



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 24 de mayo de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 133/2016 IDS)\**.

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

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud iniciado por (...) en solicitud de una indemnización por los daños que alega que le ha causado la deficiente asistencia médica recibida en (...), centro sanitario privado concertado con el Servicio Canario de la Salud.

2. No obstante habersele requerido para que cuantificara la indemnización que pretende, el interesado no lo ha hecho. A pesar de ello, el Servicio Canario de la Salud ha tramitado el procedimiento y ha solicitado el dictamen de este Consejo Consultivo, por lo que se ha de presumir que valora los daños alegados en seis mil euros como mínimo. Esta estimación de la cuantía de la indemnización determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Excmo. Sr. Consejero de Sanidad para solicitarlo, según 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. Fajardo Spínola.

3. El interesado, con derecho a la asistencia sanitaria pública prestada por el Servicio Canario de la Salud, reclama una indemnización por los daños que, alega, le ha causado la deficiente asistencia médica recibida, por cuenta del Servicio Canario de la Salud y en el marco de la prestación de dicha asistencia sanitaria, en el centro sanitario privado concertado (...).

Como hemos explicado en numerosos Dictámenes (véanse, por todos, los Dictámenes 31/1997, de 20 de marzo; 554/2011, de 18 de octubre; 93/2013, de 21 de marzo; y 154/2016, de 16 de mayo, a cuya fundamentación nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias), los conciertos sanitarios, cuya regulación específica se encuentra en los arts. 90 y siguientes de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), pertenecen al género del contrato administrativo denominado concierto para la gestión indirecta de los servicios públicos. Conforme a la legislación de contratación administrativa, si los centros sanitarios privados, al prestar a los usuarios del servicio público de salud asistencia sanitaria en virtud de un concierto, les causan daños, ellos serán los obligados a resarcirlos, salvo que demuestren que la lesión tuvo su origen inmediato y directo en una orden de la Administración. Por ello, en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración titular del servicio público de salud, el Servicio Canario de la Salud en este caso, como el centro sanitario privado concertado; porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación de este, entonces está obligado a resarcirlo.

En definitiva, en el presente procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud, junto a este está legitimado pasivamente el centro sanitario privado concertado (...). Estas razones explican que el instructor haya llamado al centro al procedimiento en su calidad de presunto responsable del daño alegado, y le haya dado oportunidad de presentar prueba, vista del expediente y trámite de audiencia.

4. El órgano competente para instruir y proponer la resolución de este 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 Autónoma, 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; si bien, mediante Resolución de 22 de abril de 2004 (BOC n.º 98, de 21 de mayo) se delega en los Directores Gerentes de Hospitales del Servicio Canario de la Salud de

las Áreas de Salud de Tenerife y Gran Canaria y Gerentes de los Servicios Sanitarios de las Áreas de Salud de La Palma y Lanzarote, la competencia para la tramitación de los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de su respectivo ámbito de actuación.

La resolución final 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.

5. Conforme al art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento se ha superado ampliamente. 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 LRJAP-PAC, en relación con los arts. 43.3.b) y 142.7 de la misma ley.

6. En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones que lo regulan, por lo que no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obstan la emisión de un dictamen de fondo.

## II

1. Del informe, de 4 de noviembre de 2015, del inspector-médico del Servicio de Inspección y Prestaciones, redactado teniendo a la vista la documentación clínica incorporada al expediente, y del contenido de esta resultan los siguientes hechos:

- En los primeros días de marzo del año 2004, el paciente acudió al Servicio de Urgencias del centro (...), por presentar dolor tipo cólico nefrítico (renouretral izquierdo) en región hipocondrio izquierdo, con náuseas y mal estado general, por lo que se inició tratamiento y posterior estudio mediante pruebas complementarias (hemograma, perfil bioquímico, pruebas de coagulación). Además, se le practicaron una radiografía simple del aparato urinario, apreciándose litiasis en pelvis renal, y una ecografía de riñón constatando, por ella, un riñón izquierdo atrófico con litiasis y signos de pielonefritis.

- Se le propuso al paciente realizar la nefrectomía del riñón izquierdo, lo que aceptó para evitar futuras complicaciones, y el 6 de marzo de 2004 firmó el documento de consentimiento informado a la intervención quirúrgica. En este

documento se advierte de la posibilidad que aparezcan «neuralgias -dolores nerviosos-, hiperestésias -aumento de la sensibilidad- o hiperestésias -disminución de la sensibilidad» como posibles consecuencias iatrogénicas específicas de la intervención.

- El 4 de junio de 2004, el paciente fue operado realizándole nefrectomía radical izquierda con anestesia general y abordaje abierto por lumbotomía izquierda. Quedó ingresado en la planta de hospitalización hasta el 11 de junio de 2004 fecha en la que recibió el alta hospitalaria a domicilio con recomendaciones dietéticas y terapéuticas.

- A partir de entonces, el paciente comenzó a padecer dolores que percibía como procedentes de la herida quirúrgica. En agosto de 2005, y coincidiendo con que sufrió un cólico nefrítico derecho, el dolor se intensificó. Fue atendido en (...). Las radiografías de raquis dorso-lumbar que allí le realizaron no objetivaron ninguna anomalía, pero el estudio neurofisiológico que se le realizó el 31 de agosto de 2005 identificó afectación del nervio abdóminogenital mayor izquierdo.

- El paciente, en septiembre de 2005, inició tratamiento antineuropático, con considerable mejoría, aunque empeoraría posteriormente.

- El 10 de octubre de 2006, el neurólogo de la consulta de Neurología de (...) emitió un informe donde expresa como juicio diagnóstico «Dolor neuropático por lesión periquirúrgica del abdómino-genital mayor izquierdo». En esa fecha, por tanto, ya se estableció que el origen del dolor era la lesión del nervio abdómino-genital mayor izquierdo en el transcurso de la operación realizada el 4 de junio de 2004 para la extracción del riñón izquierdo.

En ese mismo informe se comenta lo siguiente:

«Desde principios de septiembre de 2005 el paciente está siguiendo tratamiento antineuropático con Neurontin y, posteriormente, también con Ttyptizol y Trileptal, con resultados modestos a pesar de dosis elevadas. Hubo una considerable mejoría inicial que hizo concebir esperanzas de que se lograra un buen control del dolor neuropático. Pero posteriormente el cuadro empeoró y a partir de entonces las medicaciones añadidas no han sido útiles.

En opinión de Neurocirugía, no hay indicación quirúrgica y debe seguirse intentando el control del dolor con tratamiento antineuropático. Solamente se deberían plantear otros tipos de tratamiento si no se lograra suficiente control del dolor una vez agotado el arsenal terapéutico de medicaciones antineuropáticas.

Actualmente, está en tratamiento con Neurontin 1.200 mg cada 8 horas (dosis máxima). He suspendido Tryptizol y Trileptal y AINES, que se han mostrado ineficaces, e inicio escalado de Lyrica».

Según este informe, los dolores del paciente no tenían más tratamiento que el analgésico.

- El 22 de enero de 2008, al paciente se le realizó un estudio de los potenciales evocados somatosensoriales del miembro inferior izquierdo que concluyó que el nervio abdóminogenital izquierdo adolecía de una neuropatía severa y descartó la existencia de lesiones de otros nervios, plexos o raíces.

- El paciente comenzó a ser tratado en la Unidad del Dolor del Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria, cuyo facultativos, tras múltiples intentos de paliar el dolor neuropático secundario a la afectación por la nefrectomía del nervio abdóminogenital mayor izquierdo, con tratamientos orales y bloqueo de dicho nervio, le implantaron el 26 de mayo de 2009 un electrodo de neuroestimulación sobre este para control del dolor, y luego, el siguiente 2 de junio, dispusieron en el glúteo izquierdo un implante subcutáneo conectado a ese electrodo, con lo cual el paciente comenzó a recibir parestesias que cubrían la zona dolorosa.

- Sin embargo, como no obtenía alivio suficiente, el 1 de febrero de 2011 el paciente se sometió en la Unidad de Cirugía del HUNSC al explante del neuroestimulador y del generador y electrodo subcutáneo, y continuó con tratamiento en la Unidad del Dolor del HUNSC.

- El informe, de 15 de junio de 2015, de la Unidad del Dolor del HUNSC, relata lo siguiente:

«Se ha constatado mediante estudio neurofisiológico, neuropatía del nervio abdominal izquierdo. Ha sido tratado en esta Unidad mediante tratamiento farmacológico analgésico vía oral con opioides mayores y neuromoduladores (Pregabalina), bloqueo del nervio abdóminogenital izquierdo y neuroestimulación subcutánea en el trayecto del nervio. Con el paso del tiempo se constató ineficacia de la neuroestimulación, el paciente relataba que no tenía alivio adecuado, por lo que se procedió a explante del sistema.

En la actualidad tiene prescrito el tratamiento farmacológico mencionado más arriba».

2. El informe, de 4 de noviembre de 2015, del inspector-médico del Servicio de Inspección y Prestaciones explica que el nervio abdóminogenital mayor, también denominado ilio-hipogástrico, es un nervio mixto que nace de la raíz de la columna lumbar L-1, atraviesa el músculo psoas y posteriormente el músculo cuadrado lumbar

hasta llegar a la cresta ilíaca. A continuación, cruza los músculos, oblicuo interno y transversos del abdomen a los que proporciona inervación. Termina en una rama cutánea lateral y una rama cutánea anterior, ambas sensitivas, que inervan la región externa de la cadera y la zona suprapúbica respectivamente. Este nervio puede lesionarse en el plexo lumbar, en la pared abdominal anterior o posterior y en una localización más distal, cerca del anillo inguinal. Suele ocurrir en cirugías del cuadrante inferior del abdomen, ocasionando un área de hipoestesia suprapúbica o hipotonía de la pared abdominal.

También explica que la atrofia o hipoplasia renal (reducción del tamaño del riñón) es una patología que se caracteriza por la contracción debida a un inadecuado suministro de sangre a los riñones y/o a la pérdida de nefronas, que son las unidades básicas funcionales de los riñones. La pérdida de nefronas también puede causar que las arterias y venas renales reduzcan su tamaño. Enfermedades renales como la obstrucción del tracto urinario, la nefropatía por reflujo, pielonefritis aguda, litiasis, la isquemia debido a la aterosclerosis (estrechamiento de las arterias renales, oclusión de la arteria renal, debido a la acumulación de depósitos grasos dentro de las paredes arteriales), la formación de quistes renales o cualquier condición que impida la función de la nefrona, podrían dar lugar a la atrofia renal.

Si el riñón atrófico/hipoplásico tiene signos de hidronefrosis litiásica y pielonefritis crónica, como le sucedía al paciente, se debe proceder a la nefrectomía para evitar de este modo complicaciones posteriores. Esta operación, como todas las intervenciones quirúrgicas del cuadrante inferior del abdomen, presenta el riesgo de que afecte al nervio abdóminogenital mayor, lo cual ocasiona un área de hipoestesia suprapúbica o hipotonía de la pared abdominal.

3. El informe complementario, de 26 de febrero de 2016, del inspector-médico del Servicio de Inspección y Prestaciones, señala que el estudio neurofisiológico, de 31 de agosto de 2005, identificó la afectación del nervio abdóminogenital mayor izquierdo. Por tanto, esa es la fecha en la que la lesión por la que se reclama quedó identificada y determinada y que los tratamientos rehabilitadores y paliativos posteriores a esa determinación no alteran su carácter de estabilizada y definitiva.

### III

1. Está acreditado que el daño por el que se reclama, la neuropatía severa por la lesión del nervio abdómino-genital mayor izquierdo en el transcurso de la nefrectomía practicada el 4 de junio de 2004, fue diagnosticada el 31 de agosto de

2005 por el estudio neurofisiológico que se le realizó al interesado. Esta lesión, su carácter de estabilizada y permanente y su origen perquirúrgico fue confirmada el 10 de octubre de 2006 por el informe neurológico de la misma fecha que expresa que esa neuropatía no tiene más tratamiento que el analgésico que es de carácter paliativo. El estudio de los potenciales evocados somatosensoriales realizado el 22 de enero de 2008 no hizo más que reiterar el carácter de permanente y estabilizada de esa lesión diagnosticada el 31 de agosto de 2005.

2. Siendo el daño por el que se reclama un daño permanente, el derecho a reclamar por él prescribe al año de su producción, ya que 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 indica 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 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 esta 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 prever que surgirán en la evolución de esa lesión personal. El concepto de daño permanente personal comprende no solo 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 este determine el alcance de

sus secuelas, sino que se sitúa en aquella fecha en que se manifieste el efecto lesivo incierto o imprevisto.

Esto 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 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 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, 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"».

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

3. Ya se señaló más atrás que la lesión por la que se reclama tiene el carácter de definitiva y permanente y que su existencia fue establecida el 31 de agosto de 2005 y que no tiene más tratamiento que paliativo. Esa fecha es el *dies a quo* del plazo de un año para reclamar. El escrito de reclamación se presentó cinco años, siete meses y once días después, concretamente el 11 de mayo de 2011. Resulta evidente que ha transcurrido con creces el plazo de un año que fijan el art. 142.5 LRJAP-PAC y concordante art. 4.2 RPAPRP, que exigen que la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración se ejerza 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, lo cual es una concreción en el ámbito del Derecho Administrativo de la regla general de la *actio nata* del artículo 1.969 del Código Civil, conforme a la cual el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, salvo disposición especial, ha de computarse desde el momento en que la acción pudo efectivamente ejercitarse. Por consiguiente, es obligado coincidir con la Propuesta de Resolución en la desestimación de la pretensión resarcitoria porque el derecho a reclamar está prescrito.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, procediendo desestimar la reclamación interpuesta por (...), al ser extemporánea, según se razona en el Fundamento III de este Dictamen.