



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 6 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 23 de febrero de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 20/2017 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un Organismo autónomo de la Administración autonómica.

2. La interesada en este procedimiento solicita una indemnización que asciende a la cantidad de 201.369 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Consejero de Sanidad 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); que es aplicable, en virtud de la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última ley.

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

Resulta igualmente aplicable 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, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima de la LPACAP.

3. La interesada, mediante escrito presentado el 13 de junio de 2016, insta la iniciación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria que, supuestamente, le fue prestada por el Servicio Canario de la Salud. De modo particular, en su escrito inicial alega, entre otras cosas, lo siguiente:

«CUARTO. De todo cuanto antecede se llega a la conclusión de que ha existido un mal funcionamiento del servicio sanitario público del Gobierno de Canarias concretado en el retraso de pruebas diagnósticas como mamografías, ecografías y especialmente en la práctica del TAC desde los primeros síntomas de afección advertidos en las continuas y numerosas visitas de la paciente al Centro de Salud de Puerto del Rosario II y al Servicio de Urgencias del Hospital General de Fuerteventura que ha supuesto un retraso de más de ocho meses en el diagnóstico de la enfermedad: Cáncer de Mama Estadio IV y Metástasis Hepática que padece la suscribiente.

Retraso de más de 8 meses que implica una significativa pérdida de oportunidad en cuanto a la aplicación precoz del tratamiento médico necesario para una enfermedad tan grave pues el cáncer de mama fue diagnosticado encontrándose en un Estadio IV y con presencia de metástasis hepática» (Antecedentes de Hecho).

En los Fundamentos Jurídicos de la reclamación presentada se señala:

«II. (...) (e)n el presente caso la pérdida de oportunidad de un tratamiento precoz deriva del anormal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios que a pesar de contar con los medios diagnósticos necesarios (radiografías, mamografías, análisis de índices tumorales, TAC, (...)), con absoluta desidia omitieron la utilización de los mismos asistiendo la suscribiente, con desesperación, sufrimiento y padecimiento, a las consultas de más de 13 de facultativos diferentes en el Centro de Salud II de Puerto del Rosario así como al Servicio de Urgencia del Hospital General de Fuerteventura, presenciando perpleja como todas y cada uno de ellos le diagnosticaban lumbalgia, dorsalgia y prescribiendo únicamente analgésicos para el dolor. Así durante más de seis meses. Hasta que por el Servicio de Rehabilitación se solicita con carácter urgente la realización de un TAC que finalmente se llevó después de 6 meses de la primera cita al Centro de Salud referido.

III. Que en conclusión cabe decir que como resultado del funcionamiento anormal del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Canarias se ha ocasionado a la suscribiente un daño evidente existiendo una innegable y directa relación de causalidad entre dicha actuación de la administración y el resultado dañoso que se ha producido en su persona».

La afectada concluye con la solicitud, en concepto de responsabilidad patrimonial, de la cantidad de 180.000 euros «por los daños físicos, psíquicos y pérdida de oportunidad al no haber tenido opción a tratar la enfermedad en un estado más inicial así como la cantidad de 21.369 euros en concepto de días improductivos y hospitalarios, cuantía que habrá de ser actualizada aplicando el IPC correspondiente desde la fecha de presentación de la reclamación (...)».

La reclamante acompaña a dicho escrito Historia de Salud de Atención Primaria, Informe del Servicio de Medicina Interna, e interesa que se incorpore al expediente la historia clínica completa y los informes médicos obrantes en Atención Primaria y Hospital General de Fuerteventura.

4. En el presente procedimiento la reclamante ostenta la condición de interesada en cuanto titular de un interés legítimo, al alegar daños personales 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.

5. 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.

II

Consta en el expediente la siguiente tramitación procedimental:

Primero.- Con fecha 16 de junio de 2016 se practica notificación a la interesada, en la que se le comunica los extremos a los que se refiere el art. 42.4 LRJAP-PAC y se requiere la subsanación de su solicitud, lo que lleva a efecto en el plazo concedido.

Segundo.- Mediante Resolución de 15 de julio de 2016 del Secretario General del Servicio Canario de la Salud se admite a trámite la reclamación formulada. Esta resolución fue notificada a la interesada. También se dirige escrito al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) a fin de que emita informe preceptivo del Servicio presuntamente causante del daño, quedando suspendido el plazo para resolver el procedimiento y notificar la resolución, por el tiempo que media entre la solicitud del citado informe y la recepción del mismo y, en todo caso, por un plazo máximo de tres meses.

Tercero.- Con fecha 2 de noviembre de 2016, el SIP emite su informe, concluyendo, entre otras consideraciones, que la reclamante tiene conocimiento de su enfermedad al menos desde el ingreso durante el periodo 30 de enero a 19 de febrero de 2014.

Cuarto.- El 8 de noviembre de 2016 se acuerda conceder a la interesada el preceptivo trámite de audiencia con traslado del referido informe del SIP para que formule las alegaciones y presente los documentos que estime convenientes. Este trámite que fue notificado correctamente el 18 de noviembre de 2016, sin que la interesada haya presentado escrito de alegación alguno en su defensa.

Quinto.- El 16 de enero de 2017 se elaboró finalmente la Propuesta de Resolución, que fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico [art. 20.j) del Reglamento del Servicio Jurídico, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero].

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación presentada por considerar prescrito el derecho a reclamar de la interesada.

2. La reclamante fundamenta su pretensión indemnizatoria en la deficiente asistencia recibida del Servicio Canario de la Salud desde junio de 2013, por no habersele practicado las pruebas médicas oportunas desde un inicio aún disponiendo de los medios para ello, constando la práctica del primer TAC el 9 de diciembre de 2013, lo que causó el retraso de más 8 meses en el diagnóstico del cáncer de mama con metástasis hepática. Dicho retraso alega la afectada, ha supuesto una pérdida de oportunidad en la detección precoz de la enfermedad y consecuente realización del tratamiento oportuno.

3. El informe del SIP, que fue solicitado justamente «acerca de la posible prescripción de la acción indemnizatoria» indica lo siguiente:

«La reclamante tiene conocimiento de su enfermedad al menos en el ingreso durante el periodo 30 de enero a 19 de febrero de 2014.

Previo a su ingreso le habían comentado, según anotación en Historia Clínica de Atención Primaria de fecha 31 de enero de 2014, que tenía cáncer. En esta fecha 31 de enero su esposo, con ocasión del trámite de baja laboral de la paciente, solicita información al Médico de Familia sobre las posibilidades diagnósticas, terapéuticas y pronósticas.

Con posterioridad a este ingreso, la paciente recibe tratamiento paliativo y seguimiento periódico conociendo el carácter paliativo de la terapia.

Así, en fecha 24 de febrero de 2014 acude al servicio de Oncología acompañada de su marido y hermana. Se recoge que ya le ha explicado el diagnóstico pero no parece entenderlo. “Le explico el diagnóstico, beneficio, riesgos e intención paliativa del tratamiento, parece comprenderlo”. Se entrega Documento Consentimiento Informado para tratamiento.

En fecha 27 de febrero de 2014 en la consulta de su Médico de Familia se describe síndrome ansioso depresivo reactivo a la mala noticia de su diagnóstico. La paciente manifestó su deseo de no recibir más información por el momento.

Cuando en fecha 11 de marzo de 2014 su Médico de Familia le pregunta de forma activa por su diagnóstico la paciente responde que “tiene un tumor en la mama que le ha cogido los huesos pero no quiere preguntar sólo que le pongan quimioterapia y ya está”.

En el seguimiento por Oncología de fecha 17 de junio de 2014 se le explica la respuesta radiológica al tratamiento.

Finaliza el tratamiento en fecha 8 de julio de 2014.

Inicia tratamiento con Tamoxifeno y Zometa se le explica los riesgos en las fechas 22 de julio y agosto de 2014.

Nueva referencia al carácter paliativo de su tratamiento y sus riesgos en fecha 15 de enero de 2015 con ocasión de la Capecitabina, se le explica riesgos, beneficios e indicación con intención paliativa».

Se advierte, tras la exposición de los distintos hechos médicos producidos en relación con la enfermedad de la paciente, que el SIP en su informe no se pronuncia de manera expresa sobre la posible prescripción del derecho a reclamar de la interesada.

4. Pues bien, en atención a la prescripción del derecho a reclamar, la determinación del día inicial de cómputo del ejercicio de la acción en el ámbito sanitario será, como es sabido, el día de curación o determinación del alcance de las

secuelas. La Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de julio de 2011, recoge la doctrina sobre el particular en los siguientes términos:

«(...) es necesario partir de la consideración de que la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración debe ejercitarse, por exigencia de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 142 y 4.2, respectivamente, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1.993, en el plazo de un año computado a partir de que se produzca el hecho o acto lesivo que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Ello es una consecuencia de la adaptación de la regla general de prescripción de la acción de responsabilidad del artículo 1.902 del Código Civil (LEG 1889, 27) que ha de computarse, conforme al principio de la "actio nata" recogido en el artículo 1.969 de dicho texto legal, desde el momento en que la acción pudo efectivamente ejercitarse.

En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el número 5 del artículo 142 de dicha Ley y el 4.2 del citado Decreto, exigen que la reclamación se ejercite dentro del plazo de un año desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas; y es el primero de los preceptos citados el considerado infringido por la recurrente, con apoyo en una conocida jurisprudencia de esta Sala, que parte de la distinción entre los daños permanentes y los daños continuados.

Y es que 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, 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. También es evidente que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible evolución de las mismas, bien porque en el devenir de su desarrollo se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas, en cuyos supuestos este Tribunal ha venido aceptando la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación a pesar de haberse producido la misma fuera del periodo del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido. Es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible como son las derivadas del contagio de la hepatitis C o del SIDA o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen. En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si 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, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que

dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento. Así lo hemos afirmado en sentencia del 31 de octubre de 2.000 (RJ 2000, 9384). A tal efecto y 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 (RJ 1993, 5466), 28 de abril de 1997, 14 de febrero 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 2000, 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 del diagnóstico de la enfermedad" (Sentencia de 23 de julio de 1997 (RJ 1997, 2833)" ».

Por tanto, si del hecho que origina la responsabilidad sanitaria se desprende un daño que no puede ser determinado en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento.

5. Aplicando la citada doctrina al caso planteado, se considera que nos encontramos ante un daño continuado dada la enfermedad diagnosticada - adenocarcinoma diseminado de origen mamario estadio IV con metástasis ósea múltiples con afectación vertebral, costal esternón y hepática-, y cuyo padecimiento continúa soportando la enferma. Además, se trata de una enfermedad respecto de la que, por sus propias características, no se pueden determinar las secuelas, habiéndole aplicado, como se desprende del informe del SIP, una terapia paliativa. En este sentido, resulta evidente que la paciente no ha llegado a estar curada de su padecimiento, siendo la grave patología que le afecta (cáncer con metástasis) una enfermedad cuyo dato médico más relevante no es el de curación del paciente sino el de supervivencia y el poder alargar la vida del enfermo mediante la utilización de los distintos medios sanitarios disponibles.

En efecto, de los documentos obrantes en el expediente únicamente se ha podido constatar que la afectada padece una enfermedad consecuencia de algún tumor inicial, que a juicio de la interesada no fue diagnosticado y tratado a tiempo, con la consiguiente pérdida de oportunidad médica. Por lo tanto, es obvio que en este caso no se puede determinar el momento a partir del cual las eventuales

secuelas pudieron haber quedado estabilizadas, estando en presencia, en rigor, de un daño producido de manera continuada y, en consecuencia, reclamable.

6. A pesar, pues, de haberse presentado la reclamación el 13 junio de 2016, y, en consecuencia, formulada la misma habiendo transcurrido el periodo de un año desde que se determina el diagnóstico en el año 2014, este Consejo considera que la reclamación se ha presentado en el plazo legalmente previsto, criterio que se sustenta en la imposibilidad de establecer de forma concreta, en toda su extensión, el daño sufrido por la afectada al padecer una enfermedad de las calificables como de evolución imprevisible o cuyas secuelas son de imposible predeterminación en su origen. En este sentido, conviene traer a colación la Sentencia num.49/2015, de 8 de enero, del Tribunal Superior de Castilla y León, Valladolid, (Sala de los Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), cuando indica: «(...) Del expediente administrativo resulta, y no es un hecho cuestionado por la parte demandada, que en efecto las metástasis que sufrió A. fueron consecuencia de un tumor inicial, que a su juicio no fue diagnosticado y tratado a tiempo con la consiguiente pérdida de oportunidad médica, por lo tanto no se puede determinar en el tiempo el momento a partir del cual las secuelas quedaron estabilizadas, produciéndose daños de manera continuada y en consecuencia pudiendo estos reclamarse, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cualquier momento (...)».

7. Una vez resuelta la cuestión de la temporaneidad de la reclamación presentada, se considera que para poder resolver adecuadamente la reclamación planteada y pronunciarnos sobre la posible existencia de responsabilidad sanitaria es necesario que se complemente la información que debería obrar en el expediente por haberse admitido a trámite la solicitud inicial.

Procede, por tanto, que se retrotraigan las actuaciones con la finalidad de que se incorporen los informes preceptivos de los Servicios presuntamente causantes del daño, las pruebas sanitarias practicadas, la Historia Clínica de la paciente, así como en general cuanta documentación se considere necesaria para poder entrar a resolver sobre el fondo del asunto y valorar si en el presente caso concurre el nexo causal entre la atención prestada por los facultativos del Servicio Canario de la Salud y el daño alegado por la interesada.

Una vez incorporada la documentación arriba señalada y realizado el correspondiente trámite de audiencia a la interesada, deberá elaborarse una nueva Propuesta de Resolución sobre la cual deberá solicitarse nuevo dictamen a este Consejo.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones expuestas no se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por (...), debiendo retrotraerse el procedimiento y realizar todas las actuaciones señaladas en el Fundamento III de este Dictamen.