



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 8 5 / 2 0 2 3

### (Sección 1.ª)

**San Cristóbal de La Laguna, a 28 de junio de 2023.**

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. 250/2023 IDS)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

**1.** El objeto del presente Dictamen es una 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 24 de mayo de 2023, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo en esta misma fecha.

**2.** La cuantía reclamada determina que la solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo sea preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) 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). Está legitimado para solicitarlo el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

### II

**1.** En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de M.<sup>a</sup> (...), al haber sufrido en su persona el daño por

---

\* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

el que reclama [art. 4.1.a) LPACAP], si bien, en este caso actúa mediante la representación, debidamente acreditada, de (...) (art. 5.3 LPACAP).

**2.** En cuanto a la legitimación pasiva, recae en el Servicio Canario de la Salud.

**3.** La competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicio Canario de la Salud, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

**4.** El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (BOC n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con los arts. 10.3 y 16.1 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.** No se cumple, sin embargo, el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, al haberse presentado fuera del plazo de un año para reclamar, como se analizará posteriormente, en virtud de lo establecido en el art. 67.1 LPACAP, que dispone: *«el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo»*, añadiendo: *«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»*.

### III

La interesada expone como fundamento de su pretensión lo siguiente:

*« (...) SEGUNDO.- Que, dentro del programa de Diagnóstico Precoz de Cáncer de Mama, concretamente el 06/02/2018, le fue realizado a quien suscribe una mamografía por el Servicio de Ginecología del C.A.E. RUMEU HARDISSON. Durante la realización de dicha prueba, la que suscribe indicó a los profesionales que en ese momento la atendieron que venía sintiendo malestar e hinchazón en el pecho izquierdo.*

TERCERO.- Como resultado de esa exploración, le fue remitida a la dicente una carta de fecha 16/02/2018, firmada por los radiólogos de la unidad de Diagnóstico Precoz del Cáncer de Mama, (...) y (...), donde se informaba textualmente de que1 “nos complace comunicarle que una vez examinadas las mamografías realizadas en el Programa de Diagnóstico Precoz del Cáncer de Mama, con fecha 06/02/2018, no se ha encontrado ningún signo de malignidad”.

CUARTO.- El 19/03/2018, ante el malestar y las molestias que ya venía sufriendo en el pecho izquierdo, y que lejos de remitir iban en aumento, la dicente tuvo que acudir al Hospital Universitario de Nuestra Señora de la Candelaria (en lo sucesivo HUNC), donde fue atendida por la Dra. (...) del Servicio de Ginecología del referido centro hospitalario. En el informe que se acompaña a la presente reclamación, la citada doctora ya indicaba lo siguiente:

“MAMAS: Simétricas y sin patología a la inspección. Ligera costra milimétrica a nivel de pezón izquierdo. Se palpa a nivel Retroareolar de dicha mama una región indurada mal delimitada de unos 3 cm. No se palpan otros nódulos ni adenopatías axilares. No secreción por pezones.

Mamografía PDP 6/2/2018 (SIP 532617): Parece objetivarse aumento de la densidad retroareolar en mama izquierda y engrosamiento cutáneo más acusado en dicha mama.

ECO MAMAS: Nódulo RA en ICInf hipoecoico mal delimitado de 11 x 12 mm.

PLAN: Solicito eco mamas a Rayos. Cita para resultado”.

Es decir, la Dra. (...) examinó las mismas mamografías realizadas a la dicente el 06/02/2018 en el C.A.E. RUMEU HARDISSON y evidenció indicios de la existencia de cáncer de mama por quien suscribe, que luego serían inmediatamente confirmados con la realización de pruebas posteriores complementarias, que fueron solicitadas por los profesionales del Servicio de Ginecología del HUNC. Hablamos de las mismas mamografías, se insiste en ello, en las que los profesionales sanitarios del C.A.E. RUMEU HARDISSON, a pesar de las molestias en el pecho referidas por la dicente, no advirtieron signo de tumor alguno. Los citados facultativos responsables actuaron, en definitiva, con absoluta dejadez y desidia, INFRAVALORANDO los síntomas, los hallazgos de la primera ecografía y los antecedentes familiares, a pesar de tener a su disposición todos los medios de que dispone la Sanidad Pública.

Además, la referida doctora indicó a quien suscribe que podía considerarse afortunada por haber acudido al hospital, ya que -de no haber sido así- las consecuencias habrían sido nefastas para la vida de la dicente. Ello no es baladí porque, recordemos, la dicente acababa de ser reconocida tan sólo un mes antes y se le había indicado que no presentaba tumor alguno en el pecho.

QUINTO.- El 21 de marzo de 2018 le fue realizada a quien suscribe una ecografía (BAG DE MAMA), dando como resultado: "carcinoma infiltrante en cilindros de mama izquierda. - Receptores estrogénicos score: 8 (98%; 3+). Positivos.- Receptores de progesterona Score: 8 (98%; 3+). Positivos. -KI 67: 23%. Determinación de Her2 referencia: HT/89/18. Valoración: 2+ dudoso. Se solicita FISH".

En los comentarios realizados por el Dr. (...) del servicio de Ginecología del HUNC se indica que: "el estudio ecográfico de ambas mamas muestra un patrón glandular heterogéneo de predominio fibroso visualizándose en la mama izquierda extensa área heterogénea con ligero predominio hipoecogénico mal delimitado de 60 x 58 mm de localización retroareolar que asocia engrosamiento superficial del complejo areolar-pezón, identificándose además formación nodular hipoecoica sólida de 17 x 16 mm en el CIE, vascularizada, discretamente irregular, de bordes polilobulados y con algunos de focos de calcio intralesionales, todo ello altamente sospechoso de proceso neoformativo. Se realiza biopsia con dispositivo automático 4 G del componente nodular que se remite para estudio histológico".

El resultado de la biopsia del pezón de la dicente confirmó el diagnóstico de afectación cutánea linfovascular por carcinoma infiltrante de mama.

SEXTO.- El 16/05/2018 la dicente fue intervenida quirúrgicamente en el Servicio de Ginecología del HUNC, realizándosele Mastectomía y Linfadenectomía izquierda.

SÉPTIMO.- Tras la referida intervención quirúrgica, la dicente fue sometida a tratamiento de radioterapia; teniendo que acudir, asimismo, a controles con el Servicio de Oncología Médica y Oncología Radioterápica del HUNC.

DÉCIMO (sic).- Finalmente, a la dicente le ha sido reconocida, mediante resolución de fecha 10/06/2019 de la Dirección Provincial del INSS, la incapacidad absoluta para todo trabajo.

UNDÉCIMO.- Como consecuencia de todo el proceso anteriormente expuesto, se evidencia una actuación negligente por parte de los profesionales de la Unidad de Diagnóstico Precoz del Cáncer de Mama del C.A.E. RUMEU HARDISSON, al no detectar los signos de cáncer en el pecho izquierdo de la dicente, que ya se advertían en las mamografías realizadas en dicho centro el 06/02/2018, con lo que es evidente que en el caso examinado se ha producido un diagnóstico tardío de cáncer a quien suscribe, que es directamente imputable a un mal funcionamiento o funcionamiento defectuoso del Servicio Canario de Salud.

Huelga hablar de las consecuencias que el diagnóstico tardío del cáncer presenta, más en un caso como el que nos ocupa, donde la dicente fue intervenida quirúrgicamente el 16/05/2018, a pesar de que el 06/02/2018 (3 meses antes) ya se evidenciaban en las mamografías realizadas signos objetivos de la existencia de cáncer de mama, que pasaron totalmente inadvertidos para los profesionales de la Unidad de Diagnóstico Precoz del Cáncer

*de Mama del C.A.E. RUMEU HARDISSON, a pesar de las molestias relatadas por la dicente a dichos profesionales y de contar con antecedentes médicos personales y familiares de carácter oncológico.*

*Además de la agravación de la situación clínica de quien suscribe como consecuencia del referido diagnóstico tardío, la dicente ha tenido que recibir tratamiento psicológico por el estrés y la depresión provocada por estos hechos».*

Se reclama por todo ello una indemnización que cuantifica en 60.000 euros.

## IV

En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha realizado correctamente, si bien se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. Sin embargo, 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 (art. 21.1 y 6 LPACAP).

Constan las siguientes actuaciones:

- El 31 de agosto de 2020 se identifica el procedimiento y se insta a la interesada a mejorar su solicitud mediante la aportación de determinada documentación, de lo que ésta recibe notificación en aquella misma fecha, viniendo a aportar lo solicitado el 11 de septiembre de 2020.

- Por Resolución de 23 de septiembre de 2020, del Director del Servicio Canario de la Salud, se acuerda la admisión a trámite de la reclamación de la interesada.

- El 24 de septiembre de 2020 se solicita informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, que se emite el 13 de abril de 2023, tras recabar la documentación necesaria (Copia de la Historia clínica de la interesada obrante al Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria (HUNSC), informe del Servicio de Programas Oncológicos, copia de la Historia Clínica obrante al Hospital Universitario de Canarias (HUC), y copia de la Historia clínica de Atención primaria).

- El 19 de abril de 2023 se dicta acuerdo probatorio señalando la apertura de trámite de prueba, en el que se admiten las pruebas documentales propuestas por la interesada junto a su reclamación y se incorpora la documentación clínica recabada durante la instrucción y el informe del SIP. Siendo todas las pruebas documentales y obrando ya en el expediente, se declara concluso el trámite probatorio y se acuerda la continuación del procedimiento, lo que se notifica a la reclamante el 20 de abril de 2023.

- El 19 de abril de 2023 se confiere a la interesada trámite de vista y audiencia, de lo que recibe notificación el 20 de abril de 2023, sin que conste la presentación de alegaciones.

- El 19 de mayo de 2023 se dicta Propuesta de Resolución desestimatoria de la pretensión de la interesada, que es remitida a este Consejo Consultivo.

## V

**1.** La Propuesta de Resolución desestima, correctamente, la reclamación de la interesada por haber prescrito su derecho a reclamar.

**2.** A tal efecto, ante todo, es preciso, y así lo hace la Propuesta de Resolución, exponer los antecedentes obrantes en la historia clínica de la reclamante en relación con el objeto de la reclamación, constando los siguientes:

- Paciente incluida en Programa de diagnóstico precoz del cáncer de mama (mujeres entre 50 y 64 años) que se realiza mamografía el 6 de febrero de 2018, tras cuya lectura por parte de dos especialistas en radiodiagnóstico no se aprecian hallazgos visibles (BIRADS 1).

- Tras conocer el resultado de normalidad, dado que es trabajadora del HUC, consulta en ginecología del mismo centro el 19.03.18 por notarse una induración en mama izquierda a nivel del complejo areola-pezones.

- Por parte de la ginecóloga analiza la mamografía previa y describe: « (...) *Parece objetivarse aumento de la densidad retroareolar en mama izquierda y engrosamiento cutáneo más acusado en dicha mama (...)* » Dicha imagen, que no es clara, requiere la práctica de otras pruebas diagnósticas.

Se trató en Comisión de mama y se clasificó como BIRADS 0, esto es hallazgos indeterminados que necesitan exploraciones complementarias.

- Se realiza Ecografía que mostró alta sospecha de proceso neoplásico. Finalmente se diagnostica el 21 de marzo de 2018 tras biopsia dirigida por ecografía de mama de: Carcinoma infiltrante de mama derecha pT4N3M0, grado 3. Se planifica y somete a intervención quirúrgica por el Servicio de Ginecología el 16 de mayo de 2018.

- El 14 de junio de 2018, inicia tratamiento adyuvante con quimioterapia que finaliza el 25 de octubre del mismo año.

- Recibe Radioterapia desde el 7 de diciembre de 2018 hasta el 17 de enero de 2019.

A partir de este momento, se cita para controles periódicos por su oncólogo. En el momento actual, no se describe recidiva.

**3.** Pues bien, a la vista de los referidos antecedentes clínicos de la reclamante, el informe del SIP, viene a señalar:

*«El objeto de la reclamación se fundamenta en el diagnóstico tardío de carcinoma de mama entre el 6 de febrero de 2018 y el 19 de marzo de 2018.*

*Entendemos que el plazo para la apertura del procedimiento pudiera estar prescrito teniendo en cuenta la fecha de presentación de la documentación, 4 de agosto de 2020.*

*Por una parte, conoce el supuesto error reclamado una vez es valorada en el HUC desde el 19 de marzo de 2018».*

Efectivamente, la Propuesta de Resolución, en línea con el informe del SIP, viene a concluir la prescripción de la reclamación, si bien, ante los antecedentes expuestos, la fecha del *dies a quo* tomada en cuenta por la Propuesta de Resolución no es el 19 de marzo de 2018, sino la fecha más objetiva del 21 de marzo de 2018, fecha en la que la paciente era conocedora del presunto error, o demora en el diagnóstico, por ser el día en el que obtuvo el resultado de la biopsia dirigida por ecografía de mama, donde se constata el diagnóstico que determina los daños por los que reclama la interesada: Carcinoma infiltrante de mama derecha pT4N3M0, grado 3.

Ahora bien, incluso, la Propuesta de Resolución maneja como más favorable y posible fecha del cómputo del *dies a quo*, en virtud del principio *pro actione*, el día en que finalizó el tratamiento dirigido a curar su enfermedad, esto es, el 17 de enero de 2019 (por error la Propuesta de Resolución señala el año 2020), pero, incluso en este caso, la acción estaría prescrita, pues la reclamación fue interpuesta con fecha 4 de agosto de 2020, una vez transcurrido el plazo legal para ello a tenor de lo dispuesto en el art. 67.1 LPACAP.

En su reclamación, la interesada señala en relación con el plazo de prescripción:

*«En el presente caso, se parte para el cómputo del plazo de prescripción, de la resolución por la que se le reconoce a la dicente la incapacidad absoluta para todo trabajo por parte del INSS, de fecha 10 de junio de 2019, y que se adjunta como documento número OCHO. Igualmente, ha de estarse a lo dispuesto en la Disposición adicional tercera del RD*

*465/2020, por el que se modifica el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, por la que se suspendieron todos los plazos administrativos».*

Al respecto, procede señalar que el *dies a quo* se inicia en la fecha de la curación o de la estabilización de las secuelas, con independencia y al margen de que, con base en esas mismas secuelas, se siga expediente de incapacidad laboral y/o de previsión social, cualquiera que sea su resultado administrativo o judicial.

Las pretensiones de indemnización, distintas de las pretensiones declarativas de incapacidades o de grado de discapacidad, tienen dinámica propia y sólo se interrumpe el plazo de aquéllas si se plantean ante la Administración competente. Descartamos que el día inicial del cómputo del plazo pueda situarse en el momento en el que se reconoce la incapacidad pues esta situación es una consecuencia de las secuelas previamente establecidas y, precisamente, el alcance de las secuelas justifica la solicitud de declaración de incapacidad a efectos laborales/sociales y no a la inversa.

En este sentido, este Consejo Consultivo ha venido a señalar en reiteradas ocasiones (v.g. Dictamen 281/2020, de 9 de julio), la ausencia de relevancia en la interrupción del cómputo del plazo de prescripción de los trámites administrativos o judiciales encaminados a obtener el reconocimiento de incapacidad o de grado de discapacidad, y es que, al respecto ha señalado la jurisprudencia, por todas, la STS de 8 de octubre de 2012: *«nuestra sentencia de 29 de noviembre de 2011 señala que (...) en modo alguno puede atenderse a resoluciones de organismos públicos declarativos de incapacidad para reabrir plazos o hacer ineficaces los ya transcurridos (...) . Es doctrina de esta Sala, que debe reiterarse hoy en aras de la necesaria homogeneidad doctrinal e igualdad en el tratamiento de los justiciables, que las resoluciones de minusvalía e incapacidad, no sirven para interrumpir ni para hacer ineficaz el plazo transcurrido correspondiente a una reclamación de responsabilidad patrimonial».*

Por otro lado, tampoco cabría la consideración de daño de carácter continuado, por el hecho de que se continúen realizando nuevos y posteriores tratamientos, pruebas y consultas, pues, tal como se ha indicado por este Consejo Consultivo, es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 8 de octubre de 2012) 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».*

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».*

Asimismo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia n.º 588/2018, de 11 de abril de 2018, (recurso de casación para unificación de doctrina, procedimiento n.º 77/2016), citada con acierto por la Propuesta de Resolución, se viene a aclarar: *« (...) 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. (...) ».*

Por tanto, es la fecha de determinación del daño la que determina el *dies a quo*, sin perjuicio de los tratamientos posteriores para mejorar o paliar la crónica patología de la paciente, lo que se produjo, el 21 de marzo de 2018, fecha en la que el resultado de la biopsia arrojó el diagnóstico de la patología de la paciente, o,

incluso, el 17 de enero de 2019, fecha en la que concluyó el tratamiento dirigido a la curación de la paciente, sin perjuicio de los controles posteriores o tratamientos para mejorar su calidad de vida. Así, habiéndose presentado la reclamación 4 de agosto de 2020, ha transcurrido ya el plazo de un año para reclamar ex art. 67.1 LPACAP, por lo que se considera prescrito el derecho a reclamar.

Por todo lo expuesto, es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución en cuanto determina que la acción para reclamar ha prescrito, sin que proceda entrar en el fondo del asunto.

## **C O N C L U S I Ó N**

La Propuesta Resolución es conforme a Derecho, procediendo desestimar la reclamación de la interesada por haber prescrito su derecho.