



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 582/2018

(Sección 2ª)

La Laguna, a 20 de diciembre 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 (...), (...), (...) y (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 545/2018 IDS)**.

FUNDAMENTOS

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 14 de marzo de 2016, a instancia de (...) e hijos, por la asistencia sanitaria recibida por (...), del Servicio Canario de la Salud.

2. Los reclamantes solicitan una indemnización de 30.000 euros para cada uno de los hijos [(...), (...) y (...)] y 20.000 euros para el esposo (...).

Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Excmo. Sr. Consejero 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 relación el primer precepto con el art. 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), de carácter básico, la cual es aplicable, en virtud de la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2.a) y la disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última Ley.

Resulta igualmente aplicable el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en virtud de lo establecido en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2.d) y la disposición final séptima de la LPACAP.

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.

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

4. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (art. 13.3 RPAPRP), sin embargo, aún expirado éste, y 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. 42 LRJAP-PAC).

5. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de 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, modificada por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de medidas tributarias, financieras, de organización y relativas al personal de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

A la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud le corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, 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 SCS.

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

II

1. Los reclamantes alegan, en su escrito inicial, que se le han ocasionado daños y perjuicios, por no haber sido (...) convenientemente tratada por el Dr. (...), del Servicio de Urología del Hospital Dr. Negrín, de la fístula vésico vaginal que padeció en el contexto de su grave enfermedad oncológica (cáncer de cérvix) y que le provocaba incontinencia urinaria.

Señala expresamente en el escrito «(...) el problema es derivado al dpto. correspondiente de Urología siendo asignado para el caso el Dr. (...) y como también es sabido ni lo soluciona ni aparentemente lo intenta. En ningún momento manifiesta a la paciente su intención de hacerlo ni siquiera la forma como puede hacerse la derivación u otra solución a pesar de haberlo solicitado (...)».

Los reclamantes, en definitiva, exponen con detalle en su largo escrito las razones por las que entienden que la asistencia por el citado doctor no fue correcta « (...) estuvo disponible en manos del Dr. (...) un total de 292 días, desde el 21.05.2014, fecha de la interconsulta solicitada el día citado con carácter preferente por el departamento de oncología, hasta el 13.03.2015 fecha de la última cita para consulta de urología (...) y a la que (...) comunica a secretaría de urología su decisión de no acudir a la misma y de cambiar de urólogo (...) al no tomar en tanto tiempo ninguna medida para solucionar el problema».

Refiere asimismo que padeció otro posible daño colateral en su proceso oncológico: «(...) lesión pulmonar originada con fecha 09.10.2014 de cuya intervención fue dada de alta con resultado satisfactorio con fecha 28.11.14 y en la que el Dr. (...) no quiso intervenir habiendo sido invitado previamente por el Dr. (...) de cirugía torácica para ello (...)».

Asimismo señala que «(...) por último aparece la lesión abdominal la cual se complica por no haberse podido administrar todas las sesiones de quimioterapia programada apareciendo nuevas lesiones en ambos lóbulos hepáticos probablemente por no tener resuelto el problema de la incontinencia urinaria (...)».

Refiere «(...) que tras solicitar segunda opinión [Dr. (...), Hospital Insular] fue intervenida en el Hospital Insular el 11 de febrero de 2016 colocándole una nefrostomía izquierda (...) no pudiendo realizarse de otra manera debido a su grave situación (...).

En cuanto al riñón derecho, el Dr. (...) no consideró de momento hacer nefrostomía hasta valorar su respuesta debido a su bajo coeficiente de funcionamiento: un 11% según renograma diurético y así no aumentar las limitaciones de (...) y por consiguiente no disminuir su ya mermada calidad de vida (...).

El no haberse solucionado el problema de la incontinencia urinaria, según la reclamante, le ha restado calidad de vida aparte del aspecto psicológico, y también ha afectado directamente en el empeoramiento de su enfermedad, en un tanto por ciento elevado puesto que una persona con un escape continuo de orina, donde la orina ha estado en contacto permanente con la piel durante mucho tiempo, unos 300 días aproximadamente hasta el momento de la reclamación, el grado de acidez de la orina es elevado, con un continuo ardor en zona vaginal y genitales externos. Eso unido a los residuos tóxicos de la quimioterapia hace que el ardor se convierta en un escozor considerable (tremendo) dañando la piel y los tejidos de la zona además de posible riesgo de ulceración por el cual se ha suspendido por el oncólogo el tratamiento de quimioterapia en el 5º ciclo, de los 6 programados. También pudo haber tenido relación con la infección del tránsito urinario.

También considera que al no haberse terminado el tratamiento completo de 6 ciclos, el efecto esperado no es el mismo: es incompleto y no hubo la curación deseada.

En el caso de (...) no solamente no desapareció el tumor sino que se ha extendido a otras zonas como el hígado.

No cuantifica en principio la indemnización que solicita.

2. Se requirió a la interesada a efectos de mejorar la reclamación formulada, aportando con fecha 9 de mayo de 2016, informe de la Unidad de Cuidados Paliativos del Hospital Universitario Dr. Negrín, proposición de prueba y autorización de acceso a su historia clínica.

3. La reclamación fue admitida a trámite por Resolución de 14 de junio de 2016, de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, resolviéndose la incoación del expediente conforme al procedimiento legalmente establecido.

Se solicitó al Servicio de Inspección y Prestaciones que emitiese su informe sobre los hechos expuestos en la reclamación a la vista de la historia clínica y de los servicios correspondientes, en especial del servicio cuyo funcionamiento hubiera podido ocasionar la presunta lesión indemnizable.

4. Mediante escrito de 18 de octubre se informa por los reclamantes del fallecimiento de (...) ocurrido el 8 de junio de 2016, personándose los derechohabientes con fecha 2 de enero de 2017.

5. Con fecha 22 de agosto de 2017 fue emitido informe por el Servicio de Inspección y Prestaciones al que se adjunta los informes preceptivos y la historia clínica.

Con fecha 22 de septiembre se solicitó informe complementario que fue emitido el 28 de septiembre

6. Fue dictado acuerdo probatorio el 24 de octubre de 2017 y practicadas las acordadas.

7. Se confirió trámite de audiencia a los interesados mediante comparecencia de 17 de noviembre de 2017, quienes formularon alegaciones el 1 de diciembre de 2017 ratificándose en la reclamación, insistiendo en el retraso del tratamiento urológico un año y cinco meses, señalando que hubo pérdida de oportunidad terapéutica así como daño continuado considerando que hubo una reducción del tiempo de supervivencia posible (de muy difícil estimación) así como un daño moral derivado de la pérdida de calidad de vida en grado severo, derivada a su vez de este retraso. Finalizan solicitando 30.000 euros para cada uno de los hijos y 20.000 para el viudo.

8. A la vista de las citadas alegaciones, fue solicitado nuevo informe complementario al Servicio de Inspección y Prestaciones, que lo emite con fecha 9 de febrero de 2018, entendiéndose que ha existido retraso en el tratamiento paliativo, cuantificando la indemnización. Los reclamantes formularon alegaciones a dicho informe el 14 de marzo de 2018.

El Servicio de Inspección y Prestaciones, mediante informe de 21 de mayo de 2018, corrige error en la cuantificación, que asciende a 5.657,40 euros, y nuevamente se le da traslado a los reclamantes, que se ratifican en sus alegaciones anteriores por escrito de 21 de junio de 2018.

9. La propuesta de Resolución por la que se estima parcialmente la reclamación formulada fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias con fecha 8 de octubre de 2018.

10. Constan consentimientos informados firmados por la paciente de las distintas pruebas e intervenciones a las que fue sometida.

III

1. 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 -“en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”-;

B) La antijuridicidad de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido. La antijuridicidad opera como presupuesto de la imputación del daño.

El criterio se recoge, por todas, en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, al interpretar que:

“El título de atribución concurre, así, cuando se aprecia que el sujeto perjudicado no tenía el deber jurídico de soportar el daño [hoy la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común plasma normativamente este requisito al establecer en su artículo 141.1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (...)]. Así puede ocurrir, entre otros supuestos, cuando se aprecia que la actividad administrativa genera un riesgo o un sacrificio especial para una persona o un grupo de personas cuyas consecuencias dañosas no deben ser soportadas por los perjudicados, o cuando del ordenamiento se infiere la existencia de un mandato que impone

la asunción de las consecuencias perjudiciales o negativas de la actividad realizada por parte de quien la lleva a cabo”.

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.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado, desde la sentencia de 27 de octubre de 1998 (RJ 1998, 9460) (recurso de apelación núm. 7269/1992), que el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual debe tomar en consideración que:

a) Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia. El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 18 de octubre de 2001 la define la *lex artis* como “la técnica, el procedimiento o el saber de una profesión). Este es un criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico, que toma en consideración tanto las técnicas habituales, la complejidad y la trascendencia vital de la enfermedad, o la patología así como factores exógenos o endógenos propios de la enfermedad.

D) La salvedad exonerante en los supuestos de fuerza mayor. A este efecto, es doctrina jurisprudencial constante la recogida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia

de 31 de mayo de 1999, la que establece que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes:

a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: "falta de servicio que se ignora"); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974: "evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida".

b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aún en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: "Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado". En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (apelación 1075/1992).Y

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.

Criterios de distribución de la carga de la prueba. Guarda, también, una evidente importancia la identificación de los criterios de aplicación a estos supuestos de los principios generales de distribución de la carga de la prueba. Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación del artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo (...) de Código Civil (LEG 1889, 27), que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho ("semper necesitas probandi incumbit illi qui agit") así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega ("ei incumbit probatio qui dicit non qui negat") y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios ("notoria non egent probatione") y los hechos negativos ("negativa non sunt probanda"). En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de setiembre de 1997, 21 de setiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal,

mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).

En consecuencia, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración».

«El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la *lex artis* y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física. En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la *lex artis*, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios, como la preparación y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etcétera). En general, pues, la infracción de estas reglas de la *lex artis* se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación. Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha *lex artis*. Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Administración y en

qué otros casos se va a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración sino de la evolución natural de la enfermedad. Este límite nos lo proporciona el criterio de la *lex artis*, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la *lex artis* (no siendo el daño antijurídico) mientras que en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración. El criterio de la *lex artis* se define como *ad hoc*, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada caso. La sentencia del TS de fecha 17 de julio de 2012 establece “El motivo ha de ser igualmente rechazado, pues como señala, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 67) (recurso de casación núm. 6580/2004), con cita de otras anteriores, «cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex Artis* como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que “en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329 , que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto”». Así las cosas y como quiera que de los hechos que la Sala de instancia declara probados no resulta en el caso enjuiciado una actuación médica contraria a *lex artis*, ha de concluirse que los eventuales daños que con ocasión de la misma se hubieran podido producir -incluidos los daños morales- en ningún caso serían antijurídicos, por lo que existirá la obligación de asumirlos, sin derecho a indemnización».

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 dice 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 n.º 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.

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.

De este modo, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, que declara:

«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».

2. En el caso que nos ocupa, hemos de considerar los siguientes antecedentes relativos a la paciente en los términos señalados en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (folios 145 a 158):

Antecedentes:

«El 26 de febrero de 2013 la paciente acude al Servicio de Ginecología del Hospital Universitario Insular Materno Infantil con clínica de coitorragias.

Informe de juicio diagnóstico de carcinoma de cervix. Tras estudio por la Unidad de Ginecología Oncológica del CHUIMI, se determina un carcinoma epidermoide infiltrante.

También infección por virus de alto riesgo HPV.

El 26 de febrero, igualmente el Servicio de Ginecología solicita cita preferente al Servicio de Urología del CHUIMI para citoscopia, dan cita para citoscopia preferente el 4 de marzo de 2013, no acude, no se la quiere hacer y el 22 de abril anotan volver a citar.

Tras pruebas de diagnóstico radiológico se confirma masa cervical tumoral y adenopatías patológicas, diagnóstico principal: carcinoma de cervix localmente avanzado. Se realiza tratamiento quirúrgico el 2 de abril de 2013 con linfadenectomía para-aórtica por Laparoscopia, no se evidenciaron metástasis.

Diagnóstico: carcinoma epidermoide G-II de cervix, estadio FIGO III B (el carcinoma afecta la pared pélvica).

Tras reunión comité de tumores se decide la realización de radioterapia radical, con braquiterapia y quimioterapia concomitante sensibilizante, por el Servicio de Oncología Radioterápica del Hospital Dr. Negrín, que se efectúa del 20 de abril al 31 de julio de 2013, al mismo tiempo inicia quimioterapia por el Servicio de Oncología del Dr. Negrín.

RMN el 4 de octubre del 2010, se observa engrosamiento cervix que disminuye de tamaño respecto a estudio previo, no se descarta persistencia tumoral.

El 30 de enero de 2014 citología cérvicovaginal normal. En febrero de 2014 marcadores tumorales normalidad.

16 de mayo de 2014 RMN: estenosis uréter distal, uterohidronefrosis.

2.- El 21-05-2014, el Servicio de Oncología Radioterapia del Hospital Dr. Negrín realiza interconsulta al Servicio de Urología del mismo hospital, se indica valoración colocación de catéter por existencia de hidroureteronefrosis bilateral.

El 30 de junio, según historia clínica, se solicitan pruebas como: cistoscopia y pielografía ascendente y cateterismo ureteral por el Servicio de Urología.

El 6 de agosto el Dr. (...) escribe en historia clínica que la uretrocistoscopia no se pudo realizar por presentar uretra rígida y edema en la zona, y no se puede realizar la pielografía ascendente. Se valorará cistoscopia en 4 semanas (y pielografía ascendente).

La cistoscopia se efectúa de nuevo el 10 de septiembre: "vejiga de poca capacidad no se identifican meatos ureterales, imposible realizar la pielografía".

El 19 de septiembre se solicita renograma para observar estado función renal.

El 26 de septiembre de 2014 se realiza en el (...) de Las Palmas a petición del Urólogo Dr. (...) renograma isotópico.

Se diagnostica riñón derecho cercano a la anulación funcional y riñón izquierdo con respuesta parcial a diuréticos pero funcionante.

En octubre del 2014, la paciente acude al Servicio de Ginecología del Hospital Materno Infantil, refiere escape continuo urinario sin deseo miccional, probable fistula vésico-vaginal.

Comentado con Urólogo de guardia recomienda sondaje vesical y ver evolución. Se solicita PET.

Se evidencia recaída tumoral en octubre de 2014.

Tras PET-TAC de cuerpo completo, el 9 octubre de 2014 se observan signos de recidiva pulmonar, diagnóstico de probables metástasis a nivel pulmonar, en lóbulo inferior derecho el 9 de octubre de 2014 tras realización de PET- CT y se informa compatible con progresión metabólica de la enfermedad, con recidiva tumoral pélvica y probable metástasis pulmonar en LID.

23/10/2014 biopsia de cervix negativa a malignidad.

Al poner la sonda vesical a la paciente el 31 de octubre, continuaba con salida de orina por vagina, por lo que se retiró.

También se observa la útero hidronefrosis izda. y probable fistula vésico-vaginal por lo que se realiza RMN de pelvis el 21/11/2014, se observa probable persistencia tumoral en ligamento ancho izq., también se observa la complicación fistulizante en suelo pélvico (fistula vésico-vaginal).

En la RM de pelvis realizada en (...) se observa complicaciones fistulizantes en suelo pélvico. La fistula vésico-vaginal es secundaria a la radioterapia.

Tras realización de pruebas en cervix se descarta la malignidad en sus células, queda el diagnóstico de fistula vesical.

El 21 de noviembre de 2014 en el Servicio de Urología del Dr. Negrín con el Dr. (...), es valorada la evolución, realización de nueva uretrocistoscopia.

La uretroscopia se realiza el 15 de diciembre de 2014, y en esta ya se diagnostica que no hay malignidad y la existencia de la fístula vésico-vaginal, orificios ureterales puntiformes.

En noviembre de 2014 el Dr. (...) escribe en historia clínica que la paciente rechaza la sonda vesical.

Nueva cita el 15 de diciembre de 2014, el Urólogo escribe en historia clínica: "PET del 21 del 10 de 2014 con depósito patológico de actividad retrovesical en lo que parece corresponder al cérvix uterino sugestivo de malignidad, pendiente de intervención quirúrgica de epidermoide pulmonar" ya no volvió al Servicio de Urología del Hospital Dr. Negrín.

En esta consulta se comunica que no había tratamiento quirúrgico para la resolución de la fístula, en su caso, se le recomendó sondaje como tratamiento paliativo.

Es remitida al Servicio de Cirugía Torácica del Hospital Dr. Negrín. El 26 de diciembre de 2014 se realiza segmentectomía del lóbulo inferior y superior derecho.

Tras la anatomía patológica de lo biopsiado se diagnostica carcinoma epidermoide compatible con metástasis en lóbulo inferior.

El servicio de Ginecología del CHUIMI, a su vez, en febrero de 2015 realiza interconsulta al Servicio de Urología del CHUIMI, al Dr. (...), para valorar tratamiento de la fístula.

En el mes de febrero de 2015 acude a cita prevista para citoscopia por el Servicio de Urología del CHUIMI donde se observa fístula vésico-vaginal de 3-4 cm, pendiente de decidir actitud.

La próxima cita con el Servicio de Urología del Dr. Negrín en consulta médica es en marzo de 2015 pero no acude. O sea la última visita médica en Hospital Negrín, Servicio de Urología, fue el 15 de diciembre de 2014.

3.- El 15 de junio de 2015, solicita el paciente y su esposo segunda opinión médica al Servicio de Urología del CHUIMI, y que tras solicitar este servicio, se requiere a la paciente el 25 de junio de 2015 los informes y pruebas clínicas efectuadas, tras recibir la información requerida en el mes de enero de 2016, dan cita el 26 de enero de 2016.

En PEC-TAC de julio de 2015 se diagnostica recidiva tumoral diseminada con metástasis subcutánea en línea media anterior del abdomen, zona peritoneal, y pared anterior gástrica de omento mayor.

La biopsia de las lesiones de la pared abdominal, el 9 de julio de 2015, refiere infiltraciones metastásicas de carcinoma epidermoide en pelvis igualmente hay dos zonas controvertidas, una es vaginal y otra retrovesical de causa posible tumoral.

Tras reunión del Comité de Tumores el 17 de julio de 2015, se decide resección paliativa del nódulo de pared abdominal y valorar junto con el Servicio de Urología medidas paliativas, a su vez tratamiento sistémico con quimioterapia dado que se trata de un carcinoma de cervix diseminado grado IV.

En historial clínico del Servicio de Oncología Médica del Hospital Negrín anotan que refieren a la paciente el “tipo de tratamiento quimioterápico, los efectos secundarios y el riesgo aumentado de sufrir infecciones y complicaciones graves debido a la fistula, que entiende y acepta firmando el consentimiento informado el 24 de julio de 2015”.

El 31 de julio de 2015, se interviene quirúrgicamente en CHUIMI una lesión cutánea en pared abdominal metastásica.

Se inicia braquiterapia y quimioterapia en agosto de 2015 en Hospital Dr. Negrín por el Servicio de Radioterapia Oncológica.

El 15 de septiembre de 2015 ecografía abdominal solicitada por el Servicio de Oncología Médica del Hospital Dr. Negrín, que muestra riñón derecho de pequeño tamaño, hidronefrosis grado IV y riñón izquierdo normal.

4.- El 20 de noviembre de 2015, se presenta caso en Comité de Tumores ginecológicos.

En RMN se objetiva supuesta recidiva tumoral vaginal con afectación ureteral que resulta negativo para malignidad tras realizar biopsia el 25 de noviembre de 2015 y anatomía patológica.

Control por Unidad de Cuidados Paliativos desde diciembre de 2015, vida de cama a sillón, en TAC de diciembre de 2015 se observan múltiples lesiones hepáticas, compatibles con metástasis.

En enero de 2016, se produce primera visita de la paciente al Servicio de Urología del CHUIMI con el (...), se anota en historia que la paciente presenta cistitis de repetición y ardor continuo en genitales externos, escape continuo de orina por fístula vésico-vaginal secundaria a radioterapia. Se habla con la paciente la posibilidad de derivación urinaria con nefrostomía para evitar paso de orina por fistula, la paciente prefiere esperar a quimioterapia y ver resultado.

Hasta que el 11 de febrero de 2016, ingresa en el CHUIMI en el Servicio de Urología y el día 12 se realiza nefrostomía izquierda (colocación percutánea de una pequeña sonda o catéter a través de la piel hasta el riñón para drenar la orina hacia el exterior), sin incidencias, alta hospitalaria.

En seguimiento por la Unidad de Cuidados Paliativos para control del dolor.

El 10 de mayo de 2016 acude el hijo a consulta de Urología del CHUIMI y refiere al doctor que: “su madre está mucho peor, en tratamiento por la UCP, por decisión propia ha abandonado la quimioterapia”.

Se escribe en historial: “dado que por parte de la paciente y familiar no desea actuación médica salvo medidas de sostén por la UCP del Hospital Dr. Negrín, recomendamos garantizar la permeabilidad de la nefrostomía percutánea y alta en Consultas Externas”.

El 11 de mayo de 2016, la paciente está en el programa domiciliario de la Unidad de Cuidados Paliativos por enfermedad oncológica avanzada, hasta el 8 de junio de 2016 en que se produce éxitus en su domicilio”.

De este modo, en el contexto de una grave enfermedad, carcinoma de cervix avanzado, se produce una fístula vésico vaginal diagnosticada en octubre de 2014, cuyo tratamiento es el que resulta cuestionado por los reclamantes.

1) Consideraciones respecto de la fístula vésico vaginal

Tal y como informa el citado servicio de Inspección y Prestaciones, las fístulas vésico vaginales son las más frecuentes lesiones urológicas de causa ginecológica, y hasta un 10% de ellas tienen su origen en la radioterapia utilizada en el tratamiento del carcinoma de cuello uterino. Señala así mismo que el cuadro clínico se manifiesta por goteo continuo de orina a través de la vagina, asociándose con infecciones de las vías urinarias de repetición, irritación concomitante de vulva y periné.

Su tratamiento puede ser conservador o quirúrgico.

En el cierre quirúrgico temprano existe como contraindicación las fístulas causadas por radioterapia en estos pacientes pueden prolongarse para su reparación un periodo de espera de hasta 12 meses considerando además que es difícil su tratamiento.

Por último, se señala que las fístulas vésico vaginales tras radioterapia pueden aparecer incluso meses o años del tratamiento radioterápico.

2) Tratamiento efectuado a la paciente en relación con la fístula vésico vaginal y su relación con la evolución de su patología de base

Respecto de la alegación relativa a que no se intervino a la paciente de la fístula al mismo tiempo que del carcinoma pulmonar se señala en los informes del Servicio de Inspección, que no hay constancia en la historia clínica y que son los especialistas del Servicio de Urología, los que deciden después de la valoración oportuna, ya que estos casos se comentan en comité en el servicio, no son decisiones unilaterales.

Se informa que la evolución de la enfermedad, la metástasis, no se ve influida por no efectuar tratamiento temprano de la fístula de forma quirúrgica para su reparación, es la enfermedad la causa.

“Incluso el tratamiento mas intensivo de quimioterapia como informa el reclamante no sería posible por otras razones, una de ellas es la afectación renal y el estado de su enfermedad y clínica.

Por ello y por otras cuestiones, como que al ser diagnosticado el cáncer estaba avanzado, ya era un estadio III invasivo, que rápidamente surgen metástasis, debemos anotar lo referido en el informe clínico del Jefe de Servicio del Hospital Dr. Negrín el Dr. (...): “no existe

relación entre la fístula vaginal y la progresión tumoral del cáncer de cérvix y su insemínación metastásica, que fue la causa de su fallecimiento”

El tratamiento paliativo de colocación del sondaje vesical, con la que se trata a la paciente se efectúa el 31 de octubre de 2014 “

En la historia clínica consta anotación clínica de 21 de noviembre de 2014 en la que el Dr. (...) señala:

“PET realizado el 21 de octubre de 2014, depósito patológico retrocervical, que parece corresponder al cérvix uterino, sugestivo de malignidad”, escribe que está en espera de intervención quirúrgica de carcinoma epidermoide pulmonar.

Se informa a la paciente que en ese momento no había tratamiento quirúrgico y se le recomendó sondaje como tratamiento paliativo que la misma rechazó.

La paciente desde este momento deja de acudir a consulta médica de Urología del Hospital Dr. Negrín acudiendo a Urólogo privado.

Por tanto, no sabemos lo que hubiera pasado en el futuro en el tratamiento de este servicio a la paciente porque no acudió mas.

6.- No es hasta el 15 de junio de 2015, cuando solicitan segunda opinión médica al CHUIMI (Hospital Insular). Transcurren por tanto 8 meses desde que fue valorada por última vez por Urología del Hospital Dr. Negrín.

7.- El reclamante se queja de la pérdida de tiempo, del retraso que se ocasiona en remitir la pruebas e información médica solicitadas por el Urólogo (...) del CHUIMI al correspondiente Servicio del Hospital Dr. Negrín, para que atendieran a la paciente en dicho hospital, y que dicho Dr. creyó oportuno solicitar.

Los informes, se solicitan el 25 de junio de 2015 desde el CHUIMI diez días después de la petición, pero no llegan hasta el mes de enero de 2016 al CHUIMI, mes en el que se efectúa la cita para la paciente solicitante, dan cita para el 26 de enero con el Urólogo (...).

Pero, la familia de la paciente pide historial clínico completo de la paciente al Hospital Dr. Negrín el 30 de noviembre de 2015 con autorización de la paciente el mismo 30 de noviembre de 2015.

A su vez, solicitan todos los informes e imágenes de las pruebas realizadas el 4 de diciembre de 2015. Se entrega a la paciente todo el material el 28 de diciembre de 2015.

Esta documentación es entregada el 13 de enero en el CHUIMI.”

Llegados a este punto, resultó necesario solicitar informe complementario al Servicio de Inspección a fin de que aclarase el seguimiento de la paciente relacionado con la repetida fístula vésico vaginal tras esa última consulta al Servicio de Urología en el Hospital Dr. Negrín

a la que no acudió. El informe del Servicio de Inspección y Prestaciones se emite el 28 de septiembre de 2017 (folios 762 a 765).

“En el punto seis de las conclusiones del informe este Servicio de Inspección añadimos lo siguiente: “ (...) No obstante haber pasado un tiempo desde la cita a la cual no acude en Urología del Hospital Dr. Negrín el 13 de marzo de 2015, hasta la fecha en la que se solicita segunda opinión médica al Servicio de Urología del CHUIMI, en junio de 2016, (...) no dejó de ser valorada, tratada, intervenida quirúrgicamente, etc., en los distintos servicios que intervinieron en la atención de la paciente.

Y este seguimiento es tanto en el Hospital Dr. Negrín como en los Servicios de Ginecología, el de Urología, Cirugía, etc. del CHUIMI.

En febrero de 2015 la paciente acude a Urólogo privado en (...).

El Servicio de Ginecología Oncológica del CHUIMI el 24 de febrero de 2015 realiza interconsulta al Servicio de Urología del CHUIMI para valorar derivación urinaria lo cual es un tratamiento paliativo, no curativo.

El 2 de marzo en CAE Prudencio Guzmán es valorada por Urólogo Dr. (...), solicita colonoscopia al Servicio de Digestivo del CHUIMI. Éste anota en su petición “la presencia de una fistula vésico-uterina severa que no permite reparación local”, por ver si hay posibilidad de crear una vejiga ortotópica, o sea nueva vejiga con partes del intestino de la paciente.

La colonoscopia es normal.

En el CHUIMI y a instancias del Servicio de Urología se realiza citoscopia como informa el Dr. (...) el 3 de marzo del 2015. La citoscopia confirma la fístula vésico-vaginal.

Mientras tanto la paciente sigue tratándose por los distintos servicios implicados en su seguimiento y tratamiento [oncología, servicio de radiología oncológica (...)].

El Servicio de Oncología del Hospital Negrín el 28 de abril de 2015 anota en historial clínico que esta valorada por Urología del Hospital Insular, pendiente de cirugía derivativa.

La paciente el 15 junio de 2015 solicita segunda opinión médica al Servicio de Urología del CHUIMI.

El 25 de junio se solicita por dicho Servicio de Urología la totalidad de los informes y pruebas clínicas efectuadas.

El 17 de julio de 2015 el Servicio de Ginecología del CHUIMI remite de nuevo al Servicio de Urología del mismo hospital, para nueva valoración de derivación urinaria ofertándose a la paciente nefrostomía bilateral, (tratamiento paliativo, no curativo).

Estamos ante una enferma, que en estas fechas, julio del 2015 está diagnosticada de recidiva tumoral diseminada.

El 24 de julio de 2015 el Servicio de Oncología del Hospital Dr. Negrín escribe que la paciente es valorada por Urología del Hospital Insular, pendiente de decidir actitud.

Durante todo este período la paciente no solo es atendida por el Servicio de Urología, sino que también se realiza varios otros procesos como intervención quirúrgica el 31 de julio de 2015 en el CHUIMI, Servicio de Cirugía Torácica, para extirpación de lesión metastásica localizada en abdomen por riesgo de ulceración.

En julio de 2015 se diagnostica recidiva diseminada tumoral.

El 28 de julio de 2015 en informe de historia clínica, estando la paciente ingresada por exéresis de la lesión subcutánea, el Servicio de Ginecología anota: "hablo con Urología para posibilidad de algún tipo de derivación para disminuir la posibilidad de infección durante la quimioterapia. Hablo con el Dr. (...) quien ha recibido una petición de segunda opinión para este paciente, pero que la única derivación posible es la nefrostomía bilateral.

En agosto del 2015 nuevas sesiones de braquiterapia y quimioterapia, recibiendo 6 ciclos en Hospital Negrín. Se comenta la posibilidad derivación urinaria que mejore la calidad de vida, de la cual se desiste por recidiva tumoral.

El 23/11/2015 tras RMN, en Oncología del Hospital Dr. Negrín observan recaída vaginal.

En TAC realizado por el Servicio de Radioterapia del Hospital Negrín se observan metástasis hepáticas.

Se sigue el seguimiento de la señora y en diciembre de 2015 inicia control por la unidad de cuidados paliativos.

- La paciente solicita segunda opinión médica al Servicio de Urología del CHUIMI el 15 de junio de 2015.

Sin embargo, ya estaba sometida a seguimiento en dicho centro sanitario por el Servicio de Urología desde febrero de 2015 como ya hemos dicho.

Citan a la señora con el Dr. (...) Jefe del Servicio de Urología el 26 de enero de 2016, ofertan nefrostomía como tratamiento paliativo, la paciente desea esperar por la quimioterapia que tenía pautada.

El 13 de febrero de 2016 se realiza nefrostomía percutánea izquierda en el CHUIMI.

"Una nefrostomía percutánea es la colocación de una pequeña sonda o catéter a través de la piel en el riñón para drenar la orina, se inserta a través de su espalda o costado, es un procedimiento temporal y paliativo"

Según informa el Servicio de Cuidados Paliativos:

“La paciente sigue con tratamiento quimioterápico por el Servicio de Oncología del Hospital Dr. Negrín. Su enfermedad va evolucionando y dado el mal estado general, disnea etc. se suspende la quimioterapia siendo vista en Oncología por última vez en mayo de 2016.

Continúa soporte por la Unidad de Cuidados Paliativos siendo exitus el 14/06/2016.”

3) Retraso indemnizable

De todo cuanto antecede y a la vista de las reiteradas alegaciones de los reclamantes finalmente el Servicio de Inspección y Prestaciones concluye que en relación con el tratamiento paliativo de la fístula vésico vaginal no se ha producido una pérdida de oportunidad para la paciente sino un daño moral por el retraso en la entrega de la documentación pertinente cuando solicitó segunda opinión médica».

El informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de 9 de febrero de 2018:

«Con respecto al segundo punto de las alegaciones se apunta que desde mayo de 2014 se acredita seguimiento en consulta del Servicio de Neurología del Hospital Dr. Negrín por la presencia de emisión de orina por la vagina, hemos de apuntar que esto no es así, que la causa por la que es remitida al Servicio de Urología del Hospital Dr. Negrín es por ureterohidronefrosis (que es una dilatación tanto del uréter como de la pelvis renal y los cálices renales), no tiene ello nada que ver la emisión de orina por vagina, esta patología es secundaria a la braquiterapia sufrida por la paciente y necesaria para el tratamiento de su cáncer.

En ese momento se solicita al Servicio de Urología del Hospital Dr. Negrín valore la colocación de catéter para dicha patología, no otra.

Por tanto en esta fecha que alegan, en mayo de 2014 no existía constancia ni por la clínica ni por las pruebas complementarias de la fístula vésicovaginal.

Recordemos, como se apunto en el informe de este servicio de inspección que este tipo de fístula puede aparecer meses e incluso años posteriores a la radioterapia efectuada.

No es hasta octubre de 2014 cuando la clínica existente lleva a pensar en la existencia de una fístula vésico-vaginal, por tanto, tomamos esta fecha como inicio de la misma.

La emisión de orina por vagina se “sospecha, por tanto, a partir de octubre de 2014 cuando hay clínica que hace pensar en ello, la paciente comenta que presenta emisión continua de orina sin deseo miccional, se confirma por RMN en noviembre de 2014.

En las mismas fechas el urólogo Dr. (...) solicita uretrocitoscopia de repetición (solicitada por segunda vez), que se realiza el 15 de diciembre de 2014, donde se diagnostica in situ, siendo visualizada dicha fistula vésico- vaginal, por tanto no hablemos de retraso, de mala praxis (...), porque no creemos existiera, son procesos consecutivos que tras estudio del primero se estudia el segundo, en orden de aparición, sin más.

La dilatación en el tiempo de la realización de las pruebas médicas en referencia al proceso de la uterohidronefrosis es debido al estado físico de la paciente, rigidez en la uretra y edema en la zona etc., hubo que repetir las pruebas por estas razones, las pruebas realizadas son sucesivas hasta llegar al renograma isotópico realizado en septiembre de 2014.

La fístula se empieza a estudiar a posteriori, pues aparece posteriormente.

No se estima la no asistencia a la paciente sino un seguimiento a colación con lo efectuado previamente y la respuesta o hallazgos surgidos

2.- En este momento ya estamos, temporalmente, en octubre de 2014, a partir de aquí se instaura por primera vez la sonda vesical, que es retirada al comprobar sigue saliendo orina.

Hay que tener en cuenta que ello ocurre en el Hospital Insular (CHUIMI) no en el Hospital Dr. Negrín, y ocurre cuando acude la paciente al Servicio de Ginecología del CHUIMI refiriendo queja de pérdida continua de orina sin deseo miccional, y por primera vez.

El Servicio de Ginecología del CHUIMI remite al urólogo de guardia del mismo hospital, este coloca la sonda y la retira posteriormente. Pero el Dr. (...) en el Servicio de Urología del Hospital Dr. Negrín es en noviembre de 2014 cuando oferta como tratamiento paliativo el sondaje y la paciente rechaza esta opción, son dos procesos y situaciones distintas y no por el mismo médico, ni el mismo hospital.

También tengamos en cuenta que sigue el estudio por el Servicio de Urología del Hospital Dr. Negrín, pues se solicita en noviembre de 2014 nueva uretroscopia que se realiza el 15 de diciembre de 2014.

A su vez la paciente sufre proceso metastásico pulmonar diagnosticado en estas fechas y que necesitó tratamiento quirúrgico en diciembre de 2014.

El urólogo escribe en historia clínica el 15 de diciembre de 2014, en consulta, tras estudio de PET de octubre de 2014 que en este se observa depósito patológico de actividad retrovesical, sugestivo de malignidad, y que la paciente está pendiente de intervención quirúrgica para carcinoma pulmonar y que esta que se realiza el 24 de diciembre de 2015. Centrémonos en el momento que se encuentra la paciente.

Tomar decisiones en estos caso es muy difícil, estas no son unilaterales se toman en Comité, tras estudio del caso en concreto.

No creemos fuera momento para realizar intervención quirúrgica de nefrostomía, primero había que tratar la metástasis.

Tengamos en cuenta que en la historia clínica no hay constancia de lo argumentado sobre el hecho alegado de que se oferta el quirófano al Servicio de Urología por parte del Servicio

de Cirugía Torácica, para realizar las dos intervenciones quirúrgicas a la vez, la del pulmón y la abdominal.

Aun en el caso de que se comentara este hecho, que no consta en la historia clínica, podía haber sido una sugerencia a estudiar, y decidieron que no se realizaría.

Para ello están las especialidades médicas. Lo que se realizó, las decisiones, tanto estudios como tratamientos creemos están conformadas al paciente, su estado, su patología, todo su contexto.

El 15 de diciembre de 2014, y previamente a la cirugía torácica que se realizaría el 24 de diciembre, el urólogo del Hospital Dr. Negrín, toma una decisión de tratamiento, conformado al estado del paciente en ese momento, le propone sondaje urinario que la paciente rechaza.

Pero no hubo oportunidad de actuación futura pues la paciente no acude en adelante a la consulta de urología del Hospital Dr. Negrín, al no estar de acuerdo con las resoluciones y actitud de dicho servicio, acude a urólogo privado.

Llegados a este punto y momento no hallamos causa de pérdida de oportunidad terapéutica.

Existe razonamiento para las actuaciones efectuadas, para lo realizado y para lo que se alega no realizado

La supuesta pérdida de oportunidad terapéutica tras la cirugía del carcinoma metastásico de pulmón de no poder realizarse tratamiento posterior quimioterápico a causa de la fístula véscovaginal no es tal, recordemos que tras la última cita con urólogo del Dr. Negrín, día 15 de diciembre, la paciente deja de acudir a dicho servicio, y que más adelante a mediados de 2015 se realizó tratamiento quimioterápico y radioterápico tras la aparición de carcinoma metastásico en la pared abdominal, se hizo y no acarreo problemas para la susodicha fístula que seguía existiendo. También se describe en el segundo punto de las alegaciones que la obstrucción renal bilateral había destruido el riñón derecho y amenazaba hacerlo con el izquierdo, la paciente no tuvo trastornos de la función renal que la perjudicaran según establece historial médico, recordemos que el cáncer obliga a la quimioterapia y braquiterapia y provoca la alteración renal.

3.- La señora fallecida (...) solicita una segunda opinión médica pero al Hospital Insular, Servicio de Urología, en junio de 2015, mientras tanto sigue acudiendo a sus citas con el resto de servicios.

Primeramente, en febrero de 2015 es el Servicio de Ginecología del CHUIMI quien pide valorar tratamiento de la fístula véscovaginal al Servicio de Urología del CHUIMI.

Desde que la señora pide la segunda opinión médica, y que es aceptada rápidamente, el 25 de junio, se solicitan entonces todas las pruebas médicas realizadas e historial clínico de la

señora al Hospital Dr. Negrín, proceso que tarda un tiempo hasta que llega todo el material solicitado al CHUIMI.

Es cierto que se observa un retraso en la emisión de los informes al CHUIMI.

Aún teniendo en cuenta que la paciente tiene que solicitar personalmente dichos informes de nuevo, y ello retrasa más la emisión, consideramos abultado el plazo para la ejecución de lo solicitado, teniendo en cuenta el caso clínico.

Este tiempo que transcurre de 6 meses, considerando desde el mes de julio al mes de diciembre de 2015, ambos incluidos si pueden ser considerados indemnizables.

No era para un tratamiento curativo, solo paliativo pero consideramos excesivo el tiempo que se pierde en los trámites.

Se valoró a la señora en enero de 2016 pero se retrasó hasta febrero de 2016 la cirugía de nefrostomía percutánea, derivación urinaria, porque la señora estaba en tratamiento oncológico y quería terminarlo antes de someterse a la cirugía, decisión de la señora que se respetó.

Por eso referimos la fecha de diciembre de 2015.

Aunque la cirugía no iba a curar su cáncer, que ya estaba metastatizado, la señora podía ver disminuidas sus molestias locales, ocasionadas por la fistulización, que parece mejoraron, aunque siguió teniendo dichas molestias en menor medida así como infecciones de orina.

Pero si consideramos que mejoró parcialmente ya es un proceso que puede ser indemnizable.

Saber lo que percibía la paciente en cuanto a dicha mejoría es harto difícil para los demás sujetos, pues es el sujeto dado el que lo sufre.

Es indemnizable porque a final de junio estaban los servicios médicos dispuestos a una solución paliativa para la paciente, ya existía en estos momentos criterio médico para su realización.

Anteriormente no, hasta enero de 2015 estaba la situación en otros menesteres ya explicados.

A partir de enero cambió la paciente su seguimiento a urólogo privado. Después cita con prólogo del CHUIMI, luego ocurren distintos hechos como el carcinoma metastásico en abdomen (...), la cirugía posterior de dichas lesiones, la quimioterapia y braquiterapia, hasta que se llega a tomar decisión con respecto a la fistula vésicovaginal. Esto ocurre, a todas luces, a partir de la petición de segunda opinión al Servicio de Urología del CHUIMI por parte de la paciente en junio de 2015.

Esta segunda opinión es aceptada por el Servicio de Urología del CHUIMI.

Estando en consideración un tratamiento para la paciente en estos momentos y que el tiempo de espera para la transmisión de los informes solicitados por Servicio de Urología desde el Hospital Negrín se alarga unos 6 meses:

Valoramos estos 6 meses, 180 días, no como pérdida de oportunidad, sino como retraso en el tratamiento médico paliativo, prolongando el tiempo para lograr la mejoría (relativamente) de las molestias provocadas por la micción hacia la zona vaginal y en la zona próximas a esta, ya que el tratamiento empleado no mejora su enfermedad ni las metástasis”.

Se cuantifica la indemnización en razón de ese tiempo de 6 meses, 180 días “valorados no como pérdida de oportunidad sino como retraso en el tratamiento médico paliativo, prolongando el tiempo para lograr la mejoría relativa de las molestias provocadas por la micción a la zona vaginal y zonas próximas a esta, ya que el tratamiento que se empleó no mejoraría su enfermedad ni las metástasis, se concluye que para cálculo de dicha cuantía utilizamos las tablas que están en la Resolución de 5 de marzo de 2014 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Dentro de la indemnización básica (incluidos daños morales) para días no improductivos, que en total son 180, y que por día resulta a 31,43 euros diarios, tenemos la cifra total de 5.657,4 euros, sin perjuicio de la actualización al IPC actual».

3. En el caso que nos ocupa, está acreditado asimismo, que la paciente conoció y aceptó, mediante la firma de los Documento de Consentimiento Informado, las distintas pruebas y cirugías a las que fue sometida.

Sobre el consentimiento informado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos 136/2017, de 31 de julio, señala:

«Debe también recordarse la doctrina sobre el consentimiento informado, y para ello es válida la cita de la STS Sala 3ª, sec. 4ª, S 7 de abril de 2011, rec. 3483/2009 que recuerda que la falta de consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*, pero que para que la misma sea merecedora de indemnización se precisa que a quien la invoca se le haya producido un daño antijurídico que no esté obligado a soportar. Pero, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (RCL 2002, 2650), básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, regula en el artículo 4 lo que denomina el derecho a la información asistencial y expresa en su número 1 que: “los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley” y añade en los números 2 y 3 de ese precepto que: “la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”, y que “el médico responsable del

paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle". Ese derecho se materializa en lo que se denomina consentimiento informado y del que se ocupa el artículo 8 de la Ley cuando dispone que "1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso. 2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente".

Es obvio, puesto que así expresamente lo afirma la Ley, que el consentimiento "será verbal por regla general", para añadir a continuación aquellos supuestos en los que esa regla cede ante la necesidad de que el consentimiento sea por escrito cuando se trate de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente».

No hay prueba en el expediente administrativo que acredite que el retraso en la aplicación de tratamiento de la fístula vésico vaginal, produjera pérdida de oportunidad en la paciente, por cuanto según los informes médicos del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) no hubiera evitado su enfermedad ni la metástasis que padecía que desembocaron en su fallecimiento, y sin que por parte de los reclamantes se aporte prueba en contrario, mediante una oportuna prueba pericial, más allá de sus manifestaciones. Además tanto en el informe del SIP como en la historia clínica de la paciente, se puede constatar que hubo una adecuada asistencia médica en relación con sus padecimientos, teniendo en cuenta la diversidad de enfermedades y secuelas a tratar máxime cuando estas se superponen en el tiempo.

No obstante lo anterior, consta acreditado que hubo un retraso en la aplicación de un tratamiento paliativo, no curativo, de la fístula vésico vaginal, que no produce pérdida de oportunidad en la paciente, por cuanto no hubiera evitado su enfermedad ni la metástasis que padecía que desembocaron en su fallecimiento, pero que podría haber mejorado las molestias provocadas por la micción hacia la zona vaginal, contribuyendo a una mejor calidad de vida y que han producido un daño moral, consistente en la deficiente calidad de vida de la reclamante al tener que usar 6-7 pañales al día, no poder salir de la casa, estar la mayor parte del día en la cama, no poder caminar por los roces que le producían los pañales, los picores, escozores e

infecciones que le ocasionaba tal situación, lo que agravaba aún más su estado de salud, cuanto menos su estado de ánimo o salud mental, dado el aislamiento y los sufrimientos físicos que se añadían a su, ya de por sí, gravísima enfermedad, daños que una vez acreditados, tal como sucede en el presente caso, deben ser indemnizados, como reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia, considerándose por este órgano adecuada la cantidad de 16.500 euros por el daño moral derivado de los seis meses de retraso en la aplicación del tratamiento paliativo.

En todo caso, la cuantía de esta indemnización ha de actualizarse en el momento de resolver el procedimiento de acuerdo con el art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

La propuesta de resolución del Secretario General del Servicio Canario de la Salud, relativo a la reclamación de (...), (...) y (...) y de (...), es ajustada a Derecho en los términos expuestos en el Fundamento III del presente dictamen.