



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 469/2019

(Sección 1ª)

La Laguna, a 19 de diciembre de 2019.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera 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. 427/2019 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

El objeto del presente dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera 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 11 de noviembre de 2019, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 12 de noviembre de 2019. 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. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (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. 4.1.a) LPACAP].

2. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

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 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 (SCS).

4. La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado SCS, 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, resulta extemporánea la reclamación, al haberse presentado excedido el plazo de un año para reclamar establecido en el art. 67.1 LPACAP, pues el interesado interpuso aquel escrito el 28 de julio de 2017, en relación con un daño cuyo alcance quedó determinado el 3 de marzo de 2016, fecha de alta de intervención de reconstrucción de Hartman.

III

El interesado, tanto en su escrito de reclamación, como en el presentado en trámite de mejora, expone como hechos en los que funda la presente reclamación los siguientes:

- Que el 17 de octubre de 2015, ante un intenso dolor abdominal en la zona izquierda, acude a urgencias del Centro de Salud de los Llanos de Aridane. Diagnóstico principal: «cólico renal».

- Ante la persistencia del dolor acude a su médico de cabecera, el 19 de octubre de 2015. Sospecha diagnóstica: Desgarro muscular.

- El 23 de octubre de 2015, siente un dolor insoportable y acude a urgencias del Hospital General de La Palma. Ingres a la 01:59 horas. Sospecha diagnóstica: Perforación intestinal. No obstante, no se le realiza TAC hasta 11 horas después de su ingreso.

- A las 16:00 horas del día 23 de octubre de 2015 es intervenido. La infección por perforación le alcanza a los pulmones. Permanece hospitalizado hasta el 4 de

noviembre de 2015. En el informe de alta consta: diagnóstico: Diverticulitis, con perforación de sigma y peritonitis difusa.

- El 18 de diciembre de 2015, se emite informe anatomopatológico que confirma diverticulitis aguda y crónica.

- Finalmente, en (...) se realiza reconstrucción Hartman. Ingresa el 24 de febrero de 2016 y cursa alta el 3 de marzo de 2016.

- Permanece en situación de Incapacidad Temporal desde el 23 de octubre de 2015 hasta el 24 de agosto de 2016.

Por ello, entiende el reclamante que ha existido un error de diagnóstico y consiguiente retraso en el correcto, dado que no se realizaron las pruebas correspondientes para detectarlo. Se solicita, por tanto, una indemnización de 33.122 € por responsabilidad patrimonial del SCS.

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. 91.3 LPACAP. 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:

- Por Resolución de 23 de agosto de 2017, de la Secretaría General del SCS, se inadmite a trámite la reclamación del interesado por considerar que la acción para reclamar ha prescrito, de lo que es notificado aquél el 31 de agosto de 2017.

- El 20 de septiembre de 2017 el reclamante interpone recurso de reposición frente a la citada resolución, que es desestimado mediante Resolución de 28 de diciembre de 2017, del Director del SCS, que se notifica al interesado el 16 de enero de 2018.

- El 20 de diciembre de 2017, el interesado interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del director del SCS, que declara la inadmisión de la reclamación por prescripción. Es por lo que se inicia Procedimiento Ordinario n.º 465/2017 en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1, de Santa Cruz de Tenerife. Dicho procedimiento concluye con la Sentencia de 13 de marzo de 2019, en

la que se expone que la inadmisión de plano debe entenderse referida a los supuestos más palmarios y evidentes, sin que pueda ser utilizado como un mecanismo de desestimación anticipada de fondo, que puede reducir las garantías del solicitante

- A la vista de la citada sentencia, el 6 de mayo de 2019, mediante Resolución del Director del SCS se admite a trámite la reclamación y se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) en relación con la eventual prescripción de la acción para reclamar, lo que se notifica al reclamante el 10 de junio de 2019.

- Tras haber recabado la documentación oportuna, el SIP emite informe el 6 de mayo de 2019.

- A fin de dictar acuerdo probatorio, el 19 de junio de 2019 se insta al interesado a aportar los medios probatorios que estime oportunos en defensa de su derecho, de lo que es notificado el 26 de junio de 2019, viniendo, con fecha 10 de julio de 2019, a aportar informe pericial y otra documentación médica, a la vez que solicita ampliación el plazo conferido a fin de aportar informe de cirujano, lo que, finalmente aportará el 10 de julio de 2019.

- Nuevamente, el 15 de julio de 2019, vuelve a conferirse al interesado plazo a fin de que proponga los medios probatorios sobre la prescripción de la reclamación que a su derecho convenga, de lo que recibe notificación el 19 de julio de 2019, viniendo a aportar escrito el 24 de julio de 2019, aportando nuevamente, el mismo informe del cirujano ya incorporado al expediente.

- El 26 de julio de 2019 se dicta acuerdo probatorio, exponiendo las pruebas propuestas por la Administración y admitiendo las propuestas por el interesado, y, siendo todas ellas documentales y obrando ya en el expediente, se declara concluso el trámite probatorio, de lo que es notificado el reclamante el 3 de septiembre de 2019.

- Tras conferirse al interesado trámite de audiencia el 26 de julio de 2019, que le es notificado el 3 de septiembre de 2019, el 11 de septiembre de 2019 comparece en las dependencias del SCS, accede a su expediente y solicita copia completa del mismo de la que se le hace entrega en el mismo acto. No consta, sin embargo, que se hayan presentado alegaciones.

- El 7 de noviembre de 2019 se dicta Propuesta de Resolución, que no es informada por el Servicio Jurídico, argumentando al efecto aquella:

«Conforme a lo dispuesto en el art. 20.j) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias,

los Servicios Jurídicos emitirán informe preceptivo en materia de responsabilidad patrimonial, únicamente sobre cuestiones que no se hayan resuelto previamente. Por lo anterior, y centrándose este caso en el análisis de la prescripción, no se considera preceptiva la petición de informe a la Asesoría Jurídica departamental, dado que ya ha considerado en múltiples ocasiones (ERP 22/14, 27/14, 34/14), conforme a Derecho, Propuestas de Resolución desestimatorias por prescripción, teniendo en cuenta el momento a partir del cual el interesado es conocedor del daño ocasionado y del alcance de las secuelas, aludiendo, reiteradamente a la jurisprudencia, entre otras, la STS de 21 de diciembre de 2010 (Rec. De casación 2403/2009), que indica que para apreciar si concurre la prescripción de la acción, el "dies a quo", no será aquel en que se produjo el daño, sino aquel en que terminó el efecto lesivo o se alcanza la curación o la determinación de las secuelas físicas, con lo que el perjudicado adquiere cabal y perfecto conocimiento de la trascendencia del mal que padece, y ello independientemente de que se alargue en el tiempo, la evolución de la enfermedad o la asistencia médica».

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, 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:

- El 17 de octubre de 2015 el reclamante acude al Servicio de Urgencias del Centro de Salud Los Llanos (CSLA) de Aridane por presentar desde el día anterior «*dolor en la región de flanco y fosa iliaca*». No diarreas, ni vómitos, ni fiebre. Se realiza *combur* que no registra alteraciones. Tras tratamiento parental desaparece el dolor. Se indica que en caso de empeorar acuda al Servicio de Urgencias o a su Médico de Familia.

- El 19 de octubre de 2015, acude al CSLA, por dolor abdominal en fosa iliaca izquierda. Sin náuseas, ni vómitos, ni fiebre. Deposiciones normales, algo blandas.

El dolor se ha calmado con AINES. En la exploración, dolor a la presión de la zona y a la movilidad de cualquier tipo, al cambiar de postura, etc. No timpánico,

peristaltismo normal. Se sospecha de desgarro muscular y se solicita Rx de tórax abdomen, sin alteraciones.

- El 23 de octubre de 2015, acude al CSLA por empeoramiento. No puede respirar. Había tenido un vómito. Refiere no realizar bien deposiciones, desde hace 5 días. En la exploración: consciente y orientado, sudoroso con respiración superficial por el dolor. Abdomen de gran defensa abdominal, peristaltismo. Dolor selectivo en FII, menos acentuado en el resto del perímetro abdominal. Se administra sueroterapia y oxigenoterapia y se avisa a la ambulancia para traslado al hospital.

Ese mismo día, en el Servicio de Urgencias del Hospital General de La Palma (HGLP), refiere dolor intenso durante la noche, que no remite con la medicación habitual. Refiere dolor difuso, intenso, con náuseas. En la exploración, abdomen blando, doloroso en el hemiabdomen inferior, difícil de valorar, ruidos presentes. Se solicita analíticas y se realiza ecografía abdominopélvica por sospecha de hallazgos significativos. Se solicita TAC: pequeñas consolidaciones pulmonares basales bilaterales. Múltiples imágenes de aire libre, en relación con la perforación de víscera hueca, posiblemente colon sigmoideo. Moderada cantidad de líquido libre intraperitoneal, de forma difusa, más abundante en el periesplénico. Colon sigmoideo con aspecto inflamatorio, existiendo una amplia afectación de la grasa que lo rodea, de aspecto inflamatorio, destacando la colección líquida de unos 4,3 cm de diámetro mayor, situada retrovesical y pararectosigmoidea derecha y otras de unos 5,6 cm de diámetro mayor, de morfología alargada, de escaso espesor, retrosigmoidea izquierda, ambas probablemente abscedadas.

- Bajo presunción de abdomen agudo quirúrgico con sospecha de perforación intestinal, se decide laparoscopia exploradora. Se firma documento de consentimiento informado donde consta como riesgo, entre otros, retraso de la recuperación del tránsito intestinal, dehiscencia de laparotomía, fistulas, obstrucción abdominal.

Como hallazgo: Perforación del sigma, por diverticulitis perietocólico izquierdo, absceso purulento. Líquido diseminado por todo el abdomen, de aspecto turbio.

- Se realiza lavado, drenado de colecciones abdominales y Hartman.

- Diagnóstico postoperatorio: Diverticulitis aguda con perforación de asa de sigma y peritonitis aguda.

- Causa alta hospitalaria el 4 de noviembre de 2015, con colostomía funcionante y buen aspecto. Continúa curas ambulatorias.

- El 16 de noviembre de 2015, en consultas externas del Servicio de Cirugía General: Molestias torácicas, herida de buen aspecto, colostomía con buen aspecto.

- El 11 de diciembre de 2015, en control por Cirugía General: Está asintomático. No molestias torácicas, no molestias abdominales. La colostomía funciona bien, no tiene molestias ni dudas sobre su manejo. Pendiente de resultado anatomopatológico. Se cita en un mes.

Diagnóstico anatomopatológico, de 15 de diciembre de 2015: Diverticulitis aguda abscesificada perforada y fistulizada. Diverticulitis crónica. Diverticulosis intestinal. Colitis crónica asociada a la enfermedad diverticular. Intestino grueso con inflamación aguda crónica. Fibrosis, cambios reactivos e hiperplásticos del epitelio y tejido de granulación. Peritoneo con fibrosis, hemorragia e inflamación aguda y crónica con granulomas, trayectos fistulosos y abscesos. Se recomienda estudio de tracto digestivo para descartar que se pueda tener asociada de base una enfermedad Crohn.

- El 28 de diciembre de 2015 consulta con carácter privado, en Cirugía General del (...) le van a cerrar la colostomía en Tenerife.

- El 15 de enero de 2016, en consulta de seguimiento de Cirugía General del HGLP, se deriva al Servicio de Digestivo con carácter preferente, cursando, además, solicitud de colonoscopia con carácter normal.

- El 1 de febrero de 2016, se realiza en (...), panfibrocolonoscopia.

- El 25 de febrero de 2016, es intervenido en (...). Permanece ingresado hasta el 3 de marzo de 2016. La última revisión en consultas externas de (...) tiene lugar el 10 de marzo de 2016.

- El 27 de marzo de 2016, acude al centro de Salud por gastroenteritis aguda.

- El 13 de abril de 2016, acude a su Médico de Familia Refiere que está desmoralizado y asustado por lo pasado. Diagnóstico: Ansiedad generalizada.

- El 5 de junio de 2016, el informe de la Mutua recoge que ya no está impedido para realizar trabajo y puede ser dado de alta. El Médico de Familia intenta hablar con el paciente y ver dichas posibilidades.

- El 30 de junio de 2016, la Mutua realiza propuesta laboral.

- El 18 de julio de 2016, el Médico de Familia comunica a su Mutua que no coja peso, ni haga grandes esfuerzos durante un año.

- El 24 de agosto de 2016, acude a su Médico de Familia para solicitar alta médica por mejoría.

3. Resulta de todo lo expuesto que el paciente era conocedor del alcance de su patología y de sus secuelas desde la intervención de reconstrucción de Hartman, de la que recibe el alta el 3 de marzo de 2016, a diferencia de lo que señala la Propuesta de Resolución, que entiende que el *dies a quo* se produce desde que el interesado tiene conocimiento del presunto error de diagnóstico, el 4 de noviembre de 2015, cuando, como él mismo refiere, en el informe de alta se hace constar: Diagnóstico: Diverticulitis, con perforación de sigma y peritonitis difusa. Asimismo, desde el 18 de diciembre de 2015, se emite informe anatomopatológico que confirma diverticulitis aguda y crónica, por lo que, al interesado, tras esa fecha, no le queda duda alguna de la dolencia que padece. Añade la Propuesta de Resolución que desde noviembre de 2015 o, si se quiere, como fecha más beneficiosa para el interesado, desde diciembre de 2015, cuando éste es conocedor del daño (diverticulitis crónica), nada le impedía, conocido ya el presunto error de diagnóstico (cólico nefrítico/desgarro muscular), formular la correspondiente reclamación por responsabilidad patrimonial del SCS, sin embargo, no lo hace.

Consideramos que no es esa la fecha del *dies a quo*, pues, si bien en esa fecha el interesado es conocedor del error del diagnóstico, y, consecuentemente del diagnóstico correcto, no es conocedor del alcance total de las secuelas hasta que no concluye el proceso asistencial que finaliza con la intervención de reconstrucción de Hartman.

En todo caso, sin perjuicio de la diferencia de fechas que puedan ser consideradas como inicio del cómputo de un año, sean tomadas como referencia las de la Propuesta de Resolución, a nuestro juicio erróneas, o la del alta de la intervención de reconstrucción de Hartman, donde ya quedan en evidencia las secuelas definitivas, lo cierto es que no es hasta el día 28 de julio de 2017, cuando el interesado formula reclamación de responsabilidad patrimonial, siendo ésta ya es extemporánea por haberse excedido el plazo legal de un año para reclamar.

Así pues, desde aquel momento, y sin perjuicio de los tratamientos posteriores encaminados a evitar la recidiva, 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 mismo 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 la referida resolución judicial: «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 ello, no es correcta la fecha del *dies a quo* señalada por el reclamante, a cuyo efecto aporta informe pericial informe de (...) e informe del Cirujano (...).

El primero (folios n.º 252-266 EA), se limita en sus diez primeros folios a recoger los hechos acaecidos y que ya constan probado a la vista de la historia clínica. A continuación, destaca la presencia de cicatrices quirúrgicas como secuelas, en la

exploración de su estado actual. Cicatrices que quedaron como secuelas desde febrero de 2016, como hace constar el SIP, en su informe de 10 de junio de 2019.

Finalmente, las conclusiones del perito señalan error de diagnóstico los días 17 y 19 de octubre de 2015 y diagnóstico certero sólo tras la realización del TAC, cuando se le diagnostica diverticulitis aguda, con perforación del sigma y peritonitis aguda, obviando la fecha del conocimiento del diagnóstico certero. Fecha relevante, que se corresponde, con el 5 de noviembre de 2015, momento en que se hace constar en el informe de alta, sin perjuicio de que el paciente fuera informado antes, verbalmente.

Concluye el perito indicando que su baja laboral finalizó el 24 de agosto de 2016.

Al respecto, ya se ha señalado en numerosas ocasiones por este Consejo, y en tal línea se pronuncia la Propuesta de Resolución, en el sentido de que dicha fecha no puede considerarse relevante en el cómputo del plazo de prescripción. Así, la STS núm. 463/2019, de 4 abril, entre otras muchas, concluye: *«el "dies a quo" para el cómputo del plazo de un año para el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial por daños físicos o psíquicos se iniciará en la fecha de la curación o de la estabilización, con conocimiento del afectado, de las secuelas, con independencia y al margen de que, con base en esas mismas secuelas, se siga expediente de incapacidad laboral, cualquiera que sea su resultado administrativo o judicial»*.

Por otra parte, el informe del cirujano viene a señalar otras fechas ya conocidas a la luz de la historia clínica del paciente, esto es, la reconstrucción Hartmann realizada el 25 de febrero de 2016, practicada sin complicaciones, a lo que añade la existencia de controles posteriores sucesivos, satisfactorios hasta el 10 de octubre de 2016, lo que en nada altera el cómputo de la prescripción, ya que dichos controles periódicos no cambian ni alteran el objeto de la reclamación del interesado como se ha explicado ya, recordando, una vez más, así, citando adecuadamente la Propuesta de Resolución la STS de 24 de octubre de 2011, en la que se indica: *«Ya hemos dicho por otra parte, por todas la reciente sentencia de esta Sala y Sección, recurso 6372/2009, de veintiocho de junio de dos mil once, que la realización de controles ambulatorios así como también la elaboración de dictámenes o propuestas de organismos evaluadores a efectos de la declaración de invalidez a efectos laborales no ha de tener incidencia automática a efectos de inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción, salvo en aquellos casos en los que esos documentos fijen definitivamente el alcance de lesiones y secuelas, lo que no ha ocurrido en el presente caso. También dijimos que el plazo no puede quedar eternamente abierto,*

de forma indefinida y al arbitrio de la parte, sino que ha de estarse al momento concreto en el que se determina el alcance de las secuelas, pues existen enfermedades que por su evolución unido a las propias características limitadas de la naturaleza humana van a impedir conocer las consecuencias exactas y definitivas. Podemos citar sentencias de esta Sala en este concreto sentido de doce(sic) diciembre de dos mil nueve, recurso de casación 3425/2005, quince de diciembre de dos mil diez, recurso de casación 6323/2008».

Por todo lo expuesto, es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución en cuanto determina que la acción para reclamar ha prescrito.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta Resolución es conforme a Derecho, sin perjuicio de aclarar que la fecha del *dies a quo* debe rectificarse, debiendo desestimarse la pretensión del interesado por haber prescrito su derecho a reclamar.