



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de junio de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...) y sus hijos (...), (...) y (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 250/2018 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 26 de noviembre de 2015 a instancia de (...) y sus hijos (...), (...) y (...), solicitando una indemnización por los daños morales producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada a su marido y padre, respectivamente, en dependencias del SCS.

2. Los reclamantes solicitan por los daños morales sufridos una indemnización de 200.000 euros, cantidad que determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del titular de la Consejería 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 el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) que, en virtud de la Disposición transitoria tercera a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de

* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

las Administraciones Públicas, es la normativa aplicable porque a la entrada en vigor de esta el presente procedimiento ya estaba iniciado.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y de no extemporaneidad de la reclamación.

4. Conforme al art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento se ha superado ampliamente; sin embargo, esta circunstancia no impide que se dicte la resolución porque sobre la Administración recae el deber de resolver expresamente, aun vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 en relación con los arts. 43.3.b) y 142.7 de la LRJAP-PAC.

5. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del SCS, 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.

No obstante, el órgano competente para instruir y proponer la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial que se deriven de su ámbito de actuación es la Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Canario de la Salud, conforme a 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.

6. No se aprecia que se haya incurrido en deficiencias formales en la tramitación del procedimiento que, por producir indefensión a los interesados, impidan un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

1. Los reclamantes basan su pretensión en los siguientes hechos:

- Con fecha 28 de junio de 2012 (...), marido y padre de los interesados, acudió al médico del Centro de Salud de Añaza por un proceso febril de 40° C con molestias urinarias y ardor en la zona del que fue tratado, no dándole especial atención. Continuó con escalofríos y fiebre.

- Con fecha 27 de mayo de 2013 la médica de cabecera solicitó estudio y valoración, siendo diagnosticado de carcinoma de pene en octubre de 2013.

- En enero de 2014 es ingresado en el Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria, para ser intervenido de forma programada de penectomía total. Posteriormente se hizo algún seguimiento, no se le sometió a tratamiento radiológico, y desde mayo de 2014 hasta septiembre del mismo año, no se le hizo nada. Al ser examinado en esa fecha, ya estaba muy mal y falleció el 13 de diciembre de 2014.

El objeto de la reclamación se centra en que, el afectado no fue debidamente tratado en la enfermedad que le condujo a la muerte porque, de haberle hecho un debido seguimiento y un tratamiento adecuado, hoy día continuaría con vida.

2. De la documentación médica obrante en el expediente, constituida por el historial del paciente y por los informes emitidos por los facultativos que participaron en la atención sanitaria prestada, el Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) concluye con que:

«1.- El paciente diagnosticado de carcinoma escamoso de pene sin adenopatías (ganglios) inguinales palpables, se le había realizado previo a la penectomía total, estudio de extensión del tumor el 15/11/2013, mediante TAC contrastado de tórax, abdomen y pelvis.

2.- El TAC inicial mostró un ganglio iliaco interno derecho de 1,1x1,1 cm, a controlar evolutivamente. Dicho ganglio no es un ganglio inguinal, como intenta hacer ver, quizás por error, la reclamante.

3.- En fecha 10/01/2014 bajo el diagnóstico de carcinoma escamoso de pene fue intervenido quirúrgicamente mediante penectomía total más meato perineal.

4.- Según la Asociación Española de Urología el tratamiento en este caso, ante el diagnóstico realizado de carcinoma escamoso de pene sin adenopatías (ganglios) palpables y en ausencia de ganglios sospechosos de malignidad es eminentemente quirúrgico, y es el que le fue realizado penectomía total con la extirpación de todo el tumor con márgenes libres.

5.- (...)

No existía ningún ganglio inguinal significativo y/o sospechoso de malignidad en el TAC que hubiera que controlar evolutivamente, y por tanto, tampoco había que extirparlo y analizarlo, por lo que la estrategia seguida, es acorde a las normas.

6.- En fecha 10/02/2014 (un mes después de la cirugía) el paciente tuvo control en la Consulta Externa de Urología, en dicha evaluación el paciente se encontraba bien y se le indica TAC abdomino-pélvico para control evolutivo y de valoración de ganglios regionales en 6 meses y evaluación en consulta, como así consta en la historia clínica, o sea, que en la

consulta que tendría lugar dentro de 6 meses, se valoraría al paciente con el resultado del TAC de control.

7.- Según la Asociación Española de Urología el intervalo y las estrategias de seguimiento para los pacientes con cáncer de pene se encuentran determinados por el tratamiento inicial de la lesión primaria y los ganglios linfáticos regionales. Después del tratamiento con amputación de pene, el paciente debe seguir realizándose autoexploraciones regulares y se recomienda una visita de seguimiento con un intervalo de 6 meses, como la que tenía prevista el paciente. Por tanto, el intervalo y la estrategia de seguimiento son las adecuadas.

8.- Cinco meses después del último control en consulta de Urología, o sea, todavía no habían pasado los 6 meses previstos para la realización del TAC indicado para el control del ganglio iliaco interno derecho, el paciente presenta adenopatía inguinal derecha, palpable, por lo que dicho TAC se agiliza y es realizado el 28/7/2014, dentro del período previsto, y con resultado de: Adenopatía inguinal derecha sospechosa de malignidad.

9.- El día 02/09/2014 fue operado mediante linfadenectomía inguinal derecha. El estudio de Anatomía Patológica del ganglio inguinal derecho confirmó la metástasis ganglionar y extensión a tejidos blandos sin alcanzar epidermis del carcinoma escamoso queratinizante primario.

10.- Aunque con pronóstico grave, la evolución postoperatoria inicial era favorable por lo que reunido el Comité de tumores urológicos se plantea el uso de radioterapia y/o quimioterapia como terapia paliativa local, decidiendo su uso, a pesar de los escasos resultados esperados. Tratamiento paliativo que no fue posible realizar debido al empeoramiento evolutivo con linforrea extensa y afectación de la herida por crecimiento tumoral y amplia necrosis, con apertura e infecciones de la misma.

11.- El TAC de seguimiento realizado el 01/12/2014 confirma que los ganglios iliacos ahora presentes, incluido el ganglio iliaco detectado en el TAC inicial por el que se recomendaba realizar controles evolutivos, tienen características inespecíficas, sin signos de malignidad.

Por lo que podemos decir, que la presencia de ese ganglio iliaco, que no tenía nada que ver con el ganglio inguinal aparecido posteriormente, no contribuyó a modificar la evolución, ni el pronóstico del paciente, con independencia de la fecha de realización del TAC de control.

12.- Ante la ausencia de tratamientos alternativos valorada por Comité de tumores, y la presencia de metástasis inguinales, pulmonares y progresión de la enfermedad en general se decide continuar con cuidados paliativos, hasta su fallecimiento el 13/12/2014, por progresión de la enfermedad.

13.- El carcinoma de pene es un tumor poco frecuente con una alta mortalidad, cercana al 80% cuando aparecen metástasis ganglionares con patrón infiltrante, y cuyo tratamiento es eminentemente quirúrgico».

3. Conferido el preceptivo trámite de audiencia, los interesados alegan que, de acuerdo con informe de especialista en la materia, que se adjunta, se concluye lo siguiente:

«Paciente diagnosticado de carcinoma de pene en noviembre de 2013 y que en el estudio de extensión se aprecia ganglio inguinal derecho externo, de reducida dimensión, 1,1 x 1,1 cm, por lo que se indica que debe ser controlado de forma evolutiva, y que el 9 de enero de 2014 se le practica exéresis de pene y meato uretral, sin que se proceda a la práctica de exéresis y estudio de adenopatía ganglionar inguinal descrita. Existe solicitud de práctica de Tac abdomino-pélvico para valoración evolutivo de ganglios regionales, aunque no consta se haya realizado, y sólo el 28 de julio de 2014 cuando se realiza el mismo por la aparición de bultoma inguinal sugestivo de complejo adenopático inguinal derecho desde hacía un mes, que luego se fistuliza e infesta por Pseudomonas, y que señala progresión de la enfermedad y que en noviembre de 2014 obliga a ingreso hospitalario con posterior traslado a la Unidad Paliativos y fallecimiento final el 13 de diciembre de 2014.

Se observan la existencia de posibles deficiencias en la atención realizada al paciente que consisten en:

1.- De forma fundamental por la no realización de un control evolutivo de su adenopatía inguinal, control que no se realiza hasta la aparición de complicaciones indicativas de la progresión de la enfermedad.

2.- De forma accesoria por la ausencia de la práctica de una exéresis y estudio AP de la adenopatía inguinal que ya presentaba en el momento, enero 2014, del tratamiento quirúrgico de su proceso peneano.

3.-Es posible que, si no se hubieran producido esas deficiencias, pudiera haberse modificado la evolución de su proceso, pero hemos de señalar que sin duda no se ha hecho posible poder comprobarlo.

- Por lo expuesto, se observa que la dilación en la atención sanitario de mi representado, porque no se llevó a cabo un control evolutivo de su adenopatía inguinal, control que no se realiza hasta la aparición de complicaciones indicativas de la progresión de la enfermedad, produciéndole unos daños irreversibles, su muerte, que hubiera sido evitable si se hubiera llevado a cabo una atención médica más rápida y con mayor seguimiento.

- La actuación de los servicios sanitarios no puede considerarse conforme a "lex artis", pudiendo calificarse de funcionamiento anormal del servicio que constituye causa directa e

inmediata, además de suficiente resultado dañoso, por lo que es imputable a la Administración la responsabilidad por el perjuicio causado.

- La existencia de nexo causal que ha de demostrar el reclamante queda absolutamente probado, ya que en el fallecimiento del paciente existe una relación de causa efecto entre la técnica quirúrgica empleada y la situación clínica del paciente. La defectuosa asistencia sanitaria fue la causante del daño, muerte, por no haber realizado todos los controles y actuaciones a su debido tiempo.

(...)

En consecuencia, en este caso se dan todos los requisitos para sea declarada la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por todo lo expuesto, solicitan que se tengan por formuladas las anteriores alegaciones donde manifestamos disconformidad en relación con el informe del servicio de Inspección y Prestaciones de fecha 3 de noviembre del expediente 166/15, y proceda a incorporarlas al mismo junto con el informe pericial, a los efectos de tenerlas en cuenta a la hora de dictar la resolución final».

4. La Propuesta de Resolución, con base en los distintos informes obrantes en el expediente, desestima la reclamación presentada por no concurrir los requisitos necesarios para declarar responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, en concreto, al no haberse acreditado en modo alguno infracción de la *lex artis* y siendo el fallecimiento del paciente la consecución, no deseada, de la enfermedad grave que padecía.

III

1. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo, según el art. 139.1 LRJAP-PAC, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite

trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

2. En el presente procedimiento la pretensión resarcitoria del reclamante se fundamenta en la falta de controles evolutivos de su adenopatía inguinal, que no se realizan hasta la aparición de complicaciones indicativas de la progresión de la enfermedad y su abordaje quirúrgico.

Como hemos reiterado en múltiples ocasiones, sin la prueba de estos extremos de hecho es imposible establecer que existe una relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada por los facultativos del SCS y los supuestos daños por los que reclama. Sin la determinación de ese nexo causal no es posible la estimación de la pretensión resarcitoria. El reclamante aporta un informe médico que, sin embargo, es refutado por los informes del SIP, por lo que no demuestra el fundamento fáctico de esa afirmación. De la documentación clínica y los otros informes médicos obrantes en el expediente, se desprende que el paciente fue diagnosticado de carcinoma escamoso de pene sin adenopatías (ganglios) inguinales palpables, habiéndosele realizado previo a la penectomía total, estudio de extensión del tumor el 15/11/2013, mediante TAC contrastado de tórax, abdomen y pelvis.

El TAC inicial mostró un ganglio iliaco interno derecho de 1,1x1,1 cm, a controlar evolutivamente. Dicho ganglio no es un ganglio inguinal, como intenta hacer ver, quizás por error, el informe de parte. No existía, por tanto, ningún ganglio inguinal significativo y/o sospechoso de malignidad en el TAC que hubiera que controlar evolutivamente, y por tanto, tampoco había que extirparlo y analizarlo, por lo que la estrategia seguida, es acorde a las normas.

Según la Asociación Española de Urología el tratamiento en este caso, ante el diagnóstico realizado de carcinoma escamoso de pene sin adenopatías (ganglios) palpables y en ausencia de ganglios sospechosos de malignidad es eminentemente quirúrgico, y es el que le fue realizado, penectomía total con la extirpación de todo el tumor con márgenes libres.

Cinco meses después del último control en consulta de Urología, o sea, todavía no habían pasado los 6 meses previstos para la realización del TAC indicado para el control del ganglio iliaco interno derecho, el paciente presenta adenopatía inguinal derecha, palpable, por lo que dicho TAC se agiliza y es realizado el 28/7/2014,

dentro del período previsto, y con resultado de adenopatía inguinal derecha sospechosa de malignidad.

El día 02/09/2014 fue operado mediante linfadenectomía inguinal derecha. El estudio de Anatomía Patológica del ganglio inguinal derecho confirmó la metástasis ganglionar y extensión a tejidos blandos sin alcanzar epidermis del carcinoma escamoso queratinizante primario.

El TAC de seguimiento realizado el 01/12/2014 confirma que los ganglios iliacos ahora presentes, incluido el ganglio iliaco detectado en el TAC inicial por el que se recomendaba realizar controles evolutivos, tienen características inespecíficas, sin signos de malignidad.

Por lo que podemos señalar que la presencia de ese ganglio iliaco, que no tenía relación con el ganglio inguinal aparecido posteriormente, no contribuyó a modificar la evolución, ni el pronóstico del paciente, con independencia de la fecha de realización del TAC de control.

El carcinoma de pene es un tumor poco frecuente con una alta mortalidad, cercana al 80% cuando aparecen metástasis ganglionares con patrón infiltrante, y cuyo tratamiento es eminentemente quirúrgico.

En definitiva, no se ha acreditado negligencia médica, antes al contrario, hubo un seguimiento continuado de la enfermedad habiéndose seguido los protocolos establecidos para este tipo de patología grave, aunque no se haya podido evitar el desenlace final, que fue consecuencia de la evolución de la misma.

De todo lo anterior se puede afirmar que la asistencia prestada fue que en todo momento adecuada a la *lex artis ad hoc*, lo que impide el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que se ha de concluir con la Propuesta de Resolución que procede desestimar la pretensión resarcitoria, pues no se acredita nexo causal entre el fallecimiento del paciente y la actuación del SCS, y por lo tanto tampoco daño antijurídico indemnizable, conforme a lo establecido en el art. 141 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a dictamen, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, es conforme a Derecho.