



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 5 0 / 2 0 1 4

(Sección 2ª)

La Laguna, a 18 de diciembre de 2014.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por J. B. C., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 337/2014 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución (PR) formulada en un procedimiento de responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud (SCS).

2. Es preceptiva la solicitud de dictamen, en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), pues la interesada solicita una indemnización de 80.000 €, habiéndose presentado la reclamación con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2011, de 17 de marzo, que modifica la citada Ley 5/2002 en la cuantía mínima de 6.000 € en los procedimientos de responsabilidad patrimonial. Todo ello en relación con el art. 12.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

3. La legitimación de la citada Consejera para solicitar el dictamen resulta del art. 12.3 LCCC.

4. En el escrito de reclamación la afectada, en tenor literal, alega:

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

“ (...) Que a partir del año 2001 empecé a sentir un fuerte dolor en la espalda en el lado izquierdo en la parte superior por lo que fui al médico (en Puerto del Rosario) que me auscultó y me dijo que él no veía nada raro. Ese mismo año en agosto, estando de vacaciones en Roda de Albacete, volvió a darme un dolor muy fuerte, por lo que acudí a urgencias donde me hicieron un reconocimiento y me mandaron hacer una radiografía, me dieron informe médico que constan en mi poder, para mi médico. En el informe decían que tenía un engrosamiento del hilio izquierdo que creían era a expensas de art. Pulmonar por lo que recomendaban una valoración a los 2 meses.

Volví a Fuerteventura y me mandó hacer otra radiografía que miró y dijo que no veía nada raro, cuando le pregunté que era una mancha que se veía, me dijo que era por el tabaco.

Al siguiente año, me encontraba peor porque no solo me dolía sino que además me costaba respirar y me cansaba, nueva radiografía y la misma respuesta.

Estando en Lanzarote se me inflamó muchísimo la cara acudí a urgencias del Hospital donde les dije además que me dolía la espalda a la altura del pico del pulmón y me costaba respirar, me mandaron otra radiografía que miraron dos médicos (...) me pincharon (...) y me dijeron que si la inflamación no bajaba que volviera al día siguiente, cosa que hice y a los médicos que me vieron les expliqué que había estado el día anterior y lo que había pasado, a lo que me dijeron que si no había bajado con el (...) ellos no podían hacer nada.

Así seguí los siguientes años, yendo a urgencias de todas las islas con fuertes dolores, falta de respiración y mucho cansancio, hasta que en el año 2006 fui a mi médico y le dije que no podía mas y que quería que me mandara al neumólogo y me dijo que sí, pero que a petición propia, cosa que puso en el volante”.

Continúa relatando que finalmente le diagnostican carcinoma: “ya medía casi 4 cm y que debido a los 6 años transcurridos sin hacer caso de mis quejas, ya había metastatizado en mediastino, entrada aorta pulmonar (...) etc., por lo que no solo tuvieron que hacerme lobectomía, sino que además me tuvieron que dar quimioterapia y radioterapia, con todas las secuelas que conlleva (fuertes dolores en huesos, uñas, tos continua, sequedad de garganta) y una merma importante de mi capacidad física que perjudica totalmente mi trabajo (...) Quiero hacer constar que conservo todas las radiografías anteriores a mi operación, por si fuera necesario presentarlas”.

5. No concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución, desarrollados por los arts. 139 y 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), tal y como se detallará más adelante.

II

1. El procedimiento se inició con la presentación del escrito de reclamación inicial por la interesada el 20 de diciembre de 2013, fecha de Registro de Entrada en la Secretaría General del SCS.

2. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se observa:

Primero.- En fecha 26 de diciembre de 2013, el Jefe de Servicios de Normativa y Estudios requiere de la interesada la mejora de la solicitud presentada, que, tras ser notificada el 7 de enero de 2014, atendió oportunamente.

Segundo.- En fecha 22 de enero de 2013, la Secretaria General del SCS, emite Resolución por la que se admite a trámite la reclamación formulada; solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) del Servicio Canario de la Salud, particularmente sobre la prescripción de la acción, y en su caso el que provenga del Servicio cuyo funcionamiento hubiera ocasionado la presunta lesión indemnizable; se valore la existencia o no de relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada al reclamante y los daños y perjuicios por los que reclama; además, acuerda suspender el plazo para resolver el procedimiento y notificar la resolución por el tiempo que media entre la solicitud del informe preceptivo y su recepción o, en su caso el acuerdo indemnizatorio que ponga fin al procedimiento. La citada Resolución se notificó a la interesada el 16 de febrero de 2014.

Tercero.- En fecha 7 de marzo de 2014, el SIP emite el informe requerido con base en los informes clínicos del Hospital Universitario Insular de Gran Canaria y Hospital (...), que se adjunta al expediente.

Cuarto.- En fecha 12 de marzo de 2014, la Secretaría General del SCS, confiere trámite de vista y audiencia del expediente a la interesada, por lo que una vez notificada presentó alegaciones que indican con respecto a la fecha de la reclamación que según el Servicio Canario de la Salud le había informado que el plazo del que disponía para reclamar era de 10 años.

Quinto.- La primera PR se emitió el 31 de julio de 2014, en la cual, entre otros asuntos, solicitaba el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias. Sin embargo, el citado Órgano en el Pleno, mediante sesión celebrada el día 18 de septiembre de 2014, acordó dejar sobre la mesa la solicitud de dictamen toda vez que ni en la reclamación ni en la tramitación del procedimiento se hizo referencia a la cuantía de la indemnización solicitada o que se considera pudiera abonarse a la interesada, lo que tendría que requerirse por la Administración actuante, siendo determinante de la preceptividad de la solicitud del dictamen.

En consecuencia, la interesada cuantificó la indemnización pretendida con la cantidad de 80.000,00 € en concepto de pérdida de oportunidad por los daños soportados.

Sexto.- En fecha 31 de octubre de 2014, la Consejera de Sanidad remitió al Consejo Consultivo el escrito requerido a la interesada por la Administración implicada sobre el quantum indemnizatorio.

Conforme al art. 13.3 RPAPRP, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento se ha superado ampliamente; por tanto, se resolverá vencido el plazo resolutorio, aunque procede resolver expresamente, sin perjuicio de los efectos económicos y administrativos que, en su caso, esta dilación comporte [arts. 42.1 y 7, 43.1 y 3.b), 141.3, y 142.1 LRJAP-PAC].

III

1. La PR desestima la reclamación porque el órgano instructor considera que ha sido presentada fuera del plazo de un año desde que se produjo el daño soportado por la afectada, y que, por tanto, habría prescrito su derecho a reclamar.

2. Concretamente, a la vista de la historia clínica de la paciente se observa que esta fue diagnosticada en el año 2006 en el Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín de un carcinoma de pulmón en lóbulo superior izquierdo, por el que fue intervenida en el Hospital Puerta de Hierro en Madrid, practicándosele la resección de lóbulo ampliada y linfadenectomía el día 28 de abril de 2006 (folios del expediente 000103 y 000113).

Siguiendo el informe del SIP, "la enfermedad se caracteriza por ser limitada no extensa (extensión de la enfermedad que sea abordable dentro de un campo de radioterapia). Se incluyen como enfermedad limitada la afectación de ganglios

hiliares homolaterales y contralaterales, supraclaviculares homolaterales y mediastínicos”.

Igualmente, el citado Servicio informa que ha quedado demostrado médicamente que la lobectomía pulmonar (extirpación del lóbulo pulmonar en su totalidad) es el tipo de cirugía más efectiva, aun cuando el tumor pulmonar sea muy pequeño, ya que ofrece la mejor probabilidad de cura.

La paciente estuvo recibiendo desde el 30 de mayo de 2006 tratamiento y controles en el Servicio de Oncología del Hospital Universitario La Fe en Valencia. También recibió quimioterapia y radioterapia como tratamiento complementario.

3. Por lo que se considera que la afectada, tras ser diagnosticada, fue asistida correctamente recibiendo el tratamiento protocolizado al respecto según su enfermedad, evidenciando una mejora clara en la salud de la misma, pues en el informe de 10 de enero de 2007 que emite el facultativo respectivo consta que la reclamante se encuentra "libre de enfermedad". Sin perjuicio de que la afectada haya tenido que continuar recibiendo tratamientos de control y preventivos de su enfermedad en el Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, con el objeto de cumplir el protocolo establecido y, en su caso, detectar precozmente la aparición de posibles complicaciones postoperatorias tardías y recidivas.

El SIP informa que “con carácter general se describe que para pacientes tratados con intención curativa, se recomienda valoración y exploración cada tres meses durante los dos primeros años, cada seis meses hasta los cinco años y luego anualmente; debido a la posibilidad de recurrencia, inexcusablemente, los pacientes oncológicos continuarán siendo sometidos a controles durante muchos años y se han de practicar distintas pruebas para ver si hay signos de reaparición del cáncer. Asimismo se han de controlar también los efectos adversos retardados de los necesarios tratamientos recibidos para el proceso oncológico; las estadísticas de supervivencia al cáncer se dan normalmente en términos de 5 años de supervivencia”.

Finalmente, indica el referido Servicio “que lo verdaderamente cierto es que la consecuencia del tratamiento pautado es una expectativa de supervivencia por encima de los estándares habituales”.

4. En el supuesto planteado han transcurrido más de siete años desde que la paciente recibió el alta “libre de enfermedad”, sin constar recaída de la misma,

recidiva, recurrencia, progresión o metástasis, posterior a dicho informe. Por lo que se considera, de acuerdo con la PR, que el derecho a reclamar de la interesada ha prescrito.

El día 20 de diciembre de 2013 es la fecha en la que la interesada presentó la reclamación y el día que se considera a efectos de inicio de cómputo de plazo para reclamar desde que las secuelas fueron determinadas, esto es, el 10 de enero de 2007 (fecha del informe aducido).

Todo ello lo confirma, igualmente, el hecho de que hayan transcurrido más de los 5 años establecidos médicamente según los conocimientos actuales en la materia, desde el diagnóstico, intervención y tratamiento, sin objetivar recidiva y con supervivencia libre de progresión, estando estabilizado su proceso y conocidos los efectos de la enfermedad padecida.

5. Se recuerda, una vez más, que el inicio del plazo para reclamar debe de situarse en la fecha en la que se determinen las secuelas y no en la finalización de los tratamientos rehabilitadores, paliativos y en revisiones o controles médicos. Por ello, es por lo que se tiene en cuenta, en este caso, la fecha de 10 de enero de 2007 a efectos de inicio del cómputo del plazo establecido, habiendo conocido entonces la afectada el informe que indica haber superado la enfermedad, tras recibir el tratamiento adecuado, determinándose las secuelas consecuentes.

6. Llegados a este punto, para poder establecer el día a partir del cual ha de computarse el inicio del plazo de prescripción de un año que indica el art. 142.5 LRJAP-PAC, se entiende que el daño permanente se refiere a una lesión de carácter irreversible e incurable, cuyas secuelas quedan determinadas desde la fecha en que tiene lugar el alta médica y que, por lo tanto, no pueden confundirse con los padecimientos que derivan de la enfermedad, susceptibles de evolucionar en el tiempo como ocurre en el presente caso. 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 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).

A estos efectos, la jurisprudencia ha venido distinguiendo entre daños permanentes y daños continuados. Como señala la reciente Sentencia de 8 de octubre de 2012, con cita de numerosos pronunciamientos anteriores, 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. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo. En cambio, los daños continuados, conforme a la citada jurisprudencia, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Por ello, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos, o, como establece el art. 145.2 LRJAP-PAC, para los daños físicos o psíquicos inferidos a las personas, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (SSTS de 17 de febrero de 1997, 26 de marzo de 1999, 29 de junio y 10 de octubre de 2002, 11 de mayo de 2004, 14 de julio de 2010, 22 de febrero y 12 de septiembre de 2012, entre otras).

7. En definitiva, considerando como el *dies a quo* a efecto del cómputo de plazo la fecha en que la paciente recibió el referido informe de libre de enfermedad, la interesada presentó la reclamación transcurrido sobradamente el plazo de un año del que todo interesado dispone para reclamar, pues pasaron más de siete años desde que recibió el citado informe médico hasta que se registró la citada solicitud, por *ende*, fuera de plazo.

Por lo tanto, el derecho a reclamar ha prescrito al no concurrir el requisito temporal exigido en la ley para ejercer la acción de responsabilidad patrimonial.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a dictamen se considera conforme a Derecho.