



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 / 2 0 1 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 8 de enero de 2015.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M. A. F., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 459/2014 IDS)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud.

2. La solicitud de dictamen, de 10 de diciembre de 2014, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 11 de diciembre de 2014. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del dictamen según los arts. 12.3 y 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación, este último precepto, con los arts. 8 y 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP, en adelante), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

3. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de la interesada, al pretender el resarcimiento de un daño sufrido en su persona como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

---

\* **PONENTE:** Sr. Belda Quintana.

4. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

6. La resolución de la reclamación es competencia del Director del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

## II

1. La interesada fundamenta su reclamación mediante el escrito inicial de fecha 29 de noviembre de 2011, del que se desprenden los siguientes hechos:

En fecha 5 de noviembre de 2009, la afectada fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria, practicándosele recambio de prótesis de cadera derecha siendo dada de alta el 19 de noviembre de 2009, intervención supuestamente sin complicaciones. Sin embargo, en dicha asistencia quirúrgica se produjo la fractura del fémur sin que fuera informada a los médicos que la asistieron posteriormente en la evolución de la enfermedad de la paciente por lo que los tratamientos de rehabilitación no fueron ajustados al diagnóstico real. Según la afectada, fue el Servicio de Rehabilitación el que, tras realizar un estudio, determinó dicha fractura que según la afectada no estaba consolidada. Como consecuencia, se produjo el acortamiento del fémur lo que le ha supuesto un deterioro en la actividad diaria precisando muletas para su deambulación.

Debido a dicha ocultación por parte de los facultativos que la asistieron -fractura de fémur en la intervención quirúrgica- y los daños generados en consecuencia, la afectada reclama la cantidad de 50.000,00 €.

2. Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones:

Primero.- La Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, requiere de la interesada la subsanación y mejora de la solicitud formulada, de acuerdo con el art. 71 LRJAP-PAC, particularmente, que proponga cuantas pruebas estime convenientes. La reclamante atendió oportunamente el requerimiento efectuado.

Segundo.- En fecha 15 de febrero de 2012, se emite Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admite a trámite la reclamación formulada y se comunica a la interesada que se ha solicitado el informe preceptivo del Servicio de Inspección y Prestaciones, sobre la posible prescripción del ejercicio de su derecho a reclamar.

Tercero.- En fecha 30 de abril de 2013, se emite el antedicho informe al que se adjuntan los informes del Servicio de Traumatología y del Servicio de Rehabilitación.

Cuarto.- En fecha 10 de mayo de 2013, la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, con el fin de emitir Acuerdo probatorio, interesa de la parte interesada la proposición de las que estime conveniente, presentando escrito en fecha 23 de mayo de 2013. Mediante Acuerdo probatorio registrado el 4 de junio de 2013, se admitió la documental propuesta por la afectada además de la obrante en el expediente.

Quinto.- En fecha 4 de junio de 2013, la Secretaría General emite Acuerdo sobre el trámite de vista y audiencia del expediente, notificado oportunamente a la interesada, que aportó nueva documental médica sobre intervención quirúrgica posterior.

Sexto.- Con registro de salida de 4 de octubre de 2013, el Servicio de Normativas y Estudios, solicitó nuevo informe del Servicio de Inspección y Prestaciones a efectos de que se ratificase en su escrito anterior o emitiese nueva información sobre el caso planteado. En fecha 17 de enero de 2014, el citado Servicio de Inspección emitió nuevo informe que, a su vez, fue notificado a la interesada a efectos de que presentase las alegaciones que estimase por convenientes.

Séptimo.- La primera Propuesta de Resolución emitida el 9 de abril de 2014 fue remitida al Servicio Jurídico, que mediante informe emitido el 12 de junio de 2014 indicó que era preciso determinar si las lesiones que ahora padece la afectada se pueden calificar de daños continuados o daños permanente, así como si estaba prescrita la acción de reclamar, y, en su caso, si concurrían o no los demás requisitos

de responsabilidad patrimonial. El Servicio de Inspección y Prestaciones emitió nuevo informe sobre la enfermedad actual de la afectada, entre otros aspectos.

Octavo.- En consecuencia, se acuerda de nuevo la apertura del periodo probatorio y también nuevo trámite de audiencia.

Noveno.- En fecha 20 de noviembre de 2014, se emite la Propuesta de Resolución, tras ser informada favorablemente por el Servicio Jurídico el 19 de noviembre de 2014.

3. En cuanto a las observaciones realizadas a la tramitación procedimental, se indica que, conforme al art. 13.3 RPAPRP, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento se ha superado ampliamente; por tanto, se resolverá vencido el plazo resolutorio, aunque procede resolver expresamente, sin perjuicio de los efectos económicos y administrativos que, en su caso, esta dilación comporte [arts. 42.1 y 7, 43.1 y 3.b), 141.3, y 142.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC)].

Tampoco concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio del art. 106.2 de la Constitución, desarrollados por los arts. 139 y 142 LRJAP-PAC, tal y como se detallará en el siguiente Fundamento.

### III

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución, en virtud de la información recabada a lo largo de la tramitación del procedimiento, viene a desestimar la reclamación de la interesada por entender que no concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

2. Partiendo de los informes obrantes en el expediente, el primer informe del Servicio de Inspección y Prestaciones manifestó:

« (...) en lo referente a la fractura de fémur también aludida por la reclamante, el Servicio de Traumatología informa que se realizó un corte controlado del hueso que permitiese la extracción del vástago. Por tanto no se trata de una fractura accidental (...) se trata de una fractura trocantérea ampliada para facilitar el recambio protésico. (...) estas y otras complicaciones son recogidas en el documento de Consentimiento informado, aceptado y firmado por la paciente.

La paciente tiene conocimiento de la enfermedad y de la secuela definitivamente fijada de este proceso en fecha 19 de noviembre de 2009 -Alta hospitalaria- (...) ».

Por ello, el Servicio de Inspección y Prestaciones considera en su informe que el proceso para la acción está prescrito al haber transcurrido más de un año entre las fechas descritas y la fecha en la que se presenta la reclamación -el 29 de noviembre de 2011-.

El informe del alta hospitalaria indica:

« (...) ingresa de propuesta con diagnóstico de aflojamiento de prótesis total de cadera derecha para intervención quirúrgica. 5/11/2009 quirófano: anestesia general, profilaxis antibiótica. Abordaje anterolateral derecho. Osteotomía tracantérea ampliada. Extracción de vástago femoral y cotilo. Colocación de prótesis total de cadera derecha: cotilo de tanatalio trabecular multiperforado de 50 mm. Fijación con 2 tornillos. Polietileno Durasul. Cabeza CrCo28 mm. Vástago Revitán 200x16x65. Cuello 12/14+10.5. Cerclajes alámbricos x 3 más grapa trocantérica. Cierre por planos. Septocoll. Agrafes en piel Redón. Envío de muestras a microbiología.

9/11/2009, afebril, buen estado general. Radiografía de control correcta. Herida quirúrgica correcta.

10/11/2009, cultivos intraoperatorios negativos. Se suspende antibioterapia.

11/11/2009, valorada por el Servicio de rehabilitación.

12/11/2009, tolera sedestación. Inicia deambulacion con bastones.

13/11/2009, afebril, buen estado general. Herida quirúrgica correcta.

17/11/2009, deambulando con ayuda de bastones. Herida quirúrgica correcta (...) ”

Por lo demás, los precitados informes coinciden con los informes del Servicio de Traumatología y del Servicio de Rehabilitación, sin que se observe contradicción o anomalía alguna en cuanto a los partes de evolución de la paciente durante su estancia hospitalaria, ni con la restante documental que integra la historia clínica de la afectada. El consentimiento informado para recambio de prótesis total de cadera obra en el expediente (folio número 116).

3. El informe médico pericial aportado por la interesada a efectos probatorios indica que en el curso clínico se hizo constar que la extracción realizada en la intervención quirúrgica fue complicada pero sin indicar la fractura de fémur, y que en el informe médico de 19 de noviembre de 2009 no se hizo constar complicación alguna durante la intervención. En el mismo informe se determina la valoración de 92.715,69 €, por los daños soportados por la afectada.

4. Por tanto, vista la indicada documental médica este Consejo Consultivo considera que en el supuesto planteado no concurre el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, sino que, por el contrario, al haber transcurrido el plazo establecido de un año desde la producción del daño -intervención quirúrgica con consentimiento informado y no ocultación de la actuación médica practicada en quirófano-, a computar desde la fecha en que se determinan las secuelas definitivas -alta hospitalaria 19 de noviembre de 2009- hasta que se interpuso la reclamación en fecha 29 de noviembre de 2011, por lo que la acción ha prescrito.

Es relevante al respecto el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, de fecha 17 de enero de 2014, que viene a confirmar lo anteriormente expuesto, pues entre otras cuestiones indica:

“ (...) Evidenciamos que se utiliza la palabra osteotomía en la hoja de Protocolo de la Intervención de fecha 5 de noviembre de 2009 y en el informe de alta hospitalaria de fecha 19 de noviembre de 2009.

Aclarar que una osteotomía es una operación consistente en la sección o corte de un hueso. Como venimos diciendo no se trataría de una fractura accidental al uso, sino de una sección controlada de un hueso (...) ”

5. Recordamos, una vez más, que el inicio del plazo para reclamar debe de situarse en la fecha en la que se determinen las secuelas y no en la finalización de los tratamientos rehabilitadores, paliativos y en revisiones o controles médicos. Por ello, es por lo que se tiene en cuenta en este caso la fecha de 19 de noviembre de 2009 a efectos de inicio del cómputo de plazo establecido, conociendo entonces la afectada el informe que indica haber superado la enfermedad tras recibir el tratamiento adecuado, determinándose las secuelas consecuentes.

6. Llegados a este punto, para poder establecer el día a partir del cual ha de computarse el inicio del plazo de prescripción de un año que indica el art. 142.5 LRJAP-PAC se entiende que el daño permanente se refiere a una lesión de carácter irreversible e incurable, cuyas secuelas quedan determinadas desde la fecha en que

tiene lugar el alta médica y que, por lo tanto, no pueden confundirse con los padecimientos que derivan de la enfermedad, susceptibles de evolucionar en el tiempo como ocurre en el presente caso. De conformidad, pues, con el precepto legal citado, es a la fecha de la determinación de la irreversibilidad del daño a la que hay que atenerse como término inicial del plazo prescriptivo de un año, como reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, constante en señalar que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de ser aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto o aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de secuelas (SSTS de 31 de octubre de 2000, 11 de mayo de 2001, 28 de febrero, 21 de mayo y 21 de junio de 2007, 1 de diciembre de 2008, 15 de diciembre de 2010, 15 de febrero, 21 de junio y 29 de noviembre de 2011, 10 de abril de 2012, entre otras).

A estos efectos, la jurisprudencia ha venido distinguiendo entre daños permanentes y daños continuados. Como señala la Sentencia de 8 de octubre de 2012, con cita de numerosos pronunciamientos anteriores, por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquel en que el daño se produjo. En cambio, los daños continuados, conforme a la citada jurisprudencia, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Por ello, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos, o, como establece el art. 145.2 LRJAP-PAC, para los daños físicos o psíquicos inferidos a las personas físicas, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (SSTS de 17 de febrero de 1997, 26 de marzo de 1999, 29 de junio y 10 de octubre de 2002, 11 de mayo de 2004, 14 de julio de 2010, 22 de febrero y 12 de septiembre de 2012, entre otras).

7. En definitiva, considerando como el *dies a quo* a efecto del cómputo de plazo la fecha en que la paciente recibió el referido informe de libre de enfermedad, la interesada presentó la reclamación transcurrido sobradamente el plazo de un año del que todo interesado dispone para reclamar.

Por lo tanto, el derecho a reclamar ha prescrito al no concurrir el requisito temporal exigido en la ley para ejercer la acción de responsabilidad patrimonial.

## **C O N C L U S I Ó N**

La Propuesta de Resolución sometida a dictamen se considera conforme a Derecho.