



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 7 6 / 2 0 1 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 17 de noviembre de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero 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 (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 371/2016 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Está legitimada para solicitarla el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. Los antecedentes de hecho, que se desprenden del escrito de reclamación de la afectada y del resto de la documentación obrante en el expediente, son los siguientes:

La afectada padece una asimetría mamaria desde la adolescencia que le causaba diversos problemas psicológicos, razón por la que el día 25 de noviembre de 2009 fue remitida por su médico de cabecera al Servicio de Cirugía del Hospital Universitario Ntra. de la Candelaria, donde es valorada el 29 de marzo de 2010 para tratamiento

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

quirúrgico por asimetría mamaria. Este Servicio, a su vez, la remitió al Servicio de Cirugía Plástica del Hospital San Juan de Dios, donde, tras ser valorada nuevamente se le diagnosticó una gigantomastia asimétrica y se la ingresó el día 5 de julio de 2010 para ser intervenida ese mismo día de mamoplastia del pecho izquierdo (reducción del pecho) con maxtoplexia del pecho derecho (elevación del mismo).

El día 6 de julio de 2010, recibió el alta hospitalaria, fue revisada por primera vez el día 9 de julio de 2010, y se sometió a diversas curas; dada de alta, con control temporal el 8 de noviembre de 2010, el día 7 de febrero de 2011, se le dio el alta definitiva. En ambas citas la paciente no manifestó molestia alguna.

4. La afectada alega que tras el alta hospitalaria presentó diversos problemas de cicatrización y que el pecho izquierdo fue perdiendo volumen de manera inadecuada, pues incluso llegó a sobrarle piel, observando cómo la areola estaba arrugada. Este problema se lo comentó al Dr. (...), cirujano que le intervino, quien le manifestó que los resultados de la intervención no habían sido buenos, que debía esperar a que todo estuviera bien asentado, unos diez meses, momento en el que debía plantearse una reintervención quirúrgica.

Sin embargo, durante los referidos diez meses la afectada, muy traumatizada, observó cómo su pecho izquierdo se había convertido en una «bolsa vacía» y su pecho derecho presentaba una gran cicatriz alrededor de la areola y desde la misma hasta la base del pecho, motivos por los que decidió acudir al médico de cabecera el día 12 de abril de 2011, quien tras observarla la remitió al Servicio de Cirugía Plástica del Hospital Universitario de Canarias, para valoración por persistencia de asimetría mamaria, pero ahora es la mama izquierda la de menor tamaño.

En dicho hospital fue valorada por el Servicio de Cirugía Plástica el día 2 de junio de 2011, donde se constató que seguía padeciendo asimetría mamaria, si bien ahora el pecho izquierdo era menor que el derecho. Se le recomendó la realización de una intervención quirúrgica correctora en ambas mamas, pero la afectada decidió operarse sólo del pecho izquierdo. La interesada firma el consentimiento informado el 18 de diciembre de 2012.

5. El día 4 de marzo de 2013, se le practicó por la Doctora (...), de dicho Servicio, la necesaria cirugía correctora mamaria consistente en colocarle una prótesis en la mama izquierda, operación que tuvo muy buen resultado y una buena evolución postoperatoria. El alta hospitalaria se produce el 5 de marzo y, tras varios controles, el 26 de julio de 2013 se pauta revisión en dos años.

6. De los escritos presentados por el representante de la afectada se deduce con toda claridad que se reclama por los efectos de la primera intervención quirúrgica realizada el día 5 de julio de 2010 en el Hospital de San Juan de Dios, la cual se considera realizada de forma deficiente, por lo que se reclama una indemnización total de 108.850 euros, incluyéndose en ella el daño moral que se valora en 30.000 euros.

7. Son de aplicación tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), ley aplicable en virtud de lo que dispone la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como el 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.

II

1. El procedimiento comenzó mediante la presentación del escrito de reclamación, que se efectuó el día 28 de febrero de 2014.

Posteriormente, el día 19 de marzo de 2014, se dictó la Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada.

El procedimiento cuenta con el informe del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital de San Juan de Dios y el del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud. Además, se procedió a la apertura del periodo probatorio, practicándose diversas pruebas testificales y se le otorgó el trámite de vista y audiencia a la reclamante, quien presentó escrito de alegaciones en el que se contenía la evaluación económica definitiva de los daños sufridos.

2. El día 29 de septiembre de 2016 se emitió Propuesta de Resolución, acompañada del borrador de la Resolución definitiva, y tras la emisión del informe de la Asesoría Jurídica departamental se redactó el día 19 de octubre de 2016 la Propuesta de Resolución definitiva, vencido el plazo resolutorio sin justificación. Esta demora, sin embargo, no obsta para resolver expresamente, existiendo deber legal al respecto, sin perjuicio de los efectos administrativos que debiera conllevar y los

legales o económicos que pudiera comportar de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 42.1 y 7, 141.3 y 142.7 LRJAP-PAC.

III

1. La Propuesta de Resolución es de sentido desestimatorio, analizándose el fondo del asunto, puesto que el órgano instructor entiende que no concurren los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La Administración considera, en relación con la primera intervención, que constituye a su juicio el objeto de la reclamación de la interesada, que la misma se llevó a cabo siguiendo una correcta *praxis* médica y, además, se afirma que los problemas que la misma produjo constituyen riesgos propios de este tipo de intervención, a los que se hacía referencia expresa en el documento correspondiente al consentimiento informado, firmado por la reclamante el 29 de marzo de 2010.

2. Resulta evidente que el objeto de la reclamación está constituido por la primera intervención quirúrgica, cuyos efectos adversos requirieron de una segunda intervención, cuya finalidad no fue otra que paliarlos parcialmente, pues sólo se practicó la cirugía correctora en el pecho izquierdo cuando estaban afectados ambos pechos, siendo así por decisión voluntaria de la afectada.

Los efectos adversos de la primera intervención quedaron perfectamente determinados, tras la valoración efectuada por la doctora del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital Universitario de Canarias el día 2 de junio de 2011. Al respecto, obra en el folio 63 del expediente remitido a este Consejo Consultivo un informe clínico de dicha doctora [Dra. (...)] en el que consta la siguiente información:

«Paciente mujer de 36 años vista por primera vez en nuestra consulta externa el 2/6/11 tras ser remitida por su médico de cabecera. Intervenida aproximadamente un año antes en el Hospital San Juan de Dios por asimetría mamaria estaba descontenta con el resultado.

A la exploración presentaba la mama derecha con volumen y forma adecuados, con cicatriz periareolar y vertical de características normales. En mama izquierda presentaba menor volumen que la derecha, cicatriz periareolar y vertical de características normales, areola de pequeño tamaño (menor diámetro que la contralateral) y mirando a superior, y polo inferior largo».

Esta información concuerda con la que obra en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud.

La segunda intervención tuvo por finalidad exclusiva paliar las secuelas ya perfectamente determinadas de la primera operación, y en modo alguno se puede considerar a esta última intervención como una segunda fase necesaria de un único proceso médico iniciado con la primera intervención quirúrgica.

3. La reclamación de la interesada, presentada el 28 de febrero de 2014, años después de que los efectos adversos de la primera intervención quedaran perfectamente determinados, resulta ser extemporánea.

Al respecto, la doctrina de este Consejo Consultivo, que sigue la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, es clara, como por ejemplo la contenida en el reciente Dictamen de este Consejo Consultivo 346/2016, de 19 de octubre, en el que se señala que:

«Este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante, tal y como se hace en el Dictamen 103/2016, de 8 de abril, que reitera lo dicho, entre otros, en los Dictámenes 112/2014, de 2 de abril y 462/2014, de 30 de diciembre-, que el dies a quo del cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del momento en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, considerando que los tratamientos médicos posteriores no interfieren en ese cómputo, entre ellos, los tratamientos rehabilitadores y paliativos y las revisiones o controles médicos.

En este sentido, tal y como hemos razonado en nuestro reciente Dictamen 336/2016, de 10 de octubre, es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 8 de octubre de 2012) que considera que, tratándose de un daño permanente, la materialización del daño con sus consecuencias se produce en el momento del diagnóstico, recordando que «como con reiteración ha manifestado la Sala, por todas la Sentencia de la Sección Sexta, de 18 de enero de 2008, existen determinadas enfermedades en las que no es posible una curación propiamente dicha, pues la salud queda quebrantada de forma irreversible, supuestos en que entra en juego la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse, siguiendo el principio de la “actio nata”, a la que nos hemos referido, desde la determinación del alcance de las secuelas, aun cuando en el momento de su ejercicio no se haya recuperado íntegramente la salud, por cuanto que el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación, y por tanto, cuantificable».

A ello añade: «En la sentencia de 10 de julio de 2012 hemos explicado el fundamento de esta doctrina: la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse siguiendo el principio de la “actio nata”, responde a la necesidad de no dar comienzo el plazo de prescripción cuando del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser

determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, que por ello no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, cual es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen, mas no resulta de aplicación cuando el daño producido resulta previsible en su determinación, y por tanto, cuantificable, pese a que permanezca el padecimiento por no haberse recuperado íntegramente la salud o quedar quebrantada de forma irreversible, momento en que se inicia el plazo para la reclamación, como aquí sucede a partir de aquella determinación del diagnóstico de la enfermedad».

Por tanto, la segunda intervención, por los motivos ya expuestos, no interfiere en el cómputo del plazo de prescripción, máxime cuando el alcance definitivo de las secuelas de la interesada había quedado determinado años antes y la interesada sabía desde la valoración médica efectuada el 2 de junio de 2011 que para paliarlos debía someterse a una nueva intervención. Por ello, ha transcurrido más de un año entre el día inicial de plazo y el día en el que se presentó el escrito de reclamación, siendo su reclamación extemporánea de acuerdo con lo previsto en el art. 142.5 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

Procede la desestimación de la reclamación efectuada, por haberse presentado extemporáneamente, según lo prevenido en el artículo 142.5 LRJAP-PAC, cuya aplicación determina su inadmisión a trámite.