



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 337/2018

(Sección 1ª)

La Laguna, a 24 de julio 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. 268/2018 IDS)\**.

## FUNDAMENTOS

### 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 24 de mayo de 2018, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 28 de mayo de 2018. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del dictamen, según los arts. 12.3 y 11.1.D).e) 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. Suay Rincón.

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].

En cuanto a la legitimación pasiva, recae en el Servicio Canario de la Salud, aun cuando, en este caso, la asistencia sanitaria objeto de reclamación se prestó en el centro concertado (...). Por ello, se le atribuye también la legitimación pasiva en el presente procedimiento al ser el presunto responsable de la asistencia sanitaria reclamada.

Siendo el concierto sanitario un tipo de contrato de gestión indirecta para la prestación de un servicio público, de conformidad con lo señalado en el art. 32.9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, es de aplicación el art. 214 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Como hemos manifestado en diversas ocasiones (por todas, DDCCC 59/2014 y 406/2016 y 287/2017): «(...) 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. Esta conclusión lleva necesariamente a esta otra: En los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración titular del servicio público de salud, el SCS en este caso, como el centro sanitario privado concertado, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación de éste, entonces está obligado a resarcirlo en virtud de los artículos 98 y 162.c) TRLCAP».

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 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 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, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

5. Sin embargo, como habremos de concluir en este Dictamen, resulta extemporánea la reclamación, al haberse presentado excedido el plazo de un año para reclamar establecido en los arts. 142.5 LRJAP-PAC y 4.2 RPAPRP, pues el interesado interpuso escrito de reclamación el 18 de agosto de 2016, en relación con un daño cuyo alcance quedó determinado en abril de 2015, fecha en que se da el alta al paciente tras la finalización de su proceso de rehabilitación y revisiones, con máxima mejoría alcanzable.

De hecho, el propio interesado, en escrito presentado en el Área de Salud de Tenerife señalaba que, después de 32 días de rehabilitación en la clínica (...), le dijeron que no acudiera más «porque no había ninguna mejoría».

Han de aclararse en este punto dos extremos.

Por un lado, en la Propuesta de Resolución se establece como *dies ad quem* en el cómputo del plazo para reclamar la fecha en la que se subsanó la reclamación por el interesado, esto es, el 15 de septiembre de 2016, por haberse interpuesto el 18 de agosto de 2016 escrito sin aclarar los extremos en los que se concretaba la reclamación ni venir firmado. No podemos compartir esta tesis, pues el 24 de agosto de 2016 se identificó el procedimiento por la Administración, instando en este momento al interesado a subsanar su escrito inicial, lo que evidencia que la Administración reconoció aquel escrito como iniciador del procedimiento de responsabilidad patrimonial, sin que pueda ir posteriormente contra sus propios actos. Expresada de modo fehaciente su voluntad de reclamar, se produce la eficacia interruptiva de la prescripción, al margen de los defectos formales en que pudiera incurrir la reclamación presentada al efecto.

De cualquier modo, es lo cierto que también hay que considerar que la acción para reclamar ha prescrito tomando en consideración una u otra fecha.

Por otro lado, el interesado presentó, como prueba de la ausencia de extemporaneidad de su reclamación, escrito de reclamación en impreso oficial de reclamaciones en el ámbito sanitario el 15 de febrero de 2016, que fue tramitado por la Oficina de Defensa de los Derechos de los Usuarios Sanitarios, con respuesta de 30 de marzo de 2016.

Sin embargo, como bien señala la Propuesta de Resolución, tal escrito no puede considerarse interruptor del plazo de prescripción, al no deducirse de él reclamación de responsabilidad patrimonial. El interesado realiza una reclamación de carácter asistencial, poniendo en conocimiento de la Dirección de Área de Salud en la que se presenta que el resultado de la intervención quirúrgica realizada en Bellevue no ha sido la esperada, sufriendo dolores después de la misma tras sesiones de rehabilitación que concluyen por no haber mejoría. Asimismo, añade que espera que lo citen para la Unidad del Dolor.

Además, en la respuesta de la ODDUS se concedía trámite de audiencia al interesado por plazo de 15 días, con advertencia de que, transcurrido el mismo sin recibir alegaciones, se daría por finalizado el expediente procediendo al cierre del mismo. A pesar de ello, el interesado no realizó actuación posterior alguna hasta la presentación de reclamación de responsabilidad patrimonial el 18 de agosto de 2016, por lo que se entiende que la reclamación anterior concluyó en el ámbito asistencial de la ODDUS por tratarse de una reclamación de aquella naturaleza. De hecho, en la misma, se informa al interesado, como respuesta a su reclamación, que tiene cita con traumatología el 19 de mayo de 2016 para ser valorado y decidir las alternativas terapéuticas precisas en su caso. De modo precisamente inverso a como concluíamos con la observación precedente, comoquiera que no quedó patente la voluntad de reclamar los daños supuestamente ocasionados, el escrito al que ahora venimos refiriéndonos, de 15 de febrero de 2016, carece de virtualidad a efectos de entender interrumpida la prescripción.

### III

El interesado expone como hechos en los que funda la presente reclamación, aclarados en escrito de subsanación, los siguientes:

«El día 16 de febrero de 2015 fui intervenido por la enfermedad denominada Dupuytren por el doctor Amigó en la clínica (...). La clínica me proporcionó unas treinta sesiones de rehabilitación, las cuales me dijeron que no podía seguir con la rehabilitación porque son las únicas que cubren el Servicio Canario de Salud. Después de no tener prácticamente ninguna mejoría la doctora C. de dicha clínica me remitió al Servicio Canario de Salud. Estuve en lista

de espera un tiempo no muy favorable para mi mejoría que fue aproximado de tres meses. Finalmente, cuando fui atendido en mi Centro de Salud la mano de la que fui intervenido apenas tenía movilidad y dolores que me afectaban a todo el brazo. Seguidamente, después de tener varias sesiones de rehabilitación y no tener mejorías, me remitieron a la consulta del cirujano que me había operado, el cual me dijo que la operación había sido correcta y que la razón de mis dolores y falta de movilidad de la mano había sido por la mala rehabilitación. La rehabilitación de mi Centro de Salud me remitió a la Unidad del Dolor y Traumatología del Hospital Universitario, donde me siguen tratando de dolores y la movilidad sigue igual, lo cual en estas condiciones me es muy difícil realizar necesidades básicas como conducir, atarme los cordones o simplemente coger un cuchillo para cortar. Tengo que llevar durante 7 u 8 horas diarias una férula.

Actualmente estoy en desempleo y no puedo aceptar prácticamente ninguna oferta de trabajo».

Reclama el interesado por aquellos daños causados, según esta reclamación, «por la intervención quirúrgica y por una mala rehabilitación», si bien, en el escrito en el que cuantifica el daño, presentado el 11 de mayo de 2018, señala como daño el «retraso en su recuperación», que atribuye sólo a «una indebida rehabilitación».

Y solicita por ello una indemnización que cuantifica en 21.894 euros, resultantes de multiplicar la indemnización diaria por baja laboral (52,13 euros/día) por el número de meses «que innecesariamente se retrasó la recuperación».

## IV

En cuanto a la tramitación del procedimiento, si bien no se ha incurrido en irregularidades formales que obstan a un dictamen de fondo, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 13.3 RPAPRP. No obstante, aun fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (arts. 21.1 y 6 LPACAP).

Constan las siguientes actuaciones:

- El 24 de agosto de 2016 se identifica el procedimiento y se insta al interesado a mejorar su solicitud mediante la aportación de determinada documentación, viniendo a aportarse lo solicitado el 16 de septiembre de 2016.

- Por Resolución de 20 de septiembre de 2016, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación del interesado, de lo que es notificado aquél y la clínica (...) el 28 de septiembre de 2016.

- El 20 de septiembre de 2016 se solicita informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), tanto sobre la eventual prescripción de la reclamación como, en su caso, sobre el fondo del asunto. Tal informe se emite, tras haber recabado la documentación oportuna, 3 de mayo de 2017.

- A fin de dictar acuerdo probatorio, el 9 de mayo de 2017 se insta al interesado a aportar los medios probatorios que estime oportunos en defensa de su derecho, aportando aquél, con finalidad de probar la falta de prescripción de la reclamación, escrito presentado en impreso oficial de reclamaciones en el ámbito sanitario el 15 de febrero de 2016, tramitado por la Oficina de Defensa de los Derechos de los Usuarios Sanitarios, con respuesta de 30 de marzo de 2016.

- El 26 de mayo de 2017 se dicta acuerdo probatorio en el que se admiten las pruebas propuestas por las partes, y, puesto que todas ellas son documentales y obran ya en el expediente, se declara concluso este trámite pasando al siguiente. De ello recibe notificación el reclamante el 6 de junio de 2017.

- Tras conferirse al interesado trámite de audiencia el 26 de mayo de 2017, y serle notificado el 6 de junio de 2017, comparece el interesado en esta misma fecha para acceder al expediente y solicitar copia de determinada documentación, que se le entrega en el acto. No consta que se hayan presentado alegaciones.

- El 22 de diciembre de 2017 se dicta Propuesta de Resolución desestimatoria de la pretensión del reclamante, por estar prescrita la acción para reclamar y, en todo caso, también por causa del fondo del asunto. En igual sentido consta borrador de Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud, sin fecha. Ello es informado favorablemente por el Servicio jurídico el 16 de abril de 2018.

- El 18 de abril de 2018 se insta al reclamante para que cuantifique la indemnización que solicita, a los efectos de la preceptividad o no del dictamen de este Consejo, viniendo el interesado a determinar la cuantía el 11 de mayo de 2018.

- El 15 de mayo de 2018 se dicta Propuesta de Resolución que es sometida a nuestro dictamen.

## V

1. Como se ha indicado, la Propuesta de Resolución desestima, correctamente, la pretensión del reclamante con fundamento en los informes recabados en la tramitación del procedimiento, y, en especial del SIP, del que se deriva la prescripción del derecho a reclamar del interesado.

2. Pues bien, como ya señalado en el Fundamento II.5 del presente dictamen, debe ser desestimada la reclamación interpuesta, sin entrar a valorar el fondo del asunto, pues, como ya hemos adelantado, ha prescrito la acción del interesado para instar el procedimiento que nos ocupa. En tal sentido, procede exponer los antecedentes que han dado origen a este expediente, pues de los mismos se infiere la referida prescripción. Así, constan los siguientes:

- Tras ser diagnosticado el 3 de junio de 2014 en CAE La Orotava por Traumatólogo de Enfermedad de Dupuytren (flexión del V dedo sobre la palma de la mano), en virtud de programas de listas de espera es derivado a centro concertado, (...), siendo intervenido el 16 de enero de 2015 por el Dr. (...). Previamente, el 23 de diciembre de 2014, firma documento de consentimiento informado (CI) donde consta:

«2. Consecuencias seguras:

(...)

Después de la intervención presentará un periodo variable de inflamación con molestias en la zona de la herida debidas a la cirugía y al proceso de cicatrización, que pueden prolongarse durante algunas semanas o meses, o bien hacerse continuas. (...)

3. Descripción de los riesgos típicos

(...) Rigidez de las articulaciones de los dedos (...) Reparación de la enfermedad con el tiempo en la zona intervenida (recidiva) o en otras zonas (extensión de la enfermedad)».

- En la intervención, según consta en la hoja quirúrgica, se corrigió la deformidad en flexión del V dedo consiguiendo una extensión completa del 5º dedo; articulaciones metacarpofalángica (MCF), interfalángica proximal y distal libres (TFP, IFD). Se coloca vendaje compresivo con férula siendo dado de alta el mismo día de la intervención.

- En consulta de 4 de febrero se observa extensión completa del V dedo, lograda en la cirugía, con sensibilidad dolorosa presente y remite a fisioterapia. Tras realización de curas, inicia tratamiento rehabilitador el 24 de febrero de 2015.

El objeto de la fisioterapia, según aclara el SIP, es: detectar complicaciones, mantener la extensión lograda en la cirugía, reducir la inflamación y el edema, mantenimiento de la cicatriz, recuperar la flexión del dedo hasta el grado de amplitud preoperatorio. El tiempo es de varias semanas.

- Pero ya en la fecha 20 de marzo de 2015 por el médico rehabilitador se describe rigidez articular del V dedo.

- En revisiones, el 25 de marzo de 2015 y en fecha 15 de abril de 2015, después de 30 sesiones de fisioterapia se observa cicatriz hipertrófica y dificultad con dolor para flexión del V dedo, se cursa alta en (...). Siendo ésta la fecha en que se determinaría el inicio del plazo de prescripción, ya que, conocida la complicación descrita en el documento de CI «rigidez» desde el 20 de marzo, tras el tratamiento fisioterápico persiste y causa alta el 15 de abril de 2015, a fin de continuar controles. Entre 6 y 12 semanas es el tiempo de convalecencia de la cirugía de la enfermedad de Dupuytren.

En este caso, por tanto, se observa que dos meses tras la cirugía, durante el tratamiento fisioterápico presenta una de las complicaciones descritas: rigidez articular del V dedo.

Así pues, desde abril de 2015, fecha en la que se da el alta al paciente tras finalización de proceso de rehabilitación y revisiones con máxima mejoría alcanzable, y sin perjuicio de los tratamientos posteriores encaminados a mejorar o paliar los dolores, 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, RJ/2012/9630) en entender 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 (RJ 2008,166), 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, sin perjuicio de los posibles tratamientos 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.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.