



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 14 de junio de 2021.

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. 296/2021 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 extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 5 de abril de 2019 mediante solicitud de la representación de (...), por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida en el Servicio Canario de la Salud.

2. La interesada no cuantifica la indemnización en su reclamación, pero de ser estimada superaría los 6.000 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, en relación 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).

También son de aplicación las Leyes 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; la 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la 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

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

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. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aún expirado este, 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. 21.1 y 6 LPACAP).

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 Secretaría 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 de este Servicio.

6. Este Consejo ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este procedimiento en el Dictamen 61/2021 en el que se solicitaba que, por el Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), se emitiera informe complementario a efectos de determinar la prescripción de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial, así como, en caso de apreciarla, se abriera un nuevo trámite de audiencia a la interesada.

II

1. La sucesión de hechos, según la reclamante, es la siguiente:

Desde 2004 recibe asistencia sanitaria en el Hospital Insular mediante tumerectomía y radioterapia de mama izquierda, sometiéndose, en noviembre de 2016 a una mastectomía bilateral reductora de riesgo oncológico, colocándose expansores.

En 2017, ante complicaciones surgidas con el material implantado se procede a la retirada de los expansores y la colocación, en abril de 2017, de prótesis bilateral de mamas.

Esta cirugía de colocación de prótesis le ocasionó una asimetría mamaria y dolores en los MMSS, siendo intervenida nuevamente en noviembre de 2017.

Las dos primeras intervenciones fueron realizadas por el Servicio de Cirugía General y Digestiva y no por el Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora que es el Servicio que se encuentra especializado para la realización de tales procedimientos y al que finalmente tuvo que ser derivada para solventar el resultado de la cirugía previa.

Alega una inadecuación de las técnicas quirúrgicas realizadas (práctica quirúrgica, implantes inadecuados, etc.) y, a la vista de la documentación clínica de la que dispone, una inexistencia del nivel de diligencia exigidos a los profesionales en la atención sanitaria dispensada, que le provocó una pérdida de oportunidad y, en consecuencia, de disponer de más probabilidades y expectativas de éxito de su patología de base, existiendo un nexo causal entre las dos primeras cirugías y el daño ocasionado (asimetría de mamas y cicatrices retráctiles).

2. Por su parte, el SIP, a la luz de la documentación obrante en el expediente (informes médicos e historia clínica), relata la siguiente sucesión cronológica de los hechos:

- El 26 de agosto de 2004 la señora reclamante, a la edad de 40 años, ingresa para intervención quirúrgica de neo de mama tras diagnóstico radiológico en el CHUIMI. Entre sus antecedentes patológicos figura obesidad.

El 10 de agosto de 2004 diagnóstico de carcinoma ductal infiltrante previa biopsia. Intervenida por el Servicio de Cirugía General y Digestiva de tumorectomía de mama izquierda bajo anestesia general el 27 de agosto de 2004. Buena evolución y alta el 28 de agosto de 2004.

Tras la extirpación del tumor, que mide 0,24 cm se confirma el diagnóstico y estadio tumoral que es: T1a-N0-M0. Receptores estrogénicos negativos, receptores progesterona positivo.

En estudio radiológico en septiembre de 2004 se observa en la zona intervenida un área con alteración en el parénquima difícil de valorar si es parte del nódulo maligno previamente extirpado o no.

El 30 de septiembre de 2004 reingreso en el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil (CHUIMI) para ampliación de borde superior de la tumorectomía, se realiza el día 1 de octubre retumectomía de borde superior.

Posoperatorio normal. Control por CCEE de Cirugía General.

La porción extirpada se analiza y no hay signos histológicos de malignidad en ella, si cambios postquirúrgicos.

Se realiza radioterapia y posteriormente tratamiento hormonal con análogos de la LHRH y Tamoxifeno.

Los estudios complementarios solicitados son normales.

En revisión por el Servicio de Oncología Radioterápica en febrero de 2005 se anota en informe clínico que no linfedema en MSI, mama con excelente resultado estético.

En la revisión efectuada el 9 de agosto de 2005 a la exploración física presentaba una impotencia funcional del MSI siendo los estudios complementarios normales.

En el año 2010 en Atención Primaria figura diagnóstico de depresión reactiva. En 2014 diagnóstico de ansiedad generalizada.

- Es derivada el 14 de noviembre de 2014 a Consulta de Cáncer Familiar y Hereditario, familiares paternos con cánceres varios, carcinoma de mama en tía, prima y hermana. Tiene 50 años. Diagnóstico de sospecha de Ginecóloga es de SDr. mama-ovario.

La paciente es diagnosticada de mutación del gen BRCA en estudio genético. SDr. mama-ovario (persona que hereda ciertas mutaciones en un gen, al poseer BRCA2 tiene un riesgo más alto de cáncer de mama, ovario, y otros tipos de cáncer).

En el año 2015 cirugía de lipoma en espalda.

El 18 de noviembre de 2015 firma de consentimiento informado para cirugía reductora de riesgo oncológico. Se efectúa anexectomía bilateral profiláctica, por laparoscopia, se halla quiste de paraovárico.

Igualmente por consejo genético al ser portadora de BRCA2 se deriva al Servicio de Cirugía General y Digestiva y se propone para mastectomía bilateral más reconstrucción el 24 de agosto de 2016, prioridad media e ingreso hospitalario.

El mismo día 24 firma consentimiento informado para mastectomía simple bilateral. «*Mastectomía bilateral profiláctica por BRCA2 positivo*».

Dicha cirugía se realiza el 17 de noviembre de 2016, se realiza mastectomía bilateral, en la exploración física previa se informa de mama izquierda algo más pequeña que la derecha, sin complicaciones en la cicatriz con pocas secuelas de radioterapia (...), mama derecha con ptosis grado II.

Se colocan expansores que sirven para expandir la zona y poder posteriormente colocar el implante.

Postoperatorio normal con pequeña epidermólisis bilateral del pezón. Alta el día 21 de noviembre.

- El 26 de diciembre de 2016 se propone por el Servicio de Cirugía General y Digestiva para recambio de expansores mads, prótesis bilateral, colocación de plastia bilateral mamaria.

Ingresa en CHUIMI el 19 de abril de 2017 y el 20 de abril de 2017 se realiza recambio expansor y prótesis bilateral. En informe cirugía hospitalaria el 19 de abril de 2017 se anota: *«ambas mamas con cicatriz en uce (unión de cuadrantes externos) en la izquierda, y en la derecha prolongación periareolar. Ambos expansores en situación ligeramente superior y la cicatriz y pezón de mama izquierda retraídos» diagnóstico principal: "secuelas de mastectomía"»*.

Por tanto, el 20 de abril se realiza recambio expansor, prótesis bilateral, hallazgos intraoperatorios: *«expansores en buena posición. Liberación extensa de colgajos de mama izquierda que presenta pezón retraído, líquido seroso peri protésico en lado derecho del que se toma cultivo. Capsulotomía radial derecha y capsulotomía inferior en lado derecho. Se colocan implantes, postoperatorio normal»*. Alta el 21 de abril de 2017.

El 24 de abril de 2017 el Médico de Familia anota que la paciente hizo alergia al esparadrapo.

- El 3 de mayo de 2017 el Servicio de Cirugía General del CHUIMI solicita al Servicio de Cirugía Plástica valoración de la paciente, la paciente solicita dicha valoración y anotan el resultado de recambio de expansor por prótesis el 20 de abril con resultado mediocre en lado izquierdo.

El Servicio de Cirugía Estética y Reparadora del CHUIMI la observa el 11 de mayo de 2017. Básicamente encuentran que los implantes son demasiado pequeños, y dado, refiere dicho Servicio, el pobre resultado obtenido, es incluida en lista de espera quirúrgica.

Es intervenida por el Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora el 20 de noviembre de 2017. Realizan en esta fecha mastopexia, capsulectomía y recambio de implante redondo por implante anatómico en ambas mamas, el postoperatorio cursa sin incidencias, el día 21 de noviembre es dada de alta y sigue revisiones con el Servicio, sin incidencias destacables.

Se realiza corrección de la asimetría mamaria aceptable, se corrigen la retracciones de los tejidos, de la cápsula, etc.

«La paciente deberá seguir acudiendo periódicamente a consulta para revisión y no se descarta tener que realizar algún procedimiento auxiliar como puede ser el injerto de grasa para la mejoría estética de la mama o para la corrección de la contractura capsular si esta llegara ser dolorosa».

Y sobre la base de estas premisas, formula el SIP las siguientes conclusiones:

1.- La señora reclamante (...) en el año 2004, a los 40 años de edad, es diagnosticada por mamografía una lesión sospechosa en mama izquierda, no diagnosticable por palpación, lesión muy pequeña.

Tras sospecha, estudian lesión y como resultado se diagnostica carcinoma ductal infiltrante de mama izquierda, procediéndose a tumorectomía (solo extirpan la zona del tumor y aledaños) y estudio ganglionar.

Recibe con posterioridad en el mismo año, en 2004, ampliación de bordes quirúrgicos sin lesión maligna valorable, a su vez tratamiento con radioterapia y hormonoterapia.

La paciente presentó una tumoración maligna localizada, pequeño tamaño, sin afectación ganglionar ni metástasis.

Posteriormente seguimiento por especialistas en CHUIMI. No se reprodujo. Importante referenciar el diagnóstico precoz ejercido, antes que la lesión fuera palpable.

El principio de este caso clínico es una tumoración maligna que dado el sistema de prevención de cáncer de mama en el Servicio Canario de la Salud se logra evitar su evolución. Estamos ante un caso oncológico no estético. El principal papel de los servicios públicos es el tratamiento y prevención de la enfermedad, en este caso enfermedad oncológica, es salvar vidas. Este objetivo es logrado.

Hay que referir que ya en 2005 según historial clínico presentaba una impotencia funcional del miembro superior izquierdo, lo cual está especificado en informe del Servicio de Oncología de 7 de marzo de 2005 y presente en la historia clínica hospitalaria del CHUIMI.

No obviamos que en la zona del tumor de mama izquierda la paciente sufre dos operaciones para extirpar con seguridad el tumor, mayor posibilidad de retracciones cicatriciales y cambios lógicos en los tejidos.

La paciente tras la primera cirugía, en 2005 recibe tratamiento radioterápico y ello deja secuelas en los tejidos.

La radiación reduce la circulación sanguínea y la elasticidad de la piel y de los tejidos subcutáneos, *«de manera que la piel quizá no se expanda lo suficiente para acomodar el implante sino que lo oprime o lo deforme»*.

2.- Tras estudio detenido se recogen datos de cánceres familiares, de mama en varias mujeres de la familia.

Realizan en el CHUIMI estudio genético y encuentran que es portadora de ciertas mutaciones genéticas, poseedora del BRCA2, por lo que tiene una probabilidad manifiesta mayor de padecer carcinoma de mama y de ovario.

Ante ello se informa y la paciente acepta, cirugía preventiva de extirpación quirúrgica de ambas mamas y de trompas y ovarios.

Primero se realiza extirpación de trompas y ovarios, ello acontece en noviembre de 2015 y en 2016 respectivamente las mamas. El 17 de noviembre de 2016.

Durante el curso de la misma el cirujano anota que la mama derecha presenta una ptosis grado II (la mama derecha está descendida), previa su existencia a la mastectomía bilateral, algo que ya sabemos por la historia clínica a la intervención, la existencia de ésta desde años antes. En historia clínica después de la cirugía de mama izquierda en 2004 se informa en varias ocasiones de mama izquierda de menor tamaño que la derecha, e igualmente se comenta el descenso de la derecha.

3.- La reconstrucción de las mamas puede llevarse a cabo al mismo tiempo que una mastectomía (reconstrucción inmediata) o más tarde (reconstrucción atrasada).

A su vez, la mama, por lo regular, se reforma en dos fases o cirugías. Durante la primera fase, se usa un expansor de tejido. Durante la segunda, se coloca un implante.

En esta primera cirugía se colocan expansores en ambas mamas, que intentan expandir, o sea hacer hueco para posteriormente colocar los implantes en una segunda intervención.

Se puede formar una cicatriz alrededor del implante en la mama. Si la cicatriz se vuelve firme, la mama puede sentirse dura y se puede tener dolor o molestia. Esto se denomina contractura capsular. Se necesitará más cirugía si esto sucede.

La función de la mastectomía en el caso clínico presente es eliminar un tejido, ambas mamas, potencialmente y en alto grado cancerígeno en el futuro para la paciente. Este objetivo es logrado.

El Servicio de Cirugía General del CHUIMI es un servicio cualificado y experimentado en estas cirugías.

El 24 de agosto de 2016 la paciente firma consentimiento para a: mastectomía, y b: colocación de expansor tisular para la reconstrucción mamaria. Entre los riesgos figuran: alteraciones de la cicatrización de la herida quirúrgica, dolor prolongado, edema de brazo (...) La intervención y sus posibles consecuencias independientemente de la perfecta ejecución conlleva cicatriz residual y una asimetría mamaria, conozco que para conseguir simetría mamaria será precisa una nueva intervención quirúrgica (...) Los riesgos se especifican: contractura de la cápsula que se forma alrededor del expansor, engrosamiento del tejido (...) El tratamiento de la contractura puede requerir cirugía, cambio del implante o retirada del mismo (...) adelgazamiento y deformación de la piel situada por encima del expansor (...) La paciente es conocedora de los riesgos.

El Servicio de Cirugía General anota a la exploración física previa a la intervención quirúrgica la existencia de «*secuelas de mastectomía*» con la cicatriz y el pezón de mama izquierda retraídos, e igualmente problemas en la cicatriz de la mama derecha.

El Servicio de Cirugía General no niega los hechos, los diagnostica e intenta en la segunda cirugía de colocación de implantes corregir lo que denomina: «*secuelas de la mastectomía*», y así la fecha de la cirugía de colocación de implantes es adelantada a abril de 2017.

El nuevo consentimiento informado firmado el 14 de diciembre de 2016 para la sustitución de un expansor tisular por una prótesis para la reconstrucción de la mama, en el mismo anotan la asimetría mamaria, los efectos sobre la piel situada encima del expansor (...) la contractura capsular, el dolor (...) y que puede ser necesaria una nueva cirugía, cambio del implante o retirada del mismo (...)

4.- Posteriormente a esta cirugía de retirada de expansores y colocación de implantes, el Servicio de Cirugía General y Digestiva del CHUIMI remite a la paciente al Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora del mismo Complejo Hospitalario por mediocre resultado estético en mama izquierda para solicitar segunda opinión. La paciente lo solicita y el Servicio de Cirugía General está de acuerdo. Dicho Servicio la

valora en mayo de 2017, firma consentimiento informado el 11 de mayo de 2017, estudiando el pobre resultado estético tras las intervenciones previas.

Intervienen en noviembre de 2017, realizando limpieza quirúrgica de los tejidos, corrección de lo hallado, y recambio de prótesis en ambas mamas.

El resultado de la cirugía se refleja en diciembre de 2018 en informe de dicho servicio como aceptable. En dicho informe el diagnóstico es de secuelas de carcinoma de mama izquierda. Ello es lo que tratan, las secuelas «*del carcinoma de mama izquierda*», que es donde está englobada la cirugía empleada. La base del problema actual es el carcinoma previo, y ello es lo que firma la señora reclamante el 11 de mayo de 2017 en la inclusión en lista de espera por parte del Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora.

El 21 de junio de 2018, la paciente acude por primera vez a Unidad de Salud Mental y es diagnosticada de episodio depresivo moderado.

Tras sufrir un carcinoma de mama y estar desde el año 2005 en tratamientos, estudios, posterior tratamiento y corrección de estructura mamaria, es lógica la existencia de patología ansiosa o ansiosa-depresiva.

Añadimos que en años previos a la cirugía de mastectomía la paciente sufre problemas ansiosos y ansioso-depresivos anotados en historial clínico de Atención Primaria, desde el año 2010. En marzo de 2010 el médico de A.P. anota en historial clínico: depresión reactiva. En 2012 presenta tratamiento médico con antidepresivos.

El 10 de julio de 2018 el Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora del CHUIMI anota en informe clínico de Consultas Externas: «Actualmente se ha conseguido una simetría mamaria aceptable con distancia yugulum-pezón de 19 cm bilateral y se han corregido tanto la retracción del complejo areola pezón de la mama izquierda como el exceso dermograso de la cola axilar ipsilateral. Presenta a su vez una contractura capsular grado II-III en mama izquierda probablemente secundario a la radioterapia. En la mama derecha no existe contractura capsular y las cicatrices se encuentran en periodo de maduración».

Así y todo no descartan nueva cirugía si el proceso produjera dolor o molestias en mama o en la zona, axila (...)

Al firmar consentimiento informado acepta los problemas derivados de esta así como la realización de nueva cirugía.

Por tanto el resultado final es bueno y la contractura capsular y los problemas derivados de esta, que quedan tras la última cirugía es causa más probable la radiación mama izquierda.

5.- Lo estudiado no es una cirugía estética en principio, en la cual se efectúa directamente una reducción de senos o un agrandamiento de senos y colocación de prótesis en las mamas. Lo que se estudia es una paciente portadora de cáncer de mama, patología, que primero se opera de extirpación del tumor en dos ocasiones y posteriormente se realiza mastectomía total de ambas mamas.

A su vez, no hallamos una persona virgen en intervenciones de la zona cuando se accede a la reconstrucción mamaria, añadiéndose al caso haber sufrido radioterapia con las consecuencias lógicas en los tejidos irradiados (estos efectos de la radiación pueden no ser valorados con la simple visión del tejido pero están presentes).

No se demuestra mala praxis alegada por la reclamante. Se realizaron pruebas diagnósticas necesarias, diagnóstico de patología correcto, profilaxis del cáncer óptimo.

El tratamiento fue el pertinente y obligado en esta patología.

El tratamiento estético de la cirugía mamaria se realiza en tiempo aceptable, según estipulado. La dificultad del proceso es conocido, tiene conocimiento de ello la paciente, se especifican riesgos en los consentimientos informados firmados en cada actuación médica, así la necesidad de nueva cirugía está presente en los consentimientos.

Por supuesto y como el Servicio de Cirugía General y Digestiva (explica en informe detallado sobre incidencias y hechos reclamados): *«es un servicio acreditado y especializado para realizar reconstrucción mamaria en el contexto de la cirugía del cáncer de mama»*, no es cuestionable tal hecho.

3. Con fecha de 23 de septiembre de 2020 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, aportar documentos y las justificaciones que tuviese por conveniente.

Transcurrido tal plazo, por la reclamante se presenta escrito en el que se reitera la falta de competencia del Servicio de Cirugía General y Digestiva para realizar la reconstrucción mamaria, solicitándose la realización de práctica probatoria complementaria.

La Propuesta de Resolución precisa que, en relación con la solicitud de práctica probatoria complementaria, la instrucción del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial ha finalizado y, por lo tanto, la práctica probatoria de dicho procedimiento ya fue realizada toda vez que, con fecha de 23 de septiembre de 2020, se procedió a la apertura del periodo probatorio admitiéndose a trámite las pruebas que fueron propuestas en su momento por la reclamante.

4. Con fecha de 9 de diciembre de 2020 por la Asesoría Jurídica Departamental se emite informe preceptivo, considerando ajustada a derecho la Propuesta de Resolución.

5. La Propuesta de Resolución originaria, entrando en el fondo de la cuestión planteada, desestima la reclamación formulada por la interesada al entender que no concurren los requisitos legalmente exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

6. A petición de este Consejo, el SIP emite informe complementario sobre la fecha de conocimiento de las secuelas, resultante de las intervenciones quirúrgicas, sufridas por la reclamante, a efectos de la posible prescripción de su derecho a reclamar, en los siguientes términos:

El 20 de abril de 2017 se interviene por el Servicio de Cirugía General para colocación de expansores y colocación de prótesis bilateral mamarias tras carcinoma de mama intervenido previamente.

La paciente no está de acuerdo con el resultado estético obtenido. Tras solicitud de la misma, se remite a valoración por el Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora del CHUIMI.

El 11 de mayo de 2017 es valorada por el Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora, la observan y: *«básicamente encuentran que los implantes son demasiado pequeños y dado el pobre resultado obtenido es incluida en lista de espera quirúrgica»*.

En esta fecha firma consentimiento informado para reconstrucción mamaria por secuelas de carcinoma de mama.

En el Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora, el 21 de noviembre de 2017, ingresa de forma programada por secuelas de carcinoma de mama izquierda, exploran e intervienen a la señora reclamante, efectuándose informe de lo hallado y lo realizado, explicado ampliamente.

En esta fecha, tras la exploración clínica del servicio se expone en informe: *«mamas elipsoidales, cap derecha a 24;5 cm, cicatriz periareolar inferior con extensión lateral, exceso cutáneo importante (el implante es demasiado pequeño), la mama aparece vacía y ptósica. Mama izquierda: CAP a 18,5 cm piel y CAP retraído (existe exceso cutáneo e implante muy pequeño), exceso dermograsso en la cola axilar».*

En dicho informe expresan detalles de lo realizado con la técnica quirúrgica en ambas mamas. Exponen la evolución favorable, y el diagnóstico principal: secuelas de carcinoma de mama.

En informe del 3 de enero de 2018 del Servicio de Cirugía Plástica en Consultas Externas anotan que *«la cirugía de noviembre de 2017 cursó sin incidencias siendo dada de alta al día siguiente de la intervención, la paciente ha “continuado sus revisiones periódicas en consulta sin incidencias destacables (...)”».*

Creemos que la fecha de conocimiento de las secuelas de las cirugías del carcinoma de mama y colocación de implantes y expansores es el 11 de mayo de 2017, fecha que es valorada por el Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora y en la que se opta por intervención quirúrgica para corregir los defectos hallados (secuelas) y fecha en que firma igualmente el consentimiento informado para ello.

Todo ello independientemente de que el 21 de noviembre de 2017 se realizara la intervención programada.

7. Dado el preceptivo trámite de audiencia, la interesada alega lo que sigue:

Muestra su disconformidad con el informe complementario del SIP porque se emite, con carácter extemporáneo, alegando una excepción de tal importancia como es la prescripción, cuando ha precluido el trámite probatorio del expediente de Responsabilidad Patrimonial, causando plena indefensión a la dicente al no poder formular la práctica de prueba que desvirtúa, en su caso, dicha excepción.

Dicho informe complementario del SIP se ampara en informe del Servicio de Cirugía Plástica de fecha 11 de mayo de 2017 que no obra en poder de la dicente, desconociendo su contenido.

Que los daños por los que reclama son un daño continuado pues, a consecuencia de la mastectomía practicada se encontraba en situación de IT desde el 16 de noviembre de 2016 hasta el 6 de junio de 2018 y las deficiencias físicas, psíquicas y estéticas derivadas de la lesión, permanecen una vez finalizado el proceso curativo.

8. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la interesada, por estar prescrito su derecho a reclamar;

no obstante, entra en el fondo del asunto y desestima igualmente por no concurrir los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

III

1. Como anticipamos en nuestro Dictamen 61/2021, hemos de analizar si, de acuerdo con el art. 67.1 LPACAP, el derecho a reclamar se ha ejercido dentro del año de haberse 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.

Como hemos expuesto en otras ocasiones (Dictamen 285/2021, de 20 de mayo), es preciso recordar que el Tribunal Supremo, en la sentencia n.º 588/2018, de 11 de abril de 2018, dispuso lo siguiente:

«A fin de contextualizar debidamente el debate suscitado sobre la prescripción de la acción, procede reseñar la doctrina jurisprudencial sobre la materia, tal y como recoge, por citar una de las más recientes, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 (Recurso n.º 2099/2013, FJ 2º), en la que se expresa lo siguiente:

“Cuando la sentencia recurrida aborda la cuestión de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial cita con acierto la consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del principio de la actio nata, a cuyo tenor, en lo que ahora interesa, el dies a quo del plazo prescriptorio ha de situarse en la fecha en que se ha determinado el alcance de las secuelas, como se sigue del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, momento en el que se entiende que el afectado tiene pleno conocimiento de las condiciones fácticas y jurídicas que pueden justificar una reclamación de esta naturaleza.

Ciertamente, la jurisprudencia de esta Sala (por todas, sentencia de 26 de febrero de 2013, dictada en el recurso de casación núm. 367/2011) distingue, en supuestos como el que nos ocupa, entre daños continuados, que no permiten conocer en el momento en que se producen 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. (...)

Lo relevante, con independencia de la terminología, es determinar el momento en el que las manifestaciones esenciales de la enfermedad y las secuelas que ésta indefectiblemente acarrea pueden reputarse como efectivamente constatadas, de modo que los afectados puedan ya ejercitar su derecho a reclamar al considerarse completados los elementos fácticos y jurídicos que permiten deducir la acción”.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2008, el Alto Tribunal dispuso:

*“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 1.902 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 (...)*

*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)*”.*

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, -con independencia de que se traten de daños permanente o continuados- y esta circunstancia sólo 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.

Por su parte, las Sentencias de 18 de enero y 1 de diciembre de 2008 y 14 de julio de 2009, aun distinguiendo 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, establecen 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.

2. En el presente caso, se reclama por los daños y perjuicios ocasionados a causa de la cirugía de colocación de prótesis bilateral de mamas tras mastectomía, cirugía que, a juicio de la reclamante fue efectuada por un servicio no especializado, esto es, por el Servicio de Cirugía General y Digestiva, teniendo que someterse a dos intervenciones quirúrgicas por complicaciones, colocándole, en la 1.^a intervención unos implantes inadecuados que le ocasionaron una asimetría de mamas y cicatrices retráctiles ocasionando, una 2.^a intervención en noviembre de 2017 por el Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora para corregir el pobre resultado obtenido en la cirugía previa.

Sin embargo, el SIP informa que el 11 de mayo de 2017 la interesada es valorada por el Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora, que es cuando le expresan los detalles de lo realizado con la técnica quirúrgica en ambas mamas y le exponen la evolución favorable y el diagnóstico principal: secuelas de carcinoma de mama. También es cuando se opta por una nueva intervención quirúrgica para corregir los defectos hallados (secuelas) y la interesada firma el consentimiento informado para ello.

En consecuencia, es el 11 de mayo de 2017 cuando es determinado el alcance de las secuelas, mientras que la reclamación es presentada el 5 de abril de 2019, rebasado ampliamente el año (incluso sucedería lo mismo si se tomara como referencia a tal efecto la fecha en que se practicó la segunda intervención el 21 de noviembre siguiente), por lo que se ha de reputar extemporánea, pues, como también ha reiterado de forma constante la jurisprudencia, los tratamientos de rehabilitación encaminados a obtener una mejor calidad de vida, a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a corregir defectos estéticos, no interrumpen la prescripción.

En definitiva, la reclamación presentada por la interesada por los daños y perjuicios ocasionados a causa de la cirugía de colocación de prótesis bilateral de mamas tras mastectomía ha sido presentada transcurrido el año previsto en el art. 67.1 LPACAP, por lo que la Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación por este motivo, es conforme a Derecho.

Como hemos dichos en numerosas ocasiones (ver por todas, Dictamen 222/2021, de 5 de mayo), si la Propuesta de Resolución, como es el caso, desestima la

pretensión resarcitoria por haberla ejercido pasado el año, debe limitarse a constatar la prescripción, sin necesidad de entrar en el fondo de la cuestión planteada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, por la que se desestima la pretensión resarcitoria presentada por la interesada por estar prescrito su derecho a reclamar, se ajusta a Derecho, sin que sea preciso entrar en el fondo de la cuestión planteada.