



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 89 / 2023

### (Sección 2.ª)

**San Cristóbal de La Laguna, a 9 de marzo de 2023.**

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 tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...), por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario dependiente del Servicio Canario de la Salud (EXP. 49/2023 IDS)\**.

## 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 Secretaria 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.** Ha de advertirse que, si bien la reclamante no cuantifica la indemnización solicitada (ni en la reclamación inicial que presenta, ni a lo largo de la tramitación del procedimiento administrativo), la Administración ha solicitado el presente dictamen; por lo que se ha de presumir que el importe de la indemnización que pudiera corresponderle, en su caso, superaría los seis mil euros, tal y como hemos interpretado en anteriores ocasiones (v.gr., Dictámenes 361/2015, de 3 de octubre, 43/2019, de 13 de febrero, 155/2019, de 29 de abril o 493/2021, de 14 de octubre).

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 adelante, LCCC), en relación con el art. 81.2 de

---

\* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, 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); 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.

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

**4.1.** En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe indicar que la reclamante ostenta la condición de interesada al haber sufrido un daño personal por el que reclama [art. 4.1, letra a) de la LPACAP, en relación con el art. 32 de la 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.** En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicio Canario de la Salud, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula 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.

Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria por el Servicio Canario de la Salud.

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

## II

**1.** La reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial a fin de que le sea reconocido el derecho a ser indemnizada 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 dispensada.

En este sentido, y como se indica en el Antecedente de Hecho primero de la Propuesta de Resolución, la reclamante fundamenta, en síntesis, su pretensión resarcitoria en los siguientes presupuestos fácticos –folio 295 del expediente–:

*«(...) acudió a la consulta del Dr. (...), ginecólogo, derivada por su Doctora de cabecera por bulto en el pecho izquierdo de 1,5 cms - 2cms, “teniendo antecedentes de cáncer de mama por parte de abuela materna. Acudió a su consulta el 5 de septiembre y 2 de diciembre de 2016 “en las cuales se me hace el mismo cuestionario (...) y observar y palpar el bulto”*

*Le cita así mismo el 2 de febrero de 2017 “El bulto sigue igual y pido por favor que me derive a hacer una mamografía sobre todo por mis antecedentes, el Dr. se niega porque me dice que por edad no puedo. Me dice de una eco.*

*El 16 de febrero me hacen una eco en la Clínica (...), en la cual también se equivocan en la localización ya que en el informe pone CSUPEX y verdaderamente se localiza en CSUPINT.*

*El 28 de marzo de 2017 presento los resultados de la ecografía, ante mi preocupación, por el bulto y tanto tiempo este doctor opta por pincharme el bulto en el pecho en su consulta, sin ecógrafo para determinar la situación exacta (...) sin ningún tipo de esterilización ni anestesia (...).*

*En la jeringuilla que utilizó para pinchar el bulto no salió nada. “Refiere que el Dr. le indicó que no se preocupase toda vez que se trataba de un bulto sólido que se mueve, y que no anotó nada de esto en la Historia Clínica. Citándola el 25 de septiembre de 2017.*

*Señala que el bulto creció hasta 5cm y que fue derivada por el citado Dr. al Hospital Materno Infantil.*

*“El bulto resultó ser un cáncer de mama HER2+++”».*

**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, la reclamante insta el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos con ocasión de la asistencia sanitaria dispensada por el Servicio Canario de Salud, sin determinar la cuantía reclamada en tal concepto.

### III

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

1.- Mediante escrito con registro de entrada de 8 de mayo de 2019 (...) insta la incoación 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 sanitaria que le fue prestada en el centro de atención especializada - en adelante, CAE- «CAE PRUDENCIO GUZMÁN».

2.- Con fecha 16 de mayo de 2019 se requiere a la interesada a fin de que subsane y mejore la reclamación interpuesta. Requerimiento que no es atendido por la reclamante.

3.- Con fecha 30 de julio de 2019 se admite a trámite la reclamación formulada por la Sra. (...), 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 consta notificada en debida forma a la interesada.

4.- Con fecha 31 de julio de 2019 se cursa la correspondiente petición de informe al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud -en adelante, SIP- (reiterada el día 17 de diciembre de 2019, el 9 de marzo de 2020 y el 12 de julio de 2022).

Finalmente, el informe del SIP es evacuado el día 19 de julio de 2022.

Asimismo, consta la emisión de informe por parte del Servicio de Obstetricia y Ginecología del CHUIMI, de 28 de abril de 2020.

5.- Con fecha 30 de agosto de 2022 se dicta acuerdo probatorio por el que se incorporan -como prueba documental-, la historia clínica y los informes recabados por la Administración durante el periodo de instrucción.

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

Las citadas resoluciones constan notificadas en legal forma a la reclamante.

6.- Una vez transcurrido el plazo legalmente conferido, la interesada no formula escrito de alegaciones.

7.- Figura en el expediente administrativo la emisión de informe por parte de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias con fecha 16 de enero de 2023 [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 30 de enero 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 de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada por (...) al « (...) *no concurrir los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración*».

9.- Mediante oficio de 31 de enero de 2023 (con registro de entrada en este Organismo consultivo al día siguiente), se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias ex art. 81.2 de la LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la LCCC.

## IV

1. Como se ha indicado en las líneas anteriores, la reclamante solicita el resarcimiento de los daños y perjuicios que le han sido irrogados por el deficiente funcionamiento del Servicio Canario de Salud. A este respecto, la perjudicada enuncia en su reclamación inicial una serie de actuaciones médicas que, a su juicio, se apartan del criterio genérico de adecuación del profesional sanitario a las reglas y protocolos que rigen su actuación, esto es, la *lex artis ad hoc*. Entre esas prácticas sanitarias llevadas a cabo por el ginecólogo -(...)- del «CAE PRUDENCIO GUZMÁN», se señalan la siguientes: a) Realización del mismo cuestionario y observación en las dos visitas (septiembre y diciembre del año 2016) efectuadas a la paciente por el servicio de ginecología, a raíz de la presencia de un bulto sospechoso en la mama izquierda; b) Denegación de pruebas médicas -mamografía- interesadas por la paciente a tenor de sus antecedentes familiares (abuela materna con cáncer de mama); c) Error en el informe médico evacuado tras la práctica de ecografía en centro sanitario concertado -«Clínica (...)»-, y que se concreta en la localización de las lesiones nodulares; d) Práctica -en cita ginecológica de 28 de marzo de 2017- de una punción

y aspiración con aguja fina -PAAF-, sin el necesario control ecográfico, esterilización ni anestesia; e) Retraso en ser derivada al servicio de Obstetricia y Ginecología del CHUIMI (Unidad de Patología Mamaria).

En última instancia, ese incorrecto proceder médico origina un retraso, tanto diagnóstico como terapéutico, que, según el entendimiento de la reclamante, han de ser reparados mediante el resarcimiento del « (...) *daño físico y moral ocasionados hacia mi persona*» -folios 4 y 5-.

**2.** Frente al planteamiento de la perjudicada y previa la tramitación procedimental oportuna, la Propuesta de Resolución analizada desestima la reclamación efectuada por (...), al entender el órgano instructor que no concurren los requisitos exigibles para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sanitaria. En concreto, al no quedar demostrada la mala praxis en la atención sanitaria dispensada a la paciente.

**3.** Pues bien, con carácter previo a entrar a conocer de la cuestión de fondo, se ha de analizar si la reclamación se ha ejercitado dentro del plazo de un año que establece el art. 67.1, párrafo primero de la LPACAP. Plazo que se ha de computar a partir de que se produzca el hecho o acto lesivo que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo y, tratándose de daños físicos o psíquicos a las personas, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

Respecto a esta cuestión previa, resulta oportuno efectuar las consideraciones jurídicas que se exponen a continuación.

La interesada centra el objeto de su reclamación en el incorrecto proceder médico del ginecólogo que la atendió en el centro de atención especializada, y en los resultados derivados de esa inadecuada práctica sanitaria (retraso diagnóstico y terapéutico).

Pues bien, a pesar del tiempo transcurrido entre la prestación de la asistencia sanitaria a la que se le imputa la producción del daño (la atención especializada del servicio de ginecología es dispensada a la paciente, a lo largo de diversas visitas, en el periodo temporal que abarca desde septiembre de 2016 a septiembre de 2017, siendo conocido el diagnóstico médico, al menos, desde octubre de 2017: «*Octubre/2017: Diagnóstico de carcinoma de mama izquierda T2N0M0*» -folio 39-) y la presentación del escrito de reclamación extrapatrimonial (8 de mayo de 2019), la Propuesta de Resolución guarda silencio sobre la viabilidad jurídico-temporal de la

acción ex art. 67.1, párrafo primero de la LPACAP, omitiendo cualquier clase de justificación -atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes en el caso analizado-, respecto a la extemporaneidad o no de la acción [arts. 35.1, letra h), 88 y 91 de la LPACAP].

**4.** Asimismo, se advierte en la tramitación del expediente la ausencia del informe del servicio causante de la presunta lesión, por cuanto la interesada imputa la eventual pérdida de oportunidad a la actuación practicada por el médico que la asistió en el CAE PRUDENCIO GUZMÁN durante los días 5 de septiembre y 6 de diciembre de 2016; y 2 de febrero, 28 de marzo y 25 de septiembre de 2017. Sin embargo, en el expediente administrativo únicamente consta el informe del servicio de Ginecología y Obstetricia del CHUIMI, respecto de cuya actuación la interesada no formula objeciones.

La preceptividad de este informe deriva del art. 81.1 LPACAP, el cual señala que, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, no pudiendo exceder de diez días el plazo para su emisión. Tal omisión es un defecto de forma cuya consecuencia es irremediablemente la nulidad de lo actuado.

Como hemos señalado en distintas ocasiones (ver por todos los recientes Dictámenes 284/2020, de 9 de julio y 94/2020, de 12 de marzo), en palabras del Tribunal Supremo, « (...) *los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material que no surge de la misma omisión de cualquier trámite.*

De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses» (STS de 11 de noviembre de 2003)».

En el presente caso, el desconocimiento del informe preceptivo del Servicio en los términos indicados le provoca a la interesada una limitación de los medios de alegación y, en consecuencia, de defensa de sus derechos e intereses.

**5.** Así pues, teniendo en cuenta, por un lado, que la prescripción es una cuestión esencial, que se ha de resolver con carácter previo al dictado de una resolución de fondo sobre la acción de responsabilidad patrimonial ejercitada por la interesada, sin

que en la Propuesta de Resolución remitida se motive en modo alguno y en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, la existencia o no de la prescripción; y, por otro lado, dada la ausencia del preceptivo informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable (art. 81.1 LPACAP), es por lo que se entiende que no procede emitir un juicio jurídico respecto a la cuestión de fondo.

De esta manera, se considera necesario retrotraer las actuaciones al objeto de recabar el informe del CAE Prudencio Guzmán, a emitir por el facultativo que asistió a la reclamante o quien legalmente le sustituya, así como el pronunciamiento expreso -y motivado- del órgano instructor respecto a la posible prescripción de la acción indemnizatoria, evacuándose, previamente y a tales efectos, el correspondiente informe complementario del SIP. Una vez emitidos los precitados informes, deberá darse traslado a la interesada, abriendo un nuevo trámite de audiencia, tras lo cual procederá el dictado de una nueva Propuesta de Resolución que deberá ser sometida a dictamen de este Consejo.

## **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, se considera que no es conforme a Derecho, debiéndose retrotraer las actuaciones a los fines indicados en el Fundamento IV de este Dictamen.