

Dictamen nº: **364/11**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **29.06.11**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 29 de junio de 2011, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por R.A.G. en representación legal que dice ostentar de R.A.A, su hijo, mayor de edad, por los daños y perjuicios ocasionados supuestamente por una deficiente asistencia sanitaria en el Hospital La Paz consistente en retraso en intervenir quirúrgicamente una Tetralogía de Fallot.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Consejero de Sanidad, mediante escrito de 25 de mayo de 2011, registrado de entrada el 2 de junio mismo año, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 29 de junio de 2011.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, en formato CD, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

**SEGUNDO.-** Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

Por escrito presentado ante el INSALUD el 18 de julio de 1999 la reclamante, en representación legal que dice ostentar de su hijo mayor de edad, formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por dicho hijo a consecuencia, según expone, de un retraso en el tratamiento, mediante cirugía, de la Tetralogía de Fallot que padecía y que causó un hematoma subdural bilateral, a resultas del cual el perjudicado padece secuelas neurológicas irreversibles. No cuantifica el importe de la indemnización solicitada. Acompaña a la reclamación diversos informes médicos pertenecientes a la historia clínica del paciente.

De la documentación clínica que obra en el expediente se desprende lo siguiente:

La reclamante dio a luz a su hijo el 29 de agosto de 1974. En el examen clínico del recién nacido se hace constar que es normal.

El paciente fue visto por vez primera en el Servicio de Cardiología Infantil el día 10 de septiembre de 1974, a la edad de 12 días, no encontrándose cianosis y estableciéndose un diagnóstico de presunción de: “*Comunicación interventricular y probable estenosis pulmonar*”, motivo por el que se indicó una revisión al cabo de 1 mes.

En la revisión practicada el 25 de octubre de 1974, consta en el informe que el paciente se encontraba asintomático, con ECG normal y radiografía de tórax normal. Como juicio diagnóstico se consignó: “*Puede tratarse de una CIV [comunicación intraventricular] pequeña*”. No se consideró que necesitase tratamiento y se indicó una revisión “*al año o antes si fuera necesario*”.

Se revisa de nuevo el 20 de abril de 1975 y se consigna que ha comenzado con cianosis 15 días antes, coincidiendo con el sarampión, sin

crisis hipoxémicas. En la exploración se constata cianosis de +, que aumenta con el llanto.

Se le practica un cateterismo en fecha sin determinar (en el informe solo consta que el niño tiene 10 meses, por lo que tuvo que ser en mayo o junio de 1975) y se establece el diagnóstico de Tetralogía de Fallot. Según consta en la historia, se presenta en sesión médica-quirúrgica, decidiéndose esperar con revisiones clínicas antes de efectuar la corrección completa, a no ser que tuviera crisis hipoxémicas.

En la revisión del 27 de octubre de 1975 se reseña: “*No deambulación ni bipedestación. Estabilizado en cuanto a disnea, cianosis que aumenta con el llanto, y cuando tiene dificultad respiratoria crisis de cianosis y después con taquipnea y adormilamiento relacionados con llanto o vómitos*”. En la exploración se constata cianosis de + que se hace de ++ con el llanto y soplo sistólico largo.

El 22 de diciembre de 1975, según el informe del médico inspector, el niño es llevado a Urgencias por una crisis de hipotonía severa. A la exploración se detecta cianosis intensa central y cara. El juicio diagnóstico es Tetralogía de Fallot severa.

El 25 de diciembre de 1975, en la hoja de continuación consta: “*Cardiópata que ingresó por episodio brusco de convulsiones tónico-clónicas, compatible con hipocalcemia, desde ayer las convulsiones son más generalizadas, se hace punción lumbar que es compatible con hemorragia cerebral...*”.

El 26 de diciembre se consigna: “*Mejor estado general, no signos de hipocalcemia, no temblores espontáneos, leves movimientos toniclónicos de extremidades superiores ante estímulos, tendencia a posición de libro abierto, hipotónico, OT perezosos, pupilas normales que reaccionan bien*”.

El 27 de diciembre se hace constar en la misma hoja de evolución: *“Persiste actitud de libro abierto. Llanto agudo. Aumento de tono muscular y de la intensidad de los ROT y de clínica mantenida en el lado izquierdo del cuerpo”.*

El informe de la Inspección médica expone que fue intervenido, el 5 de enero de 1976, por el Servicio de Neurocirugía, que apreció *“edema central en los trépanos y un pequeño higroma subdural”*. Durante su ingreso se agudizó su dificultad cardíaca hipoxémica, precisando oxigenoterapia continua y apareciendo una hemiparesia derecha.

El 6 de febrero de 1976, fue intervenido del corazón practicando una fistula tipo Cooley, paliativo de la Tetralogía de Fallot.

El 16 de febrero de 1976, el Servicio de Neurología del Hospital La Paz emite el siguiente diagnóstico: *“Cuadro de crisis generalizadas, hemiparesia derecha e hipertensión endocraneal brusca post-trombosis intracranial aguda”*.

Posteriormente, el paciente ha sido tratado en el Hospital Ramón y Cajal, donde fue intervenido con éxito para la corrección completa de la Tetralogía de Fallot el 5 de diciembre de 1978 y continuó en revisiones en el Servicio de Cardiología Pediátrica hasta el año 2000, según consta en el expediente.

También en el Hospital Ramón y Cajal ha recibido tratamiento por el Servicio de Neurología hasta 1998, según consta en el expediente. Es destacable un informe de este Servicio de 6 de septiembre de 1990 en el que se hace constar: *“Hemiparesia espástica derecha de predominio braquial y distal con incapacidad de extensión de dedos y mano contra gravedad. Muñeca y dedos de mano derecha en flexión. Antebrazo en flexo-pronación y brazo abducido. Pie equino varo. Marcha espástica de miembro inferior derecho”*.

El expediente también contiene los datos relativos a la asistencia prestada al paciente en el Servicio de Ortopedia Infantil del Hospital Ramón y Cajal, en el que fue intervenido en varias ocasiones para corregir quirúrgicamente su deformidad de pie y mano derechos, que recidiva. El último informe es de 1998.

**TERCERO.-** Por los hechos que anteceden, se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo establecido en los artículos 39 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

Además de la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública, se han incorporado al expediente: la historia clínica del perjudicado (folios 14 a 38), informe de la Inspección Médica de 10 de noviembre de 1999 (folios 40 a 43), así como informe del jefe del Servicio de Cardiología Pediátrica del Hospital La Paz, como servicio presuntamente causante del daño.

Se han cumplido los trámites establecidos al efecto en la normativa que resulta de aplicación, habiéndose conferido el trámite de audiencia a la interesada el 23 de noviembre de 1999, notificado el 26 del mismo mes (folios 44 a 47), en observancia de lo dispuesto en los artículos 84.1 de la LRJ-PAC y 11 del citado Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

La interesada presentó alegaciones el 4 de enero de 2000 en las que, en síntesis, reiteraba lo expuesto en su escrito inicial de reclamación, aportando nuevos informes médicos así como reconocimiento de minusvalía de su hijo en un grado de 68 por 100 emitido por el INSERSO el 19 de mayo de 1992. Revisado por el mismo organismo el 8 de septiembre de

1993, estableciendo un grado de 73 por 100. En revisión del grado de minusvalía por la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid de 17 de mayo de 1996 se mantuvo el grado de 73 por 100. En nueva revisión de 26 de mayo de 1998 se fija el grado de discapacidad global en el 68 por 100 y se eleva hasta el 75 por 100 en virtud de factores sociales complementarios. La reclamante también aporta sentencia de 26 de marzo de 1999 del Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid por la que se reconoce a su hijo el derecho a recibir el complemento de ayuda a tercera persona equivalente al 50 por 100 de la pensión no contributiva que ya venía percibiendo.

Ante la falta de resolución expresa de la reclamación, la interesada formuló queja al Defensor del Pueblo e interpuso recurso contencioso administrativo en el que solicitaba una resolución expresa. La Administración de la Comunidad de Madrid entendía que correspondía resolver el expediente a la Administración del Estado al haber tenido lugar los hecho objeto de la reclamación con anterioridad al traspaso de competencias en materia de sanidad. Además, en la contestación a la demanda alegó que, al haber transcurrido el plazo para resolver, la interesada podía haber considerado desestimada por silencio la reclamación y haber acudido a la vía contenciosa para obtener una resolución sobre el fondo. La Sección 9<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 1 de marzo de 2007, estima la pretensión de la recurrente y ordena a la Administración de la Comunidad de Madrid que proceda a resolver expresamente.

El 28 de julio de 2010 en ejecución de la citada sentencia se impulsa el procedimiento dando de nuevo trámite de audiencia a la reclamante, que fue notificada el 2 de agosto y presentó alegaciones el 18 de agosto de 2010 en las que argumenta que su hijo continúa en tratamiento en Neurología del hospital Ramón y Cajal y que ha vuelto a ser operado en el Servicio de Ortopedia Infantil del mismo hospital, aporta informe en el que

se expresa que “en el año 2007 se realizó plicatura de perineos asociado a alargamiento. Desde la intervención quirúrgica citada el paciente presenta un pie plantígrado que le permite una marcha más cómoda aunque mantiene la marcha difícil a consecuencia de la hemiparesia que presenta. De igual manera presenta actitud en flexión de codo y muñeca de la extremidad superior derecha con dificultad para usar es extremidad”.

Finalmente, la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria elevó el 31 de marzo de 2011 propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación formulada.

El Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad emitió informe el 4 de mayo de 2011 en el que informa que cuando la reclamación se presentó en 1999 ya había prescrito el derecho a reclamar.

A la vista de estos antecedentes, son oportunas las siguientes

## CONSIDERACIONES EN DERECHO

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC, cuyo término se fijó el 8 de julio de 2011.

**SEGUNDA.-** En principio, la reclamante no estaría legitimada activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, puesto que fue su hijo, mayor de edad en el momento de presentar la reclamación, quien sufrió los daños presuntamente causados por una deficiente asistencia

sanitaria. La interesada dice actuar en representación legal de su hijo, condición que no acredita, aunque sería verosímil a causa de los daños neurológicos del perjudicado. En todo caso, la instrucción del expediente debió requerir la subsanación del defecto de representación en aplicación del artículo 71 LRJ-PAC, lo que no hizo, sino que tramitó la reclamación admitiendo así la representación aducida por la reclamante.

Es innegable la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid como titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño, al estar el Hospital La Paz integrado en la red pública sanitaria de la Comunidad de Madrid.

**TERCERA.-** El artículo 142.5 de la LRJ-PAC dispone que “*el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas*”.

En el caso sometido a dictamen, la lesión neurológica que afecta al hijo de la reclamante (hemiparesia derecha) se diagnosticó el 16 de febrero de 1976, según el informe de Neurología, por lo que a la fecha de presentación de la reclamación, el 18 de julio de 1999, había prescrito el derecho a reclamar.

El hecho de que el perjudicado continuase padeciendo las consecuencias derivadas de la hemiparesia que le ocasionó la Tetralogía de Fallot no supone que quepa considerar abierto indefinidamente en el tiempo el plazo para reclamar.

La jurisprudencia, en concreto, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007, dictada en el Recurso de Casación 3743/2004, señala que «*a tal efecto, como se indica en la sentencia de 11 de mayo de 2004 (RJ 2004/4053, la jurisprudencia ha distinguido entre daños*

permanentes y daños continuados, entre otras, las siguientes sentencias de 12 de mayo de 1997 (*RJ 1997, 3976*, 26 de marzo de 1999 (*RJ 1999, 3164*, 29 de junio del 2002 (*RJ 2002, 8799*) y 10 de octubre del 2002 (*RJ 2002/9805*), según la cual, por daños permanentes debe 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, mientras que los continuados “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 período 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”, o como señala la sentencia de 20 de febrero de 2001 (*RJ 2001, 5382*), en estos casos, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial el “*dies a quo*” será aquél en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (sentencias, entre otras, de 8 de julio de 1993 [*RJ 1993/5463*, 28 de abril de 1997 [*RJ 1997/3240*, 14 de febrero de 1994 [*RJ 1994/1474*, 26 de mayo de 1994 [*RJ 1994/3750*] y 5 de octubre de 2000 [*RJ 2000, 8621*]).

Del mismo modo, es de tener en cuenta lo que hemos dicho en reiteradas Sentencias, por todas la de 28 de febrero de 2007 (Rec. 5526/2003 SIC [*RJ 2007, 3678*]), en la que se señala: “El ‘*dies a quo*’ para el ejercicio de la acción de responsabilidad por disposición legal 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 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”».

Puesto que para el caso sometido a dictamen la hemiparesia derecha ya fue diagnosticada el 16 de febrero de 1976 y el 6 de septiembre de 1990 ya existían: “*incapacidad de extensión de dedos y mano contra gravedad. Muñeca y dedos de mano derecha en flexión. Antebrazo en flexo-pronación y brazo abducido. Pie equino varo. Marcha espástica de miembro inferior derecho*”.

Ya desde entonces quedó establecido el alcance de la hemiparesia del hijo de la reclamante y los tratamientos recibidos e intervenciones realizadas posteriormente y las visitas realizadas a los centros de salud no han modificado dicho padecimiento a peor, sino que se han limitado a paliarlo médicaamente en su evolución, como será necesario continuar haciéndolo. Por ello, nos encontramos ante un supuesto de daños permanentes. Resulta de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada, entre otras, en las sentencias de 28 de febrero de 2007 y 12 de noviembre de 2007, en las que declara que “*el dies a quo para el ejercicio de la acción de responsabilidad por disposición legal 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 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*”.

La reclamante aporta sentencia de 26 de marzo de 1999 del Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid por la que se reconoce a su hijo el derecho a recibir el complemento de ayuda a tercera persona equivalente al 50 por 100 de la pensión no contributiva que ya venía percibiendo. Se desconoce la fecha de notificación de la sentencia y ha de suponerse que sería posterior al 26 de marzo, pero en todo caso, no cabe considerarla como el *dies a quo* ya que el reconocimiento a percibir ese complemento de pensión no es sino la consecuencia de una situación que ya existía con anterioridad,

por lo que no puede equipararse a la determinación del alcance de las secuelas.

En soporte de este criterio podemos citar, por analogía, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de febrero de 2009: «... *el tiempo de curación de las lesiones y determinación definitiva de las secuelas resultantes para el recurrente se recoge en el informe del Médico Forense de 11 de noviembre de 1998, así como en el informe aportado a la causa penal por el propio perjudicado, emitido por D. ... el 9 de febrero de 1999, de manera que habiéndose formulado la reclamación de responsabilidad patrimonial el 29 de junio de 2000 es clara la superación del plazo de prescripción establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/92. Tal apreciación y valoración del alcance de dichos informes de la Sala de instancia no es cuestionada por la parte en este recurso, que se limita a invocar la doctrina jurisprudencial sobre la "actio nata" reflejada en las sentencias que cita, en cuya aplicación deduce que la determinación del alcance concreto de las secuelas se produjo con la declaración de incapacidad permanente del perjudicado en virtud de sentencia dictada en la Jurisdicción Social, planteamiento que no puede compartirse, pues dicha declaración es una consecuencia, precisamente, de las secuelas previamente establecidas en dichos informes, siendo explícito al efecto el emitido por el Médico Forense en las actuaciones penales que expresamente señala la incapacidad del recurrente para sus ocupaciones habituales, de manera que la acción para reclamar los perjuicios se podía ejercitar con pleno conocimiento del alcance de los mismos desde que las secuelas quedaron fijadas, de la misma forma que tal determinación del alcance de las secuelas justifica la solicitud de declaración de incapacidad a efectos laborales y no a la inversa».*

También avala este criterio la Sección 4<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de octubre de 2010 (RJ/2010/7251) en la que expresa que «*como señala la Sentencia*

de 25 de junio de 2002 (*RJ* 2002, 5755), esta Sala viene proclamando hasta la saciedad (*Sentencias de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero (RJ 1994, 883) y 26 de mayo de 1994, 26 de octubre de 2000 y 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 7418)*) que “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 (RJ, 200, 9384)*), o, en otros términos “aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción, cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha de diagnóstico de la enfermedad” (*Sentencia de 23 de julio de 1997*). Y en relación a la invocación de las sentencias de contraste que cita, en cuya aplicación se deduce que el plazo de prescripción para ejercer la acción de responsabilidad patrimonial se computa a partir de la declaración de incapacidad permanente del perjudicado en virtud de sentencia dictada en la jurisdicción social, debe señalarse, en primer lugar, que las sentencias invocadas no dicen lo que el recurrente alega, sino que en el caso concreto que examinan, las secuelas no han quedado determinadas hasta el reconocimiento de la incapacidad permanente por sentencia de la jurisdicción social; y, en segundo lugar, que dicho planteamiento no puede, en cualquier caso, compartirse, pues esta Sala ha dicho, por todas *Sentencia de 24 de febrero de 2009 (rec. nº 8524/04) (RJ 2009, 1098)*, al haber quedado las secuelas definitivamente fijadas en los informes obrantes en las actuaciones, “... la acción para reclamar los perjuicios se podía ejercitar con pleno conocimiento del alcance de los mismos desde que las secuelas quedaron fijadas, de la misma forma que tal determinación del alcance de las secuelas justifica la solicitud de declaración de incapacidad a efectos laborales y no a la inversa”».

Dado que desde el diagnóstico de la hemiparesia a consecuencia de la Tetralogía de Fallot no ha habido agravamiento ni nuevas secuelas, el *dies a quo* para el cómputo del plazo para reclamar ha de establecerse, en el caso

más favorable a la reclamante, el 6 de septiembre de 1990, por lo que, habiéndose presentado la reclamación el 18 de julio de 1999, en ese momento había sido superado ampliamente el plazo de un año para reclamar, de modo que la solicitud de responsabilidad patrimonial ha de reputarse fuera de plazo.

La falta de ejercicio del derecho a reclamar dentro del plazo produce, sin solución de continuidad, su extinción, por lo que no procede entrar a valorar el fondo del asunto.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada al haber prescrito el derecho a reclamar.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 29 de junio de 2011