



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 4 6 / 2 0 2 0

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 24 de septiembre de 2020.

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 representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 306/2020 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante oficio de 21 de julio de 2020 (con registro de entrada en este órgano consultivo el día siguiente), el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias solicita la emisión del dictamen en relación con 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. La reclamante solicita una indemnización de 30.000 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación del Sr. Consejero 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 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. 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

* Ponente: Sr. Belda Quintana

11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, que es también el órgano competente para instruir.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (B.O.C., 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.

4. Se cumple el requisito de legitimación activa, teniendo la reclamante la condición de interesada al haber sufrido un daño por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP].

Asimismo, y según consta en el expediente administrativo, la reclamante actúa mediante la representación, debidamente acreditada, de su abogado (art. 5 LPACAP).

Por otro lado, corresponde al Servicio Canario de la Salud la legitimación pasiva, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. Se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, al haber sido planteada dentro del plazo de prescripción de un año señalado por el art. 67 LPACAP. Circunstancia ésta que no es discutida por la Administración Pública.

6. En el análisis a efectuar de la propuesta de resolución formulada, resulta de aplicación la LPACAP; la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias y 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.

II

1. La reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

A este respecto, la perjudicada expone en su escrito de reclamación inicial lo siguiente (Hechos primero a tercero):

«PRIMERA-. El pasado día 22 de noviembre de 2017, se solicita valoración por médico especialista, por lesión en surco nasal derecho que comenzó como forúnculo, el cual no cicatriza, solicitado desde el Centro de Salud de Adeje (...).

En fecha 26 de enero de 2018, a través de interconsulta desde el médico especialista (...), del servicio de Dermatología del Hospital Universitario de Canarias (...) se contesta lo siguiente:

“Veo que el forúnculo ha producido una cicatriz deprimida. Y por lo que describes parece permanente, aunque afortunadamente muy pequeña (milimétrica). Recomiéndale que se aplique repavar regeneradora aceite puro de rosa de mosqueta. Probablemente mejore un poco más. No creo que sea necesario valorarla en consulta física (no podemos hacer más). Muchas gracias por la colaboración y espero haber ayudado”.

En fecha 30 de enero de 2018, se pone en conocimiento los hechos en el Servicio de Inspección Sanitaria, para que se procediera a darle una cita presencial en el Servicio de Dermatología, debido a que la herida seguía abierta (...).

En fecha 20 de febrero de 2018, acude al Hospital privado (...), a consulta en dermatología con el Facultativo (...), el cual le diagnostica de Carcinoma Basocelular, y ruega intervenir para extirpación y confirmación histopatológica, a la mayor brevedad posible (...).

Con fecha 23 de febrero de 2018 se solicita inclusión en la lista de espera quirúrgica, por indicación del facultativo (...).

Con fecha 28 de febrero de 2018, se procede por el Hospital privado (...), a realizar la intervención quirúrgica “Resección, y cierre mediante colgajo cutáneo” (...).

Con fecha 1 de marzo de 2018, se reciben resultados de las pruebas de anatomía patológica, cuyo diagnóstico clínico es Carcinoma Basocelular (...).

Con fecha 28 de marzo de 2018, se tiene respuesta a la reclamación ante el Servicio Canario de Salud (...).

SEGUNDO. A pesar de haber actuado con rapidez, por sus propios medios, después de que la especialista (...) le diagnosticara un forúnculo y le prescribiera aceite de rosa de mosqueta, lo cual es ciertamente insultante, ello se traduce, evidentemente, en que del diagnóstico realizado por la facultativo del Servicio Canario de Salud se podía haber derivado un proceso cancerígeno de consecuencias imprevisibles pero ciertamente negativas para la paciente.

Es por ello que ante esa incertidumbre decide buscar los profesionales adecuados para su diagnóstico en la medicina privada, los que le ofrecen un diagnóstico cierto y le permite tomar la decisión de intervenir quirúrgicamente, y es con este diagnóstico con el que

solicita su inclusión en la lista de espera para la intervención, como acredita la respuesta del Jefe de Dermatología del HUSNC.

Derivado de todo lo anterior se ha sufrido una situación de desasosiego e incertidumbre que ha generado un grado alto de ansiedad, aparte de la puesta en riesgo de la salud de la paciente por el erróneo diagnóstico de la médico especialista (...) y, derivado de todo ello, ha sufrido un importante daño moral consecuencia asimismo del prolongado periodo en que padeció las molestias, además de tener que abonar la cantidad de 600 euros para poder ser intervenida.

TERCERO.- Los daños reclamados son consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria imputable a la Administración a la que me dirijo. (...).

En el presente caso existe una infracción de la lex artis en la asistencia proporcionada (...) de la que se derivan, en patente nexo de causalidad, el previsible y acreditado resultado dañoso producido y cuya indemnización se reclama».

2. Sobre la base de los precitados antecedentes fácticos, la reclamante solicita que «(...) se dicte resolución expresa en que se reconozca el mal funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria, abonando a la interesada, en concepto de indemnización, la cantidad reclamada de 30.000 euros (...)».

III

1. En cuanto a la tramitación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, constan practicadas las siguientes actuaciones:

- Mediante escrito con registro de entrada el día 27 de febrero de 2019, (...) -a través de su representante- insta la iniciación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, supuestamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia que le fue prestada.

- Con fecha 6 de marzo de 2019, se requiere a la interesada al objeto de que mejore su reclamación inicial.

Dicho requerimiento es atendido por la reclamante mediante la aportación de la documentación solicitada el día 4 de abril de 2019.

- Mediante resolución de 25 de abril de 2019 del Director del Servicio Canario de la Salud se admite a trámite la reclamación formulada y se solicitan los informes pertinentes y la historia clínica de la interesada. Dicha resolución es notificada a (...) el día 9 de mayo de 2019.

- Mediante oficio de 23 de mayo de 2019, se insta al Servicio de Inspección y Prestaciones (en adelante, SIP) la emisión de informe en relación con la reclamación extrapatrimonial planteada.

Dicho informe relativo a la asistencia sanitaria prestada a (...) es emitido el día 25 de julio de 2019.

- El día 29 de julio de 2019, el Secretario General del Servicio Canario de la Salud dicta acuerdo probatorio, admitiéndose a trámite las pruebas propuestas por la interesada e incorporando -como prueba documental-, la historia clínica y los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción.

Asimismo, y con idéntica fecha se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediéndose a la interesada un plazo de diez días para que pueda formular alegaciones y presentar los documentos que estime procedentes.

Ambos acuerdos fueron objeto de notificación a (...) el día 31 de julio de 2019.

- Con fecha 13 de agosto de 2019, la interesada presenta escrito de alegaciones.

- El día 3 de septiembre de 2019, el Servicio de Normativa y Estudios solicita al SIP informe de cuantificación de la indemnización procedente. Informe complementario que es emitido por el SIP el día 11 de ese mismo mes y año.

- Con fecha 19 de febrero de 2020 se acuerda dar traslado a la perjudicada del informe complementario confeccionado por el SIP.

- Mediante escrito de 8 de junio de 2020, la reclamante formula escrito de alegaciones.

- No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, 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.

- Con fecha 26 de junio de 2020 se emite la correspondiente Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (por suplencia, la Secretaria General de la Presidencia del Gobierno) por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada por (...).

2. Se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aún 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).

IV

1. La propuesta de resolución sometida al parecer de este Consejo Consultivo estima parcialmente la reclamación formulada por (...) en representación de (...), al entender que *«(...) la interesada ha sufrido un daño antijurídico cual es la ausencia de atención sanitaria»*. En este sentido, la propuesta de resolución indica que *«(...) es la actuación del Dermatólogo, la que priva a la paciente de un seguimiento y control adecuado de su lesión. De esta manera, la herida sigue su curso hasta el momento en que es correctamente diagnosticada y tratada por Quirón. Esta pérdida de oportunidad a ser atendida correctamente por los servicios públicos sanitarios es susceptible de indemnización y ello porque en el presente caso no se pusieron a la disposición de la paciente todos los medios materiales y humanos a los que está obligado el SCS, para garantizar la adecuada asistencia de cualquier paciente. Es decir, se consideró innecesaria su consulta presencial y se determinó que no había nada más que hacer por parte del Servicio de Dermatología»* (Fundamento de Derecho tercero).

2. A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, Dictámenes n.º 534/2018, de 27 de noviembre y n.º 69/2019, de 28 de febrero), procede tener en cuenta que a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la «*lex artis*», sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP).

3. En el presente caso, la reclamante solicita la indemnización de los daños morales que se le irrogaron como consecuencia de la tardanza en recibir la prestación sanitaria pública y la ausencia de un diagnóstico médico en tiempos prudenciales; lo que determinó -a falta de esa respuesta de la sanidad pública- que aquella tuviera que acudir a los servicios sanitarios privados para ser diagnosticada y, posteriormente, intervenida.

Pues bien, tal y como advierte expresamente la propuesta de resolución (Fundamento de Derecho quinto), los informes emitidos por el SIP se centran en analizar la actuación sanitaria en dos periodos concretos: uno inicial (intervención del médico de Atención Primaria) y otro final (actuaciones practicadas por el Servicio Canario de Salud con posterioridad a tener conocimiento del diagnóstico médico formulado por el centro sanitario privado al que acude la reclamante).

Sin embargo, guarda silencio respecto al periodo intermedio (que abarca desde la petición -por parte del médico de Atención Primaria- de interconsulta virtual al Servicio de Dermatología del Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria, hasta que la paciente es valorada por dicho Servicio el día 23 de febrero de 2018, es decir, una vez que ya se conoce el diagnóstico médico -carcinoma basocelular- emitido por el centro sanitario privado y, a la vista del mismo, se decide incluir a la paciente en la lista de espera quirúrgica); que es aquél al que se contrae el objeto de la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...). En efecto, es la

propia propuesta de resolución la que señala lo siguiente: «(...) el SIP realiza una serie de consideraciones sobre la actuación del SCS una vez conoce el diagnóstico dado por Quirón el 20 de febrero de 2018. Se centra en las actuaciones posteriores al conocimiento del diagnóstico de carcinoma».

4. Pues bien, a la vista de lo expuesto anteriormente se ha de recordar que este Consejo Consultivo, en supuestos como el que ahora nos ocupa, tiene la obligación legal de pronunciarse sobre *«la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en esta Ley»*, tal y como dispone el art. 81.2 LPACAP; obligación que no se puede cumplir si el Consejo Consultivo carece de los elementos de juicio necesarios para resolver la cuestión de fondo.

En este sentido, se considera necesario recabar el correspondiente informe complementario del SIP en el que se ilustre a este Organismo Consultivo acerca de la adecuación a la *«lex artis»* de la asistencia sanitaria pública dispensada a la paciente en ese concreto periodo de tiempo. En especial, resulta necesario ofrecer una respuesta pormenorizada y específica acerca de cuál fue el seguimiento médico de los padecimientos de la perjudicada durante ese periodo intermedio y en qué consistió el tratamiento -si es que lo hubo-; si los tiempos de espera sanitarios -tanto de diagnóstico y/o asistencia como de respuesta a las reclamaciones efectuadas por la interesada- resultaron adecuados y proporcionales; la justificación para no proceder a un reconocimiento médico presencial a la vista de las circunstancias personales concurrentes en la paciente; y cualesquiera otras cuestiones que sean de trascendencia para evaluar el correcto -o no- desenvolvimiento de la praxis médica en el supuesto analizado.

5. En definitiva, procede la retroacción del procedimiento administrativo a fin de que se recabe, en los términos descritos anteriormente, el informe complementario del SIP. Una vez cumplimentado dicho trámite, se continuará con la debida tramitación legal del expediente administrativo de responsabilidad patrimonial, incluyendo la práctica de una nueva audiencia de la persona interesada. Y, finalmente, se volverá a emitir una nueva propuesta de resolución, sobre la que, a su vez, se ha de recabar el correspondiente dictamen preceptivo de este Consejo Consultivo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...) en representación de (...), se considera que no es conforme a Derecho, debiendo retrotraerse el procedimiento en los términos indicados en el Fundamento IV.