



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 14 de enero de 2021.

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. 505/2020 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La reclamante solicita una indemnización de 704.000 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación del Sr. Consejero 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 con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

3. 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.

* Ponente: Sra. de León Marrero.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (B.O.C., 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. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con los arts. 10.3 y 16.1 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. En lo que respecta a la legitimación -activa y pasiva-, procede efectuar las siguientes consideraciones:

4.1. Se cumple el requisito de legitimación activa, teniendo la reclamante la condición de interesada al haber sufrido un daño por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP].

Además, y según consta en el expediente administrativo, la reclamante actúa mediante la representación, debidamente acreditada, de (...) (art. 5 LPACAP).

4.2. Por otro lado, corresponde al Servicio Canario de la Salud la legitimación pasiva, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Respecto a la legitimación pasiva del centro sanitario privado en donde fue dispensada la prestación médica a la paciente -por cuenta del Servicio Canario de la Salud a través de la figura del concierto sanitario-, y una vez subsanadas por la Administración sanitaria las deficiencias advertidas por este Consejo Consultivo, resulta oportuno traer a colación lo expuesto por el párrafo quinto del Fundamento de Derecho cuarto de la Propuesta de resolución:

«(...) en el caso que nos ocupa en virtud del Concierto entre el Servicio Canario de la Salud y la (...), una facultativa especialista en Oftalmología del Hospital Insular, la Dr. (...), interviene a la interesada en la (...), siendo ésta una de las modalidades previstas en el concierto, la de realizar intervenciones con personal del Servicio Canario de la Salud en las dependencias de un centro concertado.

El concierto data de 1978 y en la actualidad se rige por la revisión de cláusulas firmadas en 2013. En este sentido, para la actividad quirúrgica se distinguen dos precios: Uno para cuando la intervención es realizada por Médicos especialistas de la plantilla propia del centro concertado y otro (más reducido) para cuando es realizada por Médicos especialistas

del Servicio Canario de la Salud, que ese desplazan a ese centro concertado para realizar las intervenciones a pacientes derivados por el Servicio Canario de la Salud.

Por ello, teniendo en cuenta que el motivo de la reclamación es la defectuosa asistencia prestada con ocasión de la intervención que le fue practicada a la interesada, y siendo la facultativa personal propio del Servicio Canario de la Salud, no se considera como legitimado para comparecer al centro concertado, puesto que teniendo en cuenta que la asistencia sanitaria fue prestada por un facultativo propio del Servicio Canario de la Salud, bajo sus indicaciones y órdenes, la presunta responsabilidad derivada de la misma es imputable de forma directa al Servicio Canario de la Salud, y no al centro concertado que solo limita su intervención a la puesta a disposición de sus instalaciones sin que consten deficiencias en las mismas de las que pudiera responder o que hubieran influido en la asistencia prestada».

5. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme a los arts. 21.2 y 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 (art. 21.1 y 6 LPACAP).

6. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resulta de aplicación la citada Ley 39/2015, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, citada la Ley 11/1994, y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

II

1. La reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

En este sentido, la perjudicada manifiesta lo siguiente en su escrito inicial de reclamación:

«(...), con la edad de 63 años es operada en el Complejo Hospitalario Universitario Insular -Materno Infantil, por una disminución de la agudeza visual provocada por lo que vulgarmente se conoce como cataratas.

Es operada por primera vez de ambos ojos el 29 mayo de 2015, en la (...), derivada por el SCS, y por la Facultativa la Dra. (...) con el número de colegiado (...), procediendo al alta en el mismo día (...).

Al día siguiente (...) debe volver a revisión, con problemas en el ojo izquierdo, el cual se encuentra febril, con considerable pus y con una amplia inflamación en toda la cuenca ocular, cuando le retiran el apósito en urgencias para comprobar el estado del ojo izquierdo, les indicó que veía manchas negras con el mismo.

Siguiendo con una interminable lista de visitas al especialista, debido a los problemas ocasionados por la mala praxis en la cirugía ocular (...).

La mandaron tratamiento para la fiebre y la inflamación, y debido a que no había mejoría, toda vez que lejos de mejorar el tratamiento instaurado en la paciente, esta se encontraba cada vez en peor estado, programaron intervenirle nuevamente del ojo izquierdo, por la vía de urgencias.

La citada operación es realizada el 9 de junio de 2015, en el Complejo Hospitalario Materno-Insular, siendo intervenida por los Facultativos los Doctores(...) y (...), procediendo a su alta médica en el mismo día, con un diagnóstico de Luxación de masas cristalino a cavidad vítrea del ojo izquierdo (...).

Como consecuencia de las intervenciones realizadas, la paciente tiene deformidad pupilar con sinequia anterior en el ojo izquierdo, ha perdido la visión del mismo, teniendo continuos dolores en la cuenca ocular.

Posteriormente, en fecha 9 de marzo de 2017, y nuevamente en el Complejo Hospitalario Materno-Insular, es operada por tercera vez, en el ojo izquierdo, en operación programada, con el facultativo Dr. (...), quedándose definitivamente, el ojo dañado y no recuperable (...).

Actualmente a la pérdida de la vista del ojo izquierdo, se está sumando la degeneración del ojo derecho».

2. A la vista de lo anteriormente expuesto, la reclamante insta el resarcimiento - con arreglo al baremo de tráfico- de los daños sufridos con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue dispensada, cuantificando la indemnización en 704.000 euros.

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Mediante escrito con registro de entrada el día 16 de octubre de 2018, (...) insta la iniciación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados,

supuestamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria prestada.

2. Con fecha 25 de octubre de 2018, se requiere a la interesada al objeto de que mejore su reclamación inicial.

Dicho requerimiento es atendido por la reclamante mediante la presentación de escrito con registro de entrada el día 14 de noviembre de 2018.

3. Mediante Resolución de 30 de noviembre de 2018 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud se acuerda la realización de actuaciones previas en orden a determinar la viabilidad de la acción, solicitando la emisión de informe al Servicio de Inspección y Prestaciones (en adelante, SIP) sobre la *«posible prescripción de la acción de reclamación»*.

4. Con fecha 13 de junio de 2019 se emite el informe del SIP.

5. Mediante resolución de 12 de septiembre de 2019 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud se admite a trámite la reclamación formulada y se acuerda la apertura de un periodo probatorio por un plazo de treinta días a fin de que la interesada propusiera prueba en el expediente.

Asimismo, se admite la prueba documental propuesta por la interesada y aportada al expediente, y se incorpora como prueba documental los informes recabados por la Administración en período de instrucción y aportados al procedimiento por el Servicio de Inspección y Prestaciones, con el resultado que obra en las actuaciones.

La precitada resolución administrativa consta debidamente notificada a la reclamante.

6. Con fecha 4 de noviembre de 2019 se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediéndose a la interesada un plazo de diez días para que pueda formular alegaciones y presentar los documentos que estime procedentes.

Dicho acuerdo fue objeto de notificación a la reclamante. Sin embargo, una vez transcurrido el plazo otorgado a tal efecto, no consta la presentación de alegaciones.

7. Con fecha 26 de junio de 2020 se insta la emisión del informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias ex art. 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

Dicho informe jurídico es evacuado el día 15 de julio de 2020.

8. Con fecha 21 de julio de 2020 se emite la correspondiente Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada por (...), «(...) *al haber prescrito su derecho a reclamar*».

9. Mediante oficio de 27 de julio de 2020 (con registro de entrada en este órgano consultivo el día 29 de ese mismo mes y año), el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias solicita la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo.

10. Con fecha 1 de octubre de 2020, el Consejo Consultivo de Canarias emite Dictamen n.º 360/2020, ordenando la retroacción del procedimiento administrativo en los siguientes términos:

«(...) a pesar de la condición de interesado en el procedimiento administrativo del centro sanitario concertado [art. 4.1, apartado b) LPACAP], no se ha dado traslado del expediente de responsabilidad patrimonial al precitado establecimiento sanitario [Clínica (...)], vulnerándose con ello su derecho de defensa (art. 24 CE).

En efecto, en el procedimiento que nos ocupa, el Servicio Canario de Salud se ha limitado a recabar la historia clínica de la perjudicada obrante en la «Clínica (...)», sin que se haya dado traslado a dicho centro sanitario privado de los trámites realizados, a fin de aportar elementos probatorios y/o realizar alegaciones como parte del procedimiento; y, sobre todo, no se ha recabado informe del Servicio de Oftalmología del referido centro, como servicio responsable de la asistencia prestada (art. 81.1 LPACAP).

Por tal motivo, la Propuesta de Resolución se entiende que no es conforme a Derecho, debiéndose retrotraer el procedimiento a fin de conceder al centro sanitario «Clínica (...)» los preceptivos trámites de prueba y audiencia, así como recabar el informe preceptivo del Servicio de Oftalmología del referido centro concertado a cuya asistencia imputa la interesada el daño por el que reclama.

Finalmente, habrá de darse traslado de todo ello a la reclamante, confiriéndole una vez más trámite de audiencia, y debiendo elaborarse una nueva Propuesta de Resolución que habrá de remitirse ulteriormente a este Consejo para que emita el dictamen preceptivo a que se refiere el art. 81.2 LPACAP».

11. Con fecha 16 de noviembre de 2020 se emite, nuevamente, Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada por (...), « (...) *al haber prescrito su derecho a reclamar*».

12. Mediante oficio de 18 de noviembre de 2020 (con registro de entrada en este órgano consultivo el día siguiente), el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias solicita la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo.

13. Con fecha 17 de diciembre de 2020 por la Sección II de este Consejo Consultivo de Canarias se adopta el siguiente acuerdo:

«Requerir de la Administración actuante la información o documentación que a continuación se expresa:

La Propuesta de Resolución sometida al parecer jurídico de este Consejo Consultivo de Canarias desestima, la reclamación formulada por (...), en nombre y representación de (...), al entender que ha prescrito su derecho a reclamar.

Dicha Propuesta de Resolución se dicta apartándose del criterio sostenido por este Organismo Consultivo en su dictamen n.º 360/2020, de 1 de octubre, es decir, sin dar audiencia previa al centro sanitario privado en el que se dispensó la prestación sanitaria por la que se reclama y sin evacuarse el informe preceptivo del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño -Servicio de Oftalmología del referido centro privado-. Y ello por las razones que se explicitan en su Fundamento de Derecho cuarto [art. 35.1, letra c) LPACAP].

Pues bien, lo argumentado en el precitado Fundamento Jurídico de la Propuesta de Resolución respecto al contenido y términos de la prestación sanitaria dispensada en el centro privado concertado carece del correspondiente sustento probatorio en la documentación remitida a este Consejo Consultivo, por lo que procede con suspensión del plazo para emitir dictamen traer al expediente el concierto entre el SCS y el centro sanitario privado».

14. Con fecha 22 de diciembre de 2020 (y registro de entrada en este Consejo Consultivo de Canarias al día siguiente) la Administración sanitaria da traslado de la documentación requerida, solicitando, nuevamente, la emisión del dictamen preceptivo de este Organismo.

IV

1. La Propuesta de Resolución sometida al parecer jurídico de este Consejo Consultivo de Canarias desestima la reclamación formulada por (...), en nombre y representación de (...), al entender que ha prescrito su derecho a reclamar.

2. Pues bien, en el presente caso se trata de analizar si la reclamación se ha ejercido dentro del plazo de un año que establecen los arts. 65 y 67 LPACAP, plazo

que se ha de computar a partir de que se produzca el hecho o acto lesivo que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

Tal y como se indicó al relatar los hechos, la reclamante presenta el día 16 de octubre de 2018 reclamación patrimonial por unos hechos que se produjeron el 29 de mayo de 2015.

El citado art. 67.1 LPACAP dispone lo siguiente: *«Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. 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».*

A este respecto, es preciso recordar lo señalado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de enero de 2008 -entre otras-:

«(...) 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)».

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 (véase, en igual sentido, el Dictamen de este Consejo Consultivo n.º 417/2013).

3. Para analizar el presente caso, hemos de partir de la premisa de que los daños por los que reclama la interesada son claramente de carácter permanente. A estos efectos, la jurisprudencia ha venido distinguiendo entre daños permanentes y daños continuados. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2012, con cita de numerosos pronunciamientos anteriores, *«por daños permanentes deben entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo»*. En cambio, los daños continuados, conforme a la citada jurisprudencia, son aquellos que, *«porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Por ello, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos, o, como dice el art. 145.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para los daños físicos o psíquicos inferidos a las personas físicas, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas»* (SSTS de 17 de febrero de 1997, 26 de marzo de 1999, 31 de octubre de 2000, 11 de mayo de 2001, 29 de junio y 10 de octubre de 2002, 11 de mayo de 2004, 28 de febrero, 21 de mayo y 21 de junio de 2007, 1 de diciembre de 2008, 14 de julio y 15 de diciembre de 2010, 15 de febrero, 21 de junio y 29 de noviembre de 2011 de 2010, 22 de febrero, 10 de abril y 12 de septiembre de 2012 y 2 de abril de 2013, entre otras; doctrina jurisprudencial reiterada en los Dictámenes 364 y 436, ambos de 2015).

Asimismo, también ha reiterado el Tribunal Supremo que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de ser aquél en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto o aquél en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, y 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 progresión de la enfermedad, no enervan la situación objetiva en que la lesión, enfermedad o secuela consisten (SSTS de 28 de febrero de 2007, 18 de enero de 2008, 14 de julio de 2009 y 2 de abril de 2013, entre otras).

4. Pues bien, en el supuesto analizado -y como bien señala la Propuesta de resolución-, la interesada presenta reclamación ante el Colegio de Médicos de Las Palmas el día 15 de mayo de 2017, en la que, entre otras circunstancias hace constar lo siguiente: *«(...) Hoy día 28/04/2017 he tenido consulta con el Dr. (...), el cual me ha dicho que me quedo como estoy y que no se puede hacer nada (...)»*.

Es decir, de la propia declaración de la perjudicada se deduce que ésta es la fecha en la que conoce el alcance de su padecimiento ocular.

Posteriormente, la interesada presentó diversas reclamaciones ante la Unidad de Coordinación de calidad del CHUIMI (28/4/17 -Referencia 1347-HI-2017-; 15/5/17 - Ref. 1487-HI-2017-; y 19/6/17 -Ref. 1896-HI-2017-), que fueron respondidas con acuse de recibo el 21 de junio de 2017 y el 1 de agosto de 2017, respectivamente.

De esta manera, y a la vista de los precitados antecedentes, *«(...) se constata que al menos desde el 15 de mayo de 2017, fecha en la que presenta reclamación ante el Colegio de Médicos de Las Palmas, la reclamante tenía conocimiento del alcance de sus secuelas, toda vez que manifiesta que el día 28/04/2017 ha tenido consulta con el Dr. (...), el cual según relata le informa que se no se puede hacer nada»*. Y es que, como afirma la Propuesta de Resolución, *«(...) la interesada tenía cabal conocimiento del daño reclamado desde el 28/04/2017, fecha en la que según relata en la reclamación presentada ante el Colegio de Médicos, el Dr. (...) le comunica que no puede hacer nada más por el estado de su ojo»*.

5. Por lo tanto, de la documentación que obra en el expediente administrativo queda acreditado que el juicio diagnóstico definitivo quedó determinado, al menos, desde el día 28 de abril de 2017, tal y como refiere la propia perjudicada. Es decir, en esa fecha la interesada ya conocía el alcance de las lesiones oculares, debiendo ser, en rigor, éste el momento inicial del cómputo del plazo para ejercer la acción resarcitoria.

Siendo, pues, la fecha de la determinación de las secuelas el 28 de abril de 2017, y habiéndose presentado la reclamación el día 16 de octubre de 2018, se entiende - en unión de criterio con la Propuesta de resolución- que la acción resarcitoria se ha planteado de forma extemporánea, esto es, superando el plazo de prescripción de un año establecido en el art. 67 LPACAP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...), en representación de (...), es conforme a Derecho.