



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 46 / 1998

La Laguna, a 27 de mayo de 1998.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *Propuesta de orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por M.S.G., como consecuencia de las presuntas lesiones derivadas de los servicios de asistencia sanitaria dependientes del Servicio Canario de Salud (EXP. 31/1998 IDS)\**.

## FUNDAMENTOS

### I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, es una propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los arts. 11.1 y 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo en relación este último precepto con el art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 21 de abril, del Consejo de Estado y con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP) aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

### II

1. Dado que la reclamante pretende el resarcimiento de los daños personales producidos, se cumple el requisito de la legitimación activa.

---

\* **PONENTE:** Sr. Yanes Herreros.

2. La persona pública que está legitimada pasivamente es el Servicio Canario de Salud (S.C.S.), porque, según los arts. 45 y 50 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC) en relación con el art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y los arts. 4 y 7 de la Ley 7/1984, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (LHPCan), se trata de un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, al que corresponde, entre otras funciones, la prestación de los servicios de asistencia y la gestión y administración de los centros sanitarios (arts. 45, 50.3 y 51.1.g), h), i) LOSC), lo que lo convierte en un centro de imputación separado de su Administración matriz (la autonómica) al que se deben referir las relaciones jurídicas que genera en su tráfico administrativo y la responsabilidad derivada de los actos y hechos que constituyen dicho tráfico.

A esta legitimación pasiva del SCS no empece que el órgano competente para resolver este procedimiento sea, en virtud del art. 142.2 LPAC en relación con el art. 50.2 LOSC, el titular del Departamento al que está adscrito. Porque, tratándose de una mera personificación instrumental para el ejercicio de funciones de competencia de la Administración, dicho Servicio se halla, por consiguiente, sometido al control y tutela de ésta. De ahí que el ordenamiento jurídico pueda disponer que determinadas decisiones sobre su tráfico jurídico sean adoptadas por órganos de su Administración matriz.

3. Que el órgano competente para dictar la resolución propuesta sea el Consejero de Sanidad resulta del art. 142.2 LPAC en relación con la Disposición Final 1ª de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (LGA) y con el art. 50.2 LOSC; de donde se deriva que el órgano competente para incoar, instruir y formular la propuesta de resolución en este tipo de procedimientos sea el Secretario General del Servicio Canario de Salud (SCS) en virtud del art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica (DODA) en relación con los arts. 10.3 y 15,a) del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, que aprobó el Reglamento de Organización y Funcionamiento del SCS (ROSCS). Las competencias respectivas del Consejero y del Secretario General del SCS que se acaban de señalar

han sido fundamentadas por extenso en los Dictámenes 78, 79 y 81/1996 de este Consejo, a los que se remite este Dictamen para evitar repeticiones innecesarias.

4. La acción de reclamación se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido (art. 142.5 LPAC).

### III

1. El procedimiento se inicia el 4 de abril de 1997, fecha de entrada en el Servicio Canario de Salud de la solicitud presentada por M.S.G. y su esposo reclamando el resarcimiento de los daños derivados de un error de diagnóstico y de las actuaciones posteriores consecuencia del mismo.

Antes de entrar en el fondo del asunto que es objeto de la presente Propuesta de Resolución, debe tenerse en cuenta -y delimitarse en aquélla- que la reclamante solicita una indemnización de 77.100.000 ptas., en la que se incluye una parte en concepto de reintegro de gastos originados por su traslado y tratamiento médico en el centro sanitario privado. Sin embargo, se trataría ésta de una reclamación independiente y ajena a la responsabilidad patrimonial de la Administración que debe tramitarse de acuerdo con el procedimiento especialmente previsto para ello (Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud), siendo la jurisdicción competente para conocer de lo resuelto en materia de reintegro de gastos por asistencia sanitaria privada, la social. Por lo que se refiere al resto del montante de la indemnización, se reclama en concepto de daños morales y pérdida de trabajo de su esposo a consecuencia de todo lo acontecido, que caería bajo el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

2. Según relata en su solicitud, la paciente fue diagnosticada de cáncer de mama y ante la negativa del Hospital Insular de practicar la técnica de cirugía sin sangre, fue remitida primero al Hospital del Pino y posteriormente al Materno-Infantil, donde se prescribieron como tratamiento sesiones de quimioterapia y posterior radioterapia ante la imposibilidad de realizar la operación quirúrgica, poniendo con ello en peligro su salud física. Todo ello sin practicar una biopsia para confirmar el diagnóstico. Ante esta situación, la paciente acudió a un centro privado que practica la técnica de cirugía sin sangre y en el que, tras la correspondiente biopsia, se comprobó que no padecía cáncer, siendo diagnosticada de mastopatía fibroquística.

En escrito complementario de 13 de mayo de 1997, reitera que se trató de un diagnóstico temerario sin lógica ni razón médica profesional alguna, al no haber existido antes una biopsia sobre el mismo, para determinar semejante resolución y que el tratamiento recomendado resultaba inoperante y falto de buen juicio profesional.

3. Según consta en los informes médicos obrantes en el expediente, a la paciente, tratada primero en el Hospital Insular, se le practicaron pruebas (ecografía y paaf) en las que "se apreciaban hallazgos altamente sugestivos de carcinoma de mama, por lo que se recomendaba la práctica de biopsia intraoperatoria, que no llegó a realizarse por la negativa de la paciente a autorizar una posible transfusión sanguínea". Al mismo resultado se llegó por los correspondientes servicios del Hospital del Pino. Por su parte, consta igualmente acreditado en el expediente que en el último centro sanitario al que acudió, el Hospital materno-infantil, se propuso como alternativa a la intervención quirúrgica un tratamiento de quimioterapia.

4. Conforme a los protocolos médicos que se aportan al expediente, en los casos en que existe un alto grado de sospecha de carcinoma, como lo era el presente, procede la práctica de una biopsia intraoperatoria y tratamiento quirúrgico inmediato en función del estudio anatómo-patológico.

La negativa de la paciente, debido a sus creencias religiosas, a una transfusión sanguínea si resultara necesario durante el transcurso de la operación motivó que no se pudiera practicar en los citados centros la biopsia necesaria para el establecimiento del diagnóstico definitivo, por lo que no puede mantenerse que se incurriera en error de diagnóstico, ya que las apreciaciones iniciales se encontraban pendientes de confirmación. De hecho el centro sanitario privado al que acudió la reclamante, a la vista de las pruebas realizadas en los centros dependientes del Servicio Canario de Salud, terminó de completar el diagnóstico mediante la práctica de la biopsia interoperatoria, llegando a un resultado que igualmente se hubiera alcanzado en los hospitales públicos de haber prestado la reclamante su consentimiento. Por ello no puede apreciarse la existencia de nexo causal entre la actuación sanitaria y el daño que alega la reclamante.

Por otra parte, tampoco la negativa de los centros sanitarios a practicar la técnica solicitada por la reclamante hace derivar responsabilidad para la Administración sanitaria. Conforme ha señalado la STS de 14 de abril de 1993, la

exigencia de garantía de una intervención quirúrgica sin transfusión de sangre excede del contenido concreto de la asistencia sanitaria exigible a la Seguridad Social y no es equiparable a la denegación injustificada de tratamiento. Así mismo, conforme señala la STS de 22 de noviembre de 1990, que sigue a la STS de fecha 16 de febrero de 1988, “la obtención de una asistencia con las técnicas médicas más avanzadas no puede razonablemente constituir el contenido de la acción protectora de un sistema caracterizado por la limitación de medios y por su proyección hacia una cobertura de vocación universal”, doctrina reiterada por las SSTS, de fecha 13/10/94, 5/12/95 y 26/4/96.

Finalmente, tampoco procede la apreciación de la responsabilidad por la propuesta del tratamiento de quimioterapia porque no llegó a administrarse, reclamándose por tanto por un daño hipotético que no tiene el carácter de *efectivo* que exige el art. 139.2 LPAC.

## C O N C L U S I O N E S

1. La Propuesta de Resolución debe delimitar el objeto de la reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, de la petición de reintegro de gastos médicos por asistencia sanitaria privada que conjuntamente se solicita.

2. La denegación de la pretensión indemnizatoria se considera ajustada a Derecho, al no concurrir los requisitos necesarios para la apreciación de la responsabilidad de la Administración.