



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 138/2020

(Sección 1ª)

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 (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 117/2020 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera 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 27 de julio de 2017 a instancias de (...), por los daños sufridos como consecuencia, presuntamente, de la asistencia sanitaria recibida en dependencias del Servicio Canario de la Salud.

2. El interesado cuantifica la indemnización reclamada en 30.000 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; la 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la 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

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

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.

4. 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).

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 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 de este Servicio.

6. Este Consejo ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el presente procedimiento en el Dictamen 250/2019, de 24 de junio, en el que, sin entrar a conocer el fondo de la cuestión planteada, se entendió oportuno que se retrotrajera el procedimiento a los efectos de que:

- Se informe sobre la fecha exacta de la primera intervención así como si el paciente fue tratado desde el año 2006 hasta el 2016 por el SCS.

- Se recabe Informe de la Jefatura del Servicio de Urología en el momento de la supuesta intervención, emitiese informe al respecto.

- Se recabe Informe por el médico que intervino al paciente de fimosis el 5 de mayo de 2017, en el Hospital (...), así como del médico de atención primaria que deriva al afectado al Hospital (...), a efectos de que ambos se pronuncien sobre la posibilidad de que el mismo ya hubiese sido intervenido con anterioridad de parafimosis, en atención a las posibles secuelas presentadas -cicatriz, entre otras-, además de las causas concretas por las que se haya decidido practicar la operación; ya que el afectado alega en su escrito que el citado facultativo le expresó, en relación con la supuesta intervención anterior, que había sido deficientemente practicada razón por la que habría sido nuevamente intervenido.

7. Remitida dicha documentación, no se aprecia que se haya incurrido en deficiencias formales en la tramitación del procedimiento que, por producir indefensión al interesado, impidan un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

8. 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 y del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, que lo modifica, que, entre otras medidas, suspende los plazos procesales y administrativos, 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 al despacho de este trámite 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 el interesado, es la siguiente:

«(...) el 13 de marzo de 2006 fui intervenido quirúrgicamente de parafimosis en el Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria, sin que después de la intervención quirúrgica, se me hiciera ningún seguimiento en consulta por el servicio de Urología de dicho Hospital.

Lo cierto es, que después de la intervención quirúrgica, el compareciente seguía presentado molestias en los momentos en los que realizaba el acto sexual. Con el tiempo, se agravó la situación, llegando incluso a sangrar y a cuartearse la piel del prepucio, en momentos en los que no se encontraba realizando el acto sexual.

Por este motivo, acude a su médico de atención primaria, quien lo deriva al Servicio de Urología del CAE de La Laguna. En ese Servicio, el Urólogo le dice que tiene que ser, nuevamente, intervenido puesto que la intervención que se le había realizado estaba mal hecha, que era una chapuza y no servía para nada. Por esta razón, el día 5 de mayo de 2017,

fue nuevamente intervenido quirúrgicamente de fimosis, en el (...), al que fue derivado por el Hospital Universitario.

Que, como consecuencia de una intervención quirúrgica mal realizada, el compareciente se ha visto en la necesidad de volver a ser intervenido, como si entrar en un quirófano no entrañara riesgos de ninguna clase. Y por esta razón solicito una indemnización, pues, al estar mal realizada la primera intervención, tuve que someterme a otra nueva intervención.

Además, estuve soportando molestias durante muchos años y pensando que tenía otro tipo de diagnóstico, pues al estar operado de parafimosis, pensaba que no se trataba de lo mismo, sino de otra enfermedad más grave lo cual me generó ansiedad nerviosa grave (...).

2. Por su parte, el SIP informa de los siguientes:

1.- Se procedió a revisar las Historias clínicas obrantes en los expedientes de Responsabilidad patrimonial, 132/17 y 65/18, interpuestos por el mismo reclamante: Complejo Hospitalario Universitario de Canarias (CHUC) y Complejo Hospitalario Universitario Ntra. Sra. de La Candelaria (CHUNSC).

En relación con el objeto de la reclamación no existe constancia de intervención quirúrgica, ni de consultas previas, derivaciones a especialistas en Urología en el año 2006 o próximos a dicho año, en centros del Servicio Canario de la Salud.

El hospital de referencia del reclamante en 2006 para el Centro de Salud Laguna-Mercedes, al que estaba adscrito, era el CHUC no el CHUNSC, donde refiere que fue intervenido.

La Historia Clínica en el CHUNSC se abrió en el año 2009.

2.- Por parte de este Servicio de Inspección, se efectuó consulta a los Servicios de Admisión de ambos centros asistenciales hospitalarios en relación a las citas y atenciones previas por el Servicio de Urología.

Revisado el listado de todos los episodios asistenciales, no existe constancia de cita o intervención quirúrgica a cargo del Servicio Canario de la Salud objeto de la reclamación, especialidad Urología, con anterioridad al 18.10.2016.

3.- Se solicitó la Historia Clínica de Atención Primaria, en formato papel, la que se disponía estaba en formato electrónico.

Se procedió a revisar la Historia clínica de Atención Primaria.

En la fecha 4 de abril de 1997 consta: «(...) Sangrado por frenillo tras relaciones sexuales (...).»

La mención, que figura por primera vez el 13 de marzo de 2006, a parafimosis no hace referencia a cirugía alguna sino a unos antecedentes personales en el reclamante. Resulta erróneo afirmar que consta en sus antecedentes haber sido intervenido de parafimosis.

Parafimosis es una condición médica que consiste en la estrangulación del glande por el anillo fimótico, que se resuelve normalmente mediante una reducción manual del anillo constrictor.

En las numerosas atenciones sucesivas, no existe consulta a la que acudiera o manifestara en algún momento molestias o síntomas relacionados con la supuesta afectación.

No existe constancia de derivación a especialista en Urología hasta abril de 2016 por presentar «(...) *prepucio redundante y fimosis* (...)».

4.- Por parte de este Servicio de Inspección fue consultado el programa informático Sistema de información de conciertos hospitalarios (SICH), a los efectos de comprobar si la asistencia reclamada había sido prestada en centro sanitario concertado. No existe constancia de intervención quirúrgica urológica previa a la practicada en mayo de 2017 a cargo del Servicio Canario de la Salud en (...) Salud de Tenerife.

5.- Tras la derivación desde Atención primaria para Urología, es atendido en la consulta de Urología del CAE La Laguna el 18.10.16.

A la exploración consta Anillo fimótico, esto es, el orificio permite una adecuada micción pero no es lo suficientemente grande como para que el prepucio pueda extenderse completamente hacia atrás. En la exploración no existe mención a la existencia de cicatrices, fibrosis cicatricial, etc.

Remite al paciente para Postectomía o circuncisión: exéresis del tejido prepucial redundante para exponer el glande de forma permanente.

6.- Por tal circunstancia es derivado a centro concertado (...) salud Tenerife. En consulta de preanestesia el 18.04.17 consta que se ha sometido a intervenciones quirúrgicas relacionadas con su proceso de deformidad maxilofacial: Artroscopia bilateral de mandíbula (2003), frenillo, cirugía ortognática, rinoseptoplastia, implantes en pómulos (2005).

7.- En el informe de la cirugía el 4 de octubre de 2017 por el Urólogo consta: Que no existen antecedentes quirúrgicos previos (relacionados con su especialidad). A la exploración se confirma la patología remitida (fimosis). Es intervenido bajo anestesia local y sedación de circuncisión, siguiendo un curso postoperatorio normal.

8.- El reclamante no aporta el informe de alta de la supuesta intervención quirúrgica. En el Decreto 178/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula la historia clínica en los centros y establecimientos hospitalarios y establece el contenido, conservación y expurgo de sus documentos, se expresa que: *«(...) Todos los centros hospitalarios garantizarán la elaboración del informe de alta por parte del médico responsable de la asistencia del paciente, que se presentará con contenido inteligible. Será extendido como mínimo por duplicado, de forma que una copia quede archivada en la historia clínica y la otra se le entregue al paciente (...)»*.

9.- En relación con las circunstancias solicitadas en el Dictamen del CCC:

- Fecha exacta de la primera intervención así como si el paciente fue tratado desde el año 2006 hasta el 2016 por el SCS:

Revisadas las Historias clínicas de Atención Primaria y de los dos hospitales Universitarios, consultados los Servicios de Admisión hospitalarios así como el programa SICHO para asistencia en centros concertados, NO es posible concluir que el reclamante se haya sometido a intervención quirúrgica a cargo de la especialidad de Urología con anterioridad a 2017.

El reclamante fue tratado ininterrumpidamente en distintas consultas de Atención primaria y por distintas especialidades, entre 2006 y 2016. No consta patología ni manifestación clínica que siquiera haga mención a proceso urológico.

- En relación a informe a emitir por la Jefatura del Servicio de Urología entendemos que carece de fiabilidad informar de una intervención que no consta realizada, ni en el Hospital Universitario Ntra. Sra. de La Candelaria, centro al que no estaba adscrito, ni en el Hospital Universitario de Canarias.

- Sobre la posibilidad de que el mismo ya hubiese sido intervenido con anterioridad de parafimosis, en atención a las posibles secuelas presentadas - cicatriz, entre otras-, ni por el urólogo del Servicio Canario de la Salud (18.10.16), ni por el urólogo del centro concertado (...) Salud, en 2017, tras explorarlo mencionan la existencia de afectación alguna como resultado de una supuesta primera cirugía.

- En cuanto a las causas concretas por las que se haya decidido practicar la operación, se reseña que el reclamante es diagnosticado de fimosis por dos especialistas en urología; y mediante la cirugía se pretende disminuir el riesgo de molestias e infecciones. Ello requiere extirpar el prepucio y dar puntos entre la piel del pene y la mucosa del glande dejando descubierto el glande en mayor o menor medida.

3. Efectuado trámite de audiencia, el interesado reitera sus alegaciones anteriores de que fue operado en el año 2006 y que el Servicio Canario de la Salud ha cometido un error de custodia de los expedientes y de las Historias Clínicas de los pacientes pues no aparece por ningún lado la correspondiente a su intervención quirúrgica.

Reitera que tiene dos cicatrices en su miembro viril, extremo que es corroborado por el Dr. (...) quien en su nuevo informe sí que hace constar que tiene dos cicatrices, si bien, luego dice, que pudo haber sido objeto de un desgarro.

Que consta acreditado de la documentación, que obra en el expediente, que el compareciente fue sometido a una intervención quirúrgica de parafimosis en el año 2006 (historia médica remitida por el Centro de Atención Primaria, folios 51, 54, 56, 57, etc.) y consta, también, que tuvo que ser, nuevamente, intervenido en mayo de 2017, de lo que se deduce que la primera intervención fue mal realizada y obtuvo unos resultados no deseados. No es conforme a la *lex artis* las actuaciones que denuncia, pues si se hubiese operado de forma correcta la primera vez al compareciente, no hubiera sido necesario intervenir de lo mismo una segunda vez.

Entiende que del informe del Dr. (...) se deducen varios extremos. En primer lugar que el compareciente tiene dos cicatrices, pues a ello hace mención en su informe. Luego es claro que tuvo una intervención previa de fimosis que no consta en los archivos del Servicio Canario de La Salud, porque, ni cumplieron con su deber de entregar informe de alta, ni han llevado a cabo la custodia de los documentos médicos con diligencia.

El Dr. (...) dice en su informe que él no le dijo al compareciente que la primera operación estaba mal realizada, y dice que se lo dijo el facultativo del CAE. Frente a esto hay que decir, que el Dr. que le dijo al compareciente que le habían hecho mal la primera operación de fimosis fue el propio doctor (...), como ha manifestado en numerosas ocasiones.

Distinto es, que por el corporativismo típico en la profesión médica no quiera reconocerlo y se «*invente*» que fue el facultativo del CAE.

En todo caso, si la cicatriz que existe en el miembro viril del compareciente que tiene once años, se hubiese tratado de un desgarro o una fisura, debería constar, también, la asistencia médica de su mandante para tratarle esa fisura o desgarro, siendo lo cierto, que el Servicio Canario de la Salud, dice que no existe atención por el Servicio de Urología de ninguno de los hospitales de la isla, en relación con el compareciente.

Añade que en el caso que nos ocupa, el Servicio Canario de la Salud quiere negar la realidad de la operación previa de fimosis, efectuada al compareciente y para ello se ha ayudado de la inexistencia de historial clínico del mismo, lo que evidencia, como venimos manifestando que no han tenido la diligencia debida en la custodia de los documentos.

Lo cierto es que en el historial del centro de atención primaria si se hace alusión a esta intervención quirúrgica y en el informe del Dr. (...) no se niega la existencia de dos cicatrices.

Por ello entiende que se le debe indemnizar, al no haberse llevado a cabo la primera intervención quirúrgica de forma adecuada, lo que ha provocado una nueva intervención quirúrgica, con los riesgos que conlleva el entrar a un quirófano y las molestias que conlleva un postoperatorio, con curas, días de baja por reposo, etc.

4. 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, que se concreta en la ausencia de prueba de la existencia de relación causal y del daño mismo que se alega.

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- requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos, obvia y lógicamente, es 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 aquella 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 que como, consecuencia de una intervención quirúrgica de fimosis mal realizada en 2006, se ha visto en la necesidad de volver a ser intervenido, soportando no solo molestias durante muchos años, sino las propias de una nueva intervención.

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 la realidad del nexo causal no es posible la estimación de la pretensión resarcitoria.

En el presente caso, el interesado no aporta medios probatorios que sustenten la realidad de esa primera intervención en 2006. Además, de la documentación clínica y de otros informes médicos obrantes en el expediente se desprende la inexistencia de antecedente quirúrgico urológico alguno.

Así, revisado su expediente no consta informe alguno respecto de la intervención referida por el paciente. El SIP, en su informe complementario de 14 de agosto de 2019, insiste en que no existe constancia alguna de la intervención quirúrgica de 2006, objeto de reclamación.

En el informe médico de (...), de 4 de octubre de 2017, se indica expresamente que el paciente «*No refiere antecedentes quirúrgicos previos*».

Revisadas las historias clínicas de Atención Primaria y de los dos hospitales universitarios, consultados los Servicios de Admisión así como el programa SICHO para asistencia en centro concertado, no es posible concluir que el reclamante se haya sometido a intervención quirúrgica a cargo de la especialidad de Urología, con anterioridad a 2017.

Por su parte, compartimos, como señala el SIP en informe que se ha transcrito anteriormente, que «la mención que figura por primera vez el 13 de marzo de 2006 a parafimosis no hace referencia a cirugía alguna sino a unos antecedentes personales», por lo que no es posible afirmar que consta en sus antecedentes haber sido intervenido de la misma.

Por lo que respecta a la existencia de cicatrices, ello no acredita que haya sido intervenido quirúrgicamente puesto que si el paciente hubiera sido sometido a una circuncisión por fimosis (remover o seccionar el prepucio), once años después mantendría dicha condición, no siendo necesario volver a ser intervenido.

Pero incluso si así hubiera sido, no ha acreditado que lo fue en centros dependientes o concertados con el SCS.

Esa falta de prueba sobre la intervención quirúrgica realizada en 2006, según la jurisprudencia aludida anteriormente, frustra el nacimiento de la responsabilidad de la Administración prestadora del servicio, por lo que hemos de concluir que la Propuesta de Resolución, que desestima la pretensión resarcitoria del reclamante, es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación formulada por el interesado, se considera ajustada a Derecho.