



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 188/2023

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 27 de abril de 2023.

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 tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...) [que actúa en su propio nombre y en el de su hija menor (...)], de (...) y de (...), por los daños sufridos tras el fallecimiento de su esposo, padre y allegado, respectivamente, (...), como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 153/2023 IDS)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario. La solicitud de dictamen, de 21 de marzo de 2023, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 22 de marzo de 2023.

2. La cuantía indemnizatoria solicitada, 165.000 euros, determina que la solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo sea preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) 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). Está legitimado para solicitarlo el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución, resultan de aplicación, además de la citada LPACAP, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico

\* Ponente: Sra. de León Marrero.

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 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.

4. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (BOC, n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con los arts. 10.3 y 16.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

5. Se cumple el requisito de legitimación activa de los interesados, pues los daños sufridos por el presunto funcionamiento del servicio público sanitario se entienden irrogados en su esfera moral (art. 4.1.a) LPACAP), como consecuencia del fallecimiento de su esposo y padre, según se acredita mediante la aportación de los libros de familia, donde consta la relación de parentesco entre el fallecido y los reclamantes.

En cuanto a la legitimación activa, resulta necesario traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su Dictamen 66/2020, de 3 de marzo:

*«4.1.1. Respecto a la posibilidad de reclamación por daños -patrimoniales y extrapatrimoniales- derivados del fallecimiento, se ha de indicar lo siguiente:*

*La doctrina y la jurisprudencia consideran de forma prácticamente unánime que la muerte en sí misma considerada no se indemniza (a quien la sufre), sino que lo que se indemniza es la pérdida neta que sufren aquellas personas que dependían económicamente de los ingresos de la víctima (daño patrimonial), así como el dolor, sufrimiento, aflicción, la pérdida de la compañía, de proyectos conjuntos, etc., que produce a los familiares y allegados la muerte de una familiar (daño no patrimonial).*

*El fallecimiento de una persona da lugar a daños patrimoniales y no patrimoniales, pero no los sufre el que muere, sino los familiares cercanos, de modo que la indemnización no la perciben iure hereditatis, sino iure proprio. Se trata de un criterio generalizado en el Derecho comparado europeo, en el que la privación de la vida, no se considera un daño a efectos de las normas que regulan la responsabilidad y no es indemnizable.*

*En nuestro ordenamiento jurídico, el criterio de que el perjudicado por la muerte no es quien muere, sino los parientes allegados, se recoge en el baremo previsto para las indemnizaciones que se deriven de accidentes de tráfico. En consecuencia, la privación de la vida no es indemnizable a quien fallece, y, por tanto, nada se puede transmitir a los herederos del que muere.*

*La jurisprudencia así lo viene señalando desde hace tiempo. En este sentido, las diversas Salas del Tribunal Supremo consideran hoy que están legitimadas para reclamar por la muerte de una persona quienes resulten personalmente perjudicados por ella, en cuanto dependían económicamente del fallecido o mantenían lazos afectivos con él, de modo que ejercen un derecho originario y no derivativo. La STS (Sala de lo Civil) de 1 de abril (RJ 2009/4131) señala lo siguiente: “es doctrina pacífica que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable ex iure proprio, al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del de cuius, por lo que la legitimación no corresponde a los herederos en cuanto tales, sino a los perjudicados por el fallecimiento, pues sólo los vivos son capaces de adquirir derechos”.*

*4.1.2. Dicho lo anterior, se ha de añadir que, como muy bien señala la sentencia de 2 de octubre de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec.780/2006), “ (...) la temprana y didáctica Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006, estableció lo siguiente: Sin duda el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como ‘iure hereditatis’, sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 y 14 de diciembre de 1996), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, siendo doctrina de esta Sala, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2003, que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte ‘iure proprio’, las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en sí del bien ‘vida’ sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible ‘mortis causa’ a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales ‘iure hereditatis’” (...)* ».

A la luz de la doctrina anteriormente expuesta, se entiende cumplido el requisito de legitimación activa de la esposa e hijos del fallecido para reclamar por derecho propio la indemnización de los daños derivados del óbito de su esposo y padre, respectivamente. Legitimación activa que no es puesta en entredicho por la propia Administración Pública sanitaria.

Por otra parte, respecto de (...), hija de la viuda del fallecido, que reclama como allegada por haber mantenido con el fallecido una relación análoga a la paternofamiliar, procede traer aquí lo señalado en nuestro Dictamen 292/2021, de 24 de mayo:

*«sólo podrán reclamar por el daño moral derivado del fallecimiento de (...) aquellos que posean: “vínculos próximos de familia, afectos, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios causados directamente de la muerte producida” (STS, de 4 de noviembre de 1999; STSJ de Navarra n.º 1089/2003, de 17 de octubre de 2003).*

*Al tratarse de un daño moral en los sentimientos, se hace necesario poner un límite a la condición de legitimado. Es obligado establecer un orden de preferencia excluyente, siguiendo un orden lógico de afinidad con la fallecida, de forma que sean los más inmediatos los que, en su caso, reciban la indemnización con exclusión de los demás, primando de forma natural, a quienes hayan sufrido de forma más palmaria y directa. El Tribunal Supremo, en algunos casos se refiere a “parientes más allegados”. Según la jurisprudencia, puede establecerse un orden de preferencia:*

*1.- Los miembros de la familia nuclear, que en este caso se desconocen, si bien parece desprenderse de la reclamación que (...) estaba casada y tenía un hijo, que no se identifican (¿?). El dolor de la familia nuclear, es decir, marido e hijos, se presume, no requiere prueba (STS de 15 de abril de 1988). No obstante, estos, los más allegados, no formulan reclamación en este caso.*

*2.- Para el resto de los parientes no existe presunción, requiriéndose la acreditación de alguna de las siguientes circunstancias para establecer su legitimación: Que pertenezcan de hecho a la familia nuclear por convivir con ella, o bien se demuestren fuertes e importantes vínculos afectivos, asimilándose a los que normalmente se dan entre los miembros de la familia central.*

*En síntesis, la jurisprudencia ha atribuido la legitimación de los daños morales derivados del fallecimiento de una persona, en primer lugar, al viudo o viuda, junto a los hijos del fallecido y en segundo término a sus padres si la víctima está soltera (STS de 2 de julio de 1979; STS de 14 de diciembre de 1996). Finalmente, los hermanos también estarían legitimados en defecto de otros familiares más allegados (los ya expuestos) (STS de 4 de julio*

de 2005), debiendo probar en su caso la vinculación afectiva entre ellos, su dependencia económica o su convivencia en el núcleo familiar».

Se cumplen, por tanto, en este caso, la legitimación activa de la hija de la viuda del fallecido.

Finalmente, ha de señalarse que, en este caso, los interesados actúan mediante la representación debidamente acreditada de (...) (art. 5.3 LPACAP).

6. 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.

7. Se cumple el requisito de no extemporaneidad, ya que la acción se ha ejercitado por los interesados en el plazo de un año legalmente previsto en el art. 67 LPACAP, pues la reclamación se presentó el 18 de septiembre de 2019 respecto de un daño cuyo alcance quedó determinado a la fecha del fallecimiento de (...), el 28 de marzo de 2019.

8. En cuanto a la tramitación del procedimiento, si bien no se ha incurrido en irregularidades formales que obstan a un dictamen de fondo, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver. No obstante, aun fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (arts. 21.1 y 6 LPACAP).

## II

Los reclamantes instan la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud (SCS), con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su padre y esposo, alegando en su escrito de reclamación los siguientes hechos:

« (...) SEGUNDO.- Tras haber sido intervenido en 2012 y en 2015 por un cáncer de colon, realizándose una colectomía subtotal en 2012 y una resección anterior, recto-sigmoidea en 2015, (...), estuvo en tratamiento quimioterápico (entre el año 2015 y el 2016) en el Complejo Hospitalario Universitario Insular-Materno Infantil, finalizándolo en abril de 2016. Desde entonces estuvo acudiendo a revisiones periódicas tanto al servicio de Oncología como al de Cirugía General.

Tras varias revisiones y pruebas complementarias, el 5 de septiembre de 2017 se concluye que no hay signos de tumoración ni enfermedad diagnóstica y REMISIÓN COMPLETA.

Como resultado de una analítica en la que se revela una “elevación de CEA”, el 26 de septiembre de 2017 se solicitó PET (Tomografía por Emisión de Positrones) cuyas conclusiones fueron “hallazgo descrito en vesícula seminal derecho sugestivo de tejido tumoral viable a valorar conjuntamente con hallazgos en RMN y/o histológicamente”. El 28 de noviembre de 2017 se realiza RM (Resonancia Magnética) de próstata revelando “gran tumoración” que afecta a la vesícula seminal derecho y el lóbulo prostático derecho, con extensión a la grasa adyacente. Hallazgos compatibles con proceso neoplásico, sin poder precisar si primario o metastásico.

En ese momento, se solicita la valoración de una posible intervención quirúrgica para resección.

El Comité de Tumores de Urología se reúne el día 19 de diciembre de 2017 para valorar situación del paciente y posible reseccabilidad con las pruebas realizadas hasta el momento y pendientes de una prueba (EDB) que ha sido pedida hace DOS MESES y que aún no se ha realizado.

El 26 de diciembre de 2017 el Comité emite la siguiente decisión: “Se decide que el paciente tiene indicación quirúrgica. Pendiente de EDB que se realiza el 11.01.18. Según los resultados se planteará el siguiente algoritmo: si la EDB es positiva, se realizará amputación abdomino-perineal + prostatectomía radical en el mismo acto quirúrgico. En caso de EDB negativa, se realizará prostatectomía radical explicando las posibles complicaciones de dicha intervención. Se cita en CCEE de Dr. (...) una vez realizada la EDB.”

En el mes de enero se realizó TC sin signos de recidiva local/regional ni a distancia.

En el mes de marzo se realizó biopsia prostática y en el mes de mayo se volvió a repetir PET, arrojando como resultado “actividad tumoral, ahora más extensa, afectando vesícula seminal derecha, lóbulo prostático derecho y grasa adyacente.”

Según parece desprenderse de algunas de las anotaciones que figuran en el historial clínico, hasta el mes de marzo de 2018 los Comités de Tumores de Urología y el comité de colon consideraban a (...) candidato a cirugía, constando incluso nota del 17 de marzo del comité de colon que refleja que se ha decidió realizar rescate quirúrgico.

Sin embargo, por motivos desconocidos por los reclamantes, hasta el mes de mayo de 2018 no se decidió incluir al paciente en la LISTA DE ESPERA de cirugía.

Pese a que inicialmente estaba prevista la intervención quirúrgica para el mes de julio de 2018, por algún motivo que desconocemos, dicha intervención se retrasó más de 30 días, programándose finalmente para el día 19 de septiembre de 2018.

El día 18 de septiembre de 2018 P. ingresó de forma programada para cirugía citorreductora + HIPEC por carcinomatosis peritoneal. El 19 de septiembre de 2018 se realiza laparotomía exploratoria encontrándose, según consta en los informes clínicos, con los siguientes hallazgos: Pelvis congelada secundaria a recidiva neoplasia de recto con

tumoración que infiltra el sacro desde el promontorio en el plano posterior, sin vía de abordaje a la pelvis, no logrando identificar estructuras vasculares ni uréteres. Al tacto rectal se palpa masa pétreo de gran tamaño que infiltra músculos elevadores del ano.

Es lo cierto que, desde que se detectó la presencia de elementos que sugerían la posible presencia de tejido tumoral (septiembre de 2017), hasta que se llevó a cabo el ingreso de (...) para la intervención quirúrgica que resultó imposible como consecuencia del estado del tumor, transcurrió casi UN AÑO.

Como consecuencia de los retrasos señalados se derivó la imposibilidad de intervenir quirúrgicamente a (...) y, al mismo tiempo, se tuvo al paciente sin proporcionarle tratamiento alguno durante UN AÑO. Atendiendo a la rápida evolución de la enfermedad, cuando se le empezó a dar tratamiento de quimioterapia era demasiado tarde y finalmente derivó en su fallecimiento el día 28 de marzo de 2019, tras varios meses de sufrimiento personal y familiar».

Como consecuencia de ello, se solicita, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, las siguientes cantidades:

«a) Para (...) la cantidad de CINCUENTA MIL EUROS (50.000€) por perjuicio personal y patrimonial por el fallecimiento de (...).

b) Para la menor (...) la cantidad de CINCUENTA Y CINCO MIL EUROS (55.000€) por perjuicio personal y patrimonial por el fallecimiento de su progenitor, (...).

c) Para (...), la cantidad de CINCUENTA Y CINCO MIL EUROS (55.000€) por el perjuicio personal y patrimonial por el fallecimiento de su progenitor, (...).

d) Para (...) (como allegada), la cantidad de CINCO MIL EUROS (5.000€) por el perjuicio personal y patrimonial por el fallecimiento de su progenitor, (...)».

### III

Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones:

1. El 30 de septiembre de 2019 se identifica el procedimiento y se insta a los interesados a subsanar su reclamación, de lo que reciben aquéllos notificación el 4 de octubre de 2019, viniendo a aportar lo requerido el 18 de octubre de 2019.

2. Por Resolución de 11 de noviembre de 2019, de la Directora del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación presentada.

3. Tras solicitarse el 12 de noviembre de 2019 informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), éste se emite el 1 de febrero de 2022, tras haber recabado la documentación oportuna: copia de la historia clínica de (...) obrante en el Complejo

Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil de Gran Canaria (CHUIMI), informes emitidos por el Dr. (...), Jefe de Servicio de Cirugía General y Digestiva del CHUIMI, de fechas 17/12/2019 y 22/12/2021 e informe emitido por Dr. (...), Jefe de Servicio de Urología del CHUIMI.

4. El 9 de febrero de 2022 se dicta acuerdo probatorio en el que se declara la pertinencia de las pruebas propuestas por los interesados, excepto la prueba propuesta consistente en Actas de las reuniones del Comité de Tumores relativas a (...), *«toda vez que los Comités de Tumores no son órganos colegiados en los términos de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre de Régimen Jurídico del Sector Público y, por lo tanto, no se encuentran sujetos a la normativa procedimental administrativa. Se trata de órganos especializados que adoptan decisiones y/o recomendaciones sobre tratamientos de forma individualizada, reflejándose dichas decisiones/recomendaciones en el historial clínico del paciente»*.

Asimismo, se incorpora como prueba documental los informes y documentación clínica recabados por la Administración.

Finalmente, se acuerda *«Admitir como prueba que por el Servicio/s de Urología, y/o Cirugía y/o Oncología se emita informe sobre las razones o motivos por los que el fallecido (...) careció de tratamiento de quimio o radioterapia desde septiembre de 2017, fecha en la que aparecen los primeros indicios de presencia de tejido tumoral hasta octubre de 2018, fecha en la que comienza con radioterapia paliativa. Dicho informe será solicitado a través del Servicio de Inspección y Prestaciones»*.

De ello reciben notificación los interesados el 15 de febrero de 2022.

5. Dado que se admite a trámite como medio probatorio la solicitud de dichos informes, el 10 de febrero de 2022, lo que se reitera el 20 de junio de 2022, se solicita al SIP que se recabe:

*«Que por el Servicio/s de Urología, y/o Cirugía y/o Oncología se emita informe sobre las razones o motivos por los que el fallecido (...) careció de tratamiento de quimio o radioterapia desde septiembre de 2017, fecha en la que aparecen los primeros indicios de presencia de tejido tumoral hasta octubre de 2018, fecha en la que comienza con radioterapia paliativa»*.

6. Recabado informe del Servicio de Oncología del CHUIMI, el 8 de febrero de 2023 se emite informe complementario del SIP.

7. El 16 de febrero de 2023 se acuerda la apertura del trámite de vista y audiencia, de lo que son notificados los reclamantes en la misma fecha, presentando escrito de alegaciones fuera de plazo, el 6 de marzo de 2023.

En este punto, alega el representante de los reclamantes que la notificación no fue correctamente realizada, pues se notificó a una de las interesadas y no al representante legal.

Ha de refutarse tal argumentación, como señala la Propuesta de Resolución, al señalar:

*«Para recibir las notificaciones en sede electrónica, resulta necesario facilitar un correo electrónico para el mero aviso de la puesta a disposición de la notificación. En este caso, la parte interesada, designa como representante legal a (...), el cual facilita un correo electrónico a fin de recibir los avisos de las notificaciones: (...).*

*En consecuencia, el aviso de la puesta a disposición de la notificación, en este caso concreto, del trámite de audiencia, se envía a dicho correo electrónico, figurando dicho letrado como destinatario, tal y como figura en el documento nº 14 (folios 765 y 766) del expediente administrativo.*

*No obstante lo anterior, la interesada (reclamante) del procedimiento de responsabilidad patrimonial, (...), se encuentra asociada al expediente en Platea y como tal, puede consultar el estado de su expediente en la Sede Electrónica, pudiendo leer notificaciones, aportar documentos, subsanar requerimientos, consultar la documentación que haya solicitado y/o presentado y conocer la fase/trámite en la que se encuentra su expediente.*

*En este caso, queda acreditado, documento nº 14 (folio 767 del expediente administrativo) que (...), ha accedido a su expediente y a la notificación, por lo que el trámite de audiencia se notificó en sede electrónica el 16 de febrero de 2023, finalizando el plazo para efectuar alegaciones en dicho trámite de audiencia el 3 de marzo de 2023.*

*En relación a las notificaciones en sede electrónica, señala el artículo 43 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, lo siguiente:*

*Artículo 43. Práctica de las notificaciones a través de medios electrónicos.*

*1.Las notificaciones por medios electrónicos se practicarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas, según disponga cada Administración u Organismo.*

*A los efectos previstos en este artículo, se entiende por comparecencia en la sede electrónica, el acceso por el interesado o su representante debidamente identificado al contenido de la notificación.*

*2.Las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido.*

Asimismo, señala el artículo 42.2 Práctica de las notificaciones a través de medios electrónicos, del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, lo siguiente:

2. Con independencia de que un interesado no esté obligado a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas o de que no haya comunicado que se le practiquen notificaciones por medios electrónicos, su comparecencia voluntaria o la de su representante en la sede electrónica o sede asociada de una Administración, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente o a través de la Dirección Electrónica Habilitada única, y el posterior acceso al contenido de la notificación o el rechazo expreso de esta tendrá plenos efectos jurídicos».

8. El 10 de marzo de 2023 se formula Propuesta de Resolución desestimatoria de la pretensión de los interesados, emitiéndose en igual sentido borrador de Resolución por la Directora del Servicio Canario de la Salud, que fue informado favorablemente por el Servicio Jurídico el 13 de marzo de 2023, emitiéndose finalmente Propuesta de Resolución definitiva el 21 de marzo de 2023, que es remitida a este Consejo para ser sometida al preceptivo dictamen.

## IV

1. Como se ha indicado, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión de los reclamantes con fundamento en los informes recabados en la tramitación del procedimiento, en especial, los del SIP.

2. Antes de entrar en el fondo del asunto, es conveniente señalar los antecedentes que, según el informe del SIP, de 1 de febrero de 2022, constan en la historia clínica del paciente, en relación con la asistencia que nos ocupa. En aquél se hace constar:

«1.- El paciente nacido el 18/03/1970, fue intervenido en noviembre de 2012 por cuadro de oclusión intestinal secundario a neoplasia de colon en su ángulo esplénico, realizándose colectomía (extirpación quirúrgica) subtotal con anastomosis (derivación) ileosigmoidea. La anatomía patológica de tejidos extirpados diagnostica adenocarcinoma moderadamente diferenciado de colon, que infiltra serosa, tejido graso pericólico, con alcance focal de la superficie peritoneal, con extensa invasión vascular, bordes quirúrgicos proximal, distal y radial libres, y metástasis en 12 ganglios linfáticos, con extensa invasión extracapsular. NRAS28 mutado.

2.- Con el diagnóstico de adenocarcinoma de colon izquierdo estadiaje: pT4N2bM0, es decir, T4: el tumor ha alcanzado todas las capas del colon afectando la superficie peritoneal. N2: se hallaron células tumorales en 7 o más ganglios linfáticos regionales, en este caso 12.

MO: no se han encontrado metástasis a distancia y forma de presentación de neoplasia estenosante y oclusiva que precisó tratamiento quirúrgico emergente. Con este diagnóstico el paciente recibió tratamiento adyuvante (adicional) con quimioterapia según esquema XELOX, precisando reducción en la dosis de quimioterápico oxiplastino en los últimos ciclos por neurotoxicidad en extremidades superiores e inferiores. En su evolución también presentó varios episodios de rectorragia, realizándose colonoscopia en febrero/2015, con anatomía patológica que no evidenció signos de malignidad en el colon.

3.- Durante sus controles oncológicos, en diciembre de 2014, se detectó elevación del marcador tumoral CEA, por ello se realizan controles de PET (tomografía por emisión de positrones), identificándose recidiva tumoral con adenopatías retroperitoneales, adenopatía/implante en mesosigma y en vesícula seminal derecha, además de marcado hipermetabolismo intestinal en sigma, y TAC que concluye con hallazgos compatibles con progresión de enfermedad, con un marcado aumento de tamaño de una masa en el seno de la grasa pélvica sugestiva de implante con aparición de adenopatías de características patológicas. Engrosamiento mural circunferencial en sigma altamente sugestivo de proceso neofornativo de nueva aparición.

4.- Con el diagnóstico de recidiva neoplásica de cáncer de colon, carcinomatosis peritoneal, es intervenido el 19/08/15, objetivándose un importante síndrome adherencial, tumoración de sigma que infiltra íleon distal y recto superior, con adenopatías paraaórticas en mesosigma y mesenterio de íleon distal. Durante la cirugía se realizó resección de peritoneo anterior, de parte de íleon infiltrado por la tumoración, de recto sigma anterior y recto medio superior, linfadenectomía para aórtica inferior. Se realizó anastomosis ileo-rectal e ileostomía (la última parte del intestino delgado es unido a una abertura artificial en la pared abdominal para derivar la salida de las heces) de protección a nivel de flanco derecho + HIPEC (cirugía citorreductora+quimioterapia hipertérmica intraperitoneal).

5.- En los hallazgos del estudio de Anatomía Patológica destacan: adenocarcinoma pobremente diferenciado de colon (rectosigmoideo). El tumor invade el tejido adiposo pericolónico y perirrectal. Se observan imágenes de invasión vascular y perineural. Borde quirúrgico mesentérico afectado por el tumor, se observan implantes tumorales y dos ganglios linfáticos con metástasis. Once ganglios linfáticos con metástasis de adenocarcinoma, de 16 aislados.

6.- El paciente inicia tratamiento con intención adyuvante según esquema XELOX, posteriormente se pasa a esquema FOLFOX. Entre diciembre de 2015 y enero de 2016, se suspende el anterior tratamiento y se realiza radioterapia concurrente con capecitabina (quimioterápico). Luego se retoma el esquema FOLFOX, precisando de reducción de hasta el 75% por complicaciones (enteritis y neurotoxicidad), tratamiento que es finalizado en abril de 2016.

7.- En su seguimiento oncológico se le realizan TAC de tórax, abdomen y pelvis (TC TAP), los días 27/05/16 y 23/01/17, no observando signos de tumoración macroscópica o recidiva tumoral.

8.- Los estudios de Endoscopia digestiva alta (...) y Endoscopia digestiva baja (EDB-colonoscopia) realizadas el 22/09/16 no describen signos de malignidad, observando en colonoscopia: fistula mucosa en fosa iliaca derecha, estenosis regular y lisa próxima a anastomosis quirúrgica y colitis (alteración inflamatoria de la mucosa) por derivación de tránsito colónico.

9.- En el TC TAP de control evolutivo realizado el 05/09/17, las imágenes no muestran signos de recidiva tumoral, por lo que informa de remisión completa. Sin embargo, en el control analítico se detectó elevación del marcador tumoral CEA, por ello se realiza estudio PET el 26/09/17 donde persiste depósito patológico del radiotrazador en región teórica de vesícula seminal derecha, de difícil delimitación en ese estudio, parece haber aumentado de tamaño, sin poder descartar completamente infiltración de lóbulo prostático derecho, cuyas imágenes sugieren la presencia de tejido tumoral viable en la vesícula seminal derecha (bolsillo de membrana lobulada, situada por encima de la base de la próstata y unida a ella por su extremo inferior), a valorar conjuntamente con hallazgos en RM (Resonancia Magnética) y/o histológicamente. Por ello, el paciente es derivado a valoración por Urología.

10.- En la Resonancia Magnética (RM) de próstata (30/11/17), las imágenes muestran gran tumoración de 3 x 2,5 x 3,4 cm, que afecta a la vesícula seminal derecha y el lóbulo prostático derecho, con extensión a la grasa adyacente, hallazgos compatibles con proceso neoplásico, sin poder precisar si es primario o metastásico.

11.- Con los datos de las pruebas diagnósticas hasta ese momento, el 26/12/17 en Comité de Tumores de Urología se plantea indicación quirúrgica una vez sea realizada prueba pendiente de EDB (colonoscopia). Se plantea, a priori, la siguiente secuencia de actuación:

Si la EDB es positiva, se realizará amputación abdomino-perineal + prostatectomía radical en el mismo acto quirúrgico. En caso de EDB negativa, se realizará prostatectomía radical, explicándose las posibles complicaciones de dichas intervenciones. Se cita en consultas de Urología una vez realizada la colonoscopia.

12.- El resultado de la colonoscopia realizada el 11/01/18, describe estenosis en sigma distal (teórica zona de la anastomosis quirúrgica). Los cambios en la mucosa son compatibles con lesiones post-radioterapia, concluyendo con el diagnóstico de proctitis actínica. Anatomía patológica informa de inflamación mixta moderada sin signos de infiltración neoplásica.

13.- Las imágenes de TC TAP (TAC de tórax, abdomen, pelvis) de fecha 15/01/18, no muestran signos de recidiva locorregional ni a distancia.

14.- El 26/01/18 en consultas de Urología, dada la presencia de pruebas diagnósticas con resultados que no confirman si la neoplasia es realmente prostática y de ser así, dicha neoplasia sale de próstata, fija a pelvis y afecta a toda la cara anterior recto de forma muy severa, lo que plantea dudas sobre la viabilidad de la cirugía del tumor, se plantea realizar biopsia de confirmación histológica previa a la decisión de cirugía.

15.- Por el Servicio de Urología le es realizada ecografía Transrectal con biopsia prostática (09/03/18); en el estudio ecográfico la próstata se describe deformada por masa derecha que no tiene contornos definidos, con plexos venosos dilatados.

16.- En consulta de Oncología de fecha 27/03/18, el estudio de anatomía patológica del parénquima prostático del lóbulo derecho, y el perfil innumohistoquímico (CK7 negativo, CK20 positivo, PSA negativo; CDX2 positivo) diagnostican adenocarcinoma de probable origen colorectal. En esa consulta se solicita interconsulta a Comité de Tumores de Urología y se solicita nuevo estudio PET para valorar situación actual de la enfermedad.

17.- En Comité de Tumores Urológicos de fecha 12/04/2018, una vez conocido el resultado de Anatomía Patológica que confirma la afectación prostática por un cáncer de colon, se plantea que la masa es irresecable, es decir, se considera que el paciente no es candidato a resección quirúrgica de la tumoración con aceptable grado de certeza de conseguir márgenes negativos.

18.- El estudio PET realizado el 3/5/18, informa de actividad tumoral, más extensa, afectando vesícula seminal derecha, lóbulo prostático derecho y grasa adyacente, Recordemos que el resultado del anterior PET, había que valorarlo conjuntamente con los hallazgos de la RM (en realidad la misma extensión vista en RM realizada el 30/11/17, en la que se observa afectación de la vesícula seminal derecha y el lóbulo prostático derecho, con extensión a la grasa adyacente). El TAC realizado en fecha 26/04/18 objetiva imagen sospechosa en la zona derecha prostática (lo mismo ya visto en PET y en RM), sin identificar imágenes de recidiva a distancia.

19.- Si bien, el 04/05/18, Cirugía plantea la posibilidad de extirpar en lo posible la tumoración, que tendría que ser realizada conjuntamente por los servicios de Cirugía y Urología, para lo que se cursa lista de espera, tras valoración conjunta entre ambos servicios, según consta en informe emitido por el Jefe de Servicio de Cirugía, ambos servicios reconocen que se trata de una masa de muy dudosa resecabilidad y un procedimiento con una alta morbilidad y mortalidad, por lo que deciden citar al paciente en consulta para transmitir esta información y desestimar el tratamiento quirúrgico como opción terapéutica.

20.- Según el propio informe y consulta de Cirugía de fecha 20/07/18, al paciente se le transmite dicha información explicando la dudosa resecabilidad de la masa y la alta morbimortalidad del procedimiento; a pesar de ello el paciente y familiar insisten en que quieren el tratamiento quirúrgico, asumiendo dicha morbimortalidad, es por ello que se

decide como única alternativa intentar un abordaje quirúrgico para citorreducción o debulking de la masa tumoral. Es decir, le queda explicado como así consta, en qué consiste la intervención quirúrgica, consecuencias y pronóstico (malo, con alta morbimortalidad), lo cual es asumido por el paciente.

21.- Igualmente en Consulta de Urología de fecha 16/08/18, se le explica la posibilidad de realizar la intervención y de la probabilidad de que no pueda ejecutarse una vez iniciada, (la masa es de dudosa reseccabilidad), informando también de las consecuencias de dicha cirugía, y expectativas, que acepta, quedando informado que la intervención se programará según disponibilidad de ambos servicios.

22.- En fecha 18/09/18, ingresa de forma programada en el Servicio de Cirugía para intervención quirúrgica. El 19/09/18 se realiza laparotomía exploradora, en colaboración con Urología, hallándose peritonitis plástica y pelvis congelada secundaria a recidiva neoplásica de recto con tumoración que infiltra el sacro desde el promontorio en el plano posterior, sin vía de abordaje a pelvis, no logrando identificar estructuras vasculares ni uréteres. Se consideró que la masa tumoral era irresecable y se decide finalizar la intervención quirúrgica, con el diagnóstico de Recidiva de neoplasia de recto localmente avanzada. Pelvis congelada.

23.- La peritonitis plástica y la pelvis congelada hace referencia a la presencia de extensas, firmes e intensas adherencias de tejido endurecido (consecuencia de intervenciones abdominales, radioterapias, tumores), que desestructuran la anatomía normal de los órganos pélvicos, situaciones que pueden dificultar o impedir la realización de una intervención quirúrgica abdominal.

24.- Se le ofreció tratamiento paliativo, con radioterapia desde el 2/10/18 durante 5 sesiones y quimioterapia, recibiendo el primer ciclo el 06/11/18. Posteriormente, continuó recibiendo atención por la Unidad de cuidados paliativos hasta su fallecimiento el 28/03/19, debido a la progresión de su enfermedad».

3. A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, el Dictamen 407/2019, de 14 de noviembre), procede tener en cuenta que a la Administración no le es exigible más que la aplicación de las técnicas sanitarias, diagnósticas y terapéuticas, en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la

procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la *lex artis*, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP).

4. Partiendo de lo señalado, hemos de analizar en el presente caso si se actuó conforme a la *lex artis*, poniendo a disposición del paciente todos los medios diagnósticos y terapéuticos precisos según el alcance de la ciencia médica en el momento de los hechos.

A tal efecto, pasamos a estudiar cada uno de los puntos de la reclamación de los interesados en la que se señala:

*«Como consecuencia de los continuos retrasos, tanto en la realización de las pruebas y la obtención de resultados como a la hora de realizar la intervención quirúrgica que había sido, primero recomendada por el servicio de oncología y, posteriormente, aprobada por el Comité de Tumores, (...) no pudo ser intervenido quirúrgicamente para el intento de exacción. Si bien es cierto que la asistencia médica es una obligación de medios y no de resultado, no es menos que los injustificados y reiterados retrasos en la intervención suponen una evidente*

**PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD** que tuvo como consecuencia la imposibilidad de ser intervenido y el retraso en la administración de tratamiento de quimioterapia.

*Esta pérdida de oportunidad supuso un perjuicio para (...), pero también para su familia, esposa e hijos, que jamás sabrán qué habría pasado de haberse intervenido a (...) en el momento en que se detectó la presencia del nuevo tumor (un año antes) o si se hubiera administrado tratamiento de quimioterapia en el momento de la detección».*

*Analicemos cada punto:*

*1) Continuos retrasos en la realización de las pruebas y la obtención de resultados.*

*Ha de indicarse que una de las alegaciones de los reclamantes se refiere a que la primera parte de los informes hacen referencia a los procesos asistenciales recibidos por el paciente desde 2012 hasta su fallecimiento el 28 de marzo de 2019, pero «lo que se cuestiona desde esta parte no es el tratamiento recibido por el Sr. (...) hasta septiembre de 2017 sino lo acontecido desde esa fecha hasta el fallecimiento en marzo de 2019 y, más concretamente, hasta el mes de octubre de 2018».*

Sin embargo, no es posible separar los antecedentes clínicos del paciente, pues, como se observa en los informes recabados del Servicio de Cirugía General y Digestiva, así como de Urología y Oncología, tales antecedentes determinan el estado del paciente en las fechas a las que se ciñe la reclamación.

Y es que, como señala el informe del SIP, de 1 de febrero de 2022, tal y como se observa en los antecedentes obrantes en la historia clínica del paciente, era la segunda recidiva del cáncer de colon con invasión de tejidos y órganos cercanos y metástasis regionales (afectación de ganglios), en este paciente, el cual ya había sido tratado con dos cirugías amplias en las que se había realizado extirpación del colon subtotal en la primera de ellas y, en la segunda: resección del peritoneo anterior, parte del ileon, recto sigma anterior y medio superior, linfadenectomía (cirugía citorreductora + HIPEC), así como de quimio-radioterapia en varios ciclos, lo que traduce un proceso oncológico agresivo.

Efectivamente, y no se pone en duda por los reclamantes, el paciente había tenido un adecuado seguimiento en todo momento, resultando, a pesar de todo ello, esta segunda recidiva.

Tal es el seguimiento y pruebas que se realizan posteriormente al paciente, que, como informa el SIP «pese a la negatividad de los estudios de imagen (TAC sólo identifica lesiones macroscópicas) y de la colonoscopia (las zonas biopsiadas no identificaron tumor microscópico), volvían a elevarse los marcadores tumorales

*realizados de forma seriada durante su evolución, lo que podía reflejar actividad tumoral».*

Y a raíz de ello, y, a pesar de que las diferentes pruebas realizadas no evidenciaban nuevas lesiones tumorales, *«una vez más en esta segunda recidiva se realizaron las pruebas pertinentes para el estudio del tumor, identificándose en RM gran tumoración que afectaba a la vesícula seminal derecha y el lóbulo prostático derecho, con extensión a la grasa adyacente, tumoración que pese a que una primera consideración del Comité de Tumores de Urología planteaba la prostatectomía radical (extirpación completa de la próstata) en caso de colonoscopia negativa para malignidad, esto fue descartado, antes de realizar más estudios que confirmaran si la neoplasia era realmente prostática debido a que los estudios realizados no eran concluyentes y según nota de Urología: la tumoración fijaba a pelvis y afectaba a toda la cara anterior recto de forma muy severa, lo que según el propio especialista planteaba serias dudas sobre la viabilidad de la cirugía del tumor».*

En sus alegaciones, los reclamantes refieren retrasos en la realización de las pruebas y obtención de resultados porque parten siempre de la fecha de la analítica que mostró alteración de los marcadores tumorales, pero, evidentemente, esto no es así. La secuencia en la realización de las pruebas la determina cada una de ellas y sus resultados, constandingo en la historia clínica del paciente que se realizaron las pruebas en un breve espacio de tiempo entre sí, y se iban haciendo en función de los resultados arrojados por cada una de ellas, por lo que no es correcto señalar, como se pretende en las alegaciones:

*«El informe recoge, así mismo, que el 5 de septiembre de 2017 se informa de remisión completa del tumor, aunque posteriormente en el control analítico se detectó elevación del marcador tumoral CEA por lo que se realiza estudio PET el 26 de septiembre de 2017 del que se desprende que persiste depósito patológico del radiotrazador en región teórica de vesícula seminal derecha, resultados que sugieren la presencia de tejido tumoral viable en la vesícula seminal derecha a valorar conjuntamente con hallazgos en Resonancia Magnética y/o histológicamente, por lo que el paciente se deriva a valoración por Urología.*

*Según consta, el 30 de noviembre (2 meses más tarde), se realiza RM de próstata que muestra gran tumoración de 3x2,5x3,4 cm que afecta a la vesícula seminal derecha y el lóbulo prostático derecho, con extensión a la grasa adyacente, hallazgos compatibles con proceso neoplásico, sin poder precisar si es primario o metastásico.*

*El 26 de diciembre 2017, en Comité de Tumores de Urología se plantea indicación quirúrgica una vez sea realizada prueba pendiente de EDB (colonoscopia), la cual no se realiza hasta el 11 de enero de 2018 (casi 4 meses después del resultado de la analítica que reveló la elevación de marcador tumoral CEA).*

*El 26 de enero 2018 (4 meses después del resultado de la analítica que reveló la elevación del marcador tumoral CEA) en consultas de Urología se plantean dudas sobre la viabilidad de la cirugía del tumor y por lo que plantean realizar biopsia de confirmación histológica previa a la decisión de cirugía.*

*27 de marzo de 2018 (6 meses tras el resultado de la analítica) en consulta de Oncología diagnóstica adenocarcinoma de probable origen colorectal. Se solicita interconsulta a Comité de Tumores de Urología y se solicita nuevo estudio PET para valorar situación actual de la enfermedad.*

*En Comité de Tumores Urológicos de fecha 12 de abril de 2018, conocido el resultado de Anatomía Patológica que confirma la afectación prostática por un cáncer de colon, se plantea que la masa es irreseccable, se considera que el paciente no es candidato a resección quirúrgica de la tumoración con aceptable grado de certeza de conseguir márgenes negativos.»*

Se observa que entre prueba y prueba y la obtención de sus resultados apenas transcurría un mes, evidenciando siempre un adecuado seguimiento del paciente.

## 2) Retraso en la intervención quirúrgica.

En sus alegaciones, señalan los reclamantes, que el retraso en la intervención quirúrgica determinó la imposibilidad de resección del tumor. Ello, una vez que se parte de la errónea consideración de que el *dies a quo* para determinar la realización de las pruebas y la consiguiente intervención quirúrgica se produjo el día de la analítica que objetivó alteración de los marcadores tumorales, lo que ya se ha refutado, pues, como hemos señalado, los resultados de cada prueba serían los que irían determinando el estado de la patología del paciente y la actitud terapéutica a seguir.

Se señala en sus alegaciones, por los interesados:

*«Afirma el informe del SIP que, según el propio informe y consulta de Cirugía de fecha 20 de julio de 2018 (DIEZ meses después del resultado de la analítica) se informa al paciente explicando la dudosa reseccabilidad de la masa y la alta morbimortalidad del procedimiento. Igualmente afirma que el paciente y familiar insisten en que quieren el tratamiento quirúrgico asumiendo dicha morbimortalidad. Una vez más, el informe hace una afirmación que no se corresponde con el propio contenido de los informes y de la Hª Clínica.*

*Si nos remitimos al informe de Cirugía (doc. 7.6, páginas 747 a 750) comprobamos que la realidad de lo que recoge el informe es que <<tanto el paciente como su familiar insisten en la idea de que “si esa es la única opción, están dispuestos a asumir la morbimortalidad expuesta en esta reunión.”>> y sigue <<el paciente LO ENTIENDE COMO LA ÚNICA*

ALTERNATIVA>>. *Una realidad que dista mucho de lo que parece querer dar a entender el informe del SIP.*

*Lo cierto es que, no ofreciéndose al paciente ningún tratamiento alternativo, opta por aceptar el riesgo de la intervención quirúrgica insistiendo en que se le practique la misma ante la falta de otra opción o alternativa.*

*El SIP afirma en su informe que atendiendo a la “insistencia del paciente” se decide como única alternativa intentar un abordaje quirúrgico para citoreducción o debulking de la masa tumoral. Lo cierto es que no es al paciente a quién corresponde plantear alternativas de tratamiento. Valorar los posibles tratamientos y decidir cual es el mejor para tratar al paciente es una decisión que corresponde a los servicios médicos y no consta en ningún informe ni en toda la Hª Clínica dato alguno que permita inferir que se ofreció o siquiera se valoró la posibilidad de proporcionar al paciente un tratamiento alternativo. Los servicios médicos pudieron descartar la intervención quirúrgica y recomendar el tratamiento con quimioterapia o radioterapia, sin embargo, no lo hicieron, ni tan siquiera consta que se hubiera valorado, ni tampoco aparece ninguna explicación o justificación sobre la falta de esa valoración.*

*Finalmente, el paciente ingresa para intervención quirúrgica el 18 de septiembre de 2018 (prácticamente UN AÑO después del resultado de los análisis)>>.*

Y se añade:

*«El tiempo transcurrido desde que se obtienen los resultados de la analítica que revela la elevación de los marcadores tumorales CEA, y que evidencian la existencia de un tumor, hasta que se lleva a cabo la intervención quirúrgica fallida, sin ninguna duda ha jugado en contra del paciente que ha visto como su enfermedad seguía avanzando y, seguramente, extendiéndose, haciendo cada vez más difícil su tratamiento, ya fuera quirúrgico o con quimioterapia o radioterapia».*

Pues bien, insistiendo en que no era planteable ninguna opción terapéutica hasta obtener los resultados de las pruebas que se fueron realizando, tal y como señala el informe de Urología:

*«según la evidencia, la enfermedad era irreseccable quirúrgicamente desde varios meses antes de su programación en quirófano. Se trataba de una gran tumoración que afectaba a próstata, se fijaba a pelvis y afectaba a toda la cara anterior del recto de forma muy severa, era un cáncer avanzado, que afectaba severamente a los órganos vecinos y a la membrana intraabdominal que los recubre (carcinomatosis peritoneal)>>.*

Así, tal y como señala el SIP:

«-En esta segunda recidiva se realizaron las pruebas pertinentes para el estudio del tumor, identificándose en RM gran tumoración que afectaba a la vesícula seminal derecha y el lóbulo prostático derecho, con extensión a la grasa adyacente, tumoración que pese a que una primera consideración del Comité de Tumores de Urología planteaba la prostatectomía radical (extirpación completa de la próstata) en caso de colonoscopia negativa para malignidad, esto fue descartado, antes de realizar más estudios que confirmaran si la neoplasia era realmente prostática debido a que los estudios realizados no eran concluyentes y según nota de Urología: la tumoración fijaba a pelvis y afectaba a toda la cara anterior recto de forma muy severa, lo que según el propio especialista planteaba serias dudas sobre la viabilidad de la cirugía del tumor.

-Tras tras la realización de más pruebas diagnósticas por Urología, en este caso Ecografía transrectal y biopsia prostática, lo que confirma la existencia de afectación prostática por un cáncer de colon, se determinó en Comité de Tumores Urológicos (12/04/18), teniendo el paciente 48 años, que la masa tumoral (extendida a órganos vecinos) era irreseccable, debido a las escasas tasas de éxito y la alta morbimortalidad asociada a procedimientos de este tipo y, teniendo en cuenta que el paciente y familiar (esposa) insisten en la intervención quirúrgica se decide un último intento de cirugía citorreductora para disminución de la masa tumoral con carácter paliativo y compasivo, ya que tanto paciente como familiar no asumen su situación clínica.

En fecha 19/09/18 se realiza laparotomía exploradora (exploración quirúrgica del abdomen), por los Servicios de Cirugía y Urología, hallándose peritonitis plástica. Pelvis congelada secundaria a recidiva neoplásica de recto con tumoración que infiltra el sacro desde el promontorio en el plano posterior, sin vía de abordaje a pelvis, no logrando identificar estructuras vasculares ni uréteres. Se consideró que la masa tumoral era irreseccable y se decide finalizar la intervención quirúrgica. Asimismo, con carácter previo a la cirugía, tanto en la consulta de Cirugía de fecha 20/07/18, como en la de Urología de fecha 16/08/18, queda constancia de que al paciente le es explicado la posibilidad de que una vez iniciada la cirugía, ésta no se pueda realizar debido a la dudosa reseccabilidad del tumor».

A todo ello se añade por el Jefe de Servicio de Cirugía General y Digestiva del CHUIMI:

«el pronóstico del paciente no se vio modificado por la fecha de la cirugía realizada el 19/09/18, dicho pronóstico estuvo determinado en todo momento fundamentalmente por las características intrínsecas del tumor, su forma de presentación y su edad. Entre el diagnóstico inicial en 2012 y su primera recaída en 2015, el paciente fue intervenido en dos ocasiones y tuvo seguimiento oncológico, siendo destacable tal como consta en el propio informe que la carcinomatosis peritoneal en ese momento, en muchos hospitales del territorio español, era asumido como enfermedad terminal solo subsidiaria de tratamiento

*paliativo y con supervivencias medias que difícilmente alcanzaban los 6 meses. Sin embargo, en agosto de 2015, se le realizó con éxito una cirugía de citorreducción + quimioterapia intraperitoneal hipertérmica, obteniendo un periodo libre de enfermedad de más de dos años.*

*Estamos ante un paciente cuyo pronóstico estaba determinado por la propia naturaleza del tumor, ya tratado de una recidiva, con una supervivencia de más de 27 meses, tras la misma. Asimismo, la única cirugía que se consideró posible, era paliativa, con carácter compasivo, con la intención de mejorar mínimamente la supervivencia, en ningún caso curativa, en un paciente, con dos cirugías previas por un proceso oncológico agresivo, con un tratamiento con quimio-radioterapia que ya había sido largo, y con una limitada respuesta a razón de las recidivas producidas, lo que nos lleva a considerar al igual que a los Jefes de Servicio de Cirugía y Urología que el pronóstico vital del paciente no se vio modificado, por lo que independientemente del momento quirúrgico no se estima que el resultado fuera a ser distinto, no existiendo pérdida de oportunidad como sostiene la reclamación, y, que su fallecimiento fue la consecuencia irremediable de la progresión de su enfermedad oncológica, la cual venía padeciendo desde 2012, y para la cual se emplearon todos los medios diagnósticos y terapéuticos disponibles, que le permitieron pese a la naturaleza del tumor y a las dos recaídas una supervivencia global de más de 6 años».*

De todo ello cabe concluir que la intervención quirúrgica no se realizó tardíamente, y que, en todo caso, se realizó de forma paliativa y «compasiva», nunca con finalidad curativa, siendo el resultado final consecuencia de la propia enfermedad que el paciente venía sufriendo desde el año 2012, y su evolución, dadas las características del cáncer y la edad del paciente.

3) Por último, se imputa la pérdida de oportunidades del paciente al retraso en la instauración de tratamiento radioterápico o quimioterápico, pues careció de tratamiento de quimio o radioterapia desde septiembre de 2017, fecha en la que aparecen los primeros indicios de presencia de tejido tumoral hasta octubre de 2018.

En este sentido, y sin perjuicio de insistir en el error por parte de los reclamantes al entender que la fecha de la analítica inicial es la que determina el tratamiento a seguir, pues ello viene dado por los resultados de las pruebas realizadas a partir de aquélla, sentado esto, se señala en el informe del SIP, realizado a partir de los distintos Servicios implicados, en especial, por el de Oncología Médica:

*«En relación a la alegación formulada de que el paciente fecha en la que comienza con radioterapia paliativa, debe señalarse tal y como se expone por el Servicio de Oncología en informe de fecha de 20 de enero de 2023 que, el paciente se encuentra en seguimiento por CCEE del Servicio de Oncología Médica. Por elevación de CEA en analítica realizada en*

septiembre de 2017, se solicita PET y se completan los estudios con pruebas complementarias para valorar la extensión de la recidiva tumoral, plateándose la posibilidad de resección quirúrgica ante los Servicios de Urología y Cirugía General y Digestiva.

Una vez establecida la indicación de exploración quirúrgica, Oncología médica queda a la espera de que la misma se lleve a cabo, respetándose la decisión tomada de forma interdepartamental a través de los comités médicos. Tras la laparotomía exploratoria del 19 de septiembre de 2018 donde se objetiva la irresecabilidad del tumor, y tras el alta médica el 3 de octubre de 2018 se valora por Oncología para plantear tratamiento quimioterápico con carácter paliativo desde el 2 de octubre de 2018, 5 sesiones, retrasándose su inicio hasta el 6 de noviembre de 2018 debido a las condiciones clínicas y analíticas del paciente (infección de herida quirúrgica, hematuria y deterioro de la función renal)».

La intervención quirúrgica fue la opción en la que insistió la familia y el paciente, a pesar de haberseles explicado las posibles consecuencias derivadas de ella y su pronóstico, no respondiendo a la realidad la afirmación de los reclamantes de que no se les hubiera ofrecido tratamiento alternativo.

En este sentido, consta en el historial clínico del paciente:

«Al respecto, figura anotado en su historial clínico el 20 de julio de 2018, con relación a la intervención quirúrgica lo siguiente: Cito al paciente para explicar bien en qué consiste la intervención quirúrgica y las consecuencias derivadas de ella, así como el pronóstico que se espera. Tanto el paciente como su esposa insisten en que quieren la operación por lo que, en contra de lo afirmado por el reclamante de que no se le ofreció otro tratamiento mas que el quirúrgico, tal y como consta en el historial y se ha expuesto en los distintos informes médicos obrantes en el expediente, es el propio paciente y su familia quien insiste en operarse».

Tal es así que, el Servicio de Oncología médica ante el fracaso de la intervención quirúrgica, estableció el tratamiento alternativo, que se hubiera aplicado antes de no haber insistido el paciente y su familia en la opción quirúrgica.

En todo caso, como señala el informe del SIP, uno y otro tratamiento tenían finalidad paliativa, nunca curativa, dada la agresividad del cáncer, añadiendo por ello:

«no es posible predecir la eficacia de la quimioterapia, paliativa, si la misma hubiese sido aplicada como alternativa al tratamiento quirúrgico pues la respuesta a la quimioterapia depende de múltiples factores tales como situación clínica del paciente, extensión de la enfermedad, comorbilidades, toxicidades, resistencia farmacológica de las clonas tumorales, que van a condicionar su evolución».

Dado lo expuesto, se constata que no hubo retraso en el tratamiento de quimioterapia y radioterapia, lo que, por otra parte, no afectó al desgraciado resultado final.

5. Por su parte, los reclamantes no han aportado prueba alguna que permita relacionar los daños por los que se reclama con el funcionamiento del servicio.

La reiterada doctrina de este Consejo Consultivo en cuanto a los principios generales de distribución de la carga de la prueba se ve perfectamente reflejada, entre otros, en el Dictamen 272/2019, de 11 de julio:

*«Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación del artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio (...), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del Código Civil (...), 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 septiembre de 1997, 21 de septiembre 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)».*

2. A la vista de la jurisprudencia expuesta, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, la antijuridicidad, el alcance y 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. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista daño efectivo y que éste sea consecuencia del 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)».*

6. Por las razones expuestas, no concurriendo los elementos requeridos para la determinación de responsabilidad patrimonial de la Administración, procede desestimar la reclamación formulada por los interesados.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta Resolución es conforme a Derecho, procediendo desestimar la reclamación interpuesta.