Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 9 5 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 30 de noviembre de 2023.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario dependiente del Servicio Canario de la Salud (EXP. 413/2023 ID)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario.

2. El reclamante solicita una indemnización de 5.089.354,00 € -folio 15-. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación de la Sra. Consejera 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 adelante, LCCC), en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación tanto la LPACAP como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

---

[*] **Ponente: Sra. de León Marrero.**

4. Se cumple el requisito de legitimación activa y pasiva.

4.1. En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe indicar que el reclamante ostenta la condición de interesado al pretender el resarcimiento de un daño cuyo origen imputa al funcionamiento de la Administración sanitaria [art. 4.1, letra a) LPACAP, en relación con el art. 32 LRJSP].

4.2. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. La competencia para tramitar y resolver el presente procedimiento administrativo le corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicio Canario de la Salud -titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se anuda el daño-.

6. 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, y como se indica en el Fundamento de Derecho segundo de la Propuesta de Resolución, *«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».*

7. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver, siendo el silencio administrativo de carácter desestimatorio (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP). 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).

II

1. El reclamante promueve la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial a fin de que le sea reconocido el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

A este respecto, el perjudicado fundamenta su pretensión resarcitoria en los siguientes presupuestos fácticos -folios 1 y ss.-:

«PRIMERO. Por parte de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias se inició contra el profesor (...) procedimiento sancionador número 1/2006, por la comisión de varias infracciones de la Ley 25/90 de 20 de diciembre del Medicamento.

(...) .

En dicha resolución se dejan de manifiesto varias circunstancias:

(...)

3°. Que se adoptó como medida cautelar de conformidad con lo previsto en el artículo 15 del Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto, prohibir a (...) la utilización en seres humanos y la distribución de los productos denominados FACTOR 1 (Glicina) y FACTOR 11 (Ácido L-aspártico), calificados como medicamentos por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en tanto se obtengan las autorizaciones y se cumplan los requisitos exigidos en la normativa sanitaria específica.

SEGUNDO. Por resolución de fecha 7 de julio de 2006, la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias resolvió el expediente sancionador (...) . La misma impuso al profesor (...), seis sanciones graves por sendas infracciones de la ley 25/1990 de 20 de diciembre del Medicamento, ascendiendo cada una de ellas a la cantidad de 60.100 euros. Lo que hizo un total de 360.600 euros. (...) .

TERCERO. Contra dicha resolución se interpuso por la representación procesal de (...), recurso contencioso administrativo que se siguió bajo el número de autos 38/2007 en el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (...) .

CUARTO. Tras los trámites correspondientes, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sección Segunda, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, designó como ponente a (...), procediéndose como ya se ha manifestado a dictar sentencia el pasado día 27 de mayo de 2009. La señalada sentencia estableció literalmente en su fallo lo siguiente:

"Estimar el recurso contencioso administrativo número 38/2007, interpuesto por el Procurador Señor (...), contra la orden de la Consejería de Sanidad de 7 de julio de 2006 que resolvió expediente sancionador 1/2006 que anulamos por ser contraria a Derecho".

QUINTO. (...) . La citada sentencia no fue recurrida por el Gobierno de Canarias deviniendo por lo tanto firme y definitiva, declarándose tal extremo por resolución del propio TSJCA de fecha 18 de septiembre de 2009. (...) .

(...) .

SEGUNDO. OBTENCION DE PATENTE DE USO POR PARTE DEL PROFESOR (...).

Al tiempo que por parte de la administración pública de Canarias se tramitaba el expediente sancionador contra el Profesor (...) como hemos descrito, por su parte se procedió a iniciar el procedimiento para obtener una patente relativa a la glicina que protegiera el resultado de sus investigaciones respecto de los beneficios de su uso descubiertos por el profesor. De esta manera, el 9 de agosto del año 2004 se registró en la Oficina Europea de Patentes solicitud de patente respecto a la glicina, sus usos y aplicaciones, conforme a los descubrimientos llevados a cabo por el profesor (...). Por lo tanto, resulta evidente que cuando la administración del Gobierno de Canarias inició su expediente sancionador en enero de 2006, desde el mes de agosto de 2004 se encontraba registrada en la oficina de patentes europeas su solicitud de protección respecto de la glicina.

Pues bien, el pasado mes de marzo de 2019, concretamente el día siete de ese mes, se dictaba por la Oficina Europea de Patentes, la resolución por la que se concedía patente de uso número 1789033 a (...), precisamente respecto al uso de la glicina y sus aplicaciones. La protección tal y como se expresa en la resolución se extiende a "Glicina como complemento dietético para el tratamiento de problemas de salud que resultan de trastornos metabólicos subyacentes".

Procediéndose a su publicación en el Boletín de la Oficina de Patentes 14/2019 de tres de abril, mediante la cual queda prohibido que puedan comercializarse sin su autorización productos basados en el uso de la glicina para los fines y dosis referidos en las reivindicaciones aceptadas por la Oficina Europea de Patentes (EPO), a favor del Prof. (...). (...) .

Es decir: se reclama (y la EPO lo ha aceptado) el uso de la glicina como complemento de la dieta para los problemas de salud citados en la necesidad de promover la síntesis de colágeno. Y en ningún momento se dice que esto sea un tratamiento terapéutico, ni que puedan curar esas enfermedades. Como la glicina es un complemento alimentario (definido así por la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición), queda claro que su ingesta es simplemente un refuerzo de la alimentación (lo cual se insiste en el título de la patente), no un medicamento para curar una enfermedad.

La obtención de la patente no sólo implica la prioridad y exclusividad para su comercialización, sino que significa el reconocimiento internacional de los resultados y conclusiones que figuran en las reivindicaciones. Estos resultados y conclusiones, aprobados por la Oficina Europea de Patentes, están avalados por tres publicaciones del Prof. (...) en revistas científicas internacionales (...) .

(...) .

Por su parte, la ley de patentes actualmente en vigor determina que los efectos de la protección de la patente se extienden hasta el momento en el que se registró por primera vez la misma, por lo que debe entenderse que la patente y su protección en este caso deben extenderse hasta agosto de 2004, fecha en la que el Profesor (...) registró la solicitud de patente 1789033.

Dicho esto, y entendiendo por extendidos los efectos de la patente hasta 2004, resulta evidente que la Administración Pública de Canarias, inició su expediente sancionador que luego fuera declarado nulo por el TSJCA, vulnerando obviamente la protección obtenida por el Profesor (...). No estamos ya por tanto ante los posibles daños y perjuicios que se pudieran derivar de la nulidad de la sanción. Eso ya ha sido visto por los Tribunales y se ha dictado sentencia al respecto. Lo que en este momento se trata de determinar es si una vez que se ha obtenido la patente, y extendidos sus efectos de modo retroactivo hasta la fecha de su solicitud, la actuación de la Administración debe dar lugar a una indemnización a favor del Profesor (...). Dado que la obtención de la patente supone obviamente un reconocimiento legal a través de la protección que le confiere la patente, el más potente que nuestro ordenamiento jurídico puede conceder, a las investigaciones del profesor y a su descubrimiento en relación con los usos de la glicina. En este sentido, y teniendo en cuenta que la sentencia del TSJCA es de fecha 27 de mayo de 2009 a nuestro juicio entendemos que la obtención de la patente en 2019 genera una nueva causa de pedir, un nuevo motivo que da lugar a la obligación de la Administración de indemnizar los daños sufridos por el Profesor (...) esta vez derivados de la protección que la patente le confiere.

Debemos añadir que además la actuación de la Administración generó en relación con el derecho de patente del Profesor (...) y un perjuicio añadido. La patente concede una protección cautelar a quien registra su solicitud frente a los competidores que de ese modo asumen el riesgo de utilizar comercialmente el descubrimiento que se está tratando de proteger mediante la obtención de la patente. En este caso, la Administración actuó contra el Profesor (...) en pleno procedimiento de obtención de la patente lo que le impidió obviamente usar su propio descubrimiento durante todo el tiempo que duró el procedimiento sancionador y hasta que fue anulada la sanción por el TSJCA. Sin embargo, competidores suyos que literalmente copiaron sus productos ya en cierto modo protegidos por la inscripción inicial, pudieron durante todo ese tiempo comercializarlos sin mayor problema lo que causó una desventaja de competencia desleal, y un daño al Profesor (...) más que evidente, derivado de una actuación de la Administración que podemos incluso de calificar de arbitraria. Por todas estas razones, entendemos que la obtención de la patente 1789033 por parte del Profesor (...) constituye un hecho nuevo, y por tanto también una nueva causa de pedir frente a la Administración diferente a la que dio lugar a la sentencia 19 de julio de 2018 del Tribunal Supremo en el procedimiento ordinario 21/2012. Y en consecuencia, nace de la obtención de la patente una obligación de indemnizar por parte del Gobierno de

Canarias distinta que debe dar lugar a un nuevo derecho a ser indemnizado por parte del Profesor (...)».

2. A la vista de lo anteriormente expuesto, y entendiendo que concurren los requisitos sobre los que se asienta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sanitaria, el reclamante interesa su resarcimiento en los siguientes términos -folios 11 y ss.-:

«TERCERO. DAÑOS PRODUCIDOS. LUCRO CENSANTE (sic).

De lo explicado hasta el momento podemos concluir que el profesor (...), tras años de investigación científica, logró demostrar por primera vez los beneficios del uso de la glicina y su aplicación para determinadas situaciones de disfunciones metabólicas. Lo que ha dado lugar a la obtención de la patente 1789033, y que dicha patente se solicitó por primera vez el 9 de agosto de 2004.

Ello conviene destacarlo a la hora de valorar los graves perjuicios económicos que se le han causado como fruto de una orden que le obligó al cese total de la actividad cercenando así la evolución comercial de su proyecto.

Por otra parte, resulta del todo evidente, que la actividad desarrollada por el Profesor (...), se basa en una frágil y delicada premisa: la confianza. Es decir, la creencia y el convencimiento de sus clientes en su persona, en su método y en sus productos. Y resulta de todo punto obvio que toda la campaña emprendida contra el profesor, sus productos y métodos, incidió con claridad en ese vínculo frágil que es la confianza. Generó dudas públicas sobre los mismos, llegando incluso a alertarse sobre el riesgo para la salud que suponía la ingesta de los Factores I y 11. Y como es lógico la actividad económica derivada del uso comercial de los productos basados en la glicina sufrieron una merma importante.

Por otra parte, existen datos objetivos sobre los niveles de ingresos económicos que el Instituto generó y que fueron cortados de raíz por la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias. Esos datos consisten fundamentalmente en las declaraciones de Impuestos de Sociedades de los ejercicios 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009 copia de cuyas liquidaciones ya se han aportado al presente escrito. Del estudio y comparación de dichas liquidaciones podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1°. Que la tendencia y evolución de la actividad económica era ascendente, superando con creces cada uno de los ejercicios al anterior.

2°. Que, al mismo tiempo, existe un descenso evidente de los ingresos a partir del ejercicio 2006, como consecuencia de las prohibiciones y ordenes emanadas de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias, que llevaron al cierre definitivo de la actividad, y por tanto de los ingresos.

3°. Que de la puesta en comparación de los datos podemos llegar a la conclusión de que el lucro cesante por este concepto, en la cantidad de 5.089.354 de euros.

(...)

La diferencia entre la cuota del ejercicio 2006 y la de los años posteriores en los que no pudo comercializarse el producto a pesar de que estaba la patente presentada asciende a 5.089.354 Euros.

(...)

Extendiéndose los efectos de la obtención de la patente hasta la fecha de su solicitud, es decir, hasta el 9 de agosto de 2004, resulta evidente que la Administración contribuyó con su actuación a generar una vulneración de los derechos de la patente, y desarrolló una actuación arbitraria que perjudicó de manera clara los intereses del Profesor (...), puesto que al tiempo que se sancionaba por la comercialización de unos productos cuya patente estaba en trámite, se permitió sin abrir expediente alguno que otros competidores usando los descubrimientos del Profesor, y con clara vulneración de los derechos de derivados de la patente, obtuvieron una ventaja comercial por la que la administración obviamente debe responder».

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. El procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial se inicia mediante la presentación de escrito de reclamación con registro de entrada en el Servicio Canario de la Salud el día 8 de julio de 2021.

2. Con fecha 15 de julio de 2021 y 13 de mayo de 2022, se acuerda requerir al interesado a fin de que subsane y/o mejore la reclamación interpuesta. Requerimiento que, tras varios intentos de notificación (y posterior publicación en el Boletín Oficial del Estado -en adelante, BOE-), no es atendido por el reclamante.

Se hace constar que la cuestión relativa a la prescripción de la acción resarcitoria ha sido sometida a contradicción en el procedimiento administrativo tramitado, habiendo tenido el interesado la posibilidad de efectuar alegaciones en relación con ella, puesto que la Administración actuante la ha puesto de manifiesto en el expediente administrativo en varias ocasiones -véanse los folios 180, 183 y 199-
.

3. Con fecha 16 de febrero de 2023 se admite a trámite la reclamación formulada por el Sr. (...), acordándose la incoación del expediente conforme al procedimiento legalmente establecido y decretando -por el órgano instructor- realizar cuantas actuaciones fueran necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debiera pronunciarse la resolución que pusiera fin al expediente; entre ellos, la petición de informe al Servicio cuyo funcionamiento haya podido ocasionar la presunta lesión indemnizable.

La Resolución administrativa de admisión a trámite de la reclamación interpuesta se publicó en el BOE el día 21 de marzo de 2023, tras dos intentos de notificación –en el domicilio señalado por el propio interesado en su escrito de reclamación inicial- por correo ordinario con devolución de la carta.

4. Con fecha 18 de julio de 2023 el Servicio de Ordenación Farmacéutica emite informe respecto a la reclamación extracontractual planteada por el interesado.

5. Con fecha 27 de julio de 2023 se dicta acuerdo probatorio por el que se admite a trámite la prueba documental propuesta por el interesado y se incorpora -como prueba documental-, el informe recabado por la Administración sanitaria durante el periodo de instrucción.

Asimismo, y con idéntica fecha, se acuerda la apertura del preceptivo trámite de audiencia al interesado.

En relación con estos trámites se ha de indicar que, con fecha 4 y 8 de agosto de 2023, se realizan dos intentos -infructuosos- de notificación al interesado del acuerdo probatorio y del trámite de audiencia; por lo que, con fecha 31 del mismo mes y año, se procede a su publicación en el BOE.

6. Una vez transcurrido el plazo legalmente conferido a tal fin, no consta la presentación de alegaciones y/o documentación por parte del interesado.

7. No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias (según se justifica en el Antecedente de Hecho quinto de la Propuesta de Resolución, no así en el propio expediente administrativo), al tratarse de una reclamación por responsabilidad patrimonial en la que se suscitan cuestiones de Derecho previamente resueltas en anteriores reclamaciones ya informadas por el Servicio Jurídico *ex* art. 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

8. Con fecha 12 de septiembre de 2023 se emite la correspondiente Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima *« (...) la reclamación formulada por (...) por haber sido interpuesta con carácter extemporáneo»*.

9. Mediante oficio de 14 de septiembre de 2023 (con registro de entrada en este Organismo consultivo al día siguiente), se solicita la emisión del Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias *ex* art. 81.2 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC.

IV

1. La Propuesta de Resolución analizada desestima la reclamación interpuesta por el interesado al haber prescrito su derecho a reclamar, de conformidad con lo dispuesto en el art. 67.1, párrafo primero LPACAP.

De esta manera, resulta pertinente analizar si, de acuerdo con el precitado artículo de la LPACAP, el derecho a reclamar se ha ejercido pasado el año de haberse producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

2. Pues bien, una vez examinado el expediente administrativo tramitado, se entiende que la acción resarcitoria ejercitada por el perjudicado se ha de reputar extemporánea.

En este sentido, procede reproducir los argumentos jurídicos expuestos en la Propuesta de Resolución -folios 211 y ss.- sobre la base de lo informado por el Servicio de Ordenación Farmacéutica -folios 194 a 196- (art. 88.6 LPACAP): *« (...) ocurre que también transcurrió el plazo del año a partir de la declaración de la obtención de la patente por una resolución administrativa no anulatoria como es la emitida con fecha 7 de marzo de 2019 por la oficina europea de patente. El plazo hubiera finalizado el 8 de marzo de 2020»*.

En efecto, tal y como señala expresamente el perjudicado en su escrito de reclamación, *«lo que (...) se trata de determinar es si una vez que se ha obtenido la patente (7 de marzo de 2019), y extendidos sus efectos de modo retroactivo hasta la fecha de su solicitud (9 de agosto de 2004), la actuación de la Administración debe dar lugar a una indemnización a favor del Profesor (...). (...) . En este sentido, y teniendo en cuenta que la sentencia del TSJCA es de fecha 27 de mayo de 2009 a nuestro juicio entendemos que la obtención de la patente en 2019 genera una nueva causa de pedir, un nuevo motivo que da*

lugar a la obligación de la Administración de indemnizar los daños sufridos por el Profesor (…) esta vez derivados de la protección que la patente le confiere».

Y concluye el reclamante aclarando que *« (…) la obtención de la patente 1789033 por parte del Profesor (…) constituye un hecho nuevo, y por tanto también una nueva causa de pedir frente a la Administración diferente a la que dio lugar a la sentencia 19 de julio de 2018 del Tribunal Supremo en el procedimiento ordinario 21/2012. Y, en consecuencia, nace de la obtención de la patente una obligación de indemnizar por parte del Gobierno de Canarias distinta que debe dar lugar a un nuevo derecho a ser indemnizado por parte del Profesor (…)».*

Así pues, teniendo en cuenta el *dies a quo* indicado expresamente por el propio interesado en su reclamación inicial, esto es, la fecha de obtención de la patente -7 de marzo de 2019-, y la fecha en que se interpone la reclamación extracontractual -8 de julio de 2021-, se ha concluir que la acción resarcitoria interpuesta está prescrita.

3. Efectivamente, a la vista de lo expuesto anteriormente, procede concluir que la reclamación interpuesta por el perjudicado con fecha 8 de julio de 2021 resulta extemporánea, al haberse rebasado con creces el plazo de un año previsto en el art. 67.1, párrafo primero LPACAP para el ejercicio de la acción resarcitoria.

Circunstancia que, además, no es discutida por el reclamante, al no haberse opuesto a la misma durante la instrucción del procedimiento formulando alegaciones y/o aportando pruebas que refutasen las afirmaciones vertidas por el Servicio de Ordenación Farmacéutica en su informe respecto a la prescripción de la acción.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada frente a la Administración Pública Sanitaria es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV de este Dictamen.