



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 102/2019

(Sección 1ª)

La Laguna, a 26 de marzo de 2019.

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 (...), en nombre y representación de (...), D.ª (...), (...) y (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 60/2019 IDS)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado el 13-02-2019 (Registro de entrada en el Consejo Consultivo el 15 de febrero de 2019), por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del dictamen, según los arts. 12.3 y 11.1.D).e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

2. Resultan aplicables los arts. 67, 81, 91 y 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) y el art. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), normativa aplicable, porque la reclamación fue presentada el 15-11-2017, después de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (DT3ª).

---

\* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

También son de aplicación 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 Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

## II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...) y (...), y (...), como esposa e hijas del paciente fallecido.

2. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.1 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 y 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 del Servicio Canario de la Salud.

4. La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la 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, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

5. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues se presentó el 15-11-2017, habiendo quedado interrumpida la prescripción de un año a que se refiere el art. 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, por el ejercicio de la acción penal el 17 de octubre de 2011, debiendo contar el plazo de un año de prescripción para el ejercicio del derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración Pública sanitaria desde la notificación de la sentencia de la Audiencia Provincial que puso término al proceso penal.

Al respecto es preciso recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2008, entre otras, 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, 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».

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2008, se refiere a la interrupción de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial por el ejercicio de la acción penal:

«En la interpretación de dicho precepto, la jurisprudencia ha mantenido el criterio de que el ejercicio de la acción penal interrumpía el plazo de ejercicio de la reclamación de responsabilidad a pesar de lo que literalmente resultaba del art. 146.2 de la Ley 30/92, y ello pues se basaba la jurisprudencia en el principio de la “actio nata” (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo prescriptivo; según dicho principio la acción solo puede comenzar cuando ello es posible y eso sucede cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad.

La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 2001 entiende que: la adecuada interpretación de este precepto legal exige considerar que la interrupción de la prescripción por iniciación del proceso penal se produce en todos aquellos casos en los cuales dicho proceso penal versa sobre hechos susceptibles en apariencia de ser fijados en el mismo con trascendencia para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración (...).

Por ello se impuso la interpretación de que cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, la pendency del proceso penal abre un interrogante sobre el alcance de dicha responsabilidad susceptible de condicionar el alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial para la Administración y, consiguientemente, de interrumpir la prescripción con arreglo a una interpretación extensiva del precepto legal.

(...)

La Ley 4/99 (RCL 1999, 114, 329) ha modificado de modo sustancial el referido art. 146.2 de la Ley 30/92, (...). Se ha eliminado pues, la referencia a que la exigencia de responsabilidad penal "no interrumpirá el plazo de prescripción". Por lo tanto, a partir de la aplicación de la nueva redacción de este precepto, no cabe duda de que el proceso penal tiene eficacia interruptiva con carácter general y ello pues aunque, en una interpretación literal, dicha eficacia interruptiva solo debía ser efectiva para el caso de que la determinación de los hechos sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial, esta viene siendo la regla general.

La jurisprudencia de esta Sala es clara en esta materia, por todas citaremos la sentencia de esta misma Sección de 18 de enero de 2006 donde se afirma:

"Como hemos dicho en sentencia de esta Sala de 23 de enero de 2001, la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa debe reconocerse en tal supuesto en aplicación de la doctrina sentada por la jurisprudencia consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos; tal criterio tiene su origen en la aceptación por este Tribunal del principio de la "actio nata" para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible, y esa coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad, de tal suerte que la pendency de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

Todo ello no es sino reflejo de la aceptación por esta Sala del principio de la actio nata, conforme al cual solamente cabe exigir la actividad del administrado en orden a impetrar el reconocimiento de responsabilidad por parte de la Administración cuando ello sea posible, una vez culminado el proceso penal en que se dilucidan los hechos determinantes de la responsabilidad».

En el presente expediente nos consta la fecha de la Sentencia de la Audiencia Provincial en el procedimiento abreviado 32/2016 (25-11-2016), y la fecha de su notificación a la reclamante (29-11-2016). También figura la declaración de firmeza de la Sentencia por Auto de 20 de junio de 2017. Cualquiera que fuera la fecha de referencia la reclamación de responsabilidad patrimonial estaría interpuesta en plazo (15 de noviembre de 2017), si bien la fecha a considerar, según la jurisprudencia, es aquella en la que se notifica al reclamante la sentencia que pone término al proceso penal.

### III

Las interesadas presentan reclamación el 15-11-2017 en la que expone los siguientes hechos:

«1.- Que (...) era el esposo y padre de mis representados según se acredita mediante copia del Libro de familia que se acompaña como documento nº2, y herederos del mismo (según testamento que se acompaña como documento nº-3), el cual descubrió una tumoración en el cuello (laterocervical derecha), por lo que primeramente fue a consultar a un centro médico privado el 19 de marzo de 2.010, donde le practican una ecografía de cuello, y posteriormente acude a su médico de atención primaria del Servicio Canario de Salud, donde tras observar el estudio ecográfico se informa: “se visualiza nodulación abollonada con estructura interna mixta (áreas sólidas con áreas quísticas), adenopatía de 41x15 mm de tamaño en el lado izquierdo del cuello y en el mismo nivel, se visualiza adenomegalia de 22,97 mm de tamaño, recomendamos descartar síndrome linfoproliferativo”.

El 20 de abril de 2.010 es valorado en el Servicio de Otorrinolaringología (ORL) por el Dr. (...), realizándole una inspección de boca y faringe, solicitándose estudio radiológico (TAC cuello-tórax) llevado a cabo el 4 de mayo de 2.010, donde se aprecia en el cuello a nivel de la cadena ganglionar cervical derecha múltiples adenopatías, la mayor de 32x23 mm y que produce compresión sobre la vena yugular de ese lado.

Se solicitan más informes (eco y tiroides) y biopsia, siendo derivado desde el servicio de ORL, a la consulta de Endocrinología, donde es atendido por el Dr. (...) el 2 de junio de 2.010, decidiendo realizar una punción aspiración con aguja fina (PAAF) el día 18 de junio de 2.010, que es informada de la siguiente manera: “PAAF de ganglio cervical con material insuficiente para diagnóstico; PAAF de nódulo tiroideo derecho con citología sospechosa de malignidad”. Tras dicha PAAF, no constaba en la historia de Endocrinología ninguna decisión diagnóstica ni de seguimiento ni derivación respecto a la patología a estudio, a pesar de conocer el Dr. (...), la grave situación que presentaba el paciente y la urgencia del

tratamiento necesario, tal como reseña la historia clínica del servicio de Oncología [Dra. (...), cuya declaración en sede judicial se acompaña como documento n° 4].

Ignorante de la actitud pasiva del endocrino, y ante la agravación de los síntomas que iba percibiendo, el afectado se presenta de motu proprio en el Hospital Insular de Gran Canaria el 26 de agosto de 2.010, a fin de que le practiquen la biopsia de la tumoración, dado que en el último servicio visitado (endocrino) no le habían dado indicación alguna y se encontraba muy ansioso, al comprobar que la tumoración iba creciendo cada vez más.

El 6 de septiembre de 2.010, es recibido por el Servicio de Oncología del Hospital de Fuerteventura, sin que aún se tengan los resultados de la biopsia realizada en Las Palmas de Gran Canaria, presentando ya una masa de aproximadamente 7x7 centímetros dura en el cuello, y se tienen que repetir nuevamente algunas de las pruebas ya realizadas para diagnosticarle un carcinoma con diseminación de la enfermedad y por tanto, en ese estado, lo único que cabía recomendar era un tratamiento paliativo de quimioterapia, falleciendo (...), el día 27 de diciembre de 2.010, después de sufrir una terrible agonía, derivada de múltiples padecimientos que se fueron sumando.

II.- Con fecha 17 de Octubre de 2.011, se interpuso querrela que fue admitida y tramitada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de Puerto del Rosario, que tras finalizar las diligencias previas n°1099/2011 dictó auto de apertura de juicio oral contra el Dr. (...) (documento n°5) , elevando las actuaciones a la Audiencia Provincial de Las Palmas Sección Primera (PA 32/2016) que finalmente dictó sentencia con fecha 25 de noviembre de 2.016 notificada a esta parte el 29 de noviembre del mismo año (se acompaña como documento n°6) por la que se absolvía al citado facultativo de los delitos de imprudencia médica con resultado de muerte y de falsificación de documento público. Al no presentarse recurso contra dicha decisión se decretó su firmeza por Auto de fecha 20 de junio de 2.017. En dichas actuaciones, fue parte en calidad de responsable civil subsidiario el Servicio Canario de Salud, por lo que ese organismo ha tenido acceso a toda la documentación obrante a la instrucción penal.

III- Son hechos declarados probados por la Audiencia Provincial los siguientes:

(...)

SEXTO.- El día 20 de mayo de 2010, (...) fue derivado desde el Servicio de Otorrinolaringología al Servicio, también en el Hospital de Fuerteventura, de Endocrinología, para que se le realizase un PAAF (Punción Aspiración con Aguja Fina), haciéndose constar en el parte de interconsulta que el paciente era enviado por tumoración en el cuello y que se rogaba PAAF-ECO de ambos lados (cuello y tiroides) para diagnóstico.

SÉPTIMO.- El día 2 de junio de 2010, (...) fue atendido en el Servicio de Endocrinología del Hospital General de Fuerteventura por el acusado, el doctor (...) (mayor de edad y sin antecedentes penales), quien el día 18 de junio de 2010 le realizó al paciente una PAAF.

OCTAVO.- El informe anatomopatológico de la PAAF realizada por el acusado Dr. (...), fue emitido el día 9 de julio de 2010 por la doctora (...), y en él mismo se concluye lo siguiente:

PAAF de ganglio cervical: material insuficiente para diagnóstico. PAAF de nódulo tiroideo derecho: citología sospechosa de malignidad. Ver micro.

NOVENO.- El informe de anatomía patología con el resultado de la PAAF fue remitido a la consulta del acusado (...), sin que haya quedado acreditado cuál era el procedimiento que debía seguirse para que el paciente tuviese conocimiento de dicha prueba diagnóstica, si bien el Médico de Familia de (...) a partir del 20 de julio de 2010 intentó conocer dicho resultado y que éste le fuese remitido al Otorrino [Doctor (...)] o al Endocrino [Dr. (...)] y, al menos, a fecha 27 de julio de 2010 tanto el Médico de Familia como (...) conocían el resultado del PAAF, con intervención del acusado, sin que haya quedado acreditado cómo se produjo la transmisión de la información.

DÉCIMO.- Con anterioridad al 20 de julio de 2010 (...) y su familia realizaron gestiones para que éste fuese intervenido quirúrgicamente en el Hospital Insular; en la isla de Gran Canaria, y, a fecha 29 de julio de 2010 tenía concertada, para el día 6 de agosto de 2010, la primera cita en el Hospital Insular.

El día 18 de agosto de 2010 (...) se realizó un PAAF en el Hospital Insular de Gran Canaria, emitiéndose el día 23 de agosto de 2010 informe anatomopatológico con el siguiente diagnóstico:

"Ganglio linfático (cervical derecha PAAF C): material con marcado artefacto de fijación, con hallazgos citológicos sospechosos de malignidad (para carcinoma).

NOTA: la valoración diagnóstica está limitada por la poca preservación celular. Se recomienda biopsia ganglionar para su estudio histológico, si procediere clínicamente.

Tiroides (lóbulo izquierdo, PAAF A, B): material hemático con coloide y macrófago; sin representación epitelial.

NOTA: los hallazgos citológicos pueden corresponder a un quiste coloide si bien la valoración diagnóstica está limitada por la ausencia de representación epitelial folicular".

UNDÉCIMO.- El día 26 de agosto de 2010, (...) ingresó de forma programada en el Hospital Insular para intervención quirúrgica por tumoración cervicolateral derecha con PAAF sospechosa de malignidad para carcinoma, realizándose biopsia intraoperatoria y diferida y hallándose tumor de células grande pobremente diferenciado, sugestivo de carcinoma. Tipificación histológica de la neoplasia pendiente de estudio diferido en parafina".

(...) recibió el alta hospitalaria el día 2 de septiembre de 2010.

DÉCIMO TERCERO.- (...), después de recibir el alta hospitalaria recibió asistencia y tratamiento médico continuado hasta el día 27 de diciembre de 2010, en que falleció a causa de una enfermedad tumoral originada por un tumor no diferenciado de origen desconocido, sin que se llegase a descartar clínicamente un origen pulmonar, de vías aéreas superiores y tiroideo, entre otros.

(...)

De lo expuesto se pueden extraer la siguiente conclusión:

Existe una relación de causalidad entre la actuación médica del servicio de endocrinología y la falta de tratamiento curativo del paciente fallecido (...). Porque al haber dirigido su actuación del modo en que se ha expuesto precedentemente, tanto por omisión (al no haber facilitado la información preceptiva al enfermo y su derivación al servicio competente para ser tratado, tal y como estaba indicado), como por acción (al recoger en su informe el inveraz dato de la información, y de la derivación al otorrino), se condicionó toda la línea médica posterior, desviando la atención y actuación sanitaria de la gravitación del verdadero mal que afectaba a (...), puesto que se retrasó unos seis meses el diagnóstico y tratamiento del cáncer que sufría, siendo evidente que, en atención a la naturaleza del padecimiento, crucial es la anticipación máxima en la verificación de la existencia de dicha tumoración maligna, porque ello permitiría adelantar un tratamiento curativo (no meramente paliativo) y, así, detener en lo posible la evolución del cáncer. Al no haberse desarrollado los acontecimientos de ese modo, el diagnóstico se retrasó y la intervención médica se tornó decididamente tardía y, consecuentemente, mucho más perjudicial para las expectativas de vida del paciente.

Al respecto los médicos forenses (...) y (...), al concluir en su informe de fecha 19 de diciembre de 2.013 (folio 384 de las actuaciones) que: "no existe cita específica y clara al paciente por parte del endocrino [Dr. (...)] conociendo los resultados del estudio anatomopatológico", "se observa una modificación ampliatoria del informe de endocrinología del 2/06/2010 y 18 06/2010" y continúa "En el caso de sospecha de malignidad (carcinoma) se recomienda que las medidas a tomar sean lo más rápido posible, de carácter preferente, siendo lo habitual que el facultativo tome una actitud activa para ponerse en contacto con el paciente e informarle de los resultados de las pruebas, diagnóstico y plan de actuación", cosa que no se hizo, aunque los forenses interpretan que "no se puede demostrar una relación causal clara entre la actuación médica del Dr.(...) y el resultado lesivo, en base a que "la evolución hubiese sido con mayor probabilidad la misma", pero partiendo de un error, y es considerar que el tiempo transcurrido entre el resultado del estudio (9/07/2010) y el ingreso en el Hospital Insular (26/08/2010) es de "un mes y medio" y deducen que ese lapsus de tiempo no hubiese influido de forma sustancial, cuando lo cierto es que el paciente acudió por iniciativa propia al citado Hospital Insular, a fin de agilizar unas pruebas que no habían sido gestionadas por el facultativo obligado a ello, debido a su ansiedad por el



desconocimiento de lo que estaba sufriendo (a pesar de que ya lo conocía el acusado) , y que no se puede hablar de un “mes y medio” de espera, puesto que tampoco recibió asistencia curativa en aquél momento, sino que hubo de esperar hasta el 6 de septiembre en que es visto por primera vez en Oncología que le ordena repetir pruebas, y tal y como señala la oncóloga [Dra. (...)] “no existió ninguna decisión diagnóstica ni de seguimiento ni tratamiento ni derivación” desde que aquél tuvo conocimiento de la urgencia del caso, por lo tanto, no estamos hablando de un mes y medio, sino de casi tres meses, aunque de cualquier forma, lo relevante en este caso es la ausencia del tratamiento curativo que procedía, independientemente de la evolución que hubiese seguido el curso de la enfermedad y de las probabilidades mayores o menores que tenía el paciente de sanar o alargar su vida, por ello, existe la concurrencia de nexo causal entre la lesión inicial y la evolución posterior .

Como tal resultado (fallecimiento o prolongación de la vida) no es científicamente constatable, estamos en el campo de las hipótesis, pero lo que sí está demostrado según la *lex artis ad hoc*, es la actuación que debe seguir el facultativo ante un caso como el presente y que mencionan los forenses. El no haberse conducido así, es un claro y sólido indicio de responsabilidad.

Considera esta parte que se le ha ocasionado un daño antijurídico a mis representados que no tienen el deber jurídico de soportar, existiendo una relación de causalidad entre el acto u omisión médico y el daño causado, que atendiendo a los baremos previstos para la indemnización de víctimas en accidentes de tráfico (Resolución de la DGS y Fondo de pensiones de 31 de enero de 2.010 fecha en que suceden los hechos), con carácter orientador (pues no resulta preceptivo en esta materia), entendemos que corresponde a mis representados, la cantidad de 106.000 euros a la viuda y 18.000 euros a cada hija (al ser mayores de 30 años)».

## IV

1. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 de la LPACAP. No obstante, 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 LPACAP).

2. Constan las siguientes actuaciones:

1.- El solicitante expone en su escrito inicial, que (...) tras detectarse tumoración en el cuello fue valorado por el Servicio de Otorrinolaringología así como por el Servicio de endocrinología del Hospital General de Fuerteventura. Prosigue refiriendo en su escrito la sucesión de hechos, según se ha recogido más atrás.

Asimismo señala que por los mismos hechos se tramitaron las Diligencias Previas nº 1099/2011 del Juzgado de Instancia e Instrucción número 3 de Puerto del Rosario elevándose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Las Palmas que dictó Sentencia absolutoria con fecha 25 de noviembre de 2016 decretándose su firmeza mediante Auto de 20 de junio de 2017. Detalla asimismo en la reclamación los hechos declarados probados en la Sentencia que igualmente se dan por reproducidos.

Finaliza, señalando que «lo relevante en este caso es la ausencia del tratamiento curativo que procedía, independientemente de la evolución que hubiese seguido el curso de la enfermedad y de las probabilidades mayores o menores que tenía el paciente de sanar o alargar su vida, por ello existe la concurrencia de nexo causal entre la lesión inicial y la evolución posterior».

Reclama una indemnización de 106.000 euros a la viuda y 18.000 euros a cada hija.

2.- A la vista de los hechos referidos por los reclamantes, la reclamación fue admitida a trámite mediante Resolución de 22 de noviembre 2017, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por supuesta responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, acordándose, por el Órgano Instructor, realizar cuantas actuaciones fueran necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución que ponga fin al expediente, y, entre ellos, la petición de informe a los servicios correspondientes, en especial, el Servicio cuyo funcionamiento haya podido ocasionar la presunta lesión indemnizable (petición que suspende el plazo máximo para resolver), impulsando de Oficio la instrucción del procedimiento en todos sus trámites.

En su virtud, se solicitó informe al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud, para que, a la vista de la historia clínica y del que provenga del Servicio cuyo funcionamiento hubiera ocasionado la presunta lesión indemnizable, se valore la existencia o no de relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada a la reclamante y los daños y perjuicios por los que reclama.

El informe del Servicio de Inspección y Prestaciones fue emitido con fecha 14 de mayo de 2018 al que además se acompaña la historia clínica, así como los informes preceptivos de los Servicios de Endocrinología, Otorrinolaringología, Admisión y Documentación Clínica

3.- El 28 de mayo de 2018 fue dictado Acuerdo Probatorio no siendo posible la realización de la prueba testifical de (...).

Ultimada la instrucción del procedimiento, con fecha 12 de julio de 2018 se acordó el preceptivo Trámite de Audiencia, notificado mediante correo certificado el 23 del mismo mes y año, y a cuya notificación se le adjuntó relación de documentos obrantes en el expediente administrativo.

El reclamante no formuló alegación alguna.

4.- Con fecha 14 de septiembre de 2018 tuvo entrada en el Registro de la Secretaría General oficio del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 6 por el que se solicita la remisión del expediente administrativo al haber sido interpuesto recurso contencioso administrativo por el reclamante (Procedimiento Ordinario n.º 282/2018).

5.- La Propuesta de Resolución desestimatoria de las pretensiones de los reclamantes fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico con fecha 22 de enero de 2019.

6.- La Propuesta de Resolución del Secretario General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por las reclamantes es de fecha 31-01-2019.

## V

### 1. Requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que «para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño».

Una nutrida jurisprudencia (reiterada en las SSTS -3ª- 29 de enero, 10 de febrero y 9 de marzo de 1998) ha definido los requisitos de éxito de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a las siguientes proposiciones:

A) La acreditación de la realidad del resultado dañoso.

B) La antijuridicidad de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido.

C) La imputabilidad a la Administración demandada de la actividad causante del daño o perjuicio. Lo que supone la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad administrativa y el perjuicio padecido.

D) La salvedad exonerante en los supuestos de fuerza mayor.

E) La sujeción del ejercicio del derecho al requisito temporal de que la reclamación se cause antes del transcurso del año desde el hecho motivador de la responsabilidad.

2. Particularidades de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario: la "Lex Artis".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 estableció que «la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de septiembre de 2009 (recurso de casación nº 89/2008) «que el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo

que exige la buena praxis sanitaria, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración».

Por lo demás, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014 declara que:

«Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria».

Ha de tenerse en cuenta que no existe otra exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance; pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento.

3. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, partiendo de los hechos probados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 25 de noviembre de 2016.

Las reclamantes discrepan en la versión de los hechos declarados probados por la sentencia, ya que en su reclamación sostienen que entre el 2 de junio de 2010 en que (...) realiza la punción con aguja fina, no es visto por los médicos ni recibe indicación alguna hasta que *motu proprio* se presenta en el Hospital Insular de Gran Canaria el 26 de agosto de 2010, a fin de que le practiquen la biopsia de la tumoración.

Las reclamantes discrepan en la versión de los hechos declarados probados por la sentencia, ya que en su reclamación sostienen que

No obstante, la sentencia reconoce como hechos probados que entre esas dos fechas hubo un seguimiento médico al paciente.

Según relata la sentencia el informe anatomopatológico de la PAAF realizada por el acusado Dr. (...), fue emitido el día 9 de julio de 2010 por la doctora (...).

El informe de anatomía patológica con el resultado de la PAAF fue remitido a la consulta del acusado (...), sin que haya quedado acreditado cuál era el procedimiento que debía seguirse para que el paciente tuviese conocimiento de dicha prueba diagnóstica, si bien el Médico de Familia de (...) a partir del 20 de julio de 2010 intentó conocer dicho resultado y éste le fuese remitido al Otorrino [Doctor (...)] o al Endocrino [Dr. (...)] y, al menos, a fecha 27 de julio de 2010 tanto el Médico de Familia como (...) conocían el resultado del PAAF, con intervención del acusado, sin que haya quedado acreditado cómo se produjo la transmisión de la información.

Con anterioridad al 20 de julio de 2010 (...) y su familia realizaron gestiones para que éste fuese intervenido quirúrgicamente en el Hospital Insular; en la isla de Gran Canaria, y, a fecha 29 de julio de 2010 tenía concertada, para el día 6 de agosto de 2010, la primera cita en el Hospital Insular.

El día 18 de agosto de 2010 (...) se realizó un PAAF en el Hospital Insular de Gran Canaria, emitiéndose el día 23 de agosto de 2010 informe anatomopatológico.

Por ello, las actuaciones ponen de relieve que hubo una cierta descoordinación entre el médico y el paciente al no quedar claro si la cita después de la punción realizada por el Doctor (...) tenía que solicitarla el paciente o impulsarla el médico, pero esta cuestión no parece relevante en este caso, porque el resultado de la punción se obtuvo el 9 de julio de 2010, y el 20 de julio de 2010 el médico de familia (...) intentó conocer el resultado, y el 27 de julio de 2010 toman conocimiento de los resultados de la prueba tanto el médico de familia, como el Dr. (...) y como el paciente. El 29 de julio ya tenía concertada la primera cita en el Hospital Insular para el 6 de agosto. El 18 de agosto le realizan un nuevo PAAF. Ingresó en el CHUIMI el 26 de agosto de 2010 y se le realiza la biopsia el 1 de septiembre de 2010.

Los tiempos de espera entran dentro de los estándares normales de la sanidad pública, por lo que no se aprecia nexo causal entre la evolución de la enfermedad con resultado de muerte y la actuación médica.

En esta línea se manifiestan las conclusiones del informe del SIP:

«1.- Aunque no se le comunicara el resultado de la PAAF Ecoguiada (sospechosa de malignidad) y la necesidad de intervención quirúrgica, directamente por el Servicio de Endocrinología [Dr. (...)], queda confirmado que el paciente y su familia conocían el resultado de la misma y la necesidad de su traslado al CHUIMI para intervención quirúrgica, al menos desde el día 27 /07/10, y que su traslado para la siguiente actuación ya se había solicitado desde el día 23/07/10, aproximadamente un mes desde la realización de la prueba, que entraba en la sistemática habitual y razonable del HGFV.

2.- No fue por retraso que antes no se tuviera un diagnóstico, sino porque los estudios que correspondía realizar y, se le estaban realizando, no mostraban resultados concluyentes y, es realizada la biopsia abierta (01/09/2010), cuando se conoce que el paciente presenta un tumor de células grandes pobremente diferenciado sugestivo de carcinoma, aunque aún en ese momento no se conoce su tipificación histológica.

3.- Desde que se conoció que el paciente presentaba un tumor de células grandes pobremente diferenciado, se le inició el seguimiento en Oncología y en Unidad de Cuidados Paliativos para que tuviera los tratamientos médicos y farmacológicos y de soporte integral que precisara, no hubo dilaciones, y desde luego antes de tener un diagnóstico claro, no se puede iniciar un tratamiento, en estos casos.

4.- En nuestra opinión, el tiempo transcurrido desde que se emite el resultado anatomopatológico del PAAF Ecoguiado realizado por Endocrinología del HGFV (09/07/2010), su ingreso en el CHUIMI (26/08/2010) y, el tratamiento quimioterápico iniciado el 13/09/2010 (2 meses y 4 días posteriores), no influyeron de forma sustancial en el tratamiento, ni en el resultado final del proceso. Tampoco condicionó, esperar más por el diagnóstico, puesto que se acortaron los tiempos habituales de espera (dos meses) para acceder a cirugía, en caso de tumores malignos; en este caso accedió un mes y tres días después, mientras tanto, se le siguieron realizando los estudios diagnósticos que procedían para llegar al diagnóstico definitivo.

5.- Al paciente se le realizaron todos los estudios que precisaba, recibiendo asistencia médica de forma continuada, siendo la actuación de los médicos intervinientes adecuada, así como también la asistencia que se le proporcionó en Unidad de Paliativos, Oncología y Atención Primaria, hasta su fallecimiento el día 27/12/2010 por progresión de su enfermedad.

(...)

7.- El servicio público actuó en todo instante, conforme a la mejor práctica, a tenor de la evidencia médica actual, no siendo factible exigir a aquél, una acción que supere la mejor praxis sanitaria existente, siendo ésta el resultado de aplicar conocimientos científicos actualizados: Los diagnósticos, pruebas complementarias, tratamientos, consentimientos y medidas adoptadas, se realizaron de forma adecuada, de acuerdo a los requerimientos y situación del paciente, siguiendo criterios, normas y protocolos actuales».

Asimismo, las conclusiones del informe médico forense señala: «Por tanto aunque nos consta por escrito en el informe del Endocrino la conducta que se debería seguir tras recibir el resultado del informe anatomopatológico de la PAAF, no se puede demostrar relación causal clara entre la actuación médica del Dr. (...) y el resultado lesivo, ya que la evolución hubiese sido con mayor probabilidad la misma».

De las declaraciones testificales efectuadas ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Puerto del Rosario, figura la de (...), enfermera del servicio de endocrinología, que declara que en el libro donde se registran todas las pruebas no figura la entrada del informe con el resultado de la punción efectuada al (...) en el servicio de endocrinología donde prestaba servicio (...). Esto podría justificar en parte la inicial inactividad del médico, posteriormente subsanada cuando el médico de familia se interesa por el resultado de la prueba, tomando ambos médicos y el paciente conocimiento del resultado de la punción el 27 de julio de 2010.

4. De las actuaciones que figuran en el expediente, y que acaban de describirse, se deduce que en este caso el servicio sanitario interviniente actuó con la debida diligencia, que se realizaron las pruebas que los protocolos médicos indicaban en cada momento, que se formuló el diagnóstico a partir de tales pruebas y que se aplicaron todos los medios disponibles para hacer frente a la enfermedad. Desgraciadamente el resultado fue el fallecimiento del paciente, pero ni de este resultado ni del tratamiento médico recibido deriva responsabilidad alguna para el SCS, pues se actuó conforme a la *lex artis ad hoc*, aplicándose los medios diagnósticos y curativos disponibles. Procede, en consecuencia, desestimar la solicitud de responsabilidad, considerando que la PR es conforme a Derecho.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución del Secretario General del Servicio Canario de la Salud se considera ajustada a Derecho.