica referida estrictamente a prestaciones médicas y hospitalarias; la asistencia farmacéutica referida únicamente a la dispensación y adquisición de medicamentos; y la asistencia protésica.

En definitiva, la asistencia sanitaria de la Seguridad Social únicamente comprende prestaciones en especie, y en casos excepcionales prestaciones de reembolso de gastos médicos, con su procedimiento específico (art. 102 LGSS 1974).

A la vista de estos preceptos no puede sostenerse que la acción protectora de la Seguridad Social comprenda como una acción protectora más a añadir a las del art. 38 LGSS 1994 las "prestaciones por reparación de defectuosa asistencia sanitaria recibida". No existe apoyatura legal alguna para incluir dentro de la Seguridad Social

esta clase de prestación. El reembolso de los gastos médicos -que es una prestación en especie que satisface el derecho a la asistencia sanitaria mediante una restitución patrimonial- es distinto del resarcimiento de daños por asistencia sanitaria defectuosa. Cuando procede éste ya no es posible la prestación sanitaria ni en forma de prestación directa en especie, ni en forma de prestación en metálico retributoria de los gastos causados para la recuperación de la salud. Lo único que cabe es una compensación indemnizatoria que tiene su causa no en la recuperación de la salud, ya perdida o disminuida inevitablemente como consecuencia del defecto en la actividad médica, sino en el hecho de que tal asistencia no se prestó en las condiciones debidas.

Esto lo confirma la existencia de casos en que quienes reclaman son los herederos de una persona cuyo fallecimiento se imputa a esa asistencia médica defectuosa. Esa reclamación de indemnización no es reconducible siquiera remotamente a una reclamación de la prestación de asistencia sanitaria debida por la Seguridad Social: No se reclama por una prestación comprendida dentro de la acción protectora de ésta; lo que se ejercita es una acción de responsabilidad frente a la Administración por daños patrimoniales y morales.

Estas reclamaciones de responsabilidad no son subsumibles por consiguiente en la prestación sanitaria debida por la Seguridad Social.

La indemnización por asistencia sanitaria defectuosa no es una prestación de la Seguridad Social, y la acción resarcitoria no es una reclamación en materia de Seguridad Social por lo que la jurisdicción del orden social es incompetente para conocer de ellas (art. 9.5 LOPJ en relación con el art. 2,b) LPL).

El derecho a la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa de los servicios públicos de salud no resulta de la legislación de Seguridad Social, sino del art. 106.2 de la Constitución y del art. 139 LPAC. Esos servicios públicos tienen el carácter de Administraciones públicas (art. 2.2 LPAC, arts. 45 y 50 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, LOSC, para el Servicio Canario de Salud). El acto que declara o deniega el derecho a la indemnización solicitada es un acto sujeto al Derecho Administrativo, dictado por una Administración pública y a través de un procedimiento administrativo al cual culmina poniendo fin a la vía

administrativa. Por consiguiente, conforme a los arts. 9.4 LOPJ, 2,b) y 37.1 LJCA su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

Por ello, cuando al Servicio Canario de Salud le sean notificadas demandas interpuestas ante los órganos judiciales del orden civil o social cuya pretensión sea una indemnización por daños originados por asistencia sanitaria defectuosa, de las cuales esté conociendo en vía administrativa, el Consejero de Sanidad (arts. 3.2 y 5 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, LOCJ), a propuesta del órgano instructor (art. 4.1 LOCJ) debe dirigir, conforme al procedimiento del art. 10 LOCJ, un oficio de inhibición al órgano judicial (art. 10.2 LOCJ) para que decline su competencia (arts. 10.5 LOCJ) o en caso contrario plantee formalmente conflicto de jurisdicción (art. 12.2 LOCJ).

2. En el escrito de reclamación se afirma que:

a) la madre embarazada de 32 semanas y media acudió al servicio de urgencias el viernes, 20 de abril de 1990;

b) por amenaza de aborto prematuro;

c) que durante el fin de semana permaneció ingresada sin ningún tipo de vigilancia especial;

d) que la tarde del domingo, 22 de julio de 1990 avisó a la ATS de guardia porque había dejado de percibir los movimientos del feto;

e) el lunes se le realizó una ecografía y que el facultativo que la atendió diagnosticó "ausencia total de líquido. Prematura con presentación de nalgas";

f) que los ginecólogos que la atendían mostraban falta de interés y despreocupación y no querían asumir la gravedad de la difícil situación;

g) que por lo anterior mandó a llamar al ginecólogo que la había atendido durante la gestación;

h) que éste decidió practicarle una cesárea con urgencia pero que no pudo porque no podían anestesiarla porque había desayunado;

i) que su ginecólogo dio las instrucciones para que se realizara la cesárea a primera hora del día siguiente;

j) que durante la madrugada del martes, empezó a tener contracciones y vómitos;

k) que el ginecólogo de guardia en vez de practicarle la cesárea y contra las indicaciones y prescripciones de los compañeros que la habían atendido decidió provocarle el parto;

l) que como consecuencia del sufrimiento fetal padecido la recién nacida padece parálisis cerebral, retraso mental severo, tetraparesia espástica, sindactilia en ambos pies, estrabismo convergente.

Por todo ello, considerando que las secuelas irreversibles que padece la menor han sido causadas por la deficiente asistencia sanitaria prestada, solicita una indemnización de doscientos millones de pesetas.

La representación de la reclamante no propone ni aporta prueba alguna dirigida a demostrar los hechos en que fundamenta su reclamación.

En la reclamación se alegan las siguientes lesiones: "parálisis cerebral, retraso mental severo, tetraparesia espástica, sindactilia en ambos pies, estrabismo convergente".

La única lesión cuya existencia aparece probada en el expediente es la sindactilia, malformación de carácter congénito, que fue diagnosticada al nacimiento, el 24 de julio de 1990. Las otras lesiones alegadas no constan en la documentación clínica obrante en el expediente referente a la menor (Informe de 24 de julio de 1990 al Servicio de Neonatología del médico que asistió al parto, folio 42; datos clínicos del neonato de la Historia Obstétrica, de 24 de julio de 1990, folio 52; Informe de Medicina Intensiva, de 30 de julio de 1990, folios 80 y 81; Informe de Epicrisis Pediátrica, de 30 de agosto de 1990, folio 82).

Según los informes médicos y la documentación clínica obrante en el expediente:

1º El seguimiento médico del embarazo no lo prestó el servicio público de salud (Informe de la Médico Inspectora del Servicio de Prestaciones, Inspección y farmacia, folio 23). La única prestación que recibió de éste durante el embarazo consistió en la práctica, el 1 de marzo de 1990, de una amniocentesis para la detección precoz de la

subnormalidad (folio 62), para la cual la madre expresó su consentimiento después de haber sido advertida de que los resultados de esa prueba no eliminan otros defectos no detectables por esa prueba (folio 63), la cual permitió constatar la ausencia de las anomalías cromosómicas determinantes del síndrome de Down (folio 65), patología que no presenta la hija de los reclamantes.

2º La madre, de 42 años de edad (Informe de Urgencias, folio 40; Hoja de enfermería, folio 66) y fumadora de 50 cigarrillos diarios (Informe para Neonatología, folio 42), embarazada de 32 semanas y media ingresó en el servicio de urgencias del Hospital Materno-Infantil a las 21 horas de julio de 1990, viernes, por rotura prematura de membranas (Informe de Urgencias, folio 40; Informe del Médico Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología, ISOG, folio 27). El diagnóstico por ruptura prematura de membranas es diferente del diagnóstico de amenaza de parto prematuro, de ahí que los protocolos de actuación médica (que expresan las pautas generales de la "lex artis") sean diferentes (ISOG, folio 27; protocolos respectivos, folios 29 al 36).

3º Fue examinada el día de su ingreso, día 20, por el tocoginecólogo del servicio de urgencias (Informe de Urgencias, folio 40) y por dos ginecólogos del Servicio correspondiente (Historia obstétrica, folio 49); al día siguiente, por el facultativo de planta del Servicio de Obstetricia, y por las AA.TT.SS. de planta el día 20 a las 22 y 23,35 horas; el día 21 a las 0,0 horas; 0,30; 6; 9; 11,30; 13,15; 14,15; 15,15; 16,30; 18,00 y 20,30 horas; el día 22 a las 0,0; 9,0; 17 y 24 horas, siguiendo controles en días sucesivos (ISOG, folio 27; Hojas de Enfermería, folios 44, 66 y 67). Se le aplicó sueroterapia hasta la noche del 21 al 22. Se le realizaron controles por las AA.TT.SS. de frecuencia cardíaca, pulso y temperatura y compresas. Se encargaron las analíticas y se le pidió ecografía para el lunes. No presentaba dinámica de parto. Las noches del 21 al 22 y del 22 al 23 las pasó tranquila (Hojas de Enfermería, folios 44, 66 y 67).

4º La reclamante no ingresó porque hubiera comenzado el proceso del parto sino por ruptura prematura de membranas. Durante su ingreso los días 20, 21 y 22 tampoco presentó dinámica de parto. La actuación médica fue correcta porque no se debe poner término a la gestación hasta que se haya llegado a la 34 semana de gestación o cuando surjan signos de infección intraamniótica. No existían éstos y sólo

habían transcurrido 32 semanas y media de gestación, (ISOG, folio 27; Protocolo Médico de Rotura Prematura de Membranas, folio 35).

5º. El lunes, 23 de julio, se realizó la ecografía cuyos resultados obran al folio 60: "Feto vivo en podálica. Placenta en cara anterior de inserción y aspecto normal. Ausencia casi total de líquido amniótico. La biometría fetal corresponde a una gestación de 32 semanas". La actitud médica de no inducir el parto o realizar cesárea seguía siendo la correcta porque no se habían alcanzado las 34 semanas de gestación, ni existía infección intraamniótica ni se había iniciado la dinámica del parto (ISOG, folio 27; Protocolo Médico de Rotura Prematura de Membranas, folio 35).

6º. El período de dilatación lo inició espontáneamente a la primera hora del 24 de julio (Historia Obstétrica, HO, folio 50) y duró 3 horas y 55 minutos (HO, folio 53). El período expulsivo duró cinco minutos (HO, folio 53) y por la presentación podálica precisó ayuda manual profiláctica (HO, folio 51). El período de alumbramiento también duró cinco minutos (HO, folio 53). No hubo incidencias durante el período expulsivo (H.O., folio 51). El cordón umbilical no estaba enrollado en torno al cuello del neonato por lo que no existía riesgo de hipoxia cerebral (H.O., folio 52). Lo cual confirma el Informe de Alta Pediátrica (folio 82). La cardiotocografía del feto no arrojó valores patológicos sino, al contrario, normales (HO, folio 53). No existió sufrimiento fetal (Informe del médico asistente al parto, folio 42, ISOG, folio 27). Que no hubo sufrimiento fetal intraparto es corroborado por la cardiotocografía y por la prueba de Apgar que dio unos valores de 7/9, que, aparte de demostrar esa ausencia de sufrimiento fetal, indica una buena adaptación al medio extrauterino (ISOG, folio 27). Tampoco los Informes de Alta pediátrica (folio 82) y de Medicina Intensiva (folio 80 y 81) refieren hipoxia o sufrimiento fetal. El neonato (edad gestacional de siete meses aproximadamente) presentó un peso de 1.880 gramos (Informe de Epicrisis parto, folio 38; Informe del médico asistente al parto, folio 43). La actuación médica se ajustó a la "*lex artis*" porque cuando hay presentación podálica sólo se recomienda, con carácter electivo, la cesárea si se estima un peso del feto inferior a 1.500 gramos (en este caso presentó un peso de 1.880 gramos) o la edad gestacional es inferior a 32 semanas (la del feto era superior) recomendándose la evolución espontánea del parto vaginal (como así se hizo), con control cardiotocográfico continuo durante la dilatación y expulsión (como también se realizó), y sin que el período expulsivo dure más allá de 30 minutos (en este caso duró cinco minutos)

(ISOG, folio 27; protocolo médico de asistencia al parto pretérmino, folios 29 y 30; Informe de la Médico Inspectora del Servicio de Prestaciones, Inspección y Farmacia, folios 23 y 24). Por consiguiente, la patología que presenta la neonata es imposible imputarla a que la actuación médica, por deficiente, no evitara dicho sufrimiento (Informe del Médico Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología, folios 27 y 28; Informe de la Médico-Inspectora del Servicio de Prestaciones, Inspección y Farmacia, folios 23 y 24).

7º. Que después del alumbramiento la recién nacida sufriera un distress respiratorio se debió a la inmadurez pulmonar característica de los neonatos (Informe de Medicina Intensiva, folios 80-81; Informe de Alta pediátrica, folio 82).

8º. La patología que presenta la hija de los reclamantes puede ser fruto de eventos neonatales, muchas veces de causas desconocidas y que se relacionan con la prematuridad (nacimiento antes del término de la gestación), como revela el hecho de que la tasa de parálisis cerebral se incrementa enormemente con ella, aunque también se debe a anomalías congénitas (ISOG, folio 28). En esta línea, la sindactilia que presenta la hija de los reclamantes sugiere anomalías congénitas de etiología no relacionada con el parto y sí con síndrome malformativo en la génesis y desarrollo del embrión (Informe de la Médico-Inspectora del Servicio de Prestaciones, Inspección y Farmacia, folio 24).

IV

Las lesiones por las que se reclama fueron diagnosticadas en 1990, diagnóstico que dado el carácter de ésta, equivalía a la determinación de sus secuelas; por consiguiente, la acción para reclamar estaba prescrita en julio de 1995, fecha en la que se interpuso la demanda.

La prescripción del derecho a reclamar (art. 142.5 LPAC) supone la ausencia de un elemento esencial que impide que la Administración, en casos como el presente donde está indubitado el transcurso del año para ejercer la acción resarcitoria, entre a resolver sobre la existencia de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del servicio público sanitario. En efecto, aun cuando en algunos supuestos se ha entendido ajustado a Derecho que la Propuesta de Resolución entre, en casos en que pudo haber prescrito el derecho a reclamar pero no se tiene total certeza del cómputo de los plazos o de la concurrencia de alguna circunstancia que pudo

interrumpirla, en el fondo del asunto ante la posibilidad de causar algún perjuicio a los reclamantes, la regla general debe ser que la ausencia de algún requisito formal (legitimación activa, legitimación pasiva y no prescripción de la acción) supone la desestimación de lo pretendido por el interesado, sin necesidad de entrar en el fondo de la reclamación.

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

PRIMERA. El Servicio Canario de Salud está legitimado pasivamente en el presente procedimiento (F. II.1). No obsta a un pronunciamiento el hecho de que los daños por los que se reclaman se imputen a la asistencia médica prestada por el INSALUD, ya que el S.C.S. es su sucesor en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Canarias (F.II.2). Tampoco obsta a un pronunciamiento sobre la reclamación el que por los mismos hechos en que se fundamenta se haya interpuesto una demanda ante la jurisdicción social, porque aún no se ha celebrado el juicio (F. III.1). El procedimiento para la sustanciación de la presente reclamación es el previsto en el art. 142 LPAC y regulado en el RPRP. La jurisdicción competente es la contencioso administrativa. Esto justifica que se proceda de acuerdo con el art. 10 LOCJ cuando al S.C.S. se le notifiquen por la jurisdicción civil o social demandas cuya pretensión sea una indemnización por daños originados por asistencia sanitaria de las cuales esté conociendo en vía administrativa (F.III.1).

SEGUNDA. De la naturaleza de las lesiones por las que se reclama y de la fecha en que se produjo el hecho al que se imputa su causación se deduce que la acción de reclamación está prescrita, por lo que no es conforme a Derecho que la Propuesta de Resolución entre en el fondo del asunto pues está indubitada la prescripción del derecho a reclamar, de acuerdo con el Fundamento IV.