



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 1 0 7 / 2 0 2 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 21 de mayo de 2020.

Dictamen solicitado por la Excm. 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. 61/2020 IDS)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 6 de febrero de 2018 a instancia de la representación de (...), por los daños sufridos por esta como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida en dependencias del Servicio Canario de la Salud.

2. La interesada no cuantifica la indemnización reclamada, pero de ser estimada, superaría los 6.000 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 con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

También son de aplicación las Leyes 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; la Ley

\* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

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. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...), al haber sufrido en su esfera personal el daño por el que reclama [art. 4.1.a) LPACAP].

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.

4. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicio Canario de Salud, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

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.

A la Secretaría General del Servicio Canario de 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 de este Servicio.

6. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación de responsabilidad patrimonial, pues se presentó el 6 de febrero de 2018, respecto de un hecho que tuvo lugar el día 21 de junio de 2017 (art. 67 LPACAP).

7. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aún expirado este, 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. 21.1 y 6 LPACAP).

8. 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.

9. A la tramitación del procedimiento en que se ha aprobado el presente Dictamen le ha resultado de aplicación el RD 463/2020, de 14 de marzo, declarando el estado de alarma en todo el territorio nacional. En atención al mencionado RD se dictó por el Presidente de este Consejo Consultivo la Resolución 14/20, de 17 de marzo, ordenando la interrupción de los plazos para la aprobación de dictámenes, lo que ha afectado a la tramitación de este procedimiento consultivo. No obstante, mediante Resolución de la Presidencia 20/2020, de 19 de mayo, se acordó el levantamiento de la suspensión tras la publicación en el BOC de la Resolución de 23 de abril, del Presidente del Consejo de Dirección del Servicio Canario de la Salud, por la que se acuerda la continuación de la tramitación de procedimientos administrativos, considerados indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios, en el ámbito del Servicio Canario de la Salud.

## II

1. La sucesión de hechos por los que se reclama, según la interesada, es la siguiente:

- Se le diagnosticó Síndrome de Lynch por lo que se programó para histerectomía más doble anexectomía por vía laparoscópica (...) es decir, extirpación de útero, trompas y ovarios el 21 de junio de 2017, sin embargo, en fecha 20 de julio del mismo año presentó un cuadro de sangrado vaginal, por lo que se le realizaron los correspondientes estudios médicos y se determinó la existencia de ovario izquierdo que no se extirpó en la primera intervención, a pesar de que la cirugía practicada era para extirpar ambos ovarios, además de las trompas y útero, siendo necesario su intervención en fecha 16 de octubre de 2017 en la que se extirpó el ovario izquierdo, el cual debió ser extirpado en la primera intervención.

Consecuencia de un error profesional en la primera intervención, consistente en no extirpar el ovario izquierdo, entre otros, se vio en la obligación y necesidad de someterse a una segunda intervención quirúrgica, padeciendo con posterioridad un preoperatorio con clínica consistente en sangrado vaginal, y postoperatorio, que deviene, como se ha expuesto con anterioridad, a un error en la práctica de la cirugía de fecha 21 de junio de 2017.

Este error en la práctica de la cirugía le ha generado una serie de daños y perjuicios tales como ingreso hospitalario, días de incapacidad temporal, perjuicio

por intervención quirúrgica, secuelas y disminución de ingresos económicos consecuencia de los días que permaneció de baja laboral.

2. Por su parte, el Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), a la luz de la documentación obrante en el expediente (informes médicos e historia clínica), relata la siguiente sucesión cronológica de los hechos:

«- La reclamante se encontraba afectada de endometriosis ovárica Grado IV, habiendo requerido cirugía en febrero de 2003 para extirpar los focos de endometriosis visibles (los focos microscópicos no se pueden detectar) y reducir las adherencias. Realmente no existe ninguna terapia capaz de curar la endometriosis dado que es una enfermedad crónica que en ocasiones se necesitará más de una intervención quirúrgica.

La endometriosis se define como la implantación y crecimiento benigno de tejido endometrial fuera del útero, siendo las localizaciones más frecuentes afectadas por la endometriosis el peritoneo pélvico y los ovarios, si bien, ocasionalmente pueden encontrarse lesiones en otras muchas partes como el intestino, vejiga, estómago, pulmón, etc. Este tejido tiene dependencia hormonal del ciclo menstrual, produciéndose sangrado y desprendimiento del mismo con la menstruación. Se trata de una enfermedad crónica cuya causa se desconoce.

Las manifestaciones clínicas abarcan un amplio espectro, y/o infertilidad asociada, que requieren varias intervenciones quirúrgicas y para las que no se consigue un tratamiento curativo.

El Grado IV se corresponde con enfermedad severa caracterizada por implantes superficiales y profundos, incluyendo endometriomas ováricos de gran tamaño. Adherencias firmes presentes.

- Desde febrero de 2014 se encontraba en seguimiento en la Unidad de Reproducción Humana del CHUIMI para FIV.

- Es portadora de mutación genética Síndrome de Lynch. Estos pacientes tienen riesgo aumentado de padecer tumores de colon, estómago, ovario, vías urinarias, endometrio, intestino delgado, tracto hepatobiliar y piel.

Valorada el 21.09.16 en consulta de Oncología es derivada a las consultas de Digestivo y de cáncer familiar del servicio de Ginecología del Hospital Materno-Infantil.

- Por parte de Ginecología se realiza biopsia de endometrio en abril de 2017. En consulta de 25 de mayo de 2017 consta: se comunica a la paciente que el resultado de la biopsia obtenida es una lesión endometrial con características premalignidad (hiperplasia compleja sin atipias). Con los antecedentes conocidos se decide realizar histerectomía más doble anexectomía por laparoscopia. Se entrega consentimiento que entiende y firma para histerectomía más doble anexectomía por laparoscopia que la paciente entiende y firma. Se explica la posibilidad de reconversión a laparotomía según transcurso de la cirugía.

- El 21 de junio de 2017 se somete a cirugía. Entre los hallazgos consta gran síndrome adherencial, ambos anejos adheridos a útero, aumentados de tamaño, con estigmas postcirugía, adherencias con gran vascularización. Se procedió a liberar múltiples adherencias con anexectomía bilateral con grandes adherencias e hysterectomía.

- El resultado anatomopatológico de las piezas resecaadas determina la existencia de:

Útero: adenocarcinoma de endometrio que no infiltra FIGO IA (Tumor limitado al útero/endometrio).

Útero: CIN 3 Lesión intraepitelial escamosa de alto grado. Se corresponde con carcinoma in situ de cuello uterino.

Anejos: Endometriosis anexial bilateral (focos en ambos ovarios y una de las trompas).

Esto es, en las piezas extraídas y analizadas microscópicamente se determina la existencia de dos procesos oncológicos en útero así como endometriosis en ambos ovarios. Es por ello que se remite a la Unidad de Ginecología Oncológica Pélvica.

- El 20 de julio de 2017 es atendida en el Servicio de urgencias por "(...) sangrado como regla (...) refiere encontrarse bien, y con buen estado general" Tras ecografía transvaginal se observa hematoma (sangre acumulada propia de la incisión quirúrgica) de 2X2 cm, en el lugar de cierre de hysterectomía que comunica pelvis con vagina, que no precisó tratamiento o actitud terapéutica alguna, resolviéndose espontáneamente.

- Desde la fecha de la cirugía el 21 de junio al 4 de agosto de 2017 se encontró en incapacidad temporal para el trabajo. Ello cumple exactamente el estándar definido para hysterectomía total (p68.4) de 45 días, que es el tiempo medio óptimo que se requiere para la resolución de un proceso clínico que ha originado una incapacidad para el trabajo habitual, utilizando las técnicas de diagnóstico y tratamiento normalizadas y aceptadas por la comunidad médica y asumiendo el mínimo de demora en la asistencia sanitaria del trabajador.

- En controles posteriores, se aprecia la existencia de remanente ovárico izquierdo, esto es, la persistencia de tejido ovárico. Ello se justifica en situaciones de complejidad técnica de la cirugía ante lesiones endometriósicas con amplias adherencias lo que ocasiona que focos endometriósicos microscópicos de células ováricas, adheridos a estructuras vecinas, continúen desarrollándose hasta alcanzar un tamaño visible macroscópicamente.

Asimismo, el ovario adherido con las cicatrices previas de la cirugía de 2003, con cuadro de inflamación por endometriosis y las consecuentes adherencias, que pueden ser a menudo muy densas hace que sea difícil técnicamente separar el ovario de las estructuras que lo envuelven pared lateral pélvica, intestino [recto, sigma (...)], uréter, vasos ilíacos (...) ya que pudiera acarrear lesión de estas estructuras ocasionando que se queden pequeñas porciones de ovario adheridas. Este resto de tejido ovárico incluso microscópico puede

generar su propio suministro de sangre y responder como un ovario normal y producir hormonas y crear quistes ováricos.

- Se somete a nueva cirugía el 16 de octubre de 2017 a fin de reseca el tejido ovárico accediendo al espacio retroperitoneal. En la anatomía patológica se observa la presencia de tumor proliferante atípico borderline endometriode sobre endometriosis ovárica.

Para este segundo proceso permanece en incapacidad temporal para el trabajo desde la fecha de la cirugía el 16 de octubre al 21 de noviembre de 2017 que se cursa el alta (37 días).

- En seguimiento posterior se detecta aún la presencia de tejido ovárico. En mayo de 2018 se somete a nueva cirugía en Madrid Centro MD Anderson. Se extirpa tejido ovárico que se encontraba adherido a meso sigma. Ya habíamos explicado la posibilidad de adherencias entre ovarios endometriósicos con tejidos peritoneales que le rodean ocasionando distorsión de la anatomía pélvica».

El SIP llega a las siguientes conclusiones:

«- La causa de persistencia de tejido ovárico, que no fue posible identificar claramente en las cirugías, no tiene su origen en una deficiente técnica.

- Se trata de paciente con endometriosis ovárica grado IV con intervención previa, con síndrome adherencial.

- A la dificultad para realizar el procedimiento quirúrgico por riesgo de lesionar estructuras vecinas importantes se añade la posibilidad de permanencia de focos ováricos endometriósicos que microscópicamente queden confinados dentro de las adherencias fibróticas. Al persistir la funcionalidad ovárica (hormona FSH), el tejido ovárico endometriósico retenido, finalmente alcanza un tamaño visible macroscópicamente lo que requiere su extracción, especialmente en paciente con Síndrome de Lynch».

3. Admitida a trámite la reclamación, son admitidas las pruebas propuestas por las partes. Sin embargo, la interesada no comparece a la práctica de la prueba testifical por ella propuesta.

4. En el trámite de audiencia, la interesada no presenta alegaciones.

5. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación formulada la interesada, en solicitud de indemnización por la asistencia sanitaria que le fue prestada, al no concurrir los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

### III

1. Hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todos, Dictamen 64/2020, de 18 de febrero), que según el actual art. 32.1 LRJSP -similar al anterior art. 139.1 de la

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- 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 de la reclamante se fundamenta en que, como consecuencia de un error profesional en una primera intervención, consistente en no extirpar el ovario izquierdo, se vio en la obligación y necesidad de someterse a una segunda intervención quirúrgica, padeciendo con posterioridad un preoperatorio con clínica consistente en sangrado vaginal, y postoperatorio, que deriva, como se ha expuesto con anterioridad, de un error en la práctica de la cirugía de fecha 21 de junio de 2017. Este error en la práctica de la cirugía, considera la interesada que le ha generado una serie de daños y perjuicios tales como ingreso hospitalario, días de incapacidad temporal, perjuicio por intervención quirúrgica, secuelas, así como, disminución de ingresos económicos consecuencia de los días que permaneció de baja laboral.

Sin embargo, como hemos reiterado en múltiples ocasiones, sin la constatación 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.

En el presente caso, la interesada no aporta medios probatorios que sustenten sus alegaciones. Sin embargo, de la documentación clínica y de otros informes médicos obrantes en el expediente se desprende, no sólo la adecuada atención médica y la práctica de la cirugía conforme a la *lex artis*, sino que además, se trata de una paciente con endometriosis ovárica grado IV con intervención previa, con síndrome adherencial, lo que supone que a la dificultad para realizar el procedimiento quirúrgico por riesgo de lesionar estructuras vecinas importantes, se añade la posibilidad de permanencia de focos ováricos endometriósicos que microscópicamente queden confinados dentro de las adherencias fibróticas y que no son posibles visualizar al practicar la intervención quirúrgica, cuya consecuencia es que, al persistir la funcionalidad ovárica (hormona FSH), el tejido ovárico endometriósico retenido alcanza con el tiempo un tamaño visible macroscópicamente lo que requiere nueva intervención para su extracción, especialmente en paciente con Síndrome de Lynch, como es el caso.

3. Como hemos dicho en múltiples ocasiones (ver por todos, Dictamen 57/2020, de 18 de febrero), en el ámbito de la sanidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 afirma 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».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014 declara también:

«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».

De lo anterior se desprende, pues, que cumple a los facultativos prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso con los medios adecuados a su alcance, pero no 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.

En el presente caso, a la reclamante se le atiende adecuadamente: en un primer momento ante una lesión endometrial con características de premalignidad se le interviene, en el plazo de un mes desde su diagnóstico, para histerectomía más doble anexectomía por laparoscopia que la paciente consiente. Se practicó la intervención en los términos informados a la paciente y se procedió a liberar múltiples adherencias con anexectomía bilateral con grandes adherencias e histerectomía; prueba de ello es que en el informe anatomopatológico se analizan los dos ovarios, lo que implica que el ovario izquierdo también fue extraído, refutando con ello las afirmaciones de la interesada. Posteriormente, en los controles ulteriores, se aprecia la existencia de remanente ovárico izquierdo, esto es, la persistencia de tejido ovárico, lo que se justifica en la posibilidad de permanencia de focos ováricos endometriósicos que microscópicamente queden confinados dentro de las adherencias fibróticas y que no son posibles visualizar al practicar la intervención quirúrgica, cuya consecuencia es que, al persistir la funcionalidad ovárica (hormona FSH), el tejido ovárico endometriósico retenido alcanza con el tiempo un tamaño visible macroscópicamente lo que requiere nueva intervención para su extracción,

por lo que se procedió a esa segunda intervención, pero sin que se haya acreditado la infracción de la *lex artis*.

Esa adecuación de la asistencia sanitaria prestada a la *lex artis*, según la jurisprudencia aludida anteriormente, frustra el nacimiento de la responsabilidad de la Administración prestadora del servicio, por lo que se ha de concluir que la Propuesta de Resolución, que desestima la pretensión resarcitoria de la interesada, es conforme a Derecho.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación formulada por la interesada, se considera conforme a Derecho.