



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 1 2 2 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 3 de abril de 2018.

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. 81/2018 IDS)\**.

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

### I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS) tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Está legitimada para solicitarla el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, de la documentación obrante en el expediente, se deducen los siguientes:

La esposa del reclamante, paciente de 68 años de edad, con antecedentes de hipertensión arterial, dislipemia, infarto agudo de miocardio, cardiopatía isquémica evolucionada, cáncer de mama avanzado del que fue intervenida quirúrgicamente y posteriormente tratada con quimioterapia y radioterapia, fue intervenida en el Hospital Universitario de Ntra. Sra. de La Candelaria (HUNSC) mediante laparotomía

---

\* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

en julio de 2013, siéndole extirpado un tumor de cuatro centímetros del intestino delgado.

4. Durante el seguimiento de la patología intestinal referida se detectó, al menos un nuevo tumor intestinal, motivo por el que, tras firmar la documentación correspondiente al consentimiento informado y haberse preparado en el banco de sangre la necesaria para una intervención de cirugía mayor a la que se le iba a someter en el HUNSC, el día 11 de febrero de 2014 se efectuó la misma bajo la dirección de la doctora (...) y como ayudantes intervinieron los doctores (...) y (...).

Los doctores actuantes comenzaron la cirugía mediante acceso laparoscópico e identificaron primeramente una lesión a nivel del ileon medio (tumor) y posteriormente 9 tumores malignos más de diverso tamaño, razón por lo que se decidió convertir la cirugía inicial en una laparatomía para la resección de los mismos, posibilidad que obraba en el consentimiento informado firmado por la paciente.

Posteriormente, seis días después de dicha intervención, tuvo lugar una ruptura de una de las conexiones intestinales (deshicencia), que requirió de reintervención para ser tratada debidamente. El día 13 de agosto de 2014, fue necesario practicarle una nueva reintervención.

En el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, tras hacer mención expresa a esta última cirugía se afirma que, tras ella, la paciente falleció como consecuencia de la progresión irremediable de su enfermedad.

5. El reclamante afirma que el día 13 de febrero de 2014 su esposa entró por su propio pie al quirófano con la única finalidad de someterse a una pequeña intervención programada consistente en una resección de un pequeño tumor que padecía, pero la doctora (...), en un quirófano que no estaba preparado para ello y sin contar con el consentimiento de la afectada o de su familia, la convirtió en una gran cirugía, que desarrolló de forma inadecuada y negligente, lo que finalmente generó la mala evolución de la paciente y su fallecimiento el día 18 de febrero de 2015.

El afectado reclama una indemnización de 223.748,35 euros por el fallecimiento de su esposa, ocasionado, principalmente, según alega, por la mala praxis de la doctora (...).

6. Son de aplicación tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

(LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria tercera a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al haberse iniciado el procedimiento antes de la entrada en vigor de la Ley 39/2015.

Asimismo, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del paciente y de los Derechos y obligaciones en materia de Informes y Documentación Clínicas; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

## II

1. Por lo que se refiere al procedimiento, el mismo comenzó con la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, que tuvo lugar el día 17 de febrero de 2016.

El día 16 de marzo de 2016 se dictó la Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada.

2. En lo que respecta a su tramitación, cuenta con el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del SCS y el informe del Servicio de Cirugía del HUNSC.

3. El reclamante, a través de su abogado, solicitó la práctica de varias pruebas testificales, presentando un largo listado de médicos y enfermeras, entre los que se encuentra la doctora (...), cuya actuación considera que es la causante del hecho lesivo, incluyendo además la declaración testifical del propio reclamante.

La Administración le notifica la apertura del periodo probatorio y le requiere que de ese listado de médicos elija tres médicos para que se efectúe su declaración testifical. Lo cual se acuerda, según alega la Administración, en aplicación del art. 363 -Limitación del número de testigos- de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone que:

«Las partes podrán proponer cuantos testigos estimen conveniente, pero los gastos de los que excedan de tres por cada hecho discutido serán en todo caso de cuenta de la parte que los haya presentado.

Cuando el tribunal hubiere escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerare que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado».

Pues bien, se debe entender que este precepto (así como todo lo relacionado con la prueba testifical) se aplica por la Administración de forma analógica y que ello se basa en que se considera por la misma que son innecesarias tales declaraciones, lo cual en la mayoría de los casos es cierto, ya que se desconoce qué intervención pudieron tener en los hechos dicho personal sanitario. Aquí se identifica el acto médico concreto que se considera contrario a la *lex artis*, la intervención quirúrgica de 11 de febrero de 2014, e identificando, así mismo, como responsable del hecho lesivo, según el parecer del reclamante, a la doctora (...).

El afectado solicita la práctica de tres declaraciones testificales, que son las correspondientes a la doctora (...), el doctor (...) y el propio reclamante, la cual no se practica, pues es del todo innecesaria al constar su versión de los hechos en su escrito de reclamación.

El Dr. (...) presta declaración y se manifiesta, de forma expresa, por parte de la Administración, que la doctora (...) no puede testificar puesto que ya no presta sus servicios en el SCS, lo que acontece desde abril de 2014, constando en el expediente que actualmente presta servicio en el Hospital Clínico Universitario de Zaragoza.

4. Posteriormente, se le otorgó el trámite de vista y audiencia, sin que se efectuara alegación alguna.

Por último, el día 19 de febrero de 2018 se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, vencido el plazo resolutorio años atrás sin justificación para tal dilación. Esta demora, sin embargo, no obsta para resolver expresamente, existiendo deber legal al respecto, sin perjuicio de los efectos administrativos que debiera conllevar y los legales o económicos que pudiera comportar (arts. 42.1 y 7, 141.3 y 142.7 LRJAP-PAC).

5. Concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 139 y ss. LRJAP-PAC).

### III

1. Como se ha relatado en el Fundamento anterior, no se practicó durante el periodo probatorio la prueba testifical de la doctora que intervino a la paciente y a cuya actuación se imputa el daño, debido a que ya no presta sus servicios en el SCS.

No obstante, el hecho de que la doctora (...) ya no pertenezca al SCS no constituye un obstáculo para que preste declaración testifical en el presente procedimiento y ello no sólo porque su testimonio es de vital importancia por razones más que evidentes, sino porque la no pertenencia de un testigo médico al SCS no supone un obstáculo legal para que preste su testimonio que, además, va a estar centrado en hechos acontecidos cuando la facultativo sí pertenecía al SCS.

Asimismo, la Administración cuenta con medios suficientes para localizar a la misma, Médico colegiada y destino profesional en el Hospital Clínico Universitario de Zaragoza, y para practicar tal prueba sin que la misma tenga que trasladarse a la isla, es decir, hay medios telemáticos que facilitan su práctica, sin perjuicio de que pueda contestar por escrito al pliego de preguntas que se le remita. Por tanto, con la denegación de esta prueba se ha ocasionado una evidente indefensión al interesado.

2. Por todo ello, se considera absolutamente necesario retrotraer las actuaciones y practicar la prueba testifical de la doctora (...) por las razones expuestas. Después de su práctica se le otorgará el trámite de vista y audiencia al interesado y se emitirá una nueva Propuesta de Resolución que se remitirá a este Consejo Consultivo con la finalidad de que se emita el preceptivo Dictamen.

## CONCLUSIÓN

La propuesta de Resolución no se considera conforme a Derecho, debiendo retrotraerse las actuaciones recabar el testimonio de la Doctora (...). Seguidamente, tal y como se indica en el Fundamento III.2, se otorgará el trámite de vista y audiencia al reclamante y se emitirá una nueva propuesta de resolución que se remitirá a este Consejo Consultivo para la emisión de su preceptivo Dictamen.