



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 6 6 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 16 de octubre de 2017.

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 (...), en representación de su padre (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 331/2017 IDS)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 17 de febrero de 2014, por la representación letrada de (...), en el que se reclaman daños y perjuicios como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida del SCS.

2. El interesado no cuantifica la indemnización; no obstante, de estimarse su reclamación, el *quantum* indemnizatorio superaría los 6.000 euros, lo que determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del 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), que, en virtud de la Disposición transitoria tercera a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es la

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

normativa aplicable porque a la entrada en vigor de esta el presente procedimiento ya estaba iniciado.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

4. El órgano competente para resolver es la Dirección 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.

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 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.

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; no obstante ello, esta demora 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 de la Ley 30/1992, en relación con los arts. 43.3, b) y 142.7 de la misma.

6. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en deficiencias formales que, por producir indefensión al interesado, impidan un pronunciamiento de sobre la cuestión planteada.

II

1. El reclamante funda su reclamación en el siguiente relato fáctico:

El día 22 de octubre de 2009 acude a consulta de digestivo en el Hospital San Juan de Dios por una estenosis esofágica.

Una vez atendido por el jefe del servicio, este ordena realizar una radiografía con contraste del esófago y una gastroscopia, a fin de determinar si la estenosis está localizada en un punto concreto del esófago, en cuyo caso, le dice, habría que dilatar el esófago, o si, por el contrario, afecta a un tramo del mismo, supuesto en que el tratamiento requeriría cirugía.

- Tras serle realizada la radiografía el día 9 de diciembre de 2009, le vuelve a citar para el día 15 del mismo mes, al objeto de que se someta a la gastroscopia. Ese mismo día, el Dr. decide dilatarle, aun cuando, habiéndole pedido a mi representado que firmara el consentimiento informado, éste se niega.

- A las pocas horas de abandonar el Hospital San Juan de Dios, comienza a sufrir un fuerte dolor, motivo por el cual vuelve a acudir a dicho centro hospitalario, donde le informan de que tiene «una pequeña fisura» y quedará ingresado. En un primer momento le indican un tratamiento consistente en 4 días de dieta absoluta con suero, tras el cual se le realizará una radiografía de control y, si se observa que la fisura ha curado, sería dado de alta.

- No obstante lo dicho, el Dr. (...) decide llamar al Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria (en adelante, HUNSC) y, habiendo sido informado del estado en que se encontraba el paciente, el Jefe de Cirugía Esofágica del HUNSC ordena el traslado del mismo a dicho centro hospitalario.

- Sobre las 16:00 horas de la tarde, y tras esperar alrededor de unas dos horas por la ambulancia, porque los digestivos del Hospital San Juan de Dios consideran que el traslado no es urgente, llega al HUNSC, donde le espera el equipo de cirujanos de guardia, quienes le informan de que sufre una perforación esofágica que podría resultar mortal y se sorprenden de que no le hubieran comunicado aun la gravedad de la situación.

- Tras serle realizado un escáner de urgencia, descubren que tiene una rotura esofágica en forma de 7, e inmediatamente deciden intervenirlo, que es trasladado a quirófano a las 19:30 y no abandona el mismo hasta las 5:30 de la mañana siguiente. Después de la operación permanece un mes en la URPA, período durante el cual sufre un paro renal, una fibrilación y varios paros respiratorios, debiendo serle practicada una traqueotomía por dificultad al respirar mediante respiración asistida. Los médicos del HUNSC informan a sus hijos de que la tasa de mortalidad, dada la situación del paciente, es muy elevada y no se explican qué razón llevó a los facultativos del Hospital San Juan de Dios a optar por dilatar el esófago, cuando el tratamiento de la estenosis que sufría mi patrocinado requería cirugía.

- Después de permanecer otro mes en planta, el paciente es dado de alta y abandona el HUNSC con múltiples secuelas a nivel físico, funcional y de autosuficiencia básica, pasando de ser una persona capaz de valerse por sí misma, que incluso cuidaba de su esposa fallecida, que sufría demencia vascular, a ser una

persona totalmente dependiente, que necesita de un cuidador que conviva con él las 24 horas del día, siéndole reconocido, con fecha de 15 de diciembre de 2011, un grado de incapacidad del 83%.

- Desde la cirugía, (...) comenzó a experimentar un progresivo y acelerado deterioro cognitivo, siéndole diagnosticado Alzheimer de grado 5. El propio cirujano que lo operó en el HUNSC se sorprendió cuando mi representado no fue capaz de reconocerle al ser ingresado de nuevo, tras sufrir un «dumping», apenas dos semanas después de haber sido dado de alta. Paralelamente, mi representado presenta un perfil psicopatológico comúnmente etiquetado como trastorno afectivo y distímico, así como una distimia depresiva, con sentimientos de tristeza, desesperanza e infelicidad, tal y como se concluye en el informe psicológico realizado por (...), que se acompaña bajo documento nº 1, y en el cual se cataloga a mi patrocinado como «Gran Dependiente», atendiendo a los criterios de la Ley 36/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

2. El SIP, a la vista de la historia clínica y de los informes obrantes en el expediente, estima que el paciente tiene conocimiento de la secuela de su proceso, en fecha 15 de diciembre de 2011. En el Escrito de Reclamación, en su punto octavo, se indica que en esta fecha se le reconoce -al paciente- un grado de incapacidad del 83%. Por lo tanto es en esta fecha cuando queda definitivamente fijado el alcance de la secuela del paciente.

El Escrito de Reclamación es de fecha 17 de febrero de 2014.

En este sentido, a los efectos de valorar la prescripción del derecho a reclamar de los interesados, ha de partirse de lo dispuesto en el art. 142,5 LRJAP-PAC, en virtud del cual «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 las secuelas».

De conformidad, pues, con dicho 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.

De modo que el plazo para el ejercicio de la acción, es de un año, lo que equivale a aseverar que el plazo prescriptivo empieza a registrarse desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido y de su alcance. Este conocimiento y la irreversibilidad del daño, lo tiene el paciente desde que le es otorgado un determinado grado de incapacidad, en fecha 15 de diciembre de 2011.

- Por todo lo que antecede se considera que el proceso para la acción está prescrito, por extemporáneo, al haber transcurrido más de un año entre el 15 de diciembre de 2011 y la fecha en la que se presenta la reclamación, esto es, el 17 de febrero de 2014.

3. En el trámite de audiencia, el reclamante alega que la acción no está prescrita porque el alta definitiva por el Servicio de Aparato Digestivo del Hospital San Juan de Dios se obtiene con fecha 16 de abril de 2014, tal y como se puede observar en informe médico que obra en el folio nº 673 y 674 del expediente.

La Propuesta de Resolución, a la vista de este último dato, aun cuando entra en el fondo del asunto, desestima la reclamación formulada por el interesado por estar prescrito el derecho a reclamar, ya que entiende que el informe alegado por la parte para negar la prescripción se limita a reiterar lo expuesto en informe previo de fecha 15 de diciembre de 2009 y que supera definitivamente el proceso derivado de la perforación esofágica el 31 de mayo de 2012, día en que fue dado de alta en el Servicio de Cirugía Digestiva.

III

1. Antes de nada se ha de determinar si ha prescrito el derecho a reclamar por no haberse ejercido dentro del plazo de un año que establecen los arts. 142.5 y 4.2, respectivamente, LRJAP-PAC y RPAPRP, plazo que se ha de computar, por tratarse de daños físicos, desde la curación o la determinación de las secuelas.

Al respecto es preciso recordar una vez más la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

«(...) 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 1902 del Código Civil que ha de computarse, conforme al principio de la “actio nata” recogido en el artículo 1969 de dicho texto legal, desde el momento en que la acción pudo efectivamente ejercitarse. En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si 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, el plazo de prescripción no

comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible. Por lo tanto el “dies a quo” para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto” (Sentencia de 31 de octubre de 2000) o, en otros términos “aquel en que se objetivan las lesiones o los daños con el alcance definitivo” (STS de 14 de febrero de 2006)» (Sentencia de 18 de enero de 2008).

Esa jurisprudencia consolida el criterio de que el plazo de prescripción no comienza a computarse, según el principio de la *actio nata*, sino a partir del momento en que la determinación de los daños es posible, y esta coyuntura solo se perfecciona cuando se tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción.

Así, en la Sentencia de 24 de febrero de 2009, ha reiterado el Tribunal Supremo que en «supuestos como el presente, debido a la gravedad de las secuelas o lesiones permanentes, el perjudicado necesita de un tratamiento continuado después de la determinación del alcance de las lesiones, pero ello no significa que las secuelas no estén consolidadas, es decir, que no se conozca el alcance del resultado lesivo producido, momento en el que se inicia el cómputo para el ejercicio de la acción de responsabilidad, conforme al tenor del artículo 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De no ser así, la acción de indemnización se podría ejercitar de manera indefinida, lo que es contrario al precepto legal mencionado y al principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución Española (...)».

En relación al inicio del cómputo del plazo en el caso de daños físicos, la sentencia de 27 de octubre de 2004 explica que «La acción para exigir la responsabilidad de la Administración tiene un componente temporal, pues ha de ejercitarse en el plazo de un año a contar desde el hecho que motiva la indemnización - artículo 139.4 de la Ley 30/1992 - y este plazo de un año, en el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas; es decir, el *dies a quo* es el de la estabilización o término de los efectos lesivos en el patrimonio o salud del reclamante». Por su parte, las sentencias de 18 de enero y 1 de diciembre de 2008 y 14 de julio de 2009, distinguen entre daños continuados, que como tales no permiten conocer aún los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, el *dies a quo* será aquél en que ese conocimiento se alcance; y daños permanentes, que aluden a lesiones irreversibles e incurables aunque no intratables, cuyas secuelas

resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo por tanto cuantificables, por lo que los tratamientos paliativos o de rehabilitación ulteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance.

2. En el presente caso, el interesado reclama por los supuestos daños que le provocaron las diversas intervenciones de que fue objeto a partir del 9 de diciembre de 2009, en particular la dilatación esofágica practicada el 15 de diciembre, y que le dejaron graves secuelas. De esas secuelas conoce su alcance al menos desde que recibe el alta del Servicio de Cirugía Digestiva del HUNSC, el 31 de mayo de 2012.

De lo anterior se colige, pues, que esa es la fecha de inicio del plazo de prescripción ya que desde ese momento pudo ejercer, conforme a la jurisprudencia citada, su derecho a reclamar.

Siendo, por tanto, esa la fecha de la determinación del alcance de las secuelas y habiéndose presentado la reclamación el 17 de febrero de 2014, es evidente que se ha presentado superando ampliamente el año de prescripción establecido en el art. 142.5 LRJAP-PAC.

Habiendo prescrito el derecho a reclamar, como hemos afirmado en múltiples ocasiones (ver por todos el DCC 366/2016), ni este Consejo ni la Propuesta de Resolución deben entrar en el fondo del asunto, sino limitarse a desestimar la pretensión resarcitoria de los interesados por extemporaneidad de la reclamación.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución, aun cuando desestima la pretensión resarcitoria por entender que el reclamante había ejercido su derecho a reclamar fuera del plazo de un año establecido en el art. 142.5 LRJAP-PAC, no se ajusta a Derecho al entrar en el fondo de la cuestión planteada, debiéndose limitar a declarar que el derecho del interesado a ser resarcido ha prescrito, tal como se razona en el Fundamento III.