



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 3 / 2 0 1 2

(Sección 1ª)

La Laguna, a 1 de octubre de 2012.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por A.C.S., en nombre y representación de V.G.S. y A.R.A., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 404/2012 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un Organismo autónomo de la Administración autonómica.

De la naturaleza de esta propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los artículos 12.3 y 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación este último precepto con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

1. Los hechos en lo que se basa la reclamación, presentada por A.C.S., actuando en representación de V.G.S. y A.R.A., según se relata en la solicitud presentada, son los siguientes:

* PONENTE: Sr. Bosch Benítez.

- La reclamante, siendo conocedora de la posibilidad de su condición de portadora del gen responsable del Síndrome de X Frágil, dado sus antecedentes familiares, se sometió el 7 de abril de 1999, a una amniocentesis en el Hospital Universitario de Canarias (HUC).

En un principio el estudio cinegético realizado mediante técnicas convencionales arroja unos resultados que determinan que el feto era normal y de sexo masculino. Sin embargo, dada la técnica convencional utilizada, estéril para detectar el Síndrome de X Frágil y el riesgo de presentar la mutación, la Sección de Citogenética del HUC solicita de manera urgente que se efectúe análisis molecular, por lo que remite muestras de sangre periférica de la madre y del feto obtenidas por funiculocentesis a la Unidad de Genética del Hospital Materno Infantil de Las Palmas de Gran Canaria.

El 12 de mayo de 1999 se emite informe en el que se establece que mediante la técnica PCR no se detecta el Síndrome de X Frágil, pero sí mediante la técnica de *Southern Blotting*, se establece el carácter de portadora para la paciente y se determina la presencia en la muestra correspondiente a la sangre fetal de la mutación asociada a Síndrome de retraso mental por cromosoma X Frágil.

A la vista de tales resultados, la paciente solicita y le es practicada la interrupción voluntaria del embarazo.

Estiman los reclamantes que el actuar de los facultativos del HUC fue diligente al remitir las muestras al segundo de los Centros citados con el fin de llevar a cabo la prueba diagnóstica adecuada al síndrome que se trataba de descartar, lo que evidencia además que ya en 1999 el Servicio Canario de la Salud disponía de los medios y pruebas diagnósticas prenatales adecuadas para la detección del Síndrome de X Frágil.

- El 15 de diciembre de 2004 la reclamante, encontrándose en la 11-12 semana de gestación, solicita al HUC una ligadura de trompas en previsión de posibles embarazos, así como la interrupción voluntaria del embarazo al ser conocedora de que es portadora del citado Síndrome.

Solicitado el correspondiente estudio genético para descartar o confirmar dicho síndrome, se emite el 12 de enero de 2005 informe por la Sección de Citogenética del HUC en el que se indica que mediante la técnica de hibridación no se ha observado ninguna aneuploidía en los cromosomas 13, 18 y 21, figurando como diagnóstico citogenético pendiente de cariotipo. El informe definitivo de 26 de enero indica que,

siendo utilizadas técnicas convencionales, no se han detectado anomalías en los autosomas ni en los cromosomas sexuales.

- El 25 de enero de 2005, un día antes de la emisión del informe definitivo al que acaba de hacerse referencia, la paciente había firmado un escrito en el que renuncia a la petición de interrupción voluntaria del embarazo solicitada, una vez informada de que el sexo del feto es femenino y que no tiene síndrome de Down.

Para los reclamantes este escrito de renuncia pone de manifiesto que la paciente fue informada verbalmente con anterioridad de manera errónea, pues en ningún momento se le proporcionó información acerca del Síndrome X Frágil, ni de la técnica utilizada, de las técnicas disponibles, de los resultados del estudio y de si éste descartaba el Síndrome por el que se había sometido a las pruebas y que exigían la realización de las pruebas específicas, no de una técnicas convencionales que ya se sabían inútiles para este fin.

Se evidencia con ello en su opinión una absoluta falta de medios al no utilizar la prueba diagnóstica específica, habiéndose sometido a una prueba invasiva y peligrosa, como es la amniocentesis, que ha resultado inútil a la vista del actuar de los facultativos, solicitada no sin fundamento alguno, sino por cuanto concurrían factores tales como su condición de portadora del Síndrome X Frágil, así como los antecedentes de las pruebas realizadas en el año 1999 que evidenciaron la enfermedad en el feto. De ahí la necesidad de llevar a cabo un control preciso, específico, más allá del meramente ordinario que se le hizo.

Se evidencia también por otra parte, según indican, una absoluta falta de consejo genético y de información, que lejos de ser adecuada y completa, condiciona la decisión de continuar con el embarazo, privando a la reclamante de su derecho a optar por interrumpirlo.

- El 26 de junio de 2005 nace en el HUC una niña sin alteración alguna aparente. No obstante, ante la observancia de retrasos en su desarrollo, comienzan a practicarse una serie de pruebas diagnósticas en el año 2008, que se concretan en:

- Informe de laboratorio externo solicitado por facultativo del correspondiente Centro de Salud, en el que se indica que los resultados no son concluyentes y se recomienda efectuar la técnica de *Southern Blot*. Por ello, el mismo facultativo solicita el 10 de julio de 2008 nuevo estudio molecular al indicado laboratorio, que

con fecha 15 de enero de 2009 concluye que el resultado del estudio genético realizado es normal.

- El 13 de marzo de 2009 se emite nuevo informe por el citado laboratorio externo en el que pone de manifiesto que el estudio anterior de 15 de enero de 2009 no fue correcto, por lo que el estudio fue repetido, dando como resultado que se trata de una niña afectada por el Síndrome del cromosoma X frágil.

- El 11 de noviembre de 2009, notificado el 7 de enero de 2010, se emite informe por la Unidad de Genética del Hospital Materno Infantil de las Palmas de Gran Canaria en el que una vez aplicada la técnica *Southern* se concluye que se trata de un individuo afectado del Síndrome de X Frágil.

Los reclamantes consideran en definitiva que el hecho de no agotar las posibles vías de detección del Síndrome aludido, ofrecidas por la técnica y la praxis médica, pese a todas las circunstancias que concurrían -tanto de antecedentes hereditarios como de las incidencias surgidas en el año 1999 que constan en la historia clínica- y el no informar a los padres de que la técnica realizada no era la adecuada, son omisiones que deben apreciarse como la relación directa, exclusiva e inmediata del daño antijurídico sufrido, que se concreta en el privación de poder conocer de antemano la posible transmisión del Síndrome X Frágil al feto, que es detectable en el periodo de gestación.

Estiman en consecuencia que la Administración debe indemnizar los daños morales y patrimoniales derivados del mal funcionamiento del servicio, que cuantifican de la siguiente forma: daños morales: 300.000 euros; daños patrimoniales: 200.000 euros, en concepto de dedicación exclusiva por parte de la madre al cuidado de su hija y su imposibilidad en consecuencia de acceder al mercado laboral y 1.000 euros mensuales en concepto de pensión vitalicia para la hija.

2. En el presente procedimiento los reclamantes, que actúan por medio de representante, ostentan la condición de interesados en cuanto titulares de un interés legítimo, puesto que alegan haber sufrido daños como consecuencia del funcionamiento incorrecto de un servicio público, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento. La representación conferida consta asimismo debidamente acreditada en el expediente.

Se cumple por otra parte la legitimación pasiva de la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin a este procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el artículo 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los artículos 10.3 y 15.1 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.

La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60.1.n) de la ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación, presentada con fecha 23 de septiembre de 2010, al considerar prescrito el derecho a reclamar.

En su solicitud los interesados consideran que no es hasta el informe de 11 de noviembre de 2009, notificado el 7 de enero de 2010, emitido por la Unidad de Genética del Hospital Materno Infantil de Las Palmas de Gran Canaria, cuando se concluye que la menor está afectada del Síndrome de X-Frágil. De este modo, sostienen, la última fecha citada es el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad, pues es la fecha en que conocen definitivamente los efectos del quebranto, consecuencia del actuar negligente de la Administración.

Por su parte la Administración, con fundamento en el informe emitido al respecto por el Servicio de Inspección, considera que, a los efectos de valorar la prescripción, resulta relevante el momento en que los interesados tienen conocimiento del diagnóstico del Síndrome X-Frágil que padece la menor, ya que será a partir de entonces cuando empiece a computarse el plazo de un año que señala la Ley para presentar la reclamación por responsabilidad patrimonial. A tales efectos estima que la fecha que ha de considerarse como inicio del cómputo de un año para reclamar es el 23 de marzo de 2009, toda vez que en dicha fecha los interesados ya

tenían conocimiento del Síndrome X-Frágil, con base en el análisis molecular realizado por el Reference Laboratory de Barcelona. Sostiene entonces la Propuesta de Resolución que, en consecuencia, el 23 de septiembre de 2010 se presentó extemporáneamente la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

2. A los efectos de valorar la prescripción del derecho a reclamar de la interesada resulta preciso partir de lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJAP-PAC, en virtud del cual 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. De conformidad pues con el precepto legal citado, es a la fecha de la determinación de la irreversibilidad del daño a la que hay que atenerse como término inicial del plazo prescriptivo de un año, como por lo demás reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, constante en señalar 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 secuelas (SSTS de 31 de octubre de 2000, 11 de mayo de 2001, 28 de febrero, 21 de mayo y 21 de junio de 2007, 1 de diciembre de 2008, 15 de diciembre de 2010, 15 de febrero, 21 de junio y 29 de noviembre de 2011, 10 de abril de 2012, entre otras).

En el presente caso, tanto la Administración como los interesados sostienen, correctamente, que el *dies a quo* se fija en el momento en que se alcanza el diagnóstico del Síndrome que afecta a la menor, ya que en este momento se encuentra determinado la irreversibilidad del daño. No obstante, la discrepancia se centra precisamente en determinar cuál es el informe relevante que permite concluir tal diagnóstico.

En el expediente se encuentra acreditada la siguiente secuencia de hechos relevantes a los efectos de alcanzar una conclusión acerca de la prescripción sostenida por la Administración:

- El 5 de mayo de 2008, el facultativo del correspondiente Servicio de Pediatría solicita al laboratorio de referencia del Centro de Salud del Puerto de la Cruz estudio molecular bajo el juicio diagnóstico de síndrome X frágil. El informe emitido no alcanza conclusiones concluyentes con la técnica utilizada, por lo que recomienda efectuar la técnica *Southern Blot* con sondas radioactivas, indicando claramente en la petición que se solicita la técnica citada para el estudio del polimorfismo del cromosoma X-frágil.

- El 15 de enero de 2009 se emite por el mismo laboratorio nuevo informe una vez utilizada la técnica *Southern Blot*, en el que se indica como resultado "patrón normal".

- El 13 de marzo de 2009 se emite informe por el Laboratorio R., de Barcelona en el que se hace constar que en un estudio anterior se informó como normal, si bien ante la afectación clínica que presentaba la paciente se ha repetido el estudio en condiciones especiales que han puesto de manifiesto que se trata de una niña afectada por el síndrome del cromosoma X frágil.

- Tras este informe, el 23 de marzo de 2009 se cursa por el mismo facultativo interconsulta al Hospital Materno Infantil de Las Palmas de Gran Canaria en la que ruega "determinación de cromosoma X frágil en un caso de problema diagnóstico con el laboratorio R.".

- Finalmente, la Unidad de Genética Molecular del citado Centro hospitalario emite informe el 11 de noviembre de 2009 en el que se concluye que se trata de un individuo afectado del Síndrome X frágil. De este informe la paciente tuvo conocimiento el 9 de febrero de 2012, según consta en la historia clínica obrante en el Centro de Salud.

Los citados y sucesivos informes evidencian que no es hasta el emitido con fecha 11 de noviembre de 2009 cuando puede considerarse acreditado el padecimiento de la enfermedad por la menor a efectos de la determinación del *dies a quo* para la interposición de la reclamación, como demuestra el hecho de que fue solicitado precisamente ante los problemas técnicos advertidos con los emitidos con anterioridad, de resultados contradictorios.

Los reclamantes por otra parte eran conocedores de que tras el informe de 13 de marzo de 2009 emitido por el laboratorio de Barcelona se cursó por el facultativo que atendía a su hija una nueva petición de estudio al Centro hospitalario perteneciente al Servicio Canario de la Salud, por lo que no es hasta la emisión de éste cuando han tenido confirmación de la enfermedad padecida por la menor y se encontraban en consecuencia en disposición de presentar la reclamación por lo daños que estiman les ha irrogado el funcionamiento del servicio público sanitario.

Teniendo en cuenta pues este último informe y su puesta en conocimiento de los interesados, la reclamación presentada el 23 de septiembre de 2010 no es

extemporánea. Procede que, en consecuencia, se tramite el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, según lo expuesto en el Fundamento III.2.