



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 3 de enero de 2019.

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. 570/2018 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 23 de junio de 2016 a instancia de (...) como consecuencia de los daños sufridos por la asistencia sanitaria prestada en dependencias del SCS.

2. La reclamante solicita por los daños sufridos una indemnización que asciende a 300.000 euros, cantidad que determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del titular de la Consejería 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 (LCCC), en relación el primer precepto con el art. 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), de carácter básico, la cual 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

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última Ley.

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 establecido en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2. d) y la disposición final séptima de la LPACAP.

También son de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

4. Por su parte, la reclamante expone, como fundamento de su pretensión resarcitoria, que hubo pérdida de oportunidad en la asistencia sanitaria prestada en el año 2013, fecha en la que la paciente le indicó a su médico de cabecera la existencia de un bulto en el pecho, sin recibir diagnóstico alguno al respecto en ese momento. Habiéndose determinado el cáncer de mama y axila derecha en el año 2015 tras mamografía realizada en la Clínica (...) Como consecuencia de ello, le tuvieron que intervenir extirpándole el pecho derecho con sometimiento a 15 sesiones de radioterapia, tratamiento que podría haber sido menos agresivo si se hubiera diagnosticado la enfermedad en el momento oportuno y mediante la práctica de las pruebas médicas precisas para ello, que no se hicieron.

5. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de 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.

A la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud le corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, conforme a la resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos del SCS.

6. No se aprecia que se haya incurrido en deficiencias formales en la tramitación del procedimiento que, por producir indefensión a la interesada, impidan un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

1. En atención a la tramitación procedimental, se observa:

1.- Con fecha 11 de octubre de 2016, se requiere a la reclamante a fin de que mejore la reclamación formulada, presentándose, con fecha de registro de entrada de 27 de octubre de 2016, la documentación requerida.

2.- Con fecha 11 de noviembre de 2016, se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta.

3.- Con fecha 11 de junio de 2018, se emite informe por el Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP).

4.- Con fecha 19 de junio de 2018, se solicita a la reclamante que proponga prueba, haciéndole constar asimismo, en el escrito de proposición de prueba, la posible prescripción de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial. No obstante, transcurrido el plazo conferido al efecto, por la reclamante no se propone prueba alguna.

5.- Con fecha 16 de julio de 2018, se procede a la apertura del periodo probatorio y al trámite de audiencia, confiriendo a la reclamante un plazo de 10 días a fin de que pudiese formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que tuviese por conveniente. No obstante, transcurrido el plazo señalado al efecto, no consta que por la reclamante se efectuasen alegaciones o se presentase documentación alguna.

6.- Con fecha 3 de octubre de 2018 consta informe de la Asesoría Jurídica Departamental, considerando ajustada a derecho la Propuesta de Resolución emitida.

7.- Con fecha 29 de octubre de 2018, se emite la Propuesta de Resolución.

2. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (art. 13.3 RPAPRP), sin embargo, aún expirado éste, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 42 LRJAP-PAC).

3. Particularmente, del informe del SIP se extraen los siguientes hechos:

Con fecha 6 de febrero de 2013, la reclamante acude al Centro de Salud de Arucas por notarse un bultoma en mama derecha desde hace un mes. Tras la exploración, se solicita mamografía.

Con fecha de 5 de abril de 2013 llegan los resultados de la mamografía: imagen compatible con fibroadenomas mama derecha e izquierda. Se aconseja ecografía a los seis meses.

Con fecha de 6 de abril de 2015, la reclamante acude nuevamente al Centro de Salud de Arucas refiriendo que le hicieron ecografía mamaria en la Clínica (...) y que la remitieron al Hospital Dr. Negrín para realización de PAAF, pero no aporta informe. Asimismo, se anota por el médico de Atención Primaria que no ha recibido los resultados de la ecografía.

Con fecha 28 de abril de 2015, la reclamante es citada por el Servicio de Cirugía General y Digestiva, con el diagnóstico de carcinoma ductal infiltrante de mama derecha.

Con fecha 4 de junio de 2015, es intervenida de carcinoma ductal infiltrante/invasivo de mama derecha, realizándosele una mastectomía (extirpación de la mama) simple derecha, biopsia de ganglio centinela y colocación de expansor tisular. Es dada de alta a domicilio el 8 de junio de 2015. Restando el resultado del estudio anatomopatológico. El resultado del estudio fue carcinoma ductal invasivo multifocal de 17 focos y una micrometástasis en el ganglio centinela.

Con fecha 6 de julio de 2015 se le realiza linfadenectomía (extirpación de ganglios linfáticos) axilar derecha. Es dada de alta el 8 de julio de 2015.

Con fecha 10 de septiembre de 2015 se realiza cirugía de recambio del expansor de mama por prótesis definitiva y reducción simétrica de la mama contralateral izquierda. Es dada de alta el 14 de septiembre de 2015.

En octubre de 2015 la paciente fue reintervenida, por rechazo de la prótesis, procediendo a su retirada.

La evolución tórpida con dificultad para la cicatrización y cierre de la herida, conferida abierta sobre cicatriz quirúrgica de la mama derecha, comportó una nueva reintervención en fecha 20 de noviembre de 2015.

Finalmente, recibe radioterapia de pared y áreas ganglionares que finaliza el 21 de enero de 2016.

III

1. Antes de entrar en el fondo de la reclamación patrimonial es necesario constatar si en el presente caso se ha presentado dentro del plazo de un año establecido en el art. 142.5 LRJAP-PAC.

Dicho precepto dispone que el derecho a reclamar prescribe, en los casos de daños físicos, conforme al criterio de la *actio nata*, esto es, al año desde la determinación del alcance de las secuelas.

Ante las dudas que presentaba el presente caso, el órgano instructor del procedimiento concluye que la acción reclamatoria estaba prescrita otorgándole a la interesada la apertura del periodo probatorio así como el trámite de audiencia a efectos de que se pronunciara, entre otros, sobre la posible prescripción, de acuerdo con los documentos obrantes en el expediente, sin que la misma haya presentado escrito alguno en su defensa.

No obstante, del informe del SIP, historial clínico de la paciente y de la documental médica restante que obra en el expediente se considera efectivamente que el derecho a reclamar de la afectada ha prescrito y es que la interesada reclama porque el día 6 de febrero de 2013, fecha en la que acude por primera vez a la Gerencia de Atención Primaria por bulto o masa mamaria, y tras las pruebas realizadas a continuación, sin embargo, no se diagnosticó el cáncer de mama y axila derecha que se determinaría en fecha 28 de abril de 2015.

2. Sobre la prescripción del Derecho a reclamar, reiteradamente se ha recordado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

«(...) 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 429/1993, 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 1902 del Código Civil 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 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. Por

lo tanto 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) o, en otros términos “aquel en que se objetivan las lesiones o los daños con el alcance definitivo” (STS de 14 de febrero de 2006)» (Sentencia de 18 de enero de 2008).

Esa jurisprudencia consolida el criterio de que el plazo de prescripción no comienza a computarse, según el principio de la *actio nata*, sino a partir del momento en que la determinación de los daños es posible, y esta coyuntura solo se perfecciona cuando se tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción.

Así, en la Sentencia de 24 de febrero de 2009, ha reiterado el Tribunal Supremo que en “supuestos como el presente, debido a la gravedad de las secuelas o lesiones permanentes, el perjudicado necesita de un tratamiento continuado después de la determinación del alcance de las lesiones, pero ello no significa que las secuelas no estén consolidadas, es decir, que no se conozca el alcance del resultado lesivo producido, momento en el que se inicia el cómputo para el ejercicio de la acción de responsabilidad, conforme al tenor del artículo 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De no ser así, la acción de indemnización se podría ejercitar de manera indefinida, lo que es contrario al precepto legal mencionado y al principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución Española (...)”».

En relación al inicio del cómputo del plazo en el caso de daños físicos, la sentencia del TS de 27 de octubre de 2004 explica que «La acción para exigir la responsabilidad de la Administración tiene un componente temporal, pues ha de ejercitarse en el plazo de un año a contar desde el hecho que motiva la indemnización -art. 139.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- y este plazo de un año, en el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas; es decir, el *dies a quo* es el de la estabilización o término de los efectos lesivos en el patrimonio o salud del reclamante». Por su parte, las sentencias de 18 de enero y 1 de diciembre de 2008 y 14 de julio de 2009, distinguen entre daños continuados, que como tales no permiten conocer aún los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, el *dies a quo* será aquél en que ese conocimiento se alcance; y daños permanentes, que aluden a lesiones irreversibles e incurables aunque no intratables, cuyas secuelas resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo por tanto cuantificables, por lo que los tratamientos paliativos o de rehabilitación ulteriores o encaminados a obtener una mejor calidad

de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance”.

3. Aplicada la anterior doctrina al presente caso, la afectada era conocedora de su diagnóstico certero desde el 28 de abril de 2015, en atención a un bulto que existía desde el año 2013 (folios de expediente números 144 y 603). No obstante, derivado de la intervención practicada se realiza biopsia de ganglio centinela objetivándose micrometástasis, como se observa en la hoja de enfermería de fecha 9 de junio de 2015, constando micrometástasis según el método molecular OSNA (folio nº. 161 del expediente). Posteriormente, se programó linfadenectomía axilar proliferativa (cirugía para vaciamiento axilar derecho por cáncer de mama) que se realizó el 6 de julio de 2015 (folio del expediente nº. 147, 149 y 597), resultando sin evidencia de malignidad.

En consecuencia, la interesada reclama principalmente por el diagnóstico erróneo que recibió años atrás, en atención al cáncer de mama derecha diagnosticado correctamente el 28 de abril de 2015, el tratamiento existente en la actualidad para dicho diagnóstico sería la cirugía para intervenir el cáncer de mama mediante una mastectomía simple ahorradora de piel sin preservación del CAP+BSGC+RI con expansor tisular, realizada el 4 de junio de 2015, confirmando el resultado de la biopsia realizada como consecuencia inmediata de la intervención «carcinoma ductal invasivo multifocal de 17 focos y una micrometástasis en el ganglio centinela».

Por tanto, con el fin de fijar el *dies a quo* para reclamar, podríamos señalar que desde el 28 de abril de 2015 la paciente era perfecta conocedora de su diagnóstico, siendo el tratamiento para dicha enfermedad la intervención quirúrgica programada para el día 4 de junio de 2015. No obstante, al haberse practicado la biopsia en el material físico extraído en la operación como prueba complementaria se confirmaría entonces, además, la micrometástasis según el método molecular OSNA, en todo caso, el resultado obtenido lo sería antes del 9 de junio de 2015. Todo ello, en relación a una reclamación presentada el 23 de junio de 2016, manifiesta indubitadamente que el derecho a reclamar de la interesada habría prescrito al haber dejado transcurrir más de un año desde que fue conocedora del alcance del daño supuestamente causado al no haberse diagnosticado con anterioridad su enfermedad. Siendo conscientes de que las intervenciones quirúrgicas a las que fue

sometida la afectada son tratamientos aplicados a la enfermedad de la paciente con el fin de mejorar y/o sanar en la medida de lo posible su estado de salud según el protocolo a seguir de acuerdo con los medios científicos y médicos existentes en aquel momento.

De lo anterior se colige que, a pesar que la interesada era conocedora de su enfermedad desde el 28 de abril de 2015, y por tanto pudo ejercitar la acción desde dicho momento, no obstante, al haberle practicado la biopsia derivada de la intervención practicada el 4 de junio de 2015, obteniendo los resultados en todo caso con anterioridad al 9 de junio de 2015, de acuerdo con la Propuesta de Resolución se debe fijar como fecha más favorable para la interesada el día 8 de junio de 2015, momento en el que recibe el alta hospitalaria, fijando, por tanto, esta última fecha como más beneficiosa para la determinación del alcance de las secuelas y habiéndose presentado la reclamación el 23 de junio de 2016, es evidente que se ha presentado superando el año de prescripción establecido en el art. 142.5 LRJAP-PAC.

4. Habiendo prescrito el derecho a reclamar, como hemos afirmado en múltiples ocasiones (ver por todos el DCC 366/2017, de 16 de octubre), ni este Consejo ni la Propuesta de Resolución deben entrar en el fondo del asunto, sino limitarse a desestimar la pretensión resarcitoria de los interesados por extemporaneidad de la reclamación.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, se considera conforme a Derecho al declarar que el derecho de la interesada a ser resarcida ha prescrito, tal como se razona en el Fundamento III.