



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 6 8 / 2 0 1 4

(Sección 1ª)

La Laguna, a 14 de octubre de 2014.

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 (...), en nombre y representación de (...) y (...), padres de acogida de la menor (...), por daños ocasionados a la menor, como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 341/2014 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 del procedimiento de exigencia de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 8 de agosto de 2008 por (...), el cual solicita una indemnización de quinientos mil euros en nombre y representación de (...) y (...), que a su vez actúan en nombre de la menor (...), la cual se halla bajo su guardia y custodia en virtud de la constitución del acogimiento familiar permanente que, con la cobertura del art. 173 del Código Civil, convinieron con la Dirección General de Protección del Menor y de la Familia de la Administración autonómica.

2. Dada la cuantía de la indemnización solicitada, 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) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

3. La Resolución, de 29 de marzo de 2010, dictada de conformidad con el Dictamen 188/2010, de 24 de marzo, de este Consejo Consultivo, desestimó la reclamación con base en que los guardadores de la menor no eran los representantes legales de ésta y carecían por ello de legitimación activa para interponerla. La Sentencia 308/2012, de 20 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria estimó parcialmente el recurso interpuesto contra esa Resolución, la anuló, y ordenó la continuación de la tramitación del procedimiento administrativo. La Administración autonómica recurrió la Sentencia, que fue confirmada por la Sentencia 53/2013, de 6 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Las Palmas de Gran Canaria del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. En ejecución de sentencia, el 19 de marzo de 2014 se acordó la continuación del procedimiento administrativo.

4. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en defectos procedimentales que obsten a un dictamen sobre el fondo del asunto.

II

1. La niña nació el 1 de mayo de 2002 de una madre portadora del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), del virus de la hepatitis C (VHC) y del virus de la hepatitis B (VHB).

Los análisis serológicos indicaron la presencia de antígenos a VHB y VHC. Se le pautó tratamiento antirretroviral (Acidotimina, AZT, y nevirapina) (Informe del alta del Servicio de Neonatología del Complejo Hospitalario Materno Insular, págs. 226-227).

2. En marzo de 2004 las analíticas revelan que la niña es portadora del VHC (analítica, pg. 239; informe clínico de Pediatría, pg. 225), de probable transmisión vertical madre-hija. No se inicia tratamiento por ser menor de 3 años y presentar carga viral de 128.000 copias (informe clínico, págs. 370-372).

3. El 23 de enero de 2006, las analíticas de control indican un aumento de la carga viral a 374.000 copias, por lo que es remitida al Hospital Universitario de Canarias (HUC), donde tras las pruebas médicas complementarias (biopsia hepática y control ecográfico) se inicia el 5 de junio de 2006 tratamiento con interferón y ribavirina, al cual reacciona muy bien la paciente, porque en el control de 4 de septiembre de 2006 se constata que las transaminasas son normales y la carga viral VHC se reduce notablemente a 5.860 copias (informe clínico, págs. 370-372).

4. El 8 de noviembre de 2006, presenta un cuadro de colestasis aguda que obliga a su reingreso en el HUC, cuyos facultativos, ante la sospecha de hepatitis autoinmune, suspenden el tratamiento antiviral y ordenan la realización de analíticas para confirmar el diagnóstico. Las analíticas dan resultado negativo, por lo que se repiten días más tarde. Sus resultados permiten comprobar el 20 de junio de 2006 que la niña padece una hepatitis autoinmune tipo II (LKM+), la carga viral por VHC es cero y la hepatitis C crónica no está activa. Se le administra un tratamiento de corticoterapia desde el 22 de junio de 2006 (informe de alta del servicio de Pediatría, págs. 373-377; informe clínico, págs. 370-372).

5. El 23 de junio de 2006, sufre un fallo hepático fulminante por hepatitis autoinmune que determina su traslado urgente al Hospital Universitario 12 de Octubre (HU 12 de Octubre), donde ingresa el 24 de junio de 2006 para la realización de un trasplante de hígado que se realizó ese mismo día. Como secuela del trasplante, se produjo una anastomosis de las venas cava y suprahepática (Síndrome de Budd-Chiari post-trasplante) que requirió una cavografía con angioplastia que alcanzó el éxito terapéutico. El 24 de octubre de 2007, recibió el alta hospitalaria en el HU 12 de Octubre (informe de alta, págs. 242-250).

6. La paciente no ha vuelto a presentar recidiva de hepatitis C. La hepatitis autoinmune ha desaparecido al sustituirle el hígado enfermo por uno sano. El trasplante ha evolucionado favorablemente (véanse los informes médicos del HU 12 de Octubre, el último con fecha de 14 de septiembre de 2009, págs. 317-350).

7. La paciente no padece secuelas del trasplante de hígado (informe de la Inspección Médica, pág. 159).

8. La hepatitis autoinmune es una enfermedad inflamatoria del hígado de origen desconocido. El tipo II (LKM+), el que padeció la niña, es el de peor pronóstico porque tiende a evolucionar rápidamente a cirrosis y por presentarse como hepatitis fulminante. Causa una alta mortalidad, que se ha logrado reducir gracias a los trasplantes de hígado (informe clínico, págs. 370-372).

III

1. La lesión por la que se reclama es la realización del trasplante de hígado. Los reclamantes consideran que si los facultativos del HUC hubieran actuado correctamente administrándole corticoterapia a la niña desde el momento en que se diagnosticó la hepatitis autoinmune, entonces se habría evitado el fallo hepático

fulminante que hizo necesario el trasplante. No aportan ni proponen prueba médica alguna que demuestre el fundamento científico de este juicio médico. No está probada, por tanto, la infracción de la *lex artis* alegada para imputar la responsabilidad del hecho lesivo, el trasplante, al SCS.

2. El trasplante de hígado que salvó la vida de la pequeña es por tanto la lesión por la que se reclama. Este trasplante se practicó el 24 de junio de 2006. Recibió el alta por esta intervención el 24 de noviembre de 2006. La reclamación se presentó el 4 de agosto de 2008 (véase pág. 1 del expediente).

3. El art. 142.5 LRJAP-PAC 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 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 éste determine el alcance de sus 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 Sentencia de la Sección 4ª de dicha Sala, de 24 de abril de 2012, que resuelve el recurso de casación 5921/2010 contra una sentencia que confirmó la desestimación por la Administración de una reclamación de la 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 esta 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 (...) 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, 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, 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.

Y también hemos señalado en nuestra sentencia de fecha 31 de mayo de 2011, 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 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”.

Esta doctrina jurisprudencial se reitera también en las Sentencias de dicha Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2012, de 20 de marzo de 2012, de 10 de abril de 2012, de 24 de abril de 2012, de 24 de abril de 2012 y de 11 de junio de 2012.

4. Esta doctrina jurisprudencial es plenamente aplicable al presente caso. Como se señaló en el anterior apartado 2, el trasplante de hígado que salvó la vida de la niña, que es la lesión por la que se reclama, se practicó el 24 de junio de 2006 y la paciente recibió el alta hospitalaria el 24 de noviembre de 2006. Desde esta fecha, está consumado el daño por el que se reclama y establecida su secuela iatrogénica, la anastomosis de la cava y suprahepática que requiere revisiones periódicas y eventualmente, si su estado lo precisa, dilataciones. Esta es una secuela iatrogénica crónica que no es calificable de un daño en continua evolución imprevisible cuya incidencia en la salud futura de la paciente se desconozca. Se trata de una secuela perfectamente determinada desde la fecha del alta médica, el 24 de noviembre de 2006. Esta es la fecha de inicio del plazo para la prescripción del derecho a reclamar que establece el art. 142.5 LRJAP-PAC, por lo que su término se situó el 24 de noviembre de 2007. El escrito de reclamación se presentó con posterioridad a esta fecha, el 8 de agosto de 2008; por lo que, con abstracción de que no esté probada la negligencia médica que alegan los reclamantes, hay que coincidir obligadamente con la Propuesta de Resolución en que el derecho a reclamar está prescrito.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.