



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 / 2 0 1 3

(Sección 1ª)

La Laguna, a 24 de enero de 2013.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por A.F.M.M. y M.D.S.G., por daños ocasionados a la menos C.M.G.T., como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 594/2012 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución formulada en un procedimiento de reclamación de la responsabilidad extracontractual del Servicio Canario de Salud, SCS.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la Excma. Sra. Consejera de Sanidad para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.e) -según su redacción anterior a su modificación por la Ley 5/2011, de 17 de marzo, puesto que el escrito de reclamación se presentó el 11 de octubre de 2010- y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto citado con el art. 12.1 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).

3. En el expediente obra la Resolución, de 3 de julio de 2009, de la Secretaria General del SCS por la que se admite a trámite la reclamación, lo cual se recoge en

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

el Antecedente de Hecho Tercero de la propuesta de resolución. Al respecto se recuerda que, según el art. 142.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC, y los concordantes arts. 4.1 y 6.1 RPRP, el procedimiento se inicia por la presentación de la reclamación del interesado ante el órgano competente. Una vez presentada ésta el órgano administrativo impulsará el procedimiento por todos sus trámites ordenando los actos de instrucción adecuados hasta la resolución que ponga fin al mismo (arts. 74 y 78.1 LPAC, arts. 6.2 y 7 RPRP).

La fecha de la presentación de la reclamación constituye el término inicial del plazo legal para resolver. Ese plazo puede quedar en suspenso si el escrito de reclamación no reúne los requisitos que exigen los arts. 70.1 LPAC y 6.1 RPRP. Esa suspensión sólo se mantendrá durante los diez días siguientes a la notificación al interesado del requerimiento previsto en el art. 71.1 LPAC (que podrá ser ampliado hasta cinco si concurrieren las circunstancias del art. 71.2 LPAC).

Si el escrito de reclamación no reúne los requisitos legales la Administración debe requerir al interesado con celeridad para que subsane las deficiencias (arts. 71.1 y 74.1 LPAC). No puede requerirlo cuando lo estime conveniente, sino con la celeridad que exige el art. 74.1 LPAC; porque desde la presentación de la reclamación ya está corriendo el plazo de tramitación del procedimiento. Este plazo no se inicia cuando el interesado subsana las deficiencias de su escrito de reclamación, sino se reanuda.

El procedimiento tampoco se inicia cuando el órgano competente admite la reclamación y decide incoarlo. El tenor del art. 142.1 LPAC y de los arts. 4.1 y 6.1 RPRP es inequívoco al expresar que el procedimiento se inicia por la reclamación de los interesados.

Como dice la STS de 30 de abril de 1990 (Ar. 2.900) "obligada está la Administración a iniciar el expediente de reclamación de tales daños y perjuicios, acomodándose a las específicas normas del ordenamiento jurídico (...) independientemente de que se acrediten o no las realidades de los alegados daños y perjuicios".

La expresión "si se admite la reclamación por el órgano competente (...)" del art. 6.2 RPRP, no puede ser interpretada como confiriendo al órgano competente la potestad de admitir o inadmitir el escrito de reclamación y que, por consiguiente, el procedimiento se inicia con la resolución admitiendo la reclamación. Esta interpretación no cabe porque conduce a un resultado que contradice al art. 142.1

LPAC, norma superior conforme a la cual debe ser interpretada la norma inferior, y a los arts. 4.1 y 6.1 del mismo RPRP.

La oración inicial del segundo apartado del art. 6 RPRP sólo tiene sentido en relación con su primer apartado y con el art. 70 LPAC al que remite: El órgano administrativo sólo puede inadmitir el escrito de reclamación si es incompetente para conocer de ella.

Si es competente, pero dicho escrito no reúne los requisitos legales, requerirá al interesado, con suspensión del plazo de tramitación, para que subsane sus faltas; si éste no lo hiciera en plazo, la archivará sin más trámite.

Si es competente y el escrito reúne los requisitos legales está obligado a tramitar en plazo el procedimiento, porque el art. 142.1 LPAC configura un auténtico derecho a incoar el procedimiento.

En definitiva: O inadmisión por incompetencia o archivo por no subsanación de las deficiencias del escrito. Si no se dan ni una ni otra, es obligatorio tramitar el procedimiento por todos sus trámites impulsándolo de oficio.

4. El hecho lesivo objeto del presente expediente se diagnosticó el 20 de julio de 2008 y el escrito de reclamación se presentó el 25 de mayo de 2009, dentro del plazo que fija el art. 142.5 LPAC, por lo que no es extemporánea.

5. En el presente procedimiento se reclama por la infección del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) a una menor. La causación de esta lesión se imputa a la deficiente asistencia sanitaria prestada el 28 de octubre de 2002 por los facultativos del Servicio Canario de Salud, SCS, a la madre durante el alumbramiento de la niña que no impidió el contagio del VIH desde aquélla a ésta.

La menor fue declarada en situación de desamparo por Resolución, de 31 de julio de 2003, de la Dirección General de Protección del menor y de la familia, por lo que este órgano asumió su tutela. El 19 de diciembre de 2003 la niña fue entregada en acogimiento familiar a un matrimonio. Uno de los cónyuges interpone el escrito de reclamación en representación de dicha Dirección General, pues obra en el expediente la Resolución de ésta, de 1 de julio de 2009, confiriéndole su representación para interponer la presente reclamación de responsabilidad extracontractual frente al SCS.

Conforme a los arts. 32.3 y 46.4 LPAC está acreditada la representación del órgano que ostenta la tutela de la menor. Como no se trata de entablar una

demanda, no es necesario que esta representación del órgano tutelante sea autorizada judicialmente (art. 173 bis.2º del Código Civil en relación con el art. 276.6º del mismo)

6. Conforme al art. 13.3 RPRP el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que se ha superado ampliamente en este procedimiento; sin embargo, esta circunstancia no impide que se dicte la resolución porque la Administración está obligada a resolver expresamente, aun vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC, en relación con los arts. 43.3.b) y 142.7 de la misma.

7. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten a un Dictamen de fondo.

II

1. Está acreditado en el expediente que la niña nació el 28 de octubre de 2002, que a la madre de la menor se le diagnosticó el VIH el año 2004 y que la menor fue diagnosticada de la misma enfermedad el 20 de julio de 2008.

2. En el expediente obra el informe del jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital donde nació la niña cuyo tenor es el siguiente:

“J.Á.G.H., Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario Materno-Infantil de Canarias, Catedrático de Obstetricia y Ginecología de la Facultad de Medicina de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Presidente de la Sociedad Canaria de Ginecología y Obstetricia, miembro de la Comisión Nacional de la Especialidad de Obstetricia y Ginecología, con treinta y tres años de ejercicio profesional en obstetricia y ginecología, ha evaluado la asistencia prestada a F.T.A. en relación con el expediente de Responsabilidad Patrimonial nº58/09 presentado al Servicio Canario de Salud a instancia de C.M.G., hija de F.T.A. Para dicha evaluación he utilizado la historia clínica de F.T.A. donde constan todos los documentos relacionados con el embarazo y parto y el escrito de la reclamación.

F.T.A. ingresó en el Hospital Universitario Materno Infantil de Canarias el día 28 de octubre del año 2002 a las 16:50 horas en trabajo de parto, no habiendo tenido ningún contacto reglado con el Servicio Canario de Salud en relación con la gestación que motivó su ingreso. F.T.A., en la fecha de su ingreso, era una gestante de 35 años de edad, que refirió como antecedentes familiares la presencia de padre diabético y

antecedente materno de gestación gemelar. En sus antecedentes personales consta que no ha sufrido intervenciones previas, ni transfusiones y no presenta alergias medicamentosas. Es una quintigesta con cuatro partos previos. La gestación actual era no deseada, y no ha realizado ningún control de la misma. No conoce la fecha de su última regla y por consiguiente desconoce las semanas de gestación. En el momento de su ingreso se estima, por exploración ecográfica, que se encuentra de unas 36 semanas de gestación. Ingresó en avanzado estado de dilatación a las 16:50 horas, con la bolsa rota sin que pueda referir desde cuando. Cinco minutos más tarde, a las 16:55 se produce un parto espontáneo naciendo una niña de 2540 gramos de peso, claramente inferior al que le corresponde para su edad gestacional, con un test de Apgar de 9/10 y pH de arteria umbilical de 7,28. La niña se adapta perfectamente a la vida extrauterina, por lo que es trasladada a nidos. A la madre a su ingreso se le practicó la analítica de rutina, según protocolo del Servicio para todas las gestantes en trabajo de parto, que consta de hemograma, coagulación y bioquímica. Los resultados de todas ellas fueron normales.

En el escrito presentado para justificar el Expediente de Responsabilidad Profesional se refiere que la niña, C.M.G., presenta positividad para el virus de la inmunodeficiencia Humana (VIH) y que dicha infección se ha adquirido por transmisión vertical, es decir, de la madre a la hija, y que dicha transmisión se habría evitado si la asistencia prestada a F.T.A. hubiera sido otra. Luego, es de suma importancia describir las medidas diagnósticas y terapéuticas que se siguen en la atención al embarazo y al parto para detectar la infección por VIH y evitar la transmisión vertical de la misma. Para ello, se adjuntan tres protocolos del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario Materno-infantil de Canarias, protocolos realizados con la mejor evidencia científica disponible y de aplicación en el presente caso (protocolo de control prenatal, protocolo de asistencia al parto y protocolo de HIV y gestación). También se adjunta los protocolos de asistencia prenatal e infección por HIV y gestación de la Sociedad Española de Obstetricia y Ginecología (SEGO) que, como no podría ser de otra manera, coinciden en sus aspectos fundamentales con los del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario Materno-Infantil de Canarias.

En la página 2 del protocolo de asistencia prenatal del Servicio de Obstetricia y Ginecología se refiere, que en la visita preconcepcional, es decir, antes de la gestación, se refiere textualmente «Para controlar la transmisión vertical de determinados cuadros infecciosos se recomienda solicitar a todas las mujeres que

acuden con deseo genésico lúes, rubéola, hepatitis 8 y VIH». En la página 5 del mismo protocolo, en el apartado de analítica a solicitar se refiere «Serologías: Rubéola, Lúes, hepatitis 8 y VIH, Serología de VHC en pacientes de riesgo». En la página 3 del protocolo de asistencia prenatal de la SEGO, en la tabla nº 1 de acciones a realizar durante la asistencia prenatal a un embarazo normal, en la tercera línea empezando por el final de la tabla se refiere que se determine HIV en la primera visita de embarazo.

Para cumplir con dichos protocolos es condición necesaria que la gestante, durante su gestación o previo a ella, acuda a las consultas o centros del Servicio Canario de Salud para que le puedan ser realizadas las pruebas de cribado que habrían diagnosticado el estado seropositividad de la misma, en caso contrario no es posible su realización y no es posible hacer profilaxis de la transmisión vertical como a continuación describo. F.T.A. no acudió a ningún centro del Servicio Canario de Salud para el control de su gestación. Su embarazo fue no controlado a voluntad de la gestante, y por tanto es la única responsable de que no se hubiera podido diagnosticar que era VIH positivo durante la gestación.

Una vez que se ha diagnosticado que la gestante es VIH+, se deben realizar controles periódicos de la carga viral y población linfocitaria hasta la 36 semana gestacional en que en función de la carga viral se debe determinar la vía del parto. (Página 7 del protocolo de HIV y gestación del Servicio de Obstetricia y Ginecología del HUMIC y página 4 y 8 del protocolo de HIV y Gestación de la SEGO). Para prevenir la transmisión vertical, de la madre al feto, se debe administrar a lo largo de toda la gestación medicación antirretroviral. (Página 8 del protocolo del HUMIC, página 4 del protocolo de la SEGO). La otra acción es la de elegir la vía del parto en función de la carga viral, o realizar una cesárea si se conoce que la gestante es HIV positivo y se desconoce la carga viral (página 15 del protocolo del HUMIC, páginas 8 y 9 del protocolo de la SEGO). Dado que F.T.A. no acudió, de forma voluntaria, a los centros del Servicio Canario de Salud para controlar su gestación, no fue posible la administración de la medicación necesaria para prevenir la transmisión vertical de la enfermedad. Luego, la única responsable de que no se administrara la medicación para prevenir la transmisión vertical del VIH fue F.T.A.

De igual forma, al ingresar la paciente en avanzado trabajo de parto, a la media hora de su ingreso nació la niña, fue imposible conocer el estado de portadora de la madre y por tanto indicar la administración de medicación antirretroviral y realización de una cesárea para disminuir la transmisión vertical (página 16 del

protocolo del HUMIC y página 9 del protocolo de la SEGO). Es la paciente la que ingresa a punto de parir, y es por tanto ella la que impide el diagnóstico, mediante una prueba rápida, de su estado de portadora y la administración de medicación antirretroviral y la práctica de una cesárea, que de todas formas no se podría haber llevado a cabo dado el corto espacio de tiempo entre el ingreso y el parto.

Al recién nacido de madre portadora de VIH se le administra medicación antirretroviral tras el nacimiento, pero para ello es necesario conocer el estado de portadora de la madre, estado que la paciente, con su conducta durante toda la gestación y el parto impidió.

En resumen. La paciente ha recibido las medidas posibles en una gestante que es conocida por el Servicio Canario de Salud media hora antes del nacimiento de su niña. Es la gestante, con su conducta poco responsable, la que impidió el diagnóstico de su estado de portadora de VIH, la que impidió la administración de medicación que previniera la transmisión del virus a su hija, la que impidió plantearse la posibilidad de una cesárea y la que impidió la administración temprana de medicación a la recién nacida”.

3. En el informe del facultativo del servicio de Inspección y Prestaciones obrante en el expediente se expresa que *“La madre de la menor es diagnosticada de VIH en el año 2004. Inicia tratamiento antirretroviral con abandono del mismo. Cambia de lugar de residencia, se desplaza durante dos años a Barcelona y reinicia el tratamiento en el año 2007. No existe contacto con los servicios sanitarios del Servicio Canario de la Salud al menos entre 2006 y 2008, en enero de 2009 es sometida a seguimiento por el Servicio de Medicina Interna del Hospital de Gran Canaria Dr. Negrín”.*

4. Respecto a la menor consta en el expediente que desde su nacimiento el 28 de octubre de 2002 hasta el 31 de julio de 2003, en que es declarada en desamparo provisional, (folio 1492) suspendiendo la patria potestad de sus progenitores, ha acudido a control pediátrico en sus centro de salud en cuatro ocasiones: 27 de diciembre de 2002, 25 de marzo de 2003, 25 de abril de 2003, 29 de mayo de 2003. Se ha realizado vacunación y se observa desnutrición en la consulta de marzo de 2003 y un roce articular en caderas que precisó radiografía. Informe de la Dra. P. de 10 de junio de 2003 (folios 1464 - 1465).

5. Cuando la menor ya se encontraba en acogimiento familiar, como presentaba, aparentemente sin causa, con frecuencia cuadros respiratorios y otitis de repetición,

los facultativos del SCS para determinar el origen de esas infecciones repetidas prescribieron varias pruebas y análisis, que permitieron diagnosticar que la paciente se hallaba infectada de VIH. Desde ese momento el SCS le ha dispensado el necesario tratamiento (Véanse folios 416 a 541 de la historia clínica).

6. Atendiendo a estos hechos es manifiesto que no ha sido la asistencia sanitaria prestada a la menor durante su nacimiento y con posterioridad la causa de que se haya infectado con el VIH. El primer requisito esencial para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial extracontractual es, según el art. 139.1 LPAC, que entre el funcionamiento del servicio público y la lesión alegada exista una relación de causa a efecto. Por consiguiente, en línea con la propuesta de resolución, hay que concluir que la pretensión resarcitoria carece de fundamento fáctico.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.