



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 9 5 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 15 de marzo de 2018.

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. 49/2018 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, el Servicio Canario de la Salud. La solicitud de dictamen, de 5 de febrero de 2018, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 6 de febrero de 2018. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del dictamen, según los arts. 12.3 y 11.1.D).e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, el primer precepto, con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

2. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo y, por ende, del derecho a reclamar de (...), al haber sufrido en su persona el daño por el que reclama [art. 4.1.a) LPACAP].

3. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado

---

\* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

4. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al 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.

5. 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.

6. Sin embargo, resulta extemporánea la reclamación, al haberse presentado excedido el plazo de un año para reclamar establecido en el art. 67.1 LPACAP, pues el interesado interpuso aquel escrito el 23 de diciembre de 2016, en relación con un daño cuyo alcance quedó determinado, en el mejor de los casos para el reclamante, el 16 de noviembre de 2015, fecha del alta de la segunda intervención quirúrgica realizada el 12 de noviembre de 2015, por la que se decide ampliar la resección extirpando el resto de la parótida derecha y ganglios, que resultaron negativos 0/3 y por tanto, sin infiltración metastásica ganglionar. Ha de aclararse que el tratamiento de radioterapia recibido desde diciembre de 2015 hasta febrero de 2016, fue para evitar recidiva tumoral.

De hecho, el interesado ya había solicitado, desde el 14 de diciembre de 2015, reconocimiento de grado de minusvalía y pensión de invalidez no contributiva, conector del alcance de su patología.

## II

1. El interesado, tanto en su escrito de reclamación, como en el presentado en trámite de mejora, expone como hechos en los que funda la presente reclamación, los siguientes:

- Tras sucesivas consultas a su médico de familia, desde 2013, por adenopatías, es visto por el especialista del CAE de La Orotava en marzo de 2015.

- Es diagnosticado en mayo de 2015, tras realización de PAAF, de cáncer de glándula parótida.

- En octubre de 2015 es intervenido en el HUC y en noviembre es reintervenido.

2. Entiende el reclamante que ha habido un retraso en su diagnóstico y tratamiento, lo que le ha generado un sufrimiento físico y psicológico que se hubiera evitado de diagnosticarse y tratarse a tiempo.

Por ello, solicita una indemnización que cuantifica en 600.000 euros, más los intereses que correspondan desde la primera intervención quirúrgica hasta la finalización del procedimiento que nos ocupa.

### III

1. En cuanto a la tramitación del procedimiento, si bien no se ha incurrido en irregularidades formales que obstan un dictamen de fondo, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aun fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos y, en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (arts. 21.1 y 6 LPACAP).

2. Constan en el expediente las siguientes actuaciones relevantes:

- El 30 de diciembre de 2016 se identifica el procedimiento y se insta al interesado a mejorar su solicitud mediante la aportación de determinada documentación, viniendo a aportarse lo solicitado el 3 de enero de 2017.

- Por Resolución de 12 de enero de 2017, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación del interesado, de lo que es notificado aquél el 25 de enero de 2017.

- El 31 de marzo de 2017 se solicita informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) que, tras haber recabado la documentación oportuna, lo emite el 11 de abril de 2017.

- A fin de dictar acuerdo probatorio, el 18 de abril de 2017 se insta al interesado a aportar los medios probatorios que estime oportunos en defensa de su derecho, si bien, tras ser notificado el 20 de abril de 2017, no aporta nada al efecto.

- El 19 de octubre de 2017 se dicta acuerdo probatorio en el que se incorporan las pruebas aportadas por la Administración y, puesto que todas ellas son

documentales y obran ya en el expediente, se declara concluso este trámite. De ello recibe notificación el reclamante el 26 de octubre de 2017.

- Tras conferirse al interesado trámite de audiencia el 19 de octubre de 2017, y serle notificado el 26 de octubre de 2017, no consta que se haya presentado escrito de alegaciones.

- El 11 de enero de 2018 se insta al reclamante para que cuantifique, aunque sea de modo aproximado, la indemnización que solicita, a los efectos de la preceptividad o no del dictamen de este Consejo, viniendo el interesado a determinar la cuantía el 24 de enero de 2018.

- El 26 de enero de 2018 se dicta Propuesta de Resolución, que no es informada por el Servicio jurídico, argumentando al efecto aquella que «Conforme a lo dispuesto en el artículo 20.j) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, los Servicios Jurídicos emitirán informe preceptivo en materia de responsabilidad patrimonial, únicamente sobre cuestiones que no se hayan resuelto previamente. Visto lo anterior, y centrándose este caso en la prescripción de la reclamación, iniciándose el cómputo legal de un año para reclamar, desde aquel momento en que el paciente tuvo conocimiento cierto del diagnóstico de su enfermedad, cuestiones análogas han sido resueltas en diversos informes de la Asesoría Jurídica Departamental, entre otros AJS 854/2014 (ERP 60/14) y AJS 417/15 (ERP. 145/14)».

## IV

1. Como se ha indicado, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión del reclamante con fundamento en los informes recabados en la tramitación del procedimiento y, en especial del SIP, del que se deriva la prescripción del derecho a reclamar del interesado.

2. En efecto, del análisis de los antecedentes que han dado origen a este expediente se infiere la referida prescripción. Así, constan los siguientes:

- El 5 de junio de 2013, el paciente acude a su médico de familia por «molestias en región lateral derecha del cuello, no adherida a planos, superficie lisa y regular (...)». Se pauta antiinflamatorio (Ibuprofeno) y se solicita analítica, que se efectúa el 12 de agosto de 2013. No arrojó resultado desfavorable, salvo triglicéridos elevados.

- El 28 de agosto de 2013, el reclamante acude a repetir recetas (Ramipril antihipertensivo) y así hasta dieciséis visitas en atención primaria, entre agosto de 2013 y marzo de 2015, no existiendo en dichas visitas referencia a bulto alguno.

- El 9 de marzo de 2015 el paciente acude a su centro de salud y manifiesta: «(...) se nota bulto desde hace dos años que, últimamente, suele doler al tacto (...)». A la exploración, bultoma subcutáneo en zona ángulo mandibular derecho de 1 cm, no adherido, consistencia media sin signos inflamatorios, ni de infección. Se formula en esta misma fecha interconsulta a Cirugía.

- El 13 de marzo de 2015 es atendido por cirujano del CAE de La Orotava, quien refiere: «posible lesión quística en región parotídea. Solicito ecografía».

- El 20 de abril de 2015, la ecografía objetiva una lesión de característica grasa en región parótida derecha que impresiona de lipoma (benigno), sin embargo, no pueden descartarse otros procesos por lo que se recomienda control y PAAF. El resultado que se desprende de tal prueba es sospechoso de adenoma pleomorfo celular. Siendo este tumor benigno, se recomienda completar estudio para confirmar o no la sospecha.

- El 10 de septiembre de 2015 el Cirujano General remite al paciente al Cirujano Maxilofacial.

- El 24 de septiembre de 2015, se realiza Resonancia Magnética, que arroja como principal posibilidad diagnóstica la de adenoma pleomorfo.

- El 19 de octubre de 2015 ingresa en el HUC para someterse a intervención quirúrgica de parotidectomía parcial conservadora, el día 20 y alta hospitalaria el 23 de octubre.

- El análisis anatomopatológico posterior modificó el diagnóstico, tratándose de un proceso maligno: Carcinoma adenoide quístico de parótida derecha, que afecta a los bordes quirúrgicos y a tejido muscular digástrico. Ello recomienda una reintervención para extirpar el resto de la glándula.

- Se decide ampliar la resección y el 12 de noviembre de 2015, se somete a una segunda cirugía extirpando el resto de la parótida derecha y ganglios, que resultaron negativos 0/3 y por tanto, sin infiltración metastásica ganglionar. Consta informe clínico de alta, firmado el 16 de noviembre de 2015 con diagnóstico de «carcinoma adenoide quístico de parótida derecha».

- Desde diciembre de 2015 hasta febrero de 2016, se complementa tratamiento con radioterapia para evitar la recidiva con un mejor control locorregional de la enfermedad.

- El 14 de diciembre de 2015, solicita reconocimiento de grado de minusvalía y pensión de invalidez no contributiva.

- En resonancia magnética de 9 de diciembre de 2016, no se objetiva persistencia o recidiva tumoral.

3. Resulta de todo lo expuesto que el paciente era conocedor del alcance de su patología y de sus secuelas desde el 16 noviembre de 2015, fecha del alta de la última intervención quirúrgica a la que fue sometido para extirpación del resto de la parótida derecha y ganglios, que resultaron negativos 0/3 y por tanto, sin infiltración metastásica ganglionar.

Sin embargo, no es correcta la fecha del *dies a quo* señalada en la Propuesta de Resolución para el cálculo del plazo de prescripción, que indica que desde el 20 de octubre de 2015 el interesado conocía con exactitud la enfermedad que padecía (carcinoma adenoide quístico), es decir, desde ese momento nada impedía que formulara reclamación por el presunto error de diagnóstico que alega. Y es que, en tal fecha no conocía el reclamante el alcance de las secuelas, pues, tal y como se señala por el informe del SIP, tras la intervención de octubre de 2015 y del análisis anatomopatológico posterior, se modificó el diagnóstico, tratándose de un proceso maligno, lo que, de hecho, aconsejó la intervención quirúrgica de 12 de noviembre de 2015 para la extirpación del resto de la parótida derecha y ganglios.

No obstante, de igual manera, la acción para reclamar ha prescrito tomando en consideración una u otra fecha, pues la reclamación se interpuso el 23 de diciembre de 2016.

Así pues, desde aquel momento, y sin perjuicio de los tratamientos posteriores encaminados a evitar la recidiva, quedó determinado el alcance del daño, tal y como ha venido aclarando la jurisprudencia y se ha recogido por este Consejo Consultivo. Y es que, ciertamente, es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 8 de octubre de 2012, RJ/2012/9630) en entender que, tratándose de un daño permanente, la materialización del daño con sus consecuencias se produce en el momento del diagnóstico, recordando en ella que «como con reiteración ha manifestado la Sala, por todas la Sentencia de la Sección Sexta de 18 de enero de 2008 (RJ 2008,166), 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».

El Tribunal Supremo añade a ello, lo siguiente: «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, es la fecha de la determinación del daño y sus secuelas, sin perjuicio de los posibles tratamientos posteriores, la que determina el *dies a quo*, por lo que la reclamación se encuentra prescrita.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta Resolución de la reclamación de indemnización formulada por (...), es conforme a Derecho, sin perjuicio de aclarar que la fecha del *dies a quo* debe rectificarse, debiendo desestimarse la pretensión del interesado por haber prescrito su derecho a reclamar.