



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 6 4 / 2 0 1 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 8 de octubre de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero 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 F.J.D.G., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 373/2015 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución emitida por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, Organismo Autónomo de la Comunidad Autónoma, en el procedimiento administrativo seguido al presentar el afectado, F.J.D.G., mediante representación de F.M.B.F., una reclamación de indemnización por daños, producidos, según dice, por el funcionamiento del servicio público sanitario, ejerciendo su derecho a ser indemnizado (art. 106.2 de la Constitución) y al efecto regulado en el Ordenamiento Jurídico [arts. 139.2 y s.s. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, Reglamento de Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRPAP)], exigiendo la correspondiente responsabilidad patrimonial del titular del referido servicio que el reclamante estima deficientemente prestado.

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), habiendo sido remitida por el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de conformidad con el art. 12.3 LCCC.

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

3. El reclamante alega que realizaba servicios en obras, desarrollando funciones de oficial de 2ª, y se quejaba de dolores de espalda en la zona lumbar-cervical, por lo que desde el año 2008 acudió a la Mutua A. Sin embargo, no le realizaron todas las pruebas pertinentes para determinar un diagnóstico certero ni por tanto patología alguna suficiente para recibir la baja médica laboral, siendo remitido por la Mutua a la Seguridad Social. Consta informe del Servicio Canario de la Salud de 20 de agosto de 2008 donde consta la atención y diagnóstico a “paciente de 3ª remitido por dolor lumbar + diarrea que no cesan”.

A pesar de haber estado padeciendo dolores de espalda, lumbar-cervical y dorsal, de utilizar faja, y de tener diarreas, teniendo constancia de ello la Mutua A. y el Servicio Canario de la Salud, el día 30 de abril de 2009, dice que mientras realizaba su trabajo, al tirar de unos hierros, sufrió un fuerte dolor de espalda en la zona lumbar, confirmando dicho incidente el informe de la Mutua de fecha 5 de mayo de 2009. En consecuencia, el Servicio Canario de la Salud realiza informe radiológico de fecha 6 de abril de 2009, diagnosticándole lumbalgia-NE, y se le emite volante para realizar RX.

En fecha 8 de mayo de 2009, el afectado recibe baja por contingencia común del Servicio Canario de la Salud. El 1 de junio de 2009, la Mutua A. emite informe con base en la RMN practicada en la que se observa que el paciente presenta patología fractura-aplastamiento de D8-D9 con escoliosis y afectación de discos.

En fecha 2 de junio de 2009, se emite informe por el Servicio Canario de la Salud por el que se diagnostica fractura de vértebra dorsal (torácica)-cerrada, sin lesión cordón espinal.

El dicente denuncia a la Mutua A. ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el 1 de julio de 2009, al entender que todo el proceso patológico se debe a accidente laboral o, en su caso, a enfermedad profesional.

Por tanto, el afectado entiende que al tratarse de un accidente laboral alega que la Mutua ha actuado en contra de lo que ordena la *lex artis ad hoc*, por no realizar un diagnóstico completo, remitiéndole al Servicio Canario de la Salud, ya que se ha limitado a realizar un seguimiento del trabajador pero sin realizar todas las pruebas sobre su patología. Finalmente, mediante certificado de 6 de noviembre de 2009, la Mutua cubriría prestación por incapacidad temporal (IT) por contingencias comunes, abonándole el periodo de baja por IT.

En fecha 15 de julio de 2009, se emite informe de gammagrafía articular en el que se observa que "El estudio realizado en fase vascular y tardía sobre tórax en anterior y posterior (...) sugiere patología crónica y por tanto podría estar en relación con fractura-acuñamiento antiguo. RESUMEN: ACÚMULO PATOLÓGICO EN D8-D9".

El 21 de julio de 2010, el afectado recibe el alta por máxima mejoría alcanzable, medidas domiciliarias, control por su médico de referencia. El 6 de octubre de 2009, recibió rayos simples, y el 8 de octubre de 2009 se emitió informe por el facultativo de Traumatología. En fecha 18 de noviembre de 2009, en informe de TC "columna dorsal sin contraste", se concluye "imágenes en las que se aprecia fractura aplastamiento de cuerpo vertebral de D7-D8, con evidentes signos de degeneración artrósica y reemplazamiento graso en ambas plataformas somáticas, sin afectación medular ni del resto de las estructuras anatómicas evaluadas".

En fecha 11 de mayo de 2010, el Equipo de Valoración de Incapacidades del Instituto Nacional de la Seguridad Social (EVIINSS), diagnostica fractura de acuñamiento anterior D8-D9 antigua evolucionada a un significativo ángulo cifolítico a dicho nivel y sin compromiso neurológico. Sin lesión estructural subyacente que justifique una fractura ni antecedente traumático conocido. En fecha 13 de diciembre de 2010, el EVIINSS emite informe indicando que el trabajador padece enfermedad común, y es declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual.

Por las razones expuestas, el afectado considera que ha habido una demora en el diagnóstico como consecuencia del deficiente funcionamiento de la Mutua A., que sus dolencias son consecuencia de un accidente laboral y que, a pesar de ello, el trabajador tuvo que continuar prestando sus servicios al no prescribirle la baja médica ni por contingencia común ni por accidente de trabajo siendo, finalmente la Seguridad Social la que determina su diagnóstico y la enfermedad común un año más tarde de que empezaran sus padecimientos -18 de noviembre de 2009-, y como consecuencia de dicha demora soportó el accidente de 30 de abril de 2009, agravándose las dolencias manifestadas con anterioridad.

El afectado solicita del Servicio Canario de la Salud que le indemnice con una cantidad que asciende a 200.000 euros.

4. Se cumple el requisito del interés legítimo y, por ende, del derecho a reclamar del afectado, al pretender el resarcimiento del daño presuntamente

causado como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. En el análisis de adecuación jurídica a efectuar son de aplicación la citada Ley 30/1992, su Reglamento de desarrollo, así como la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; y la Ley 41/2012, de 14 de noviembre, Reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

II

En relación con la tramitación procedimental se observan las siguientes actuaciones:

Primero. El procedimiento comenzó con la presentación del escrito de reclamación del interesado ante el Servicio Canario de la Salud el 1 de junio de 2012. En fecha 22 de junio de 2012, notificado el 5 de julio de 2012 a F.M.B.F. se formuló requerimiento de subsanación y mejora de la reclamación, solicitando acreditación de la representación que ostentaba, entre otros extremos, y especificación de la presunta relación de causalidad entre las lesiones por las que reclama y el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

El propio interesado presenta el 22 de marzo de 2013 idéntica reclamación a la ya formulada; se reitera requerimiento de subsanación y mejora de la reclamación debiendo concretar, entre otros aspectos, la actuación del Servicio Canario de la Salud.

El 7 de mayo de 2013, el interesado presenta escrito de alegaciones con un relato cronológico de los hechos, que se han relatado anteriormente; considera falta de información previa, diagnóstico erróneo y falta de observancia médica de la *lex artis*, añadiendo que en ningún momento el Servicio Canario de la Salud le proporcionó información sobre la causa de sus dolores.

Segundo. En fecha 12 de junio de 2013, la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, emite Resolución por la que se admite a trámite la reclamación presentada por el afectado, en la que se advierte sobre la posible declaración de

prescripción de la reclamación y se comunica que se pedirá información, a este respecto, al Servicio de Inspección y Prestaciones.

Tercero. Recabado el informe, el Servicio de Inspección y Prestaciones, con fecha del 16 de junio de 2014, entiende que la solicitud ha sido presentada fuera de plazo, y que por tanto ha de ser considerada extemporánea. Se acuerda la apertura del periodo probatorio el 11 de julio de 2014, notificada al interesado solicitando proposición de medios probatorios sobre la posible prescripción. Se admite como prueba la propuesta por el Servicio Canario de la Salud y por el reclamante.

Quinto. En fecha 28 de julio de 2014, se concede el trámite de vista y audiencia del expediente al interesado, que presentó escrito de alegaciones el 26 de agosto de 2014. Insiste en la intervención a la que se sometió en el mes de mayo de 2012, de fractura de las vértebras D8 y D9.

Sexto. El 7 de septiembre de 2015, se formula Propuesta de Resolución de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, de carácter desestimatorio por considerar prescrito el derecho a reclamar, habiendo sido informada favorablemente por la Asesoría Jurídica departamental el 10 de agosto de 2015 [conforme con el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero].

III

1. El interesado reclama porque desde enero de 2008 estuvo soportando dolores en la zona lumbar-cervical sin que la Mutua A. le tramitara la baja laboral por contingencias comunes ni le hiciera las pruebas pertinentes por las dolencias que soportaba, razón por la que tuvo un incidente laboral por el que fue remitido al Servicio Canario de la Salud. En junio de 2009, el INSS le diagnostica fractura vertebral dorsal sin lesión cordón espinal, hasta que, finalmente, en fecha 18 de noviembre de 2009, tras práctica de TC de la columna dorsal se le diagnostica correctamente "aplastamiento de cuerpo vertebral de D7-D8 (...)". Por tanto, reclama que debido a la demora producida por el Servicio Canario de la Salud para determinar el diagnóstico correcto y, como consecuencia de ello, alega el afectado, ha tenido que ser intervenido quirúrgicamente en el año 2012.

2. El informe del Servicio de Inspección y Prestaciones concluye:

«En la documentación clínica del Servicio Canario de la Salud, la primera mención a dolor en región lumbar es un informe de fecha 17 de marzo de 2009, en

relación a manifestaciones del reclamante y que se redacta por el Digestólogo. Efectuando recomendación de acudir a su médico de cabecera y al traumatólogo.

No existió demora de 10 meses en practicar las pruebas necesarias para alcanzar el diagnóstico.

Desde la primera vez que acude al SCS por sintomatología de lumbalgia el 20 de marzo de 2009, hasta el 16 de mayo de 2009, cuando se obtiene el diagnóstico mediante resonancia magnética, solicitada por especialista en Traumatología, transcurren dos meses.

El conocimiento del daño sufrido y lesiones permanentes que ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción lo tiene el reclamante, como fecha más favorable desde el 19 de noviembre de 2009, según consta en sus propios escritos.

Aun aceptando la fecha 4 de noviembre de 2010, cuando fue declarado en incapacidad permanente total como inicio del plazo del cómputo para declarar la prescripción, y siendo el 1 de junio de 2012 la fecha de presentación de la reclamación, el plazo está ampliamente vencido».

3. En relación a la secuencia de hechos médicos sobre los dolores padecidos y diagnóstico recibido por el afectado, se desprende del historial clínico e informes médicos obrantes en el expediente lo siguiente:

- Informe de Sociedad de Prevención A., de fecha 28 de noviembre de 2008: « (...) conclusiones y recomendaciones (...) disminuya el consumo de alimentos ricos en colesterol su peso teórico ideal debe oscilar entre 56,7 y 70,50 kgs. Vs. Se halla en situación de sobrepeso grado II (...) debe perder peso (...) evitar sobrepeso, instaurar gimnasia vertebral y prácticas deportivas (natación) con reposo en lecho duro (...) evitar cargas excesivas sobre el tronco y flexiones bruscas de la columna vertebral (...)». (folio del expediente nº 85).

- Informe de A. que indica en la descripción del trabajo que se efectuaba en el momento del incidente de 30 de abril de 2009: «(...) tirando de unos hierros (...) refiere tirón en la espalda en la zona lumbar». Asimismo, en la historia clínica de urgencias indica: «causa-mecanismo sobreesfuerzo (...)». (folios del expediente núms. 88 y 91).

- Informe de A. de 1 de junio de 2009: «(...) visto finalmente por COT solicita RMN de columna lumbar normal y RMN de columna dorsal con fractura-aplastamiento de D8-D9 con escoliosis y afectación de discos (...) patología que presenta paciente

(fractura-aplastamiento con escoliosis de tiempo de evolución) (...)». (folio del expediente nº 096).

- Informe del Servicio Canario de la Salud de fecha 2 de junio de 2009, en el que se observa en el juicio diagnóstico: «(...) fractura vertebral dorsal (torácica)-cerrada. Sin lesión cordón espinal (...)». (folio del expediente nº 099).

- Informe del Servicio Canario de la Salud de fecha 23 de noviembre de 2009, concluye: «Imágenes en las que se aprecia fractura aplastamiento de cuerpo vertebral de D7-D8 con evidentes signos de degeneración artrósica y reemplazamiento graso de ambas plataformas somáticas, sin afectación medular ni del resto de las estructuras anatómicas evaluadas». (folio del expediente nº 193).

- Informe del Servicio Canario de la Salud, que indica en cuanto a evolución y objetivo alta: «(...) 21/07/2010- el paciente refiere que no ha mejorado lo esperado con el tto rhb ya que continua con dolor (...) a nivel D8-D9 (...) 21/07/2010- alta de tratamiento por máxima mejoría alcanzable (...) control por su médico de cabecera para que valore método alternativo de tratamiento (...)». (folio del expediente nº 103).

- Informe emitido por el Servicio de Neurocirugía del HUNSC, de 7 de mayo de 2010: «(...) puede tratarse de una fractura "antigua" evolucionada que progresó a una deformidad cifótica. En cualquier caso parece que el dolor se justifique por un trastorno biomecánico residual y se ha planteado como primera opción tratamiento un manejo conservado, con ortesis correctora y tratamiento rehabilitatorio. Queda en segunda opción la fijación quirúrgica (...)». (folio del expediente nº 113).

- Informe de Cirugía Ortopédica y Traumatología, emitido en fecha 23 de mayo de 2012: «historia actual (...) ingresa en lista de espera con diagnóstico de cifosis torácica secundaria para tratamiento quirúrgico. Radiografía acuñaamiento de vértebras T8-T9 (...) gammagrafía acúmulo patológico en T8-T9. posible fractura acuñaamiento antiguo. Se ha tratado de forma conservadora incluyendo uso de ortesis de hiperextensión, rehabilitación, etc. Sin resultado por lo que se propone tratamiento quirúrgico (...)». (folio del expediente nº 074).

4. El afectado fue asistido desde que empezó a sufrir dolores lumbares en el año 2008. Desde un inicio se le dieron recomendaciones, entre ellas no tener sobrepeso, no obstante, en fecha 30 de abril de 2009 sufre incidente por cargar hierro, causándole un empeoramiento en sus dolencias. En todo caso, fue asistido por el

Servicio Canario de la Salud recibiendo el diagnóstico correcto y definitivo en junio de 2009.

5. El daño que soportó el afectado es calificable de daño permanente.

Sobre el daño permanente y el daño continuado, el Consejo Consultivo de Canarias ha emitido abundante Doctrina. En el Dictamen 464/2014, de 30 de diciembre, se indica:

«(...) A estos efectos, la jurisprudencia ha venido distinguiendo entre daños permanentes y daños continuados. Como señala la STS 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 dice 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) (...)».

6. A los efectos de valorar la prescripción del derecho a reclamar del interesado, resulta preciso partir de lo dispuesto en el art. 142.5 LRJAP-PAC, en virtud del cual en caso de daños de carácter físico o psíquico causado a las personas el plazo (de un "año (...) de manifestarse su efecto lesivo") empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. De conformidad, pues, con este precepto legal, 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 y 10 de abril de 2012, entre otras).

7. En el presente caso, el interesado formula la reclamación el 1 de junio de 2012, 3 años después de la determinación del daño permanente, fue valorado y asistido por los distintos facultativos especialistas del Servicio Canario de la Salud, recibió tratamiento rehabilitador acorde con la lesión que éste presentaba y que estaba prescrita por el protocolo médico a seguir, siendo la intervención quirúrgica la segunda opción, alternativa a la anterior, pero siempre como consecuencia del mismo daño determinado desde el año 2009, siguiendo el historial clínico del paciente, coincidiendo, pues, con el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones.

8. En definitiva, el interesado reconoce en su escrito inicial que el diagnóstico que padece se remonta al año 2009, sin que haya obtenido cambios considerables en sus dolencias, como indica el Servicio Canario de la Salud en el folio nº 103 del expediente. Por tanto, el interesado podía haber ejercitado su derecho a reclamar desde la citada fecha, y no lo hizo hasta el año 2012.

9. Con base en lo expuesto anteriormente, la reclamación efectuada resulta extemporánea.

CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas en el Fundamento III, la Propuesta de Resolución se estima conforme a Derecho, por lo que procede la desestimación de la reclamación formulada por F.J.D.G.