



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 8 / 2 0 2 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 11 de junio de 2020.

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. 189/2020 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen 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 (SCS). La solicitud de dictamen, de 15 de mayo de 2020, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo en aquella misma fecha.

2. Ha de decirse que, si bien la interesada no cuantificó la indemnización que solicita, ni en la reclamación que presenta ni a lo largo de la tramitación del procedimiento, sin embargo, la Administración ha solicitado el presente dictamen, por lo que se ha de presumir que valora que el importe de la indemnización supera los seis mil euros, tal y como hemos interpretado en anteriores ocasiones (*v.g.* Dictamen 43/2019). Esta cuantía determina que 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 en relación 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). Está legitimado para solicitarlo el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley, si bien en este caso se hace por sustitución, por el Sr.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Consejero de Administraciones públicas, Justicia y Seguridad, en virtud de Decreto 33/2020, de 25 de marzo, del Presidente (BOC n.º 60, de 26 de marzo de 2020).

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 legitimación pasiva, recae en el Servicio Canario de la Salud (SCS), aun cuando, en este caso, la asistencia sanitaria objeto de reclamación se prestó por el Hospital (...). Por ello, se le atribuye también la legitimación pasiva en el presente procedimiento al ser éste también 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».*

3. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicio Canario de la Salud, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

4. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art.

60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (BOC n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

5. No se cumple, sin embargo, el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, al haberse presentado fuera del plazo de un año para reclamar establecido en el art. 67.1 LPACAP. Y es que la reclamación se interpuso el 30 de abril de 2018 respecto de un daño que quedó determinado el 22 de diciembre de 2016, fecha del alta médica tras el proceso asistencial por el que se reclama.

Y ello, en virtud de lo dispuesto en el art. 67.1 LPACAP, 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 22 de diciembre de 2016, fecha en la que quedó determinado y conocido por la interesada el alcance del daño por el que reclama.

6. A la tramitación del procedimiento que nos ocupa, en que se ha de aprobar el preceptivo dictamen, le ha resultado de aplicación el RD 463/2020, de 14 de marzo, declarando el estado de alarma en todo el territorio nacional. En atención al mencionado RD y del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, que lo modifica, que, entre otras medidas, suspende los plazos procesales y administrativos, se dictó por el Presidente de este Consejo Consultivo la Resolución 14/2020, de 17 de marzo, ordenando la interrupción de los plazos para la aprobación de dictámenes, lo que ha afectado al despacho de este trámite consultivo.

No obstante, mediante Resolución de la Presidencia 20/2020, de 19 de mayo, se acordó el levantamiento de la suspensión tras la publicación en el BOC de la Resolución de 23 de abril, del Presidente del Consejo de Dirección del Servicio Canario de la Salud, por la que se acuerda la continuación de la tramitación de procedimientos administrativos, considerados indispensables para la protección del

interés general o para el funcionamiento básico de los servicios, en el ámbito del Servicio Canario de la Salud.

III

La interesada expone, como fundamento de su pretensión lo siguiente:

«PRIMERO.- Que en noviembre de 2015 fui intervenida por presentar hernia discal lumbar, la intervención programada y descrita en informe médico de fecha 28 de noviembre de 2015 del Doctor (...), se describe por éste como "incisión lumbar previa localización por escopia del nivel LS-51, sección de musculatura paravertebral y falvectomía LS-51, discectomía LS-51 con vaciado disca/, cierre por planos".

No obstante, tras la operación se realiza RM lumbar comprobándose un error de nivel operado L4-5 en vez del indicado L5-S1. Se reinterviene de urgencia al 22 día y se hace discectomía L5-S1. Provocando distintas secuelas, entre ellas, parestia intensa del nervio ciático poplíteo externo origen en la rodilla derecha por compresión prolongada durante la 1ª cirugía. Por causa imputable a la actuación de esa Administración sanitaria a la que me dirijo, se me produjeron los siguientes daños y perjuicios lesivos que no tengo el deber jurídico de soportar, Remitiéndose en fecha 2 de mayo de 2017 para valoración por claudicación neurógena de MIO de nueva aparición.

El error ha causado daños y perjuicios lesivos, de los que no se ha determinado el alcance de las secuelas, y de los que aún no he obtenido la curación.

SEGUNDO.- De los anteriores hechos resulta evidente la inequívoca relación de causalidad entre los daños producidos y el funcionamiento de los servicios públicos de esa Administración».

Se reclama por todo ello una indemnización que no se cuantifica.

IV

1. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha realizado correctamente, si bien se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. Sin embargo, 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).

2. Constan las siguientes actuaciones:

La interesada interpone su escrito de reclamación el 30 de abril de 2018 en el registro auxiliar de la Secretaría General del SCS.

- El 4 de mayo de 2018 se identifica el procedimiento y se insta a la interesada a mejorar su solicitud mediante la aportación de determinada documentación, de lo que ésta recibe notificación el 10 de mayo de 2018. Mediante escrito presentado el 21 de mayo de 2018 se limita a señalar que aún no es posible cuantificar el daño estando a la espera de pruebas médicas.

- Por Resolución de 4 de mayo de 2018, del Director del Servicio Canario de la Salud, se acuerda la realización de actuaciones previas, solicitando informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) acerca de la fecha de la determinación del alcance de las secuelas. Ello se notifica a la interesada el 10 de mayo de 2018.

- El 17 de octubre de 2018, tras recabar la documentación necesaria, se emite informe del SIP, que concluye la prescripción de la acción para reclamar desde el 22 de diciembre de 2017.

- Por Resolución de 25 de octubre de 2018, del Director del Servicio Canario de la Salud, se inadmite la reclamación de la interesada por haber prescrito su acción para reclamar. Contra ella se interpuso por la interesada recurso contencioso-administrativo, culminando el procedimiento judicial en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 23 de octubre de 2019, por la que se anula la Resolución recurrida y se reconoce a la actora su derecho a que se tramite y resuelva el expediente administrativo (el fundamento del fallo se encuentra en la ausencia de tramitación del procedimiento, al carecer de trámite de audiencia y dictamen del Consejo Consultivo).

- Mediante Resolución de 5 de diciembre de 2019, del Director del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación de la interesada y se solicita la aportación de medios probatorios contra la posible prescripción de su acción para reclamar. De ello reciben notificación tanto aquella como el Hospital (...) el 12 de diciembre de 2020.

- El 6 de febrero de 2020 se insta a la reclamante a cuantificar su reclamación a fin de determinar la preceptividad del dictamen de este órgano consultivo, sin que, habiendo recibido notificación la reclamante el 10 de febrero de 2020, haya aportado nada al efecto.

- El 7 de febrero de 2020 se dicta acuerdo probatorio en el que se incorporan las pruebas aportadas por la Administración y se admiten las solicitadas por la interesada, a excepción de la testifical por improcedente, y, siendo todas documentales y obrando en el expediente, se declara concluso este trámite, lo que se notifica a aquélla y al Hospital (...) el 11 de febrero de 2020.

- El 7 de febrero de 2020 se acuerda la apertura de trámite de audiencia, lo que es notificado a la reclamante y al Hospital (...) el 11 de febrero de 2020, sin que conste la presentación de alegaciones.

- El 10 de mayo de 2020 se dicta Propuesta de Resolución desestimatoria de la pretensión de la interesada, lo que no es informado por el Servicio Jurídico, lo que se justifica por tratarse de una cuestión resuelta previamente, y que ya ha sido informada por el Servicio Jurídico, citándose los expedientes de responsabilidad patrimonial similares (ERP 22/14, 27/14, 34/14), así como, en esencia, el contenido de los mismos para el cómputo del «*dies a quo*» a efectos de la prescripción del derecho a reclamar.

V

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de la interesada por haber prescrito su derecho a reclamar.

A tal efecto, señala la misma:

«La interesada afirma que tras la cirugía de hernia discal lumbar en la que le intervinieron por error la L4-L5 en vez de L5-S1, le han quedado una serie de secuelas ya expuestas derivadas de una negligente actuación sanitaria.

La intervención quirúrgica, según consta en Historia Clínica, se realizó con fecha 18 de noviembre de 2015 en el (...) (folio n.º 318).

En el postoperatorio inmediato presenta paresia intensa del pie derecho, sobre todo para la flexión plantar del pie derecho.

Se realiza RMN que objetiva error quirúrgico por abordaje en disco vertebral L4-L5 en vez de L5-S1 (folio n.º 318). Se interviene de urgencia practicando discectomía L5-S1 el día 20 de noviembre de 2015.

El diagnóstico que se establece es: paresia intensa del nervio ciático poplíteo externo (CPE) originado en rodilla derecha por compresión prolongada durante la primera cirugía.

- *Comienza Rehabilitación el día 24 de noviembre de 2015 (folio n.º 320).*
 - *Se realiza estudio de Neurofisiología el día 26 de noviembre de 2015, que confirma la existencia de neuropatía del nervio periférico a nivel de la rodilla (folio n.º 368).*
 - *En consulta de 3 de diciembre de 2015 se describe que se encuentra mejor de su paresia de CPE y que continúa con la rehabilitación (folio n.º 322). En posterior consulta de 10 de diciembre, consta dolor por agotamiento y atrofia del músculo, pero en recuperación.*
 - *El día 7 de enero de 2016 consta en Historia Clínica que se encuentra mejor y continúa en rehabilitación (folio n.º 326).*
 - *En consulta de 11 de febrero de 2016 se solicita estudio Electromiográfico (EMG), el cual se realiza con fecha 18 de febrero de 2016, en el que se observa imagen sugestiva de neuropatía de CPE derecho pero con mejoría paulatina respecto al estudio previo (folio n.º 370). Es decir, confirma lo ya objetivado a través de EMG el 26 de noviembre de 2015.*
 - *El día 14 de julio de 2016, ante la mejoría en la deambulaci3n se solicita EMG de control. El 11 de agosto de 2016, tras EMG se observa estabilidad electrofisiol3gica en la lesi3n de CPE derecho sin radiculopatía (folio n.º 372). La paciente es conoedora de esta estabilidad el día 28 de agosto de 2016 en consulta de control.*
- Continúa el tratamiento rehabilitador hasta que, con fecha 22 de diciembre de 2016 se da Alta por buena evoluci3n (folio n.º 402)».*

Como consecuencia de tales antecedentes razona la Propuesta de Resoluci3n:

«La paciente conoce el alcance de las secuelas el día 25 de agosto de 2016 (folio n.º 351), tras ser informada en consulta de control del resultado del EMG efectuado el día 11 de agosto de 2016, es decir, el plazo hubiera finalizado el 12 de agosto de 2017, es decir, 8 meses antes de iniciar el procedimiento.

Respecto al tratamiento rehabilitador, la jurisprudencia es unánime “una vez establecido dicho alcance definitivo de la enfermedad y sus secuelas, los tratamientos posteriores encaminados a obtener una mejor calidad de vida o a evitar ulteriores complicaciones en la salud del paciente o la progresi3n de la

enfermedad, no enervan la situación objetiva en que la lesión, enfermedad o secuela consisten" (STSJ de Castilla y León 1816/2012 de 26 de octubre).

Por tanto, la fecha en la que se produce el alta de Rehabilitación, el 22 de diciembre de 2016 no serviría para iniciar el cómputo del plazo para ejercer el derecho a reclamar, pero aun teniendo en cuenta esa fecha como el día en que se produce el Alta definitiva y en aras de considerar la fecha más favorable a la interesada, el plazo habría finalizado el 23 de diciembre de 2017 estando también prescrita la acción reclamatoria, al ser iniciada 4 meses y 8 días después.

Para finalizar, el hecho de que acudiera de nuevo a consulta el 2 de mayo de 2017, tal y como se recoge en historia clínica (folio n.º 364), por lumbalgia a la deambulación con dolor irradiado a pierna derecha, no permite que el plazo para reclamar se prolongue en el tiempo, pues es sintomatología derivada del mismo proceso, el cual había quedado estabilizado el 25 de agosto de 2016 tal y como se recoge en la documentación clínica (folio n.º 364)».

2. Pues bien, el informe del SIP, emitido el 17 de octubre de 2018, señala como fecha de *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción la fecha del alta de rehabilitación que, como veremos, es la fecha considerada por el servicio de neurocirugía del Hospital (...) como «*fin del proceso*».

Por su parte, la Propuesta de Resolución señala que la jurisprudencia ha venido a señalar que los tratamientos rehabilitadores no producen una interrupción del plazo de prescripción, cuando hay un diagnóstico definitivo, por lo que entiende que la fecha correcta de *dies a quo* es el día 11 de agosto de 2016, fecha de realización de EMG, aun cuando la paciente no fue informada sino el 25 de agosto de 2016, en consulta de control del resultado del EMG efectuado.

Sin embargo, siendo cierto que el tratamiento rehabilitador no debe determinar el *dies a quo*, en el presente caso el alta del mismo coincide con la fecha del fin del proceso asistencial relativo a la patología por la que se reclama.

Así, en el informe realizado por el neurocirujano en consulta realizada el 25 de agosto de 2016 (p. 434 EA), efectivamente, consta que se informa a la paciente del resultado de EMG, objetivándose en él lesión estable sin radiculopatía, mas, en el apartado relativo al «*estado del proceso*» se señala «*revisión*». Es en el informe de la consulta de 22 de diciembre de 2016 donde se hace constar en el apartado «*estado del proceso*»: «*fin del proceso*», concluyendo: ALTA (pág. 345 expediente administrativo).

Consta en el mismo:

«(...) 25/08/2016: *EMG lesión estable sin radiculopatía. Dolores ocasionales a nivel lumbar y calambres musculares en la planta del pie.*

22/12/2016: Persiste con calambres musculares en pie y pantorrilla derecha. De resto oligosintomática. Último EMG estable sin radiculopatía. La paciente refiere que solicita seguir controles por nuestra parte. Explico que dado el tiempo transcurrido debemos remitirla nuevamente a la seguridad social. ALTA.

(...)

Estado del Proceso:

FIN PROCESO».

Por ende, esta fecha, el 22 de diciembre de 2016, ha de ser la fecha del *dies a quo*, al ser en ésta, y no antes, concedora la paciente del alcance de la lesión por la que reclama, ya considerado un daño permanente, al determinarse por el especialista el fin del proceso asistencial.

No obstante, tal y como señala el informe del SIP, la reclamación se presentó por la interesada una vez transcurrido el plazo de un año desde la fecha del alta del proceso asistencial por el que reclama. Así, señala el SIP lo siguiente:

«1.- La paciente presenta su reclamación el 30 de abril de 2018.

2.- Precisar al respecto que, el plazo entre el hecho o efecto lesivo y el ejercicio del derecho a la acción tendente a la reparación indemnizatoria, es de un año conforme a lo dispuesto en los artículos 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y 32.4 y 5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público. En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo se contará desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas; lo que equivale a decir que el plazo prescriptivo empieza a registrarse desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido y de su alcance y consecuencias.

Así, la numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo confirma que en la fecha en la que quedan determinadas las secuelas, se inicia el plazo de prescripción y no en las fechas en las que finalizan posteriores tratamientos rehabilitadores, paliativos, revisiones y controles médicos que evidentemente no tendrían lugar si, previamente, no se hubiera determinado el alcance final de las secuelas. Los

tratamientos rehabilitadores, paliativos y las revisiones médicas posteriores a esa determinación, no alteran el carácter de estabilizadas y definitivas de aquéllas. (Fuente: Informe del Consejo Consultivo de Canarias, de fecha 13 de septiembre de 2012).

3.- El Escrito de Reclamación es presentado por su autora, como decimos, en fecha 30-04-2018 por lo que se sobrepasa el tiempo para instar reclamación al haber transcurrido 1 año, 4 meses y 8 días desde el Alta en Rehabilitación en fecha: 22-12-2016. El Servicio de Inspección Médica y Prestaciones considera, por tanto, que el proceso para la acción está prescrito por extemporáneo».

Por su parte, en contra de lo afirmado por la interesada relativo a la dificultad para cuantificar el daño dada la realización de nuevas y posteriores pruebas y consultas, como se señala en la Propuesta de Resolución, y, tal como se ha indicado por este Consejo Consultivo, 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 en ella 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».

3. Por tanto, es la determinación del daño, sin perjuicio de los posibles tratamientos posteriores, la que determina el *dies a quo*, lo que se produjo el 22 de diciembre de 2016, fecha del alta del proceso, habiendo presentado su reclamación la interesada el 30 de abril de 2018, transcurrido ya el plazo de un año para reclamar ex art. 67.1 LPACAP.

Por todo lo expuesto, es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución en cuanto determina que la acción para reclamar ha prescrito, si bien, no lo es en cuanto a la fecha que considera a tal efecto, la fecha de realización de EMG e incluso de la información de sus resultados a la paciente, tal y como se ha expresado en las observaciones precedentes.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta Resolución desestimatoria por prescripción del derecho a reclamar es conforme a Derecho, pero de acuerdo con lo señalado en el Fundamento V.