



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 7 3 / 2 0 1 2

(Sección 2ª)

La Laguna, a 31 de julio de 2012.

Dictamen solicitado por la Excm. 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 I.A.R., en nombre y representación de G.P.A. y C.J.B., por daños ocasionados a su hijo menor A.P.J., como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 316/2012 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. 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 Excm. 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 27 de septiembre 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. 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

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

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.

4. Los reclamantes como prueba aportaron documentación clínica que obra en la historia. Esta historia la Administración la incorporó al expediente. Los reclamantes, que actúan representados por abogadas, en su escrito de reclamación anunciaron que aportarían otra prueba documental consistente en un informe pericial. A pesar de que los interesados tienen el derecho de aportar documentos u otros elementos de juicio en cualquier momento anterior al trámite de audiencia y en la misma audiencia (arts. 79.1 y 84.2 LPAC y 11.1 RPRP), no llegaron a aportar nunca ese informe pericial, no obstante haber realizado alegaciones en dicho trámite. En esas alegaciones se limitan a afirmar que el hecho lesivo ha quedado probado por la documentación de la historia clínica.

La aportación de ese informe pericial era un derecho de los reclamantes que pudieron ejercer a lo largo de toda la tramitación del procedimiento sin necesidad de requerimiento del instructor o de apertura de un trámite de prueba, el cual no solicitaron los interesados. Por consiguiente, la no aportación por los interesados del informe pericial que anunciaron no constituye una irregularidad formal imputable a la Administración que les haya generado indefensión. En definitiva, no se ha incurrido en defectos procedimentales que impongan la reposición de lo actuado a fin de subsanarlos.

II

1. I.A.R., abogada, en representación de G.P.A. y C.J.B., que actúan en su propio nombre y como representantes legales de su hijo menor de edad A.P.J., interpuso el 11 de octubre de 2010, una reclamación de una indemnización de un millón quinientos cuarenta y dos mil trescientos cuarenta y tres euros con cuatro céntimos (1.542.343'04 €) por las lesiones al menor y cuya causación imputan a la asistencia sanitaria prestada a la madre y a su hijo con ocasión del alumbramiento de éste el 22 de enero de 2005 en un hospital del Servicio Canario de Salud, SCS, en el marco de la asistencia sanitaria pública.

2. La madre sufrió una infección de varicela al séptimo mes de la gestación. El niño nació con un soplo sistólico. El 24 de enero de 2005 recibió el alta hospitalaria.

El 31 de enero de 2005 ingresó de nuevo en el mismo hospital diagnosticado de meningitis bacteriana causada por una cepa de *Escherichia coli* productora de betalactamasas de espectro extendido (ECBLEE) resistente a varios antibióticos.

Tras una evolución tórpida del proceso infeccioso, presentó de forma secundaria a éste una ventriculitis e hidrocefalia obstructiva por lo que se le implantó una válvula de derivación ventrículo-peritoneal.

Recibió el alta hospitalaria el 23 de marzo de 2005 con los siguientes diagnósticos:

Sepsis clínica tardía.

Meningitis bacteriana.

Hidrocefalia secundaria.

Hiponatremia.

Hiperkaliemia.

Anemia secundaria.

Convulsiones secundarias.

Las secuelas previsibles de una meningitis son, por orden de frecuencia: Retraso psicomotor, hidrocefalia, alteraciones en el electroencefalograma, EEG, déficit motores, crisis convulsivas, hipoacusia y déficits visuales.

3. Los reclamantes imputan la aparición de la meningitis a que el menor se infectó con la ECBLEE durante su primera estancia hospitalaria con ocasión de su nacimiento. Achacan a esta infección un origen nosocomial puesto que en el hospital no se guardaban las medidas higiénicas suficientes. En su escrito de reclamación anuncian que probarán esta afirmación con el informe pericial que no llegaron nunca a aportar.

En el escrito de alegaciones, evacuando el trámite de audiencia se limitan a afirmar que la documentación incorporada al expediente prueba que el menor se contagió de la meningitis bacteriana en el hospital.

En la historia clínica no obra documentación o informe médico que acrediten que la infección por ECBLEE fue de origen nosocomial. La virulenta infección se manifestó siete días después de que el niño hubiera abandonado el hospital.

Según la literatura médica, el origen de una infección por ECBLEE, cuyo nicho ecológico es el tracto intestinal humano, puede ser tanto hospitalario como extrahospitalario, particularmente entre personas que están en estrecho contacto.

La literatura médica también describe que los neonatos cuya madre sufrió una infección de varicela durante el embarazo pueden presentar encefalitis seguida rápidamente de meningitis.

En definitiva, no está probado que haya relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada durante el parto y el hecho lesivo alegado.

4. Las lesiones por las que se reclama son las siguientes:

Hidrocefalia.

Síndrome de hipertensión intracraneal secundaria a la obstrucción de la válvula implantada para paliar la hidrocefalia.

Encefalopatía epiléptica.

Retraso psicomotor.

Hipoacusia leve de transmisión derecha.

Problemas oculares.

La hidrocefalia y las convulsiones quedaron establecidas como secuelas de la meningitis en el informe de alta hospitalaria de 23 de marzo de 2005.

La válvula ventrículo-peritoneal se implantó el 11 de marzo de 2005.

La encefalopatía epiléptica fue diagnosticada en el ingreso hospitalario que se extendió del 28 de junio al 5 de julio de 2005, y así se hizo constar en el informe de alta hospitalaria de esta última fecha. El síndrome Lennox-Gastaut, que sugiere el electroencefalograma de 15 de julio de 2010, es una condición severa o agravamiento de esa encefalopatía epiléptica.

La Resolución, de 14 de marzo de 2006, de la Dirección General de Servicios Sociales, por la que se reconoce al menor un grado de minusvalía del 77% con efectos desde el 12 de diciembre de 2005, recoge el Dictamen, de 10 de marzo de 2006, del Equipo de Valoración y Orientación que constata que el menor presenta discapacidad múltiple por encefalopatía de etiología infecciosa y pérdida de agudeza visual binocular severa por encefalopatía.

La hipoacusia de transmisión derecha de intensidad leve aparece diagnosticada en el informe, de 16 de enero de 2007, del Servicio de Neurofisiología Clínica del

Hospital de Nuestra Señora de la Candelaria. Este informe obra en la Historia Clínica y una copia de él la presentaron los interesados junto con su escrito de reclamación.

La intervención por la obstrucción de la válvula se realizó el 13 de abril de 2009.

Los problemas oculares consistentes en la ausencia bilateral de respuesta que evidencia la electrorretinografía (ERG) fue determinada por el estudio neurofisiológico del Potencial Evocado Visual y el Electrorretinograma del Servicio de Neurofisiología, de 26 de marzo de 2009, y el informe sobre dicha prueba de 15 de mayo de 2009. Copia de ambos informes, obrantes en la Historia Clínica, fueron aportados por los interesados al presentar su escrito de reclamación.

El retraso psicomotor del niño, secuela previsible de sus tempranas lesiones cerebrales, se recoge ya el 15 de noviembre de 2006 en su Historia Clínica de Atención Primaria. En los informes de evolución psicopedagógica obrantes en el expediente consta que el niño es tratado por ese retraso desde los dos años de edad. En su escrito de alegaciones en trámite de audiencia los reclamantes reconocen que por ese retraso está en tratamiento rehabilitador desde los tres meses de edad.

Como señala el informe, de 15 de febrero de 2012, de la Inspectora Médico del Servicio de Inspección y Prestaciones y como recoge la propuesta de resolución, todas las lesiones por las que se reclaman ya estaban determinadas con anterioridad al 27 de septiembre de 2009. La secuela que se determinó en una fecha más próxima, fue la de los problemas oculares consistentes en la ausencia bilateral de respuesta que se constató por la ERG de 26 de marzo de 2009 y el informe oftalmológico de 15 de mayo de 2009. El escrito de reclamación se presentó el 27 de septiembre de 2010.

III

1. El art. 142.5 LPAC dispone: "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de sus secuelas".

El precepto habla alternativamente de "*curación*" o "*determinación de las secuelas*", términos alternativos que son excluyentes: O bien la lesión tiene curación, en cuyo caso el *dies a quo* será aquel en el que ésta se logre; o bien no la tiene, en cuyo caso el *dies a quo* se computará desde que se conozca el carácter irreversible de la lesión, aunque ésta constituya una enfermedad crónica y evolutiva que requiera

de tratamientos para paliar sus efectos, o para remediar aquellas manifestaciones previsibles de su agravamiento. La Ley usa la expresión "*la determinación del alcance de las secuelas*", y con el término alcance está incluyendo no sólo las secuelas o daños presentes, sino también los daños que se puede determinar que surgirán en la evolución de esa lesión personal. El concepto de daño permanente personal comprende no sólo el quebranto actual y constatable de la salud sino también los daños futuros que la ciencia médica puede pronosticar, que ese quebranto conllevará con el transcurso del tiempo.

En cambio, el concepto de daño continuado responde a aquella realidad en que no es posible determinar el alcance de las secuelas porque la naturaleza de la enfermedad no permite prever si se manifestarán o no determinados daños o porque en el curso de su desarrollo pueden surgir daños imprevistos e indeterminables. En estos casos el *dies a quo* del plazo de prescripción no coincide con el de la fecha del diagnóstico de la enfermedad porque es imposible que ésta determine el alcance de las secuelas, sino que se sitúa en aquella fecha en que se manifieste el efecto lesivo incierto o imprevisto.

Esta que se acaba de exponer es la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo acerca del cómputo del plazo de prescripción de las reclamaciones por daños personales. Sirva como muestra de ella la reciente Sentencia de la Sección 4ª de la dicha Sala de 24 de abril de 2012 (JUR\2012\182792) que resuelve el recurso de casación 5921/2010 contra una Sentencia que confirmó la desestimación por la Administración de una reclamación de responsabilidad extracontractual del servicio público de salud por las lesiones cerebrales y los daños neurológicos de una menor cuya causación se imputaba a la asistencia sanitaria pública. En el Fundamento Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo se dice:

"Ya hemos reflejado los razonamientos por los que la sentencia de instancia aprecia que ha existido prescripción de la acción. La Sala de instancia concluye que las secuelas de todos los procesos patológicos sufridos por A. quedaron definitivamente fijadas en el año 1995, y lo hace afirmando que "todos los informes de que dispone la Sala, tanto los obrantes en el expediente administrativo, como el aportado por el actor y la codemandada, así como el de la perito designada" son coincidentes en que desde dicho año se siguen revisiones, tratamientos e incluso alguna intervención quirúrgica, pero de corrección de las secuelas ya determinadas en aquél momento.

Respecto del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad y su cómputo hemos señalado en nuestra reciente sentencia de fecha 29 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 2529), recurso 4647/2009, lo siguiente:

«En efecto, con respecto a un padecimiento similar, pusimos de manifiesto en nuestra sentencia de dieciocho de enero de dos mil ocho (RJ 2008, 166), rec. 4224/2002 , que es necesario partir de la consideración de que la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración debe ejercitarse, por exigencia de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 142 y 4.2, respectivamente, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, en el plazo de un año computado a partir de que se produzca el hecho o acto lesivo que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Ello es una consecuencia de la adaptación de la regla general de prescripción de la acción de responsabilidad del artículo 1.902 del Código Civil que ha de computarse, conforme al principio de la "actio nata" recogido en el artículo 1.969 de dicho texto legal, desde el momento en que la acción pudo efectivamente ejercitarse.

En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el número 5 del artículo 142 de dicha Ley y el 4.2 del citado Decreto, exigen que la reclamación se ejercite dentro del plazo de un año desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas; y es el primero de los preceptos citados el considerado infringido por la recurrente, con apoyo en una conocida jurisprudencia de esta Sala, que parte de la distinción entre los daños permanentes y los daños continuados.

Y es que existen determinadas enfermedades en las que no es posible una curación propiamente dicha, pues la salud queda quebrantada de forma irreversible, supuestos en que entra en juego la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse, siguiendo el principio de la actio nata, desde la determinación del alcance de las secuelas, aún cuando en el momento de su ejercicio no se haya recuperado íntegramente la salud, por cuanto que el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación, y por tanto, cuantificable.

También es evidente que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible evolución de las mismas, bien porque en el devenir de su desarrollo se produzcan

secuelas imprevistas y no determinadas, en cuyos supuestos este Tribunal ha venido aceptando la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación a pesar de haberse producido la misma fuera del periodo del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido. Es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible como son las derivadas del contagio de la hepatitis C o del SIDA o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen. En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento. Así lo hemos afirmado en sentencia del 31 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9384). A tal efecto y como señala la sentencia de 25 de junio de 2002 (RJ 2002, 5755) , esta Sala viene "proclamando hasta la saciedad (sentencias de 8 de julio de 1993 , 28 de abril de 1997 , 14 de febrero (RJ 1994, 1474) y 26 de mayo de 1994 (RJ 1994, 37501) , 26 de octubre de 2000 y 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 7418)), que «el dies a quo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto» (Sentencia de 31 de octubre de 2000), o, en otros términos «aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción, cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha del diagnóstico de la enfermedad» (Sentencia de 23 de julio de 1997)».

Y también hemos señalado en nuestra sentencia de fecha 31 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4848) , recurso 7011/2009 , lo siguiente:

«Lo que tampoco supone que el plazo quede abierto de manera indefinida, sino que ha de estarse al momento en el que se concreta el alcance de las secuelas, pues el carácter crónico o continuado de la enfermedad no impide conocer en un determinado momento de su evolución su alcance y secuelas definitivas o al menos de aquellas cuya concreta reparación se pretende (Sentencias de 12 de diciembre de 2009 , 15 de diciembre de 2010 (RJ 2010, 9088) y 26 de enero de 2011 - recursos 3425/2005 , 6323/2008 y 2799/2009) , ni siquiera al albur que la situación ya determinada fuera sobrevenidamente reconocida a efectos laborales y de Seguridad

Social, lo que constituye una mera paradoja de la tramitación coetánea de los distintos procedimientos administrativos y sociales consecuencia de un mismo resultado lesivo, insusceptible de reabrir la reclamación por la secuela definitivamente determinada en el momento anterior».

Y, a la vista de nuestra doctrina, sólo podemos concluir que la Sala de instancia ha realizado una correcta interpretación y aplicación de la misma. Para ello se basa en el material probatorio obrante en las actuaciones, que identifica para concluir que las secuelas están determinadas desde 1995. Y la valoración que se efectúa no se nos presenta como ilógica o arbitraria, sino que deriva de la valoración de las pruebas obrantes en las actuaciones, lo que impide un reexamen de la resultancia probatoria en esta sede casacional, como hemos indicado en múltiples resoluciones, como la sentencia de 20 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4453) (recurso 55/2010) o la de 28 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5140) (recurso 5267/2010)”.

Esta doctrina jurisprudencial se reitera también en las recientes Sentencias de dicha Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2012, RJ 2012\4211; de 20 de marzo de 2012; RJ 2012\5076; de 10 de abril de 2012, JUR 2012\152700; de 24 de abril de 2012, JUR 2012\184372; de 24 de abril de 2012, JUR 2012\182788; y de 11 de junio de 2012, JUR 2012\202725.

2. La meningitis y la hidrocefalia que causó fueron diagnosticadas el 23 de marzo de 2005. La encefalopatía epiléptica el 28 de junio de 2005. Todas las demás lesiones por las que se reclama son secuelas previsibles de ambas lesiones y que se manifestaron y diagnosticaron con una antelación a la fecha de presentación de la reclamación superior a un año, salvo el agravamiento de la epilepsia detectado el 15 de julio de 2010 que es una secuela previsible de dicha enfermedad atendiendo al origen y entidad de las lesiones cerebrales de que adolece el niño.

Por ello, independientemente de que no haya prueba alguna ni el menor indicio probatorio del origen hospitalario de la meningitis bacteriana, en aplicación del art. 142.5 LPAC y de su interpretación jurisprudencial, es obligado coincidir con la Propuesta de Resolución en que procede la desestimación de la reclamación por ser extemporánea.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.