



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 9 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 1 de marzo de 2018.

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. 25/2018 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud. La solicitud de dictamen, de 14 de enero de 2018, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 18 de enero de 2018. De la naturaleza de lo solicitado se deriva la competencia del órgano solicitante, la del Consejo y la preceptividad del dictamen, 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), la cual es aplicable, en virtud de la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última Ley.

Resulta igualmente aplicable el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP),

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en virtud de lo establecido en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima de la LPACAP.

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...), al haber sufrido en su persona el daño por el que reclama [art. 31.1.a) LRJAP-PAC].

2. 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.

3. 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.

4. La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado 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. Por otra parte, sin embargo, no se cumple el requisito relativo al plazo para la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, establecido en los arts. 142.5 LRJAP-PAC y 4.2 RPAPRP, pues el interesado interpuso escrito de reclamación el 15 de abril de 2016, respecto de daño cuya determinación se produjo el 10 de octubre de 2013, fecha en la que el reclamante recibió el alta definitiva en el Servicio de Traumatología.

En aquella fecha quedó determinado, pues, el alcance del daño, si bien se trata de un daño permanente, por lo que el interesado sufrirá sus secuelas de por vida.

Y ello, en virtud de lo dispuesto en el art. 142.5 LRJAP-PAC y, en igual sentido, en el art. 4.2 del RPAPRP, al señalar: «el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo», añadiendo: «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», por lo que, en el presente caso, el inicio del cómputo del plazo de un año debe referirse al 10 de octubre de

2013, fecha en que quedó determinado y conocido por el interesado el alcance de la patología que padecía, ya que su diagnóstico determinaba su carácter crónico y su pronóstico.

Así pues, desde aquel momento, y sin perjuicio de los tratamientos posteriores encaminados a mejorar la calidad de vida del paciente, dentro del carácter crónico e irreversible de su patología, quedó determinado el alcance del daño, tal y como ha venido aclarando la jurisprudencia y se ha recogido por este Consejo Consultivo. Y es que, ciertamente, es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 8 de octubre de 2012) en entender que, tratándose de un daño permanente, la materialización del daño con sus consecuencias se produce en el momento del diagnóstico, recordando en ella 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».

Por tanto, es la determinación del daño y de sus secuelas, sin perjuicio de los posibles tratamientos paliativos posteriores, la que determina el *dies a quo*.

Por ende, es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución en cuanto determina que la acción ha prescrito.

III

El objeto de la reclamación que nos ocupa, según el escrito del interesado, viene dado por los siguientes hechos destacables, que se remontan a las intervenciones quirúrgicas realizadas en la rodilla izquierda con anterioridad:

«(...) CUARTO.- El dicente sufrió accidente de tráfico el 10 de abril de 2004, al ser atropello por un taxi mientras conducía una motocicleta. Se le diagnosticó de “policontusiones y traumatismo craneo encefálico”. Recibe el alta médica el 11 de enero de 2006.

A pesar del alta médica es valorado por el traumatólogo de esta ciudad (...) el cual en informe de fecha 30 de marzo de 2007 concluye que la única opción para mejorar la funcionalidad de la rodilla izquierda es el reemplazo total de la misma mediante implantación de una prótesis.

Con respecto a la cadera izquierda (...) no descarta la posibilidad de reemplazo articular de la misma si las lesiones observadas en los cartílagos así lo indicaran.

QUINTO.- Con fecha 8 de julio de 2011 (sic, si bien se refiere a 2010), fui intervenido quirúrgicamente (...) en el Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, al presentar lesión en el hombro derecho, consistente en “omalgia derecha con luxación acromio clavicular inveterada.”

(...)

No se colocó un injerto artificial por estimar el referido doctor que lo rechazaría.

SEXTO.- En revisiones posteriores se aprecia colapso en la fijación, por lo que (...) se realiza una nueva cirugía con fecha 7 de mayo de 2013. Esta nueva cirugía consistió en “reducción y osteosíntesis con fijación percutánea con agujas de Kirschner y estabilización con injerto de fascia lata (tejido del muslo) x 2 (por encontrarse ausente ambos semitendinosos que se habían utilizado en cirugías previas de rodilla) por luxación tipo IV acromio clavicular inveterada”.

En relación con esta segunda operación en el hombro se le informó al paciente de que se le intervendría también la rodilla derecha, por motivo de carecer el aludido hombro de ligamento o tendón».

En su escrito de reclamación el interesado valora negativamente la intervención a que fue sometido, en lo que basa su pretensión resarcitoria, afirmando:

«SÉPTIMO.- Que es de destacar que en las intervenciones practicadas y especialmente en la de fecha 7 de mayo de 2013, se ha producido una grave negligencia por la mala praxis, así como una ausencia total de consentimiento informado.

En este sentido es muy relevante el hecho de que en la cirugía practicada en mayo de 2013 en el hombro derecho con intervención en la rodilla izquierda (en lugar de la derecha), puse en conocimiento del cirujano (...) que no debía intervenir la rodilla izquierda que había sido operada con resultado satisfactorio (...) manifestándole expresamente que para intervenir dicha rodilla tenía que contar con mi expresa autorización.

En el preoperatorio se me comunicó que la intervención sería de la rodilla derecha, siendo el resultado justamente lo contrario, es decir, que se me intervino la rodilla izquierda, sin mi conocimiento y mucho menos mi consentimiento.

En consecuencia, el resultado de tan nefasta intervención es que tanto el hombro derecho como la rodilla izquierda han quedado maltrechos causándome importantes molestias y limitaciones en mi movilidad.

En definitiva, al no haber dado los resultados previstos la intervención quirúrgica llevada a cabo (...) en fecha 18 de julio de 2011, en el hombro derecho del dicente, por no haber colocado en ese momento injerto artificial, al estimar que lo rechazaría, se intervino una segunda vez en el hombro derecho con intervención no pactada en la rodilla izquierda, en fecha 7 de mayo de 2013 (...).

Como consecuencia de todo ello, alega el reclamante sufrir las siguientes secuelas, sin perjuicio de las que se determinen en prueba pericial que deberá practicarse:

Intensos dolores en el hombro y rodilla intervenidos, hinchazón en ambos miembros, importantes limitaciones de movilidad del miembro inferior izquierdo, deficiente rotación del brazo derecho, intensa cojera, por lo que precisa uso de bastones.

Se solicita por ello una indemnización que se cuantifica en 300.000 €.

IV

Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones:

- El 21 de abril de 2016 se identifica el procedimiento y se insta al interesado a mejorar su solicitud mediante la aportación de determinada documentación, viniendo aquél a cumplimentar el trámite el 4 de mayo de 2016.

- Por Resolución de 13 de mayo de 2016, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación. De ello recibe notificación el interesado el 11 de julio de 2016.

- El 13 de mayo de 2016 se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), lo que se reitera en varias ocasiones, viniendo a emitirlo, tras recabar la documentación oportuna, el 22 de agosto de 2017.

- Mediante escrito presentado por el interesado el 12 de diciembre de 2016 se insta el impulso del procedimiento.

- El 14 de septiembre de 2017 se confiere al interesado trámite de audiencia, a efectos de que alegue lo que estime oportuno en relación con la eventual prescripción de la acción para reclamar. De ello recibe notificación el 19 de septiembre de 2017, viniendo a presentar escrito de alegaciones el 6 de octubre de 2017. En el mismo alega que «la fecha de inicio del plazo anual será la del infame médico en el que se declare la finalización de las posibilidades terapéuticas curativas o se determine el alcance y consolidación de las secuelas, aún cuanto continúe el tratamiento de modo paliativo o la rehabilitación para mejorar la calidad de vida o evitar complicaciones en la salud del paciente y, a pesar de que ha finalizado tratamiento rehabilitador, continua con dolor por lo que el daño continua y, por lo tanto, no ha comenzado el cómputo del plazo de prescripción».

- El 2 de noviembre de 2017 se emite Propuesta de Resolución desestimatoria de la pretensión del reclamante por entender prescrita la acción para reclamar. En el mismo sentido consta borrador de Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud, sin fecha. Ello es informado favorablemente por el Servicio Jurídico el 30 de diciembre de 2017, dictándose Propuesta de Resolución definitiva el 10 de enero de 2018.

V

Como se ha indicado, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión del reclamante con fundamento en su historia clínica, obrante en el expediente, y en los informes recabados a la luz de la misma, de los que deriva que en este caso ha prescrito la acción para reclamar.

Así, como se señaló al hilo del análisis del plazo para reclamar, de los antecedentes obrantes en la historia clínica del interesado, deben destacarse los siguientes:

- El 6 de mayo de 2013, se realiza intervención quirúrgica: reducción y osteosíntesis con fijación percutánea con agujas de Kirschner y estabilización con injerto de fascia lata (tejido del muslo).

- El 14 de mayo de 2013 acude al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín para valoración de herida quirúrgica en hombro. Supuración. Juicio Clínico: herida quirúrgica en buen estado.

- El 16 de mayo de 2013 es valorado en Consultas Externas del Servicio de Traumatología a los 10 días del postoperatorio. Se describe herida bien (en área del muslo tuvo infección superficial que cedió con antibióticos). Hombro y clavícula clínicamente bien. Buena tolerancia a las agujas de Kirschner.

Posteriormente, presentaría intolerancia a las agujas de Kirschner, por lo que fueron retiradas quedando expectante a evolución con Sling.

- A fecha de 1 de agosto de 2013, la herida quirúrgica está completamente cicatrizada, no refiere dolor, y sólo nota un clic en el área de la clavícula de forma ocasional.

La herida en el muslo derecho de donde se tomó el injerto de fascia lata, inicialmente produjo dolor e inflamación local cicatrizando posteriormente de forma adecuada.

En RX se comprueba buena posición, y se indica continuar con cabestrillo y control en 2 meses con estudio radiográfico.

En informe de fecha de 2 de agosto de 2013 del Servicio de Traumatología del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, realizado a solicitud del reclamante, se expresa que la herida quirúrgica está cerrada, que no aparecen signos de infección, y que la fijación parece haber colapsado; pero en controles radiológicos posteriores da la impresión de formarse una sinostosis acromio clavicular.

Clínica y radiológicamente la posición de la clavícula, la movilidad y la función del hombro es bastante aceptable.

- En fecha de 10 de octubre de 2013, se realiza la última consulta (no hay constancia en el historial médico del reclamante de asistencia, con posterioridad a dicha fecha, a consulta del Servicio de Traumatología en relación a la intervención quirúrgica del hombro u otra cuestión). El reclamante refiere no estar satisfecho con el hombro y refiere ruido a la movilización del mismo. Se le explica que la evolución

es adecuada, que el hombro tiene una excelente movilidad, no dolorosa y más importante la clavícula no se desplaza hacia arriba y atrás como antes. Se constata que el resultado es bueno.

Se procede en esa fecha a dar el alta en el Servicio.

- Con fecha de 3 de marzo de 2014, el reclamante vuelve a acudir a la clínica privada CEMTRO. Según informe de 14 de mayo de 2014 aportado por el reclamante, se anota: exploración de hombro derecho: incisión umbilicada sobre clavícula derecha, con falta de fuerza y confianza de la misma y abducción 120°, flexión 125° y rotaciones faltan últimos grados. No hay trastornos neurológicos.

Se solicita RM de hombro derecho y Rx de hombro y clavícula izquierda.

- Con fecha de 14 de mayo de 2014 se valora la RM de hombro derecho, cuyo informe concluye cambios postquirúrgicos sobre la articulación acromioclavicular, apreciando resección distal de la clavícula. Integridad de los tendones que conforman el manguito rotador, apreciando signos de tendinopatía de las fibras de la superficie articular en el tendón conjunto distal supra-infraespinoso. Signos de tendinosis del segmento intrarticular de la porción larga del bíceps.

En esta última consulta se le recomienda tratamiento con fisioterapia de potenciación y termoterapia; no obstante, el reclamante no aporta informe sobre dicho tratamiento rehabilitador ni tampoco consta que acudiese con posterioridad, nuevamente, a dicha clínica privada.

En cualquier caso, como se ha indicado ya, los tratamientos de rehabilitación, así como todos aquellos que, una vez determinado el daño como crónico, se encaminen a lograr una mejor calidad de vida del paciente, no dejan abierto el plazo de prescripción, sino que éste empieza a computarse desde la fecha en la que se determina el daño como permanente. Esta fecha fue el 10 de octubre de 2013, pues en consultas posteriores no se determinó nueva secuela, sino que se siguieron estudiando las existentes y prescribiendo tratamiento paliativo.

Por otro lado y con respecto a la rodilla izquierda, aparte del problema inicial de inflamación local, presentó cicatrización adecuada, no constando en la historia clínica del reclamante nuevos síntomas de los que ya presentaba como secuelas en fecha de 30 de marzo de 2007 en el informe pericial tras el accidente de tráfico. De hecho, cuando acude en marzo de 2014 a la clínica CEMTRO, la exploración y la solicitud de pruebas se centran en hombro y clavícula, y no se hace mención a rodilla izquierda

Por todo ello, es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, pues, habiendo prescrito la acción para reclamar, procede la desestimación de la reclamación del interesado sin entrar en el fondo de la misma.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta Resolución es conforme a Derecho, debiendo desestimarse la solicitud del interesado por haber prescrito la acción para reclamar.