



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 9 / 2 0 1 6

(Sección 1ª)

La Laguna, a 27 de diciembre de 2016.

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 (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 452/2016 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 formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS), tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

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. Está legitimada para solicitarla el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. El representante de la afectada manifiesta que su mandante fue intervenida quirúrgicamente de hemorroides (hemorroidectomía) el día 25 de octubre de 2005 en el Hospital General de La Palma, efectuando dicha operación el Dr. (...). Después de la misma su evolución no fue la esperada, presentando problemas de incontinencia fecal, pero, pese a las diversas solicitudes y quejas que planteó, no fue atendida de tal problema hasta el año 2007, diagnosticándole el cirujano (...), del referido Hospital General, incontinencia fecal postoperatoria.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

Con posterioridad fue derivada al Hospital Universitario de Canarias, siendo remitida otra vez al Hospital General de La Palma donde fue tratada por diversos doctores, manteniendo todos ellos, después de realizar diversas pruebas, el diagnóstico emitido en 2007.

En enero de 2013 se le propone para practicarle neuromodulación de raíces sacras, en mayo de 2013 se le realiza el primer tiempo de neuromodulación con implante de electrodo tipo «Tine-Lead» a nivel S3 y el 20 de junio de 2013 se le realiza el implante del neuroestimulador definitivo en la nalga derecha. Sin embargo, su evolución es tórpida y no se le cura de su incontinencia fecal.

4. La inoperancia de todas las terapias practicadas sobre la reclamante dirigidas a intentar curarla de la incontinencia fecal postoperatoria que viene padeciendo desde que fue intervenida de hemorroides en 2005, ha dado lugar a que la Dirección Provincial de la Seguridad Social de Santa Cruz de Tenerife, mediante Resolución de 13 de diciembre de 2013 le haya reconocido la incapacidad permanente en grado total.

5. El representante de la reclamante considera que la Administración es la responsable de los daños sufridos por su representada a consecuencia de la intervención quirúrgica que se le realizó en 2005, que le ocasionó la incontinencia fecal que padece, reclamando por ello una indemnización total de 220.634,82 euros, que incluye los días de baja y las graves secuelas que padece.

6. Son de aplicación tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), ley aplicable en virtud de lo que determina la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

1. El procedimiento comenzó mediante la presentación del escrito de reclamación, que se efectuó el día 19 de noviembre de 2014.

Posteriormente, el día 25 de noviembre de 2014, se dictó la Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada.

El procedimiento cuenta con el informe del Servicio de Cirugía General y Digestiva del Hospital Universitario de Canarias y el del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, entre otros. Además, se procedió a la apertura del periodo probatorio, no practicándose prueba alguna y se le otorgó el trámite de vista y audiencia al representante de la reclamante, quien presentó escrito de alegaciones.

2. El día 15 de noviembre de 2016 se emitió Propuesta de Resolución, acompañada del borrador de la Resolución definitiva, y tras la emisión del informe de la Asesoría Jurídica departamental se redactó el día 7 de diciembre de 2016 la Propuesta de Resolución definitiva, vencido el plazo resolutorio sin justificación. Esta demora, sin embargo, no obsta para resolver expresamente, existiendo deber legal al respecto, sin perjuicio de los efectos administrativos que debiera conllevar y los legales o económicos que pudiera comportar de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 42.1 y 7, 141.3 y 142.7 LRJAP-PAC.

III

1. La Propuesta de Resolución es de sentido desestimatorio, puesto que el órgano instructor entiende que ha prescrito el derecho a reclamar de la interesada.

2. En este supuesto, resulta claro que la interesada está reclamando por los efectos adversos de la intervención quirúrgica de hemorroides a la que se sometió el 25 de octubre de 2005; estos efectos adversos que consisten en la incontinencia fecal se produjeron, tal y como se deduce del escrito de reclamación, desde poco después de la intervención.

La secuela ya referida de tal intervención quirúrgica quedó perfectamente determinada desde el año 2007, tal y como se afirma en el Informe del Servicio de Cirugía General y Digestiva (páginas 263 y ss. del expediente) y en el informe de la Dirección Médica de Atención Primaria del SCS (página 138 del expediente), lo cual consta en la documentación médica aportada por la propia interesada, pues en el documento correspondiente a la consulta con el Servicio de Cirugía del Hospital General de La Palma de 7 de noviembre de 2007 (página 30 del expediente), ya consta que padece incontinencia fecal postoperatoria a consecuencia de la intervención quirúrgica de hemorroides.

3. El tratamiento de estimulación de las raíces sacras que se le efectuó en el año 2013, tiene por finalidad el tratamiento de dicha incontinencia y la mejora de los

episodios de tal incontinencia como se señala en el informe del Servicio, añadiéndose en él que sólo uno de cuatro pacientes sometidos a tal terapia logran la continencia completa (páginas 265 y 266 del expediente), siendo más que evidente que dicho tratamiento no tiene más finalidad que la paliativa de un problema perfectamente conocido por la interesada desde 2007.

La reclamación de la interesada se presentó el 19 de noviembre de 2014, cerca de 7 años después de que los efectos adversos de la primera intervención quedaran perfectamente determinados; por tanto, resulta ser extemporánea.

4. Este Consejo Consultivo, siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha considerado al respecto, como por ejemplo se hace en los recientes Dictámenes 346/2016, de 19 de octubre y 376/2016 de 17 de noviembre, que:

«Este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante, tal y como se hace en el Dictamen 103/2016, de 8 de abril, que reitera lo dicho, entre otros, en los Dictámenes 112/2014, de 2 de abril y 462/2014, de 30 de diciembre-, que el dies a quo del cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del momento en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, considerando que los tratamientos médicos posteriores no interfieren en ese cómputo, entre ellos, los tratamientos rehabilitadores y paliativos y las revisiones o controles médicos.

En este sentido, tal y como hemos razonado en nuestro reciente Dictamen 336/2016, de 10 de octubre, es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 8 de octubre de 2012) que considera que, tratándose de un daño permanente, la materialización del daño con sus consecuencias se produce en el momento del diagnóstico, recordando que «como con reiteración ha manifestado la Sala, por todas la Sentencia de la Sección Sexta, de 18 de enero de 2008, 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”, a la que nos hemos referido, desde la determinación del alcance de las secuelas, aun 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».

A ello añade: «En la sentencia de 10 de julio de 2012 hemos explicado el fundamento de esta doctrina: la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse siguiendo el principio de la “actio nata”, responde a la necesidad de no dar comienzo el plazo de prescripción cuando 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, que por ello no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, cual es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen, mas no resulta de aplicación cuando el daño producido resulta previsible en su determinación, y por tanto, cuantificable, pese a que permanezca el padecimiento por no haberse recuperado íntegramente la salud o quedar quebrantada de forma irreversible, momento en que se inicia el plazo para la reclamación, como aquí sucede a partir de aquella determinación del diagnóstico de la enfermedad"».

5. Esta doctrina resulta ser de plena aplicación al supuesto que nos ocupa. De ello se puede concluir que el daño generado por la operación de 2005 es de carácter permanente, y que al menos desde 2007 la enfermedad estaba consolidada, determinadas sus secuelas y era conocida por la reclamante, de tal manera que desde entonces pudo haber ejercitado su acción de exigencia de responsabilidad administrativa. Habiendo presentado su escrito de reclamación muchos años después, ésta resulta extemporánea.

6. El representante de la afectada, no obstante, ya desde su inicial escrito de reclamación se adelanta a la previsible objeción de extemporaneidad de ésta, desplegando un notable esfuerzo argumentativo basado en jurisprudencia civil del Tribunal Supremo (Sala 1ª), sin tener en cuenta ni siquiera mencionar el art. 142.5 LRJAP-PAC que, estableciendo un criterio preciso (fecha de la curación o determinación del alcance de las secuelas), excluye cualquier otro, lo que hace inaplicable al orden jurisdiccional contencioso-administrativa en la materia aquella doctrina jurisprudencial. Además, sostiene que el *dies a quo* para determinar el transcurso del plazo para reclamar ha de coincidir con la fecha de reconocimiento de la incapacidad de su representado, afirmación que por idéntica razón ha de ser rechazada. Esta misma línea, por otro lado, es la que sostiene el Tribunal Supremo; así, la STS 13 marzo 2012 (RC 6289/2010), FJ 2º señala: «El *dies a quo* ha de computarse desde la fecha del alta médica y no desde la declaración de incapacidad laboral de lesionado, sin que el expediente tramitado al efecto tenga carácter interruptivo alguno de dicha prescripción».

7. La Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación por considerarla extemporánea, es conforme a Derecho en virtud de los motivos expuestos en el presente fundamento.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho.