Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 4 9 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 25 de julio de 2024.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera 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 (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 400/2024 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 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 cuantía indemnizatoria reclamada por el interesado [214.961,41 € más los intereses legales -folio 292-] determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación de la Sra. Consejera de Sanidad 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 la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -en adelante, LPACAP-.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada resulta de aplicación la citada LPACAP; 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

[*] **Ponente: Sr. Fajardo Spínola.**

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. 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.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 [BOC, 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, 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 16.1 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.

5. Se cumple el requisito de legitimación activa y pasiva.

5.1. En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe indicar que el reclamante ostenta la condición de interesado al haber sufrido un daño personal por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP, en relación con el art. 32 LRJSP].

Asimismo, y según consta en el expediente administrativo, el interesado actúa mediante representante -abogado-, cuyo poder de actuación consta debidamente acreditado en el expediente [art. 5 LPACAP].

5.2. 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.

6. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la acción [art. 67.1, párrafo primero LPACAP]. Circunstancia ésta que no es puesta en entredicho por la Administración sanitaria en su Propuesta de Resolución.

7. 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 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].

II

1. El reclamante interesa la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial a fin de que le sea reconocido el derecho a ser indemnizado 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 por el citado servicio público.

En este sentido, el perjudicado fundamenta su pretensión resarcitoria en los siguientes presupuestos fácticos -folios 1 y ss.-:

«PRIMERO.- El paciente, hombre, 48 años de edad, natural de Cuba, tras meses de sintomatología digestiva, con síntomas generales, dolor que empeora a pesar del tratamiento, náuseas, pérdida de peso, etc., en tratamiento con omeprazol (inhibidor de bomba de protones), el cual favorece la disminución de la acidez gástrica fisiológica es diagnosticado de infección con Helicobacter Pylori, uno de los reconocidos causantes de carcinoma gástrico (...) .

SEGUNDO.- Le es puesto tratamiento que no mejora la sintomatología, según consta en un parte de consulta con fecha 14.03.2022 (Más de un mes anterior a la baja laboral), (...), y la propia médico de cabecera indica "epigastralgia desde hace 3 meses, en tratamiento con omeprazol 40 mg cada 12 horas. El señor (...) solicita realizarse una endoscopia digestiva alta, prueba complementaria ésta que se le niega (...) .

TERCERO.- Tras varias visitas a servicios de urgencias, por empeoramiento de los síntomas y fallo terapéutico propuesto, baja laboral, y estado general depauperado, en un paciente con antecedentes de salud, y sin factores de riesgo aparentes, el propio paciente acude a urgencias de clínica privada, pagando la misma, y es donde es diagnosticado, por endoscopia alta, de un cáncer gástrico.

CUARTO.- La epidemiología de esta enfermedad en un hombre, natural de Cuba, (América Central), con sintomatología digestiva que no mejora, y que, al contrario, se incrementa a pesar del tratamiento indicado para la infección por H. Pylori, por lo que no se explica el hecho de la negativa de la realización de la endoscopia, prueba ésta considerada diagnóstica por la OMS, y que en el caso del paciente, cumpliendo varios requisitos de riesgo de cáncer gástrico, como ya han sido descritos previamente, hubiese sido definitoria, evitando los gastos sanitarios tanto del sistema de salud, como del propio afectado, así como el sufrimiento que se generó, genera y generará para el paciente, sus familiares y allegados.

QUINTO.- El estadio en que se diagnostica el carcinoma gástrico, estadio IV metastásico, conlleva la limitación del paciente para la actividad laboral. Haciendo la valoración de capacidad laboral tenemos que:

- Se trata de una patología con tratamiento paliativo, que, como consta en el informe de Oncología (04.08.2022) "El paciente (...) ha sido diagnosticado de adenocarcinoma gástrico estadio IV (Tumor maligno de estómago metastásico). Recibe en nuestro centro tratamiento crónico con quimioterapia que se mantendrá permanentemente de forma periódica según evolución".

- En la Guía de valoración de incapacidad laboral temporal para médicos de atención primaria (2.ª edición), páginas 72-73, consta "En las En Neoplasias de evolución incierta, naturaleza no especificada o no primarias, el pronóstico empeora y será la situación clínica del paciente lo que motivará una incapacidad temporal o permanente según se precise". Y sigue "En cuanto a la patología tumoral, la situación de Incapacidad Temporal está en relación con el pronóstico, estadio y secuelas derivadas de los tratamientos. En general sólo procederán estas situaciones en estadios iniciales (tumores muy localizados, sin afectación ganglionar ni metastásica)". Cita, además, "Se deberá tener en cuenta que, en muchos casos, la situación de incapacidad puede venir determinada por las secuelas de los tratamientos realizados más que por la patología neoplásica en sí". "En estadios avanzados los enfermos serán subsidiarios de situaciones de Incapacidad Permanente o incluso de complemento de ayuda de tercera persona (Gran Invalidez)".

- Ante esta situación de cáncer metastásico no resecable, tratamiento paliativo, mantenimiento permanente del tratamiento quimioterápico que conlleva una limitación para la realización de las actividades de la vida diaria cada vez que se aplica el tratamiento, al paciente se le ha concedido en Resolución de fecha 22 de diciembre de 2022 (Documento 3), con efectos desde el 19 de septiembre de 2022, una incapacidad permanente en grado de absoluta, al no necesitar de una tercera persona en la actualidad, salvo en momentos puntuales».

2. Partiendo de los hechos descritos anteriormente y dando por sentada la concurrencia de los requisitos sobre los que se fundamenta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria [*«De los hechos descritos se desprende la responsabilidad patrimonial por el mal funcionamiento del servicio público encargado de la sanidad del Señor (...), teniendo en cuenta que no se hicieron las pruebas que los síntomas requerían, y por lo tanto, retrasando el diagnóstico (que solo fue obtenido cuando se hizo la prueba solicitada al SCS y no aceptada, en la Sanidad Privada) y por tanto un tiempo primordial que hubiera supuesto con toda probabilidad elevar las probabilidades de curación, o incluso de remoción vía cirugía»*], el reclamante plantea una pretensión indemnizatoria -con arreglo al baremo de indemnizaciones por accidente de tráfico regulado en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la

valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación- cuyo monto total asciende a la cantidad de 214.961,41 €, más los intereses legales -folio 292-.

III

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

1. Mediante escrito con registro de entrada en el Servicio Canario de la Salud el día 30 de enero de 2023, (...), actuando en nombre y representación de (...), interesa 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 anormal funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

2. Con fecha 31 de enero de 2023 el órgano instructor formula requerimiento al interesado a fin de que subsane y/o mejore la reclamación interpuesta. Trámite que es debidamente cumplimentado por el representante del perjudicado con fecha 4 de febrero de 2023, mediante la aportación de diversa documentación: informes médicos del paciente expedidos tanto por el Servicio Canario de la Salud como por el centro sanitario privado *(...)*, informe médico pericial, resolución administrativa reconociendo la incapacidad permanente absoluta, etc.

3. La reclamación formulada por el paciente es admitida a trámite mediante Resolución de 26 de febrero de 2023, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud -por delegación de la Directora del citado Organismo público-, acordando 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 precitada Resolución consta debidamente notificada al reclamante.

4. Con fecha 25 de abril de 2024 se emite el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones -en adelante, SIP- en relación con la asistencia sanitaria prestada al Sr. (...).

Asimismo, consta en el expediente la evacuación de informe por parte del Coordinador del Servicio de Urgencias del Complejo Hospitalario Universitario de Gran Canaria Doctor Negrín -de 21 de marzo de 2023-; el informe del Jefe de Servicio de Aparato Digestivo del precitado centro sanitario -de 21 de marzo de 2023-; y el informe del *«médico de Equipo de Atención Primaria en la ZBS de Schamann»* -de 15 de mayo de 2023-.

5. Con fecha 29 de abril de 2024 se dicta acuerdo probatorio por el que se admite a trámite la prueba documental y pericial aportada por el reclamante y se incorporan -como prueba documental-, la historia clínica y los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción.

Asimismo, y con fecha 30 de abril de 2024, se acuerda la apertura del preceptivo trámite de audiencia.

Ambas resoluciones constan debidamente notificadas al reclamante.

6. Con fecha 6 de junio de 2024 el interesado formula escrito de alegaciones.

7. No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias [según se justifica en la Propuesta de Resolución, no así en el propio expediente administrativo], 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.

8. Con fecha 17 de junio de 2024 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 20 de junio de 2024 [con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 24 de ese mismo mes y año], se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias [art. 81.2 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCC].

IV

1. Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo y, por ende, del examen de la concurrencia de los presupuestos sobre los que se asienta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, resulta necesario efectuar una serie de consideraciones respecto a la tramitación del presente procedimiento administrativo.

Y es que, a la vista de la documentación remitida a este Consejo Consultivo, se constata la incompleta tramitación del procedimiento administrativo de referencia, lo que impide la emisión de un juicio de adecuación jurídica respecto al tema de fondo.

En efecto, a pesar de que el órgano instructor da por concluida la instrucción del procedimiento administrativo y formula la correspondiente Propuesta de Resolución, lo cierto es que no figura en el expediente administrativo la evacuación del informe preceptivo del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable *ex* art. 81.1 LPACAP. Elemento de juicio que, necesariamente, debiera haber sido evacuado y, posteriormente, valorado por el órgano instructor a la hora de formar su convicción respecto al fondo del asunto planteado.

Tal y como se constata en el expediente administrativo, el informe médico de Atención Primaria -folios 366 a 368- ha sido evacuado por un profesional sanitario distinto al que atendió al paciente y, por tanto, por un facultativo que no tuvo intervención alguna en la asistencia sanitaria prestada al paciente -y ahora reclamante-. Según reconoce expresamente el propio autor del informe, el paciente *« (...) no ha sido atendido previamente por mí en la consulta (...) . La solicitud de informe (...) llegó a nuestro Centro de Salud de Shamann el 17 de marzo de 2023, y la Dirección de nuestra Zona Básica (DZB) respondió al día siguiente refrendando y adjuntando mi declaración de que nunca había atendido al paciente, ni encontrábamos registro de que se hubiese atendido al paciente en nuestro centro de salud, lo que se comunicó a los servicios jurídicos de la Gerencia de Atención Primaria de Gran Canaria, para que se dirigiera la solicitud al facultativo y centro de salud que atendió diagnóstica y terapéuticamente al paciente ante su epigastralgia. Entendiendo la DZB, que con ello sería realizado por quien efectivamente realizó la atención de D.? (...) y podría argumentar sus actitudes diagnósticas y terapéuticas. El 8 de junio me comunicó nuestra DZB que desde los Servicios Jurídicos de la Gerencia de Atención Primaria de Gran Canaria ven procedente que, aun no habiendo atendido al paciente, realice ese informe solicitado con carácter (...) preceptivo»*.

Así pues, estando implicada en la producción del hecho lesivo por el que se reclama la actuación de los profesionales médicos que, real y efectivamente, atendieron al paciente en la Atención Primaria, resulta imprescindible la evacuación de informe por parte de tales facultativos [y en los términos interesados por el propio SIP: *« (...) solicitud con carácter preceptivo de un informe de la médico de Atención Primaria que atendió al paciente, escrito en el que debía argumentarse las actitudes diagnósticas y terapéuticas desarrolladas ante su epigastralgia en el (...) Centro de Salud de Guanarteme, para incluirlo en (el) Expediente de responsabilidad patrimonial n.º 20/23 tramitado a instancia de (...) (...) »* -folio 366-].

2. En consecuencia, la constatación de dicha deficiencia procedimental impide considerar que el expediente se haya tramitado correctamente desde el punto de vista jurídico-formal, motivo por el que este Consejo Consultivo no puede analizar y, en última instancia, dictaminar convenientemente respecto al fondo del asunto que ha sido sometido a su consideración.

Es por todo ello que procede retrotraer las actuaciones a los efectos de que, por parte del órgano instructor, se proceda a tramitar en debida forma el correspondiente procedimiento administrativo, con estricta observancia de las garantías y trámites esenciales del procedimiento legalmente establecido. En concreto, mediante la evacuación del informe del servicio a cuyo funcionamiento se imputa la producción del resultado lesivo *ex* art. 81.1 LPACAP [informe del *« (...) facultativo y centro de salud que atendió diagnóstica y terapéuticamente al paciente ante su epigastralgia»*] y el posterior informe complementario del SIP en el que se valore -desde la perspectiva de la *lex artis ad hoc*- la actuación del médico de Atención Primaria -a la vista de lo informado por éste-; concediéndose un nuevo trámite de vista y audiencia al interesado, una vez consten emitidos los precitados informes.

Una vez cumplimentados los trámites anteriores, se formulará una nueva Propuesta de Resolución, que se remitirá ulteriormente a este Consejo Consultivo para la emisión del dictamen preceptivo a que se refiere el art. 11.1.D.e) LCCC en relación con el art. 81.2 LPACAP.

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