



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 4 0 / 2 0 2 2

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 8 de abril de 2022.

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. 91/2022 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 del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 9 de enero de 2020 a instancia de (...), por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida en el Servicio Canario de la Salud.

2. La interesada cuantifica la indemnización reclamada en más de 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 (LRJSP); la 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC); la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del paciente y de los

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

derechos y 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. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe indicar que la reclamante ostenta la condición de interesada al haber sufrido, según señala la misma, un daño personal por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP, en relación con el art. 32 LRJSP].

En cuanto a 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, prestación que es realizada a través de centro concertado, donde se realiza la extracción que según la reclamante, causó el daño, la clínica (...).

Por ello, asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el 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-. Como se ha manifestado en numerosos Dictámenes de este Consejo Consultivo (31/1997, de 20 de marzo; 554/2011, de 18 de octubre; 93/2013, de 21 de marzo; 154/2016, de 16 de mayo y 48/2017, de 13 de febrero, entre otros), los conciertos sanitarios, cuya regulación específica se encuentra en los arts. 90 y siguientes de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, pertenecen al género del contrato administrativo típico denominado concierto para la gestión indirecta de los servicios públicos.

Conforme a la legislación de contratación administrativa, 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. Por ello, en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración titular del servicio público de salud -el Servicio Canario de la Salud, 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. Por ello, el instructor ha llamado al centro concertado al procedimiento en su calidad de presunto responsable del daño alegado, le ha solicitado informes sobre los hechos alegados como fundamento de la reclamación y le ha dado vista del expediente y trámite de audiencia.

4. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aún expirado este, 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 la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) LOSC.

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.

II

1. Recordemos que la sucesión de hechos, según la reclamante, fue la siguiente:

Con fecha 14 de septiembre de 2018, la interesada fue intervenida en la clínica (...), centro privado, que concertó el Servicio Canario de la Salud para la extracción de un cordal izquierdo. Transcurridas 24 horas la interesada se vio obligada a acudir a urgencias los días 15 y 16 de septiembre por fuertes dolores en la zona mandibular izquierda al centro de salud de Tamaraceite. En las dos visitas no se realizó ninguna prueba pautando analgesia y remitiéndola a la clínica (...) para ser valorada nuevamente.

La reclamante acude a la clínica (...) el 17 de septiembre siendo atendida por el facultativo que realizó la intervención, el cual no practica prueba o exploración alguna.

Con fecha 2 de noviembre de 2018 ante la persistencia del dolor el facultativo decide realizar una radiografía, siendo remitida a urgencias del Hospital Dr. Negrín donde es diagnosticada de fractura de mandíbula de la que es intervenida con fecha 16 de noviembre de 2018 y con fecha 18 de julio de 2019 para la extracción de la prótesis de metal insertada en la mandíbula izquierda en la primera intervención. A la fecha todavía no ha sido dada de alta.

A consecuencia de la negligencia grave profesional de los facultativos de la clínica (...), en concreto Dr. (...), entiende la reclamante, resultó lesionada.

2. Por su parte, el Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), a la luz de la documentación obrante en el expediente (informes médicos e historia clínica), relata la siguiente sucesión cronológica de los hechos:

- Paciente mujer, fecha de nacimiento 23.07.93, con antecedentes de Neumonectomía izquierda en 1917 (SIC) por malformación del árbol bronquial, así como Conectivopatía indiferenciada.

En situación de incapacidad temporal para el trabajo desde el 4 de enero de 2018 por patología respiratoria.

El 13 de marzo de 2018 se incluye en lista de espera para extracción de cordal, tercer molar inferior izquierdo, pieza 38, que en programa de listas de espera es derivada a centro concertado clínica (...).

- Es atendida el 14 de septiembre de 2018 en la clínica (...). Consta suscrito documento de consentimiento informado. No constan incidencias durante la extracción.

Se pauta tratamiento antiinflamatorio y analgésico.

- El sábado 15.09.18 a las 23:43 h y once horas después, el domingo 16.09.18 a las 09:53 h acude a distintos centros de salud, Tamaraceite y Barrio Atlántico respectivamente, por dolor tras la extracción.

Se administró tratamiento con corticoides (metil prednisolona no es un calmante como refieren), que tienen un potente efecto inhibitor de la inflamación, y son utilizados para disminuir las molestias inflamatorias de la exodoncia quirúrgica del tercer molar, recomendando seguir las indicaciones del especialista.

En la extracción de terceros molares se pueden producir alteraciones propias del acto médico como como inflamación y dolor, que podemos considerar normales en los primeros días postextracción.

- El lunes 17.09.18, es valorada en la clínica (...) por el Dr. (...), a la exploración se determina que presenta las características propias del cuadro de extracción de cordales. Se le explica que si persisten las molestias acuda el miércoles o el viernes de esa semana.

Ya se ha indicado que es normal la inflamación postoperatoria, que suele ser máxima a las 48-72 horas del procedimiento. Es decir, habitualmente, el paciente presentará la cara hinchada, la capacidad para abrir la boca disminuida y dolor postoperatorio variable en función de la tolerancia de cada paciente. Estas molestias deben mejorar al cabo de tres o cuatro días.

- La reclamante no acude a consulta del Dr. (...) según le fue recomendado y tampoco manifiesta síntoma alguno a su médico de atención primaria en sucesivas visitas.

- No es hasta el 2 de noviembre de 2018, un mes y medio después, cuando consulta con el Dr. (...) por presentar: « (...) Hace dos días tumefacción en región de ángulo izquierdo súbita (...) ». Se realizan Ortopantomografía (OPG) y TAC que revelan la presencia de fractura en ángulo mandibular izquierdo. Es derivada al Hospital Universitario de Gran Canaria Doctor Negrín (HUGCDN).

- Siendo una complicación descrita la fractura del ángulo mandibular en las extracciones de tercer molar, estas fracturas pueden suceder durante el procedimiento y/o en periodo postoperatorio. Es posible la aparición tardía de fractura del ángulo mandibular, esto es, la fractura se produce incluso por la masticación hasta varias semanas después de la cirugía por la debilidad ósea ocasionada porque el tejido conectivo está sustituyendo al tejido de granulación en el alveolo postextracción.

No hay que olvidar que entre los antecedentes de esta paciente figuran datos de Conectivopatía indiferenciada en seguimiento por el Servicio de Reumatología.

- El mismo día 02.11.18, aproximadamente a las 16:23 h ingresa en el HUGCDN. Con fecha 05.11.18 y bajo anestesia local se realiza fijación intermaxilar elástica. El postoperatorio inmediato es favorable, por lo que es dada de alta hospitalaria el 9 de noviembre de 2018, pendiente de cirugía definitiva.

Las fracturas de mandíbula precisan normalmente de una fijación intermaxilar temporal para ajustar la oclusión antes de fijar la fractura. El bloqueo intermaxilar como único tratamiento no asegura la reducción anatómica del foco de fractura al situarse distal a los molares y al estar la rama mandibular sometida a la acción de fuertes músculos masticatorios.

- El 15.11.18 ingresa de forma programada en el HUGCDN para la realización de reducción de la fractura de ángulo mandibular izquierdo y osteosíntesis intraoral (colocación de placa 2.0). El postoperatorio inmediato es favorable, por lo que es dada de alta hospitalaria el 16.11.18.

- En sucesivas revisiones se valora la conveniencia de proceder a retirada de la placa de osteosíntesis por exposición de 3-4 mm del material. Una vez consolidada la fractura, el 17.07.19 se realiza la extracción del material de osteosíntesis. Causa alta hospitalaria al día siguiente.

En consulta de 02.09.19, se aprecia buen aspecto de la herida quirúrgica y revisión en 4 meses.

CONSIDERACIONES

- La extracción quirúrgica de los terceros molares produce casi siempre un cuadro inflamatorio, que puede generar una sensación de discomfort. A pesar del tratamiento con AINES o corticoides, administrado pre, intra o post-quirúrgicamente, el proceso inflamatorio aparece en la gran mayoría de postoperatorios inmediatos. La manipulación de los tejidos blandos orales y periorales, el despegamiento del colgajo y el traumatismo óseo inherente al procedimiento, son los responsables de la inflamación que, en condiciones normales, se intensifica presentando un pico a las 72 horas. A partir de aquí comienza a remitir, y decrece durante otras 48 o 72 más.

- La fractura inmediata o tardía de la mandíbula es una complicación rara pero importante. Se produce cuando el hueso no es lo suficientemente fuerte para resistir las fuerzas que actúan sobre él. La disminución de la resistencia ósea puede deberse a atrofia fisiológica, osteoporosis o procesos patológicos, o puede ser secundaria a la intervención quirúrgica.

La mayoría de las fracturas tardías se producen durante la masticación más de tres semanas tras la extracción ya que durante este periodo, el tejido de granulación es reemplazado en el alveolo por tejido conectivo presentado una mayor fragilidad ósea.

CONCLUSIONES

1.- La reclamante sufre fractura tardía de ángulo mandibular izquierdo en relación con la extracción del tercer molar inferior izquierdo (pieza 38).

2.- Dicho riesgo existía y así fue informada suscribiendo el correspondiente documento de consentimiento informado.

3.- La sintomatología presentada en las primeras 72 horas se correspondía exactamente con el periodo post-extracción del tercer molar inferior izquierdo y así le fue indicado en las consultas.

No existía causa que motivara otra actuación, sería tanto como empezar a pedir pruebas diagnósticas de todas las posibles complicaciones descritas que pueden ocasionar dolor e inflamación: infecciosas, celulitis con analíticas, lesiones de nervios, fracturas de distintas regiones con radiografías en distintas proyecciones [OPG, oclusal, posteroanterior, (...)], etc.

4.- De persistir las molestias le fue indicado que acudiera a consulta, sin embargo no solicita atención hasta 45 días después, lo que permite concluir que se trató de fractura tardía inducida por la debilidad fisiológica que se genera en el proceso de reconstrucción del alveolo dental.

5.- Diagnosticada la fractura, se somete al tratamiento necesario alcanzando la consolidación ósea de dicha fractura.

6.- Se emite informe desfavorable.

3. Con fecha 25 de enero de 2021, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Las Palmas de Gran Canaria ordena la remisión del expediente administrativo, por haberse interpuesto recurso contencioso contra la desestimación presunta de la reclamación.

4. En período probatorio, se acuerda incorporar la documental aportada por el reclamante y la práctica de la prueba testifical del Dr. (...) que no llega a realizarse por la incomparecencia de la parte reclamante, interesada en su práctica. El centro concertado clínica (...) no formula proposición de prueba.

Por la Administración se propone la prueba documental detallada en el citado acuerdo.

5. Ultimada la instrucción del procedimiento, se acordó el preceptivo trámite de audiencia a la interesada quien no formula alegaciones. El centro concertado clínica (...) tampoco formula alegaciones

6. La Propuesta de Resolución, informada favorablemente por la Asesoría jurídica Departamental, desestima la reclamación formulada por la interesada al entender que no concurren los requisitos legalmente exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

III

1. Antes de entrar en el fondo de la cuestión planteada hemos de averiguar si, de acuerdo con el art. 67.1 LPACAP, el derecho a reclamar se ha ejercido dentro del año de haberse producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, si bien, conforme dispone el propio precepto, 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.

Como hemos expuesto en distintas ocasiones, es preciso recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2008, entre otras, dispuso:

« (...) 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 1.902 del Código Civil

que ha de computarse, conforme al principio de la "actio nata" recogido en el artículo 1.969 de dicho texto legal, desde el momento en que la acción pudo efectivamente ejercitarse (...)

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 circunstancia sólo 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».

Por su parte, las Sentencias de 18 de enero y 1 de diciembre de 2008 y 14 de julio de 2009, distinguen entre daños continuados, que como tales no permiten conocer aún los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, el *dies a quo* será aquél en que ese conocimiento se alcance; y daños permanentes, que aluden a lesiones irreversibles e incurables aunque no intratables, cuyas secuelas resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo por tanto cuantificables, por lo que los tratamientos paliativos o de rehabilitación ulteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance.

Esta línea jurisprudencial ha sido de nuevo ratificada en STS n.º 588/2018, de 11 de abril de 2018, en el recurso de casación para unificación de doctrina, procedimiento n.º 77/2016, en la que el Alto Tribunal ha reiterado lo siguiente:

« (...) A fin de contextualizar debidamente el debate suscitado sobre la prescripción de la acción, procede reseñar la doctrina jurisprudencial sobre la materia, tal y como recoge, por citar una de las más recientes, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 (Recurso n.º 2099/2013, Ponente (...), Roj STS 2135/2015, FJ 2º), en la que se expresa lo siguiente:

"Cuando la sentencia recurrida aborda la cuestión de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial cita con acierto la consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del principio de la actio nata, a cuyo tenor, en lo que ahora interesa, el dies a quo del plazo prescriptorio ha de situarse en la fecha en que se ha determinado el alcance de las secuelas, como se sigue del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, momento en el que se entiende que el afectado tiene pleno

conocimiento de las condiciones fácticas y jurídicas que pueden justificar una reclamación de esta naturaleza.

Ciertamente, la jurisprudencia de esta Sala (por todas, sentencia de 26 de febrero de 2013, dictada en el recurso de casación núm. 367/2011) distingue, en supuestos como el que nos ocupa, entre daños continuados, que no permiten conocer en el momento en que se producen los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, el dies a quo será aquél en que ese conocimiento se alcance; y daños permanentes, que aluden a lesiones irreversibles e incurables, aunque no intratables, cuyas secuelas resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo por tanto cuantificables, por lo que los tratamientos paliativos o de rehabilitación ulteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance.

(...)

Lo relevante, con independencia de la terminología, es determinar el momento en el que las manifestaciones esenciales de la enfermedad y las secuelas que ésta indefectiblemente acarrea pueden reputarse como efectivamente constatadas, de modo que los afectados puedan ya ejercitar su derecho a reclamar al considerarse completados los elementos fácticos y jurídicos que permiten deducir la acción"».

2. En el presente caso, se reclama por las supuestas secuelas ocasionadas por la extracción negligente de un cordal izquierdo.

Sin embargo, para que este Consejo pueda entrar en la posible prescripción del derecho a reclamar es necesario que por parte del SIP se informe sobre el momento en que se producen los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, se puede determinar el *dies a quo* en que ese conocimiento se alcanzó.

Por ello, procede que, conservando los actos y trámites practicados, se retrotraigan las actuaciones para que se emita el informe del SIP en los términos expuestos, tras lo cual se deberá dar traslado a la interesada, abriendo un nuevo trámite de audiencia, a la vista del cual procederá la redacción de una nueva Propuesta de Resolución que deberá ser remitida nuevamente a este Consejo.

Por todo lo expuesto, no es posible entrar a conocer del fondo del asunto, no siendo conforme a Derecho la Propuesta de Resolución por no abordar dicha cuestión, procediendo la retroacción del mismo a fin de realizar los trámites señalados en el párrafo precedente de este Dictamen.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, no se considera conforme a Derecho, debiendo retrotraerse las actuaciones en los términos que se indican en el Fundamento III del presente Dictamen.