



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 11 de marzo 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. 71/2021 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 28 de marzo de 2018, a instancias de (...), como consecuencia de los daños producidos en la asistencia sanitaria recibida en dependencias del SCS.

2. El interesado no cuantifica la indemnización que reclama, pero de estimarse su pretensión superaría los 6.000 euros, cantidad que determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del titular de la Consejería 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 carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

También son de aplicación las Leyes 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del paciente y de los derechos y

* Ponente: Sra. de León Marrero.

obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

3. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo de (...) y, por ende, el derecho a reclamar, al haber sufrido en su esfera personal el daño por el que reclama [art. 4.1.a) LPACAP].

La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

4. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aún expirado éste, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

5. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de 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.

A la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud le corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario conforme a la Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos de este Servicio.

6. Este Consejo ya tuvo oportunidad de conocer este procedimiento de responsabilidad patrimonial en dos ocasiones (DCC 269/2020 y 417/2020), resolviendo en el último de ellos que la Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación al entender que no concurrían los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración, no se considera conforme a Derecho, ya que la acción pudo ser ejercida por el interesado transcurrido el plazo de prescripción, debiéndose retrotraer las actuaciones a fin de que se recabe informe complementario del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) sobre tal extremo y que, una vez cumplimentado dicho trámite, se continúe con la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, incluyendo la práctica de una nueva audiencia de la persona interesada.

Remitido el informe del SIP, este concluye que no puede determinarse cuándo el interesado pudo saber el alcance de las secuelas, por lo que no se abrió nuevo trámite de audiencia, al no haber hechos ni documentos nuevos que no conociera el

interesado, volviendo la Propuesta de Resolución a desestimar la pretensión resarcitoria, entrando en el fondo de la cuestión, por no concurrir los requisitos imprescindibles para que se genere la responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria.

II

1. El interesado basa su pretensión resarcitoria en lo siguiente:

- Tras haber sufrido traumatismo en hombro derecho con ocasión de una crisis epiléptica el día 30 de julio de 2013, acudió al Servicio de urgencias del Complejo Hospitalario Universitario Insular-Materno Infantil. En dicho hospital según refiere *«únicamente se le recetó tratamiento analgésico a pesar de haberse diagnosticado "fractura glenoidea"»*.

A pesar del tratamiento pautado persistían los dolores hasta que en diciembre de 2013 se le realiza un TAC (cinco meses más tarde) en el que se informa de pérdida completa de la esfericidad normal de la cabeza humeral, la cual se encuentra luxada posteriormente y con un defecto marcado en su porción anteromedial con nula congruencia articular y osteopenia generalizada con hallazgo sugestivo de osteonecrosis parcial de la cabeza humeral. Existiendo así mismo, rotura completa del labrum posterior.

Refiere que *«Si desde que el hoy reclamante acudió a urgencias se hubiese realizado el TAC o RX se hubiese comprobado la gravedad del traumatismo sufrido y, en consecuencia se le hubiese tratado y operado inmediatamente, lo que hubiese evitado que a fecha de 2018 haya tenido que padecer 3 intervenciones (la última el 18 de mayo de 2017 según documentación que aporta) dada la inestabilidad de la prótesis colocada pasado más de un año desde que se produjera el siniestro»*.

Señala así mismo, que, a pesar de las intervenciones, su sintomatología ha empeorado.

2. El SIP emite informe que acredita la siguiente sucesión cronológica de hechos:

«- En abril de 2003 el paciente, de 39 años, presentó crisis comiciales de debut, desde entonces en tratamiento antiepiléptico con Levetiracetam. Ingresado por trombosis venosa profunda (TVP), fémoro-poplíteo izquierda idiopática, aunque con sospecha clínica de origen hereditario en diciembre de 2012. En tratamiento con sintrom y media elástica de compresión fuerte.

- El 31 de julio de 2013 sufrió un ataque de epilepsia tras lo cual tuvo traumatismo en hombro derecho. Mala evolución clínica del mismo con persistencia del dolor pese al tratamiento analgésico y limitación de los movimientos. Se realiza TAC en diciembre de 2013 que se informa como: *Perdida por completo de la esfericidad normal de la cabeza humeral, la cual se encuentra luxada posteriormente y con un defecto marcado en su porción anteromedial, con nula congruencia articular y osteopenia generalizada y hallazgo sugestivo de osteonecrosis parcial de la cabeza humeral.*

Asimismo, existe una rotura completa del labrum posterior, debido a la relación anatómica entre la cabeza y el glenoides.

- El 5 de junio de 2014 es intervenido con cirugía de estabilización, por luxación recidivante del hueso húmero en hombro derecho, previa firma del documento jurídico de Consentimiento Informado para tratamiento quirúrgico de las fracturas articulares y/o luxaciones. En dicho documento se indica, en el apartado de complicaciones, la reaparición de la luxación a pesar el tratamiento. Además, en el apartado de Consecuencias Seguras, se menciona la frase: *Sí se colocase una prótesis. Por ello colegimos, que existía la posibilidad de instaurar una prótesis, en este caso una Prótesis de Hombro.*

- Reconocimiento por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social de las Palmas de Gran Canaria (INSS), con Dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial, de fecha: 30-10-2014, en el cual se califica al paciente como: *Incapacitado permanente, en grado de Total.*

- Al persistir la limitación del hombro, dolor, hombro inmovilizado con caída profunda del mismo, se decide el 17-05-2017 -previa firma por parte del paciente del documento jurídico de Consentimiento Informado para Prótesis de Hombro-, intervenirle de nuevo para implantar prótesis parcial del hombro derecho. Resultó Alta el 20-05-2017. Sin embargo, continuó con dolor e impotencia funcional, descenso de la prótesis por atrofia del músculo deltoides, con inestabilidad de la prótesis parcial.

En el documento jurídico de Consentimiento Informado para Prótesis de Hombro. Se indicó -en el apartado de Riesgos- lo siguiente: Tras la operación es normal sentir dolor o molestias en las zonas cercanas. Por lo general desaparecen en pocos días, pero existe el riesgo de que se prolonguen en el tiempo o se hagan continuas.

- Por ello, el 19-02-2018, se propone liberación del nervio axilar derecho y neurectomía (para intentar erradicar el dolor). Se le explica al paciente y acepta ser incluido en lista de espera quirúrgica. En fecha: 06-04-2018, firma el documento jurídico de Consentimiento Informado de *Liberaciones quirúrgicas de compresiones nerviosas».*

Este primer informe del SIP emite las siguientes conclusiones:

«CONCLUSIONES

1.- Por la observación de la Historia Clínica e Informes analizados, obrantes en el expediente y emitidos por los Servicios Asistenciales del Servicio del Servicio Canario de la Salud que atendieron al paciente, debe inferirse que no se han vulnerado las buenas prácticas médicas, en el curso de la atención otorgada y, por lo tanto, la actuación dispensada, debe calificarse de: Correcta.

2.- Observamos que se han seguido las pautas diagnósticas y terapéuticas establecidas secuencialmente en este tipo de casos, esto es: Fractura traumática de hombro seguida de tratamiento quirúrgico de la fractura articular y/o luxación, persistencia de inestabilidad y dolor en el hombro derecho, instauración de Prótesis Parcial de hombro y por último, persistencia del dolor y propuesta de liberación quirúrgica de compresiones nerviosas e ingreso en lista de espera quirúrgica. Todo ello, acompañado siempre por sus respectivos Consentimientos Informados; no existiendo evidencia de que la asistencia prestada haya sido inadecuada a la *lex artis*.

3.- Por consiguiente, no concurriendo los requisitos determinantes de responsabilidad, el Servicio de Inspección Médica estima inexistente, la Responsabilidad Patrimonial en la Administración Sanitaria».

3. Por el SIP se emite un informe complementario que concluye en lo siguiente:

«CONCLUSIONES

1.- Las dos proyecciones radiográficas, que se consideran necesarias en el ejercicio de una práctica médica correcta para el diagnóstico de un caso de traumatismo de hombro, son las proyecciones anteroposterior y la axial, y ambas se realizaron el día 30 de julio de 2013, a la llegada del paciente al Servicio de Urgencias del HUC, tras sufrir crisis epiléptica mientras dormía y según refiere el paciente golpe en hombro derecho con una mesa (...) . siempre la primera urgencia es tratar la crisis epiléptica. Pero se trataron ambos problemas por igual.

Es valorado por Traumatólogo en urgencias, el mismo día 30 de julio, en relación a "dolor e impotencia funcional en hombro derecho tras traumatismo". O sea ya sabemos que no había desplazamiento ni inestabilidad.

Se realizan proyecciones radiográficas AP y Axial de la zona lesionada, según se informa en historial clínico hospitalario en esa fecha, y diagnostican fractura glenoidea.

El tratamiento es reposo en cabestrillo, nolotil si dolor.

Se remite al Traumatólogo el 12 de agosto de 2013 en la Unidad de mano y miembro superior del hospital en Consultas Externas. Además recibe el tratamiento tras valoración de la crisis comicial.

De todo ello se valora que el diagnóstico se realiza tras solicitud radiográfica correcta, que fue explorado y tratado por Traumatólogo en el Servicio de Urgencias, que se diagnostica fractura glenoidea, que es lo que se observa en la Radiografía.

No se diagnostica laxación posterior de hombro, sabemos la dificultad de diagnosticar la misma, tanto en la exploración como en las radiografías, y no hay deformidad del hombro, es estable. La bibliografía médica nos explica que es fácil que pase desapercibida.

El tratamiento para lo que sí se diagnosticó, que fue la fractura glenoidea, es colocar un cabestrillo e inmovilizar unas semanas y es lo que se realiza el 30 de julio de 2013.

2.- El 12 de agosto de 2013 es valorado por Traumatólogo que decide solicitar TAC del hombro afecto. Ello se realiza por mala evolución clínica del proceso, no porque se objetivara la lesión que posteriormente se descubre.

De todas maneras, a partir de aquí, e incluso antes, la actuación sobre una luxación de hombro es quirúrgica, aunque el TAC se lo hubieran realizado al mes.

Tampoco es una urgencia como tal para intervenir al día siguiente aunque se hubiera conocido el diagnóstico.

Posterior a la visita con el traumatólogo, el 11 de noviembre de 2013 en consulta de Atención Primaria se refiere que sigue con dolor e impotencia funcional del hombro derecho. Tampoco se comenta inestabilidad del hombro o cambio en la forma del mismo.

El paciente no puede tomar antiinflamatorios no esteroideos porque tiene tratamiento con Sintrom, un anticoagulante, ya que ha tenido procesos de trombosis venosa profunda previa.

La médica de cabecera sube dosis de Tramadol, analgésico. Pendiente de visita Traumatólogo, en diciembre de 2013.

Se realiza el día 16 de diciembre TAC de hombro derecho. En esta exploración se objetiva luxación posterior de la cabeza humeral, osteopenia generalizada, osteonecrosis parcial de la cabeza humeral y rotura del labrum posterior (parte posterior del rodete de fibrocartílago que circunda a la cavidad glenoidea).

De todo ello, analizando, observamos que los resultados del TAC muestran:

- Se observa fractura del labrum posterior de la glenoides o sea de una parte de la misma, del rodete que rodea la cavidad glenoidea en la zona posterior, y fractura glenoidea fue lo diagnosticado con radiografías en junio de 2013

- La osteopenia es un proceso fisiopatológico dependiente del individuo y de factores oxígenos como enfermedades y fármacos entre los que se encuentra la toma de anticonvulsivantes (el paciente es epiléptico).

- La osteonecrosis que se observa se puede desarrollar por traumatismos y por enfermedades como los trastornos de la coagulación, el paciente ha sufrido TVP y está en tratamiento con anticoagulantes.

- La luxación posterior del hombro, de la cabeza humeral, es una lesión muy poco frecuente, el caso del paciente en estudio creemos sufre una luxación posterior estable, pues no había datos de lo contrario en la historia clínica, además estas luxaciones posteriores a diferencia de las anteriores no presentan deformidad visible, y muchas veces pasa desapercibida a las radiografías, y al médico, no es como una luxación anterior ni en la clínica ni en el diagnóstico, aparte de su rareza. Cuando se objetivan, el tratamiento es reducirlas y la mayor parte de las veces no son recidivantes. El tratamiento habitual no es la cirugía. Es reducción (colocar de nuevo en su sitio las estructuras luxadas) y llevar un cabestrillo durante unas semanas.

Se refuerza la idea de la rareza de este tipo de lesiones y de la poca certeza clínica con que son diagnosticadas. En la fase aguda puede requerirse sólo una reducción cerrada con un pronóstico favorable; pero esto no es lo corriente.

Desafortunadamente en la mayoría de casos que se presentan a consulta tienen una evolución de varias semanas o meses, ya que casi nunca hay una deformidad aparente o significativa hasta que se percatan de que, a pesar de que el dolor ha disminuido, no mejora el rango de movimiento.

Tras todos estos datos tanto clínicos y diagnósticos que se efectúan en el proceso así como los datos de la patología en sí, su complejidad diagnóstica, aparte de su rareza, (ocupa solo el 2-3% de todas las luxaciones glenohumorales), creemos se obró en consecuencia y no se diagnosticó actuación negligente o incapaz.

El tipo y la forma de diagnóstico es inherente a la patología.

3.- La solicitud del TAC en agosto de 2013, se realiza por mala evolución clínica del proceso, persistencia del dolor y limitación de movimientos, no porque se diagnosticara en agosto la luxación, (ya comentado en el apartado anterior que muchas veces en estos casos se llega a realizar pruebas de diagnóstico como el TAC por la evolución en sí del proceso y por sospecharse el mismo.

Dicho TAC se realiza en diciembre de 2013, y tras los diagnósticos analizados se interviene quirúrgicamente en junio de 2014.

Ya que se determina que el proceso diagnóstico y de tratamiento efectuado a partir del traumatismo en junio de 2013 es correcto, dado caso, y que el paciente no es una excepción, todo lo contrario, y que el traumatólogo solicita el TAC en agosto de 2013 por la evolución clínica del proceso, creemos se actúa correctamente, según lo hallado.

Ahora bien, si el TAC se hubiera realizado en septiembre, octubre o incluso antes, por ejemplo, no hubiera cambiado el proceso en sí, hubiera tenido que operarse de la luxación posterior del húmero igualmente.

Se considera que si la evolución del proceso cuando se diagnostica es inferior a dos semanas, se "intentará" una reducción cerrada. En los demás casos, salvo en ancianos, el tratamiento será quirúrgico.

En los resultados del TAC de diciembre de 2013, se contempla la luxación posterior del hombro, el resto de patologías mucho tienen que ver con la fisiopatología derivada del propio paciente, como es la osteopenia sobre la cual también interviene el tratamiento antiepiléptico del paciente.

Igualmente con la osteonecrosis, en la cual el trastorno de coagulación y el tratamiento pertinente que sufre el paciente para tal patología es importante en la génesis de la misma, aparte del traumatismo en sí.

Por tanto en el estado de la articulación hay una parte creada por el traumatismo en sí y otra por el propio paciente, no ya como respuesta al accidente sino generado por la persona y sus circunstancias particulares, que sin luxación también se pueden padecer.

Tras el diagnóstico se efectúa valoración traumatológica y colocan en lista de espera quirúrgica, no es una urgencia. En fecha de junio de 2014 se realiza la reducción quirúrgica de la luxación, previa firma de consentimiento informado.

Los problemas posteriores a dicha intervención, reiteración de la luxación etc. que sufre el paciente y por los cuales debió ser intervenido en otras ocasiones son susceptibles de ocurrir por la intervención en sí misma y dichos problemas y otros más que no sufrió están contenidos en los consentimientos informados debidamente firmados.

No hay un daño objetivado ejercido previo a la primera cirugía, porque hemos analizado que lo acontecido es lógico dentro de la patología sufrida y como se manifestó la misma, que se trató en consecuencia. Además que el suyo no es un caso aislado sino todo lo contrario, el problema es de las patologías de luxación posterior del hombro que se manifiestan como las del paciente y reclamante estudiado.

A su vez, añadir de nuevo que la cirugía de reducción de la luxación se hubiera tenido que ejercer de todas formas en este caso, y, aunque se hubiera podido realizar tiempo antes las complicaciones posteriores son inherentes a la misma y por ello figura en el consentimiento informado firmado previo a la cirugía de junio de 2014, y que es general para los que sufren el problema (independientemente de otros aspectos) por el que se intervino el paciente».

4. Dictado Acuerdo Probatorio, se practicaron las testificales acordadas y ultimada la instrucción del procedimiento, se acordó el preceptivo trámite de Audiencia.

Con fecha 21 de febrero de 2020 el reclamante presentó escrito de alegaciones reiterando los términos de su reclamación inicial.

5. La Propuesta de Resolución, pronunciándose expresamente sobre la no concurrencia de la prescripción del derecho a reclamar, desestima la pretensión resarcitoria formulada por el interesado al entender la no concurrencia de los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

III

1. Como dijimos en el Fundamento I.6, pese a que se recabó el informe del SIP, este no se pronuncia sobre si estamos ante un daño continuado o permanente, sino que concluye en que no puede determinar la prescripción ante el curso de los hechos descritos, ni la fecha en la que el paciente pudo saber cuándo sus secuelas estuvieron o fueron definitivas.

No obstante, ello no obsta para que este Consejo se mantenga en la tesis de que el interesado ejerció su reclamación superado el año establecido para ello.

En efecto, aun cuando se pueda mantener que los daños por los que se reclama son continuados, y no permanentes, esto es, según se expresa la STS, Sala Tercera, Sec. 6.^a, 11-11-14, aquellos *«que se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, (y) 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. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos»* (sentencia de 16 de noviembre de 2010, recurso de casación 1483/2009 -EDJ 2010/246718-).

Esta solución que aparentemente refuerza la Propuesta de Resolución, es matizada en la sentencia del TS 15-2-11 (Rec. 1638/09), en la que, con cita de otras, se pronuncia sobre las lesiones físicas, a las que normalmente se aplica aquella distinción, afirmando que *«que son “daños continuados” aquellos que no permiten conocer aún los efectos definitivos del quebranto y en los que, por tanto, el “dies a quo” del plazo para recurrir será aquél en que ese conocimiento se alcance; (...)»*.

Esta jurisprudencia considera, pues, que las lesiones médicas que requieren sucesivas intervenciones y generan secuelas, a raíz de un suceso concreto, son daños continuados, por lo que no es posible iniciar el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación hasta que se conoce el alcance de las secuelas, en tal sentido la ya citada STS, Sala Tercera, Sec. 4.^a, 24-2-15 (Rec. 661/13).

Sin embargo, la Sentencia de la Sec. 6.^a, 18 de enero de 2008, (Rec. 4224/02) - EDJ 2008/1820-, recuerda a estos efectos que « (...) 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.

La doctrina de la "actio nata" permite mitigar estos efectos de imprevisibilidad en la determinación exacta del alcance de las secuelas, entendiéndose que una vez establecidas de forma general aquellas secuelas derivadas del daño, debe entenderse que es posible el ejercicio de la acción, sin perjuicio de que con posterioridad pueda ampliarse la reclamación o en su caso solicitar una reconsideración de las secuelas derivadas en relación de causa-efecto de la actividad administrativa».

La STS, Sala Tercera, Sec. 4.^a, 8-10-12 (Rec. 6290/11) afirma: «La doctrina, por tanto, en este punto, se encuentra perfectamente consolidada. Pero aun así lo cierto es que la rica casuística puede mostrar supuestos en los que parezca difícil a primera vista encajarlos en las dos categorías antedichas. Así, uno de los supuestos más controvertidos los encontramos en los casos relativos a niños, en los que por la propia naturaleza humana se encuentran en un constante y completo desarrollo integral y los daños que puedan alegarse se presentan como evolutivos por concepto, tanto en la vertiente física como psíquica. También la Jurisprudencia de esta Sala ha ido perfilando muchos supuestos en este ámbito. Así, en la reciente sentencia también de esta Sala y Sección de 10 de julio de 2012, rec cas 2692/2010 -EDJ 2012/141898-, reiteramos que:

"Dicho esto, lleva razón el recurrente en lo que se refiere a la necesidad de distinguir, como ha puesto de relieve la jurisprudencia de esta Sala, entre los daños permanentes y los daños continuados. Como con reiteración ha manifestado la Sala, por todas la Sentencia de la Sección Sexta de 18 de enero de 2.008, recurso de casación 4224/2002 -EDJ 2008/1820-, 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.

También es evidente que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible evolución de las mismas, bien porque en el devenir de su desarrollo se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas, en cuyos supuestos este Tribunal ha venido aceptando la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación a pesar de haberse producido la misma fuera del periodo del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido”.

Tampoco cabe otorgar eficacia interruptiva o invalidante del periodo transcurrido al hecho de que organismos públicos administrativos reconozcan coeficientes de incapacidad salvo que en las resoluciones se recojan por primera vez los efectos del quebranto. Así lo hemos dicho en la sentencia de 13 de marzo de 2012, rec casación 6289/2010 -EDJ 2012/52471- al analizar los efectos de las declaraciones de incapacidad permanente y aplicar la doctrina de la “actio nata”.

En la sentencia de 10-7-12 ya citada, Rec 2692/10 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.

Así resulta por ejemplo de lo expuesto en nuestras Sentencias de 17-11-10 y 1-7-11, Rec 901/09 y 554/07 respectivamente, en las que recordando la de 9 de abril de 2007, Rec 149/03, afirmamos que: “Esta Sala en reiteradísimas ocasiones, además de en las sentencias que cita la sentencia recurrida, y a la que añadiremos por todas la de 7 de febrero de 2005 (Rec. 6367/2001, ha consagrado la doctrina consistente en que el cómputo del plazo para el

ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos -que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala Tercera de 19 de septiembre de 1989 -EDJ 1989/8119-, 4 de julio de 1990 y 21 de enero de 1991) del principio de `actio nata` (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad`.

Del examen del expediente administrativo a los efectos de poder analizar exactamente si la fijación del dies a quo por la Sala de instancia respondía a un cabal y suficiente conocimiento de los efectos del quebranto, tal y como ha sido fijado por nuestra Jurisprudencia, se deduce que efectivamente estamos ante un daño que se exterioriza en su diagnóstico "encefalopatía severa" sin que pueda exigirse la determinación concreta de cada uno de los aspectos en los que va a incidir en su desarrollo y madurez tal grave enfermedad. Ello llevaría a mantener el plazo para el ejercicio de la acción indefinidamente abierto y sin posibilidad alguna de concreción que hemos mantenido que no es posible -por todas la sentencia 31-5-11, Rec 7011/09-, EDJ 2011/99866, ni siquiera a raíz de declaraciones administrativas que se tramiten en sede de Seguridad Social.

(...)

Finalmente, se significa por la recurrente que, con fecha veinticinco de septiembre de dos mil siete, se ha dictado Resolución por la Consejería de Bienestar Social del Principado de Asturias, en que se revisa la inicial declaración de una minusvalía del 65% al menor (...), ampliándola hasta el 85%. Dicho grado, según se refiere en el certificado del Secretario General Técnico de la misma Consejería acompañado al escrito de ampliación de demanda presentado por la recurrente en la instancia, será revisado de nuevo en septiembre de dos mil diez. También existe una Resolución de aquella Consejería (...), en que se reconoce la situación de dependencia en grado G-III y nivel N2, con carácter permanente, sin perjuicio de una posible revisión en función de la mejoría o empeoramiento en la situación de dependencia, habiéndose determinado la prestación correspondiente mediante Resolución del Director General de Prestaciones y Servicios de Proximidad (...).

Sin embargo, es doctrina de esta Sala, que debe reiterarse hoy en aras de la necesaria homogeneidad doctrinal e igualdad en el tratamiento de los justiciables, que las resoluciones de minusvalía e incapacidad, no sirven para interrumpir ni para hacer ineficaz el plazo transcurrido correspondiente a una reclamación de responsabilidad patrimonial.

La sentencia de 28-6-11 (Rec 6372/09) destacó que la declaración de una situación de incapacidad en fecha posterior a la de curación o determinación del alcance de las secuelas, no sirve para reabrir un plazo de prescripción ya vencido. Criterio reiterado en la STS, Sala Tercera, Sec 4.ª, 14-10-11 (Rec. 4905/07) -EDJ 2011/237702-.

Tal abundante jurisprudencia ha quedado recientemente consolidada en la Sentencia 463/2019, de 4 de abril, que concluye con que "Con base en cuanto ha quedado expuesto, la respuesta a la cuestión planteada no puede ser otra, en aplicación del art. 142.5 Ley 30/92 y ratificando nuestra jurisprudencia, que declarar que el `dies a quo` del cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados por una prestación médica de los servicios públicos (o, como en este caso, de una Mutua laboral) es el de la fecha de curación, o como aquí acontece, desde la fecha en la que, con conocimiento del afectado, quedaron definitivamente estabilizadas las secuelas, con independencia y al margen de que, con base en esas mismas secuelas, se siga expediente para la declaración de incapacidad y cualquiera que sea su resultado"».

2. Aplicada esa doctrina al caso que nos ocupa, este Consejo se reafirma en la concurrencia de la prescripción del derecho a reclamar, de acuerdo al siguiente razonamiento: de acuerdo con los datos obrantes en el expediente, el 31 de julio de 2013 el interesado sufrió un ataque de epilepsia tras lo cual tuvo traumatismo en hombro derecho, que tuvo mala evolución clínica con persistencia del dolor pese al tratamiento analgésico y limitación de los movimientos.

Se realiza TAC en diciembre de 2013 que se informa como: Pérdida por completo de la esfericidad normal de la cabeza humeral, la cual se encuentra luxada posteriormente y con un defecto marcado en su porción anteromedial, con nula congruencia articular y osteopenia generalizada y hallazgo sugestivo de osteonecrosis parcial de la cabeza humeral. Asimismo, existe una rotura completa del labrum posterior, debido a la relación anatómica entre la cabeza y el glenoides.

El 5 de junio de 2014 es intervenido con cirugía de estabilización, por luxación recidivante del hueso húmero en hombro derecho, que no mejora.

Por tanto, antes de esta fecha, el interesado ya sabía, porque la cirugía iba dirigida a estabilizar sus lesiones, que quedaron definitivamente estabilizadas las secuelas, pues ya sabía que no iban a curar definitivamente, con independencia y al margen de que, con base en esas mismas secuelas, se siga expediente para la declaración de incapacidad y cualquiera que sea su resultado.

Un dato que corrobora lo que afirmamos es que en el documento de Consentimiento Informado que firma para la intervención de junio de 2014 se menciona, en el apartado de Consecuencias Seguras, la frase: Si se colocase una prótesis.

Precisamente porque no mejora de sus lesiones, y al persistir la limitación del hombro y dolor, se decide el 17-05-2017 intervenirle de nuevo para implantar prótesis parcial del hombro derecho.

En definitiva, desde 2014 el interesado conocía la estabilización de sus secuelas, para ello se le intervino, sabiendo que no mejoraría, a lo sumo, si no se implantaba una prótesis, circunstancia que aconteció en 2017, pero en 2014 ya podía, de acuerdo con la doctrina de la *«actio nata»*, ejercer la acción de reclamación, pues tal teoría, permite mitigar estos efectos de imprevisibilidad en la determinación exacta del alcance de las secuelas, aun cuando en el momento de su ejercicio no se haya recuperado íntegramente la salud, pero el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación, y por tanto, cuantificable.

Así queda determinado en el reconocimiento realizado por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social de las Palmas de Gran Canaria (INSS), cuyo Dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial, de 30 de octubre de 2014 se califica al paciente como: Incapacitado permanente, en grado de Total, aun cuando se señala que *« (...) patología del aparato locomotor (miembro superior derecho dominante) no estabilizado, pendiente de tratamiento, balance articular menor del 50%»*, esa referencia a no estabilizado no a las secuelas, si no al hombro, que requiere tratamiento, sea rehabilitador o, como sucedió más tarde, quirúrgico para implante de prótesis. En definitiva, que las secuelas de sus lesiones sí estaban estabilizadas en ese momento.

Por tanto, en esta fecha, de 30 de octubre de 2014, está determinado el alcance del daño, siendo, por tanto, el *dies a quo* para el cómputo de plazo de un año para la presentación de la reclamación por el interesado en relación con el proceso asistencial por el que reclama. Las intervenciones quirúrgicas posteriores obedecen, como se dijo, a tratamientos alternativos (implante de prótesis) para intentar mejorar la movilidad y evitar el dolor.

Por tanto, habiendo presentado su reclamación el interesado el 28 de marzo de 2018, la acción reclamatoria está prescrita.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho por haber prescrito la acción para reclamar, sin que proceda entrar en el fondo del asunto.