



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 6 4 / 2 0 1 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 17 de diciembre de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutorio del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por J.O.C.D., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 470/2015 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 del Servicio Canario de Salud, Organismo Autónomo de la Administración autonómica.

2. El reclamante solicita una indemnización que asciende a la cantidad de 24.205,38 euros. Esta última cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Consejero 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 el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y el art. 12 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.

---

\* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

## II

1.J.O.C.D. formula con fecha 3 de julio de 2014 reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños supuestamente causados por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud en la asistencia que le fue prestada con ocasión del padecimiento de un carcinoma de mama.

El reclamante alega, entre otros extremos, lo siguiente:

“PRIMERO.- El ahora compareciente (...), hace ahora más de tres años, es decir, en el año 2010, notó la aparición de un nódulo en la mama derecha, en su día fue evaluado por el médico de Atención Primaria, el cual no realizó estudio alguno y sin que se le diera la trascendencia que a la postre, como veremos, tendría esta circunstancia.

Curiosamente, fue el Dr. (...) especialista en Medicina Interna en su consulta privada quien lo detectó y recomendó su estudio y valoración.

SEGUNDO.- En enero del año 2012, es decir casi dos años después, ante mi insistencia, fui valorado médicamente por otro facultativo que me remitió a Cirugía del Hospital Universitario de Gran Canaria, Doctor Negrín, donde me dieron cita (...) en fecha 16 de mayo de 2012, y es a partir de ahí cuando se comienza a realizarme pruebas, detectándoseme en la mama derecha un nódulo denso que retrae el complejo areola-pezones, que ecográficamente mide aproximadamente 1 cm., sospechoso de malignidad.

Después de las pruebas de rigor, se me diagnostica carcinoma de mama derecha localmente avanzado T4b N1 M0, estadio HIB.

El tratamiento indicado es programación de quimioterapia con FEC90 cada tres semanas por cuatro seguido de Taxol/100 semanal por ocho y posterior valoración (...).

TERCERO.- Posteriormente y tras las pruebas pertinentes, soy intervenido quirúrgicamente de mi dolencia (...) en fecha 7 de noviembre del año 2012, es decir, casi tres años después de la primera visita al Servicio Canario de la Salud, practicándoseme una mastectomía radical modificada derecha tipo Madden.

Actualmente continúo en tratamiento y vigilancia, sin que se hayan terminado de determinar las secuelas definitivas y los perjuicios a todos los niveles ocasionados por no haberse actuado médicamente a tiempo.

(...)

SEXTO.- Como consecuencia de cuanto hemos relatado y de la negligencia sufrida, el ahora compareciente ha sufrido una incapacidad permanente absoluta, reconocida por sentencia recaída en primera instancia en el procedimiento de Seguridad Social en materia prestacional nº 747/2012, del Juzgado de lo Social nº 1 de Gáldar, Sentencia que aún no ha adquirido firmeza, puesto que ha sido recurrida por la Administración”.

El reclamante solicita una indemnización que asciende a la cantidad de 24.205,38 euros, comprensiva de los daños físicos, psíquicos y económicos sufridos como consecuencia del retraso diagnóstico de su enfermedad.

2. En el presente procedimiento el reclamante ostenta la condición de interesado en cuanto titular de un interés legítimo al alegar daños personales y patrimoniales como consecuencia de la actividad sanitaria, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento.

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

3. 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 art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 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 la 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, 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.

4. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que impidan la emisión de un dictamen de fondo, si bien se ha incumplido el plazo de seis meses que para su resolución establece el art. 13.3 RPAPRP. La demora producida no impide, sin embargo, la resolución del procedimiento, que sigue pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 43.4.b) LRJAP-PAC.

5. Consta en el expediente que el interesado ha interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación, que se encuentra pendiente de resolución.

### III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, constan en el expediente los siguientes antecedentes de interés, tal como han sido puestos de manifiesto por el Servicio de Inspección y Prestaciones en su informe, con base en los datos obrantes en la historia clínica:

- El reclamante posee antecedentes de diverticulosis sigmoidea por el que se encontraba en incapacidad temporal entre el 17 de noviembre de 2010 y el 29 de diciembre de 2010. Presenta también síndrome ansioso depresivo que da lugar a que, en la fecha 6 de septiembre de 2010, por parte de su médico de cabecera se curse interconsulta a Psiquiatría por "(i)nsomnio persistente hace meses y crisis de pánico, incluso empezó a oír voces".

Desde la Unidad de Salud Mental, en noviembre de 2010, se informa a la médico de cabecera: paciente con trastorno adaptativo y alucinaciones relacionadas con el sueño no psicóticas. Adecuan tratamiento farmacológico".

- Por primera vez, manifiesta a su médico de Atención Primaria en consulta de fecha 30 de noviembre de 2010 la existencia de un "nódulo mamario derecho doloroso de 3 meses de evolución". Por tal motivo, dicho profesional realiza interconsulta al Servicio de Cirugía, con carácter preferente, a fin de que fuera valorado.

En la fecha 11 de enero de 2011, es citado en Consultas Externas de Cirugía del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín (Hospital), tal como consta tanto en los registros del Servicio de Admisión como en la historia clínica del citado Hospital.

En dicha fecha se manuscibe por la cirujana que lo atendió: "(a)umento de tamaño de glándula mamaria derecha de 11 meses de evolución dolorosa recientemente. No salida de ningún material por el pezón. E.F. (exploración física): nódulo retroareolar derecho de 2 X 3 cm. de diámetro, levemente doloroso. PAAF (punción aspiración con aguja fina): tejido mamario graso. Juicio diagnóstico ginecomastia unilateral".

La muestra obtenida, consistente en tres frotis, se envía a Anatomía Patológica, confirmando al día siguiente: "(c)itología negativa para células malignas. Hallazgos compatibles con ginecomastia".

- Ese mismo día 11 de enero, por la cirujana, debido a la patología digestiva ya conocida, solicita además enema opaco que consta realizado el 21 de enero, sin estenosis patológica.

- En la fecha 17 de febrero de 2011, es valorado por el cirujano (...). Sin incidencias.

- Posteriormente, acude a su médico de cabecera en las fechas 5 de abril, 19 de mayo, 19 de septiembre, 18 de noviembre de 2011 y el 29 de febrero de 2012, sin que conste en la historia clínica referencias a patología mamaria.

- El 13 de abril de 2012, es atendido en el Hospital en la consulta de Cirugía General. Se procede a derivar al paciente, con carácter urgente a consulta en la Unidad de Mama, por lesión en mama derecha con retracción y supuración.

- La atención en la Unidad de Mama se inicia el 17 de abril de 2012. Se solicitan cuantas pruebas diagnósticas se precisaron hasta alcanzar el diagnóstico de carcinoma de mama derecha.

- Se inicia consultas en Oncología Médica en fecha de 16 de mayo de 2012.

- El 18 de mayo de 2012 se inicia proceso de incapacidad temporal.

- Se administra tratamiento de neoadyuvancia con quimioterapia entre el 28 de mayo y el 8 de octubre de 2012, con respuesta radiológica y clínica del 75%. La intención entre otras cosas era disminuir el tamaño tumoral controlando además la posibilidad de micrometástasis.

- Se realiza tratamiento quirúrgico consistente en mastectomía el 7 de noviembre de 2012.

Tras la cirugía con el estadiaje definitivo de pT2 N1 a MO, se indica radioterapia adyuvante entre el 3 de diciembre de 2012 y el 15 de enero de 2013, con el fin de aumentar la posibilidad de supervivencia prolongada sin recidiva.

- En la actualidad, en seguimiento por Cirugía General y Oncología, ante la patología oncológica que presenta.

- Fue declarado pensionista por incapacidad permanente absoluta en Sentencia de 8 de mayo de 2013, del Juzgado de lo Social nº 1 de Gáldar, con efectos desde el 30 de noviembre de 2012.

2. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación presentada, al considerar prescrito el derecho a reclamar del interesado.

Se fundamenta esta prescripción en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, que señala a este respecto que el inicio del plazo para reclamar se pudo ejercitar cuando alcanzó pleno conocimiento del alcance de los perjuicios

sufridos, y esto ocurrió al menos desde que interpuso la demanda ante el Juzgado de lo Social el 18 de diciembre de 2012 a fin de obtener la declaración de incapacidad absoluta.

Tiene en cuenta a estos efectos el Servicio de Inspección y Prestaciones que la Sentencia del Juzgado de lo Social, de 8 de mayo de 2013, reconoció al interesado la incapacidad permanente absoluta con base en el contenido de la pericial médico-forense practicada a propuesta del ahora reclamante. Este informe médico forense se pronuncia en los siguientes términos:

“(...) pues según se indica en el informe médico forense, el actor presenta un tumor maligno de mama derecha (localmente avanzado y con mal pronóstico), tumor que ha sido tratado con quimioterapia e intervención quirúrgica (mastectomía derecha radical) (...) el cáncer de mama llevará al peritado a un deterioro significativo en su calidad de vida y un mal pronóstico vital y que se traducirá a partir de ahora en múltiples situaciones de incapacidad temporal debidas a la administración y/o efectos secundarios de la medicación y a la realización de controles y pruebas diagnósticas (...)”.

Entiende entonces el Servicio de Inspección y Prestaciones que en este informe forense se determina el alcance de las secuelas, tras la finalización del tratamiento (quimioterapia, cirugía, radioterapia), aun cuando no se recupere íntegramente la salud, por cuanto el daño producido resultaba previsible en su evolución y en su determinación y, por tanto, cuantificable. Por ello, la reclamación, presentada el 3 de julio de 2014 resulta extemporánea.

El Servicio de Inspección y Prestaciones, además, en una interpretación más favorable para el interesado, considera que aun teniendo en cuenta la fecha de la Sentencia que declaró su incapacidad permanente absoluta, 8 de mayo de 2013, habría que concluir en la prescripción del derecho a reclamar, al haber transcurrido desde esta fecha más de un año hasta que la reclamación fue presentada.

2. En los procedimientos de responsabilidad patrimonial, de acuerdo con lo dispuesto en el 142.5 LRJAP-PAC, el derecho a reclamar prescribe al año de 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.

En el presente caso, la reclamación fue presentada por el interesado, como acaba de señalarse, con fecha 3 de julio de 2014, alegando en su escrito inicial que en el momento de su presentación “continúa en tratamiento y vigilancia, sin que se

hayan terminado de determinar las secuelas definitivas y los perjuicios a todos los niveles ocasionados por no haberse actuado médicamente a tiempo". Durante el trámite de audiencia concedido a los efectos de que alegara lo que a su derecho conviniera en relación con la prescripción de la reclamación, a la vista del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, el interesado sostiene que la acción no está prescrita, si bien la prueba de la inexistencia de la prescripción será aportada en el recurso-contencioso administrativo ya formulado, sin fundamentar por tanto en el este procedimiento administrativo las razones que avalan su afirmación.

Pues bien, en el presente caso, tal como se ha relatado en los antecedentes, el reclamante fue intervenido del carcinoma padecido el 7 de noviembre de 2012, practicándosele una mastectomía. Previamente, entre el 28 de mayo y el 8 de octubre del mismo año, había recibido tratamiento de neoadyuvancia con quimioterapia, y tras la cirugía se pautaron sesiones de radioterapia adyuvante, recibidas entre el 3 de diciembre de 2012 y el 15 de enero de 2013, con el fin de aumentar la posibilidad de supervivencia prolongada sin recidiva.

A partir de esta última fecha, 15 de enero de 2013, el paciente ha estado sometido a revisiones periódicas por los Servicios de Cirugía General y Oncología, como resulta necesario, según informa el Servicio de Inspección y Prestaciones, ante la patología oncológica que presenta y que constituyen por tanto seguimientos preventivos ante la posibilidad de recidiva.

Por ello, teniendo en cuenta última fecha citada ha de considerarse que la reclamación resulta extemporánea. A este respecto, señala de forma constante la jurisprudencia que una vez establecido el 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 (SSTS 28 de febrero de 2007, 15 de febrero de 2011 y 12 de septiembre de 2012, entre otras), lo que resulta plenamente aplicable aquí, pues el reclamante no ha acreditado que la enfermedad se haya prolongado más allá del 15 de enero de 2013 ni tampoco la aparición de secuelas que hubieran podido surgir con posterioridad y que no estuvieran por tanto determinadas entonces. Sí consta en cambio acreditado en el expediente que el paciente acude a revisiones periódicas, pero estas son de carácter preventivo al objeto de controlar la aparición de posibles recidivas.

Todo ello, sin olvidar que, como señala el Servicio de Inspección y Prestaciones, del propio informe forense aportado en el proceso que culminó con la Sentencia de 8 de mayo de 2013, ya citada, se puede entender que el alcance de los daños ya constaban determinados desde la fecha en que tal informe fue emitido, cuya fecha no consta en el expediente, pero en todo caso es anterior al 8 de mayo de 2013.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho, con arreglo a la argumentación que se expone en el Fundamento III, por lo que procede la desestimación de la reclamación formulada por J.O.C.D.