



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 161/2012

(Sección 2ª)

La Laguna, a 28 de marzo de 2012.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por J.A.Z.S., en nombre y representación de L.E.P.G., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 99/2012 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. La solicitud de Dictamen, de 15 de febrero de 2012, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 27 de febrero de 2012. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los artículos 12.3 y 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, este último precepto, con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

1. Se cumple en el asunto que se examina el requisito del interés legítimo y, por tanto, del derecho a reclamar de L.E.P.G., que lo hace por medio de representante acreditado, J.A.Z.S., al pretender el resarcimiento de un daño que se le irrogó en su

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

patrimonio como consecuencia, presuntamente, del funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

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

3. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, de conformidad con el artículo 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los artículos 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de Salud.

4. La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60.1.n) de la ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

5. Se cumple, por otra parte, el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues ésta se presentó el 12 de noviembre de 2007, respecto de un perjuicio económico irrogado el 3 y 23 de octubre de 2007 (fechas de las facturas cuyo importe se reclama).

III

1. El relato de los hechos que son objeto de la reclamación que nos ocupa, a tenor de lo expresado en el escrito de la interesada, es el siguiente:

“PRIMERA.- L.E.P.G. fue vista por el oftalmólogo Doctor Farinós en el Hospital Insular el pasado 4 de octubre de 2007, diagnosticándosele «queratocono bilateral», recomendando el profesional, dado el estado evolutivo del mismo, la intervención quirúrgica con implante de anillos intraestromales en ambos ojos, haciendo constar que dicha técnica «en la actualidad no se realiza en el Hospital Insular; por lo que ruega desviar a un centro concertado». Se aporta informe médico.

SEGUNDO.- Pues bien, dado que dicha intervención quirúrgica sólo la está realizando la Clínica E.O., y que dicha intervención quirúrgica ya ha sido realizada a otros pacientes también desviados por la Seguridad Social a dicho centro concertado,

es por lo que mi representada acudió al mismo, siendo intervenida, con el carácter de urgencia ya dicho y que se recoge en el propio informe que se acompaña como documento número 1 de este escrito.

Dicha intervención ha costado a mi mandante la cantidad de 6000 euros -se aportan facturas e informe de la clínica-.

TERCERO.- Como quiera que mi mandante presentó escrito de 9 de octubre ante el Servicio Canario de la Salud, Dirección de Área de Salud de Gran Canaria -se acompaña copia del mismo-, solicitando le prestaran la colaboración necesaria para costear dicha intervención y que se hiciera lo más urgentemente posible ante el riesgo inminente de perder la visión en ambos ojos, y teniendo en cuenta que no se obtuvo respuesta alguna (a día de hoy tampoco se ha recibido respuesta), es por lo que se decidió acudir a dicho centro concertado y llevar a cabo la intervención quirúrgica ya dicha, antes de quedarse ciega mi mandante”.

Por todo lo expuesto se solicita por la interesada el reintegro de la cantidad de 6000 euros, tal y como se justifica a partir de facturas aportadas.

IV

1. En este procedimiento, el plazo de resolución está vencido, sin que se justifique la demora, lo que, sin perjuicio de los efectos que ello comporte, no exime a la Administración de resolver expresamente [Artículos 42.1 y 7 y 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC)].

Constan en el procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado las siguientes actuaciones:

1) El 22 de noviembre de 2007 se identifica el procedimiento y se insta a la interesada a la mejora de la solicitud. De ello recibe notificación el 28 de noviembre de 2007, viniéndose a cumplimentar la subsanación requerida el 3 de diciembre de 2007, mediante el otorgamiento de poder de representación *apud acta*.

Asimismo, el aquella fecha se aporta proposición de medios de prueba, consistentes en dar por reproducida la documentación aportada, así como la existente en la historia clínica y expediente administrativo de la reclamante.

2) Por resolución de 7 de diciembre de 2007, de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación de la interesada, lo

que se le notifica el 8 de enero de 2008. Asimismo se acuerda la remisión del expediente a la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Insular Materno-Infantil, lo que se hace el 10 de diciembre de 2007.

3) Por escrito de 10 diciembre de 2007, que se reitera el 21 de abril de 2008, se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones, que se emite el 12 de marzo de 2009, después de recabar la documentación oportuna: copia de la historia clínica de la interesada obrante en el Hospital Universitario Insular de Gran Canaria e informe de evaluación de tecnologías sanitarias, elaborado por el Jefe del Servicio de Evaluación y Planificación, sobre el *“Estado actual del conocimiento científico sobre la efectividad, seguridad y coste-efectividad de los anillos corneales para el tratamiento del queratocono”*, emitido el 24 de marzo de 2008.

4) Se dicta acuerdo probatorio el 15 de marzo de 2011, que es notificado a la interesada el 24 de marzo de 2011. En el mismo se declara la pertinencia de las pruebas propuestas, y, obrando ya todas el expediente, se declara concluida la fase probatoria.

5) El 31 de marzo de 2011 se acuerda la apertura del trámite de audiencia, lo que se notifica a la reclamante el 14 de abril de 2011, si que se conste la presentación de alegaciones.

6) El 28 de abril de 2011 se emite informe propuesta de resolución por la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Insular Materno-Infantil, desestimando la reclamación de la interesada.

7) El 25 de julio de 2011 se insta a la interesada a que aporte copia de la historia clínica obrante en el Centro E.O. e informes médicos relativos a las pruebas a las que fue sometida en ese centro. Tras recibir notificación de ello la interesada el 8 de agosto de 2011, aporta aquella documentación el 12 de septiembre de 2011.

8) A la vista de la nueva documentación, el 14 de septiembre de 2011 se solicita informe complementario al Servicio de Inspección y Prestaciones, que lo emite el 3 de noviembre de 2011.

A tales efectos se requirió, el 29 de septiembre de 2011, la historia clínica obrante en el Servicio de Oftalmología del Hospital Insular e informe del Jefe de Admisión y Documentación clínica de tal hospital, en relación con las citas, consultas, pruebas exploratorias, etc., para el Servicio de oftalmología, especialmente las relativas al 2007. Todo ello se remite el 17 de octubre de 2011.

9) Se acuerda nuevamente trámite de audiencia el 8 de noviembre de 2011, que es notificado a la interesada el 28 de noviembre de 2011, sin que se aporten alegaciones.

10) El 23 de enero de 2012 se emite Propuesta de Resolución en la que se desestima la pretensión de la parte interesada, lo que se eleva a definitivo el 15 de febrero de 2012, tras haber sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico el 14 de febrero de 2012.

V

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión de la reclamante con fundamento en la documentación obrante en el expediente. Así, se señalan, entre otros, los siguientes antecedentes de hecho y consideraciones, derivados del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones:

"1.- Según información facilitada por el Jefe de Servicio de Admisión y Documentación Clínica del Complejo Hospitalario Universitario Insular - Materno Infantil, la reclamante no fue atendida por el dispositivo asistencial público en la especialidad de Oftalmología desde el año 2005.

Por ello, el Dr. F. no atendió a la reclamante, ni realizó las pruebas exploratorias necesarias en el contexto del sistema público. Exclusivamente transcribe en documento del servicio público los resultados reflejados en el documento privado perteneciente al Centro E.O., el día siguiente de pagar una factura de 3000 € con el fin de someterse voluntariamente a la técnica propuesta.

(...)

4.- En cuanto al escrito presentado en la fecha 9 de octubre de 2007, ante la Dirección de Área de Salud de Gran Canaria, en el que reclamaba «colaboración» para ser intervenida en centro privado, cuando ya había procedido al abono de factura, sin datos de localización salvo el DNI, y teniendo en cuenta que en la fecha 12 de noviembre de 2007 se interpone Reclamación Patrimonial por dichos gastos, la Administración Sanitaria conoce entonces la opción ejercida".

Por todo ello, considera la Propuesta de Resolución: *"En el caso que nos ocupa, la paciente opta por el abandono voluntario del servicio médico público, acudiendo al centro privado ajeno al Servicio Canario de la Salud, por su propia voluntad y sin efectuar petición, ni notificación alguna, como se desprende del informe del Jefe de*

Servicio de Admisión y Documentación Clínica del Complejo Hospitalario Universitario Insular-Materno Infantil, «la reclamante no fue atendida por el dispositivo asistencial público en la especialidad de Oftalmología desde el año 2005», por lo que se puede afirmar que la paciente siempre acudió a la medicina privada.

Sentado lo anterior, hemos de considerar en relación a la prestación sanitaria “que para que exista denegación es preciso que haya sido pedida formalmente la asistencia y que ésta sea denegada de modo positivo, bien por manifestación expresa, bien por denegación tácita inequívoca como reitera la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de septiembre de 1996, entre otras (...)».

Al hilo de lo expuesto, resulta necesario tener en consideración las conclusiones contenidas en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de fecha 12 de marzo de 2009 El queratocono no es una patología que requiera tratamiento urgente, ni existe riesgo inminente de pérdida de visión.

El tratamiento practicado no es la única alternativa, ni cura la enfermedad, su objetivo es procurar retrasar en el tiempo la necesidad de trasplante corneal.

No existe evidencia científica de calidad suficiente para corroborar la efectividad y la seguridad del tratamiento, a fin de ser incorporada en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

El recurso a la medicina privada no encuentra justificación sino en una libre y voluntaria decisión de la paciente, a la que no se le prestó asistencia en el sistema público por haberlo solicitado exclusivamente a efectos administrativos, cuando ya había sido intervenida quirúrgicamente.

Consecuencia de todo lo anterior, es la inexistencia de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios dispensados por el Servicio Canario de la Salud y el gasto, equivalente al coste de la intervención quirúrgica llevada a cabo en centro sanitario privado”.

En relación con la cuestión relativa al reintegro de gastos, con acierto la Propuesta de Resolución sostiene la siguiente argumentación, que se asume:

“En base a ello, para que el reintegro de gastos por asistencia sanitaria al sistema público sea procedente, la asistencia en cuestión debe cumplir cuatro requisitos: dos positivos, que se trate de urgencia inmediata y que sea de carácter vital, y dos negativos, que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios de la

sanidad pública y que el caso no constituya una utilización desviada o abusiva de esta excepción.

Por urgencia vital se entiende una situación patológica de tal gravedad que, con consecuencia de la misma, esté en riesgo cierto e inminente de vida o la integridad física, si hubiera de estarse a la necesaria demora derivada de acudir a los servicios médicos asignados por la Seguridad Social, y siempre concurriendo la nota de perentoriedad, debida a que la medida terapéutica sea inaplazable en el caso, no se dan notas, según se desprende de los informes obrantes en el expediente.

En el caso, son relevantes los informes obrantes en el expediente y en especial del informe del servicio de Inspección y Prestaciones de 3 de noviembre de 2011, que señalan que no se dan estas notas citadas, en concreto, que el tratamiento de anillos no era exigente de una actuación perentoria, tratándose de una decisión voluntaria de la interesada en acudir a un recurso ajeno al SCS”.

2. Pues bien, entendemos que la Propuesta de Resolución se ajusta a Derecho, dada la información que obra en el expediente, y siguiendo los mismos argumentos expresados en ella.

Por un lado, ciertamente, en cuanto al reintegro de los gastos que se reclaman, la Propuesta de Resolución coincide en admitir que el reintegro de gastos puede solicitarse por la vía del reintegro de gastos médicos del RD 63/1995 por urgencia vital, lo que requeriría tal urgencia vital, entre otras notas señaladas en la Propuesta de Resolución, habiendo quedado constatado, sin embargo, en los informes obrantes en el expediente, la ausencia de tales requisitos.

Pero también puede reclamarse el reintegro del gasto, como se intenta en este caso, a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial, como daño material derivado del funcionamiento de la Administración en el ámbito sanitario. En estos casos, se estimará la pretensión indemnizatoria si la reclamante prueba la concurrencia de los requisitos genéricos de la responsabilidad patrimonial y los específicos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria.

Ahora bien, si aquel reintegro puede exigirse y analizarse por la vía de la responsabilidad patrimonial, ello sólo podrá fundarse en motivos justificados de denegación de asistencia médica o error de diagnóstico por parte de la Sanidad Pública (Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de mayo de 2004 (RJ 2004/183695)), situaciones, en fin, que justifiquen que se acuda por el particular a la

sanidad privada, admitiéndose, en estos casos, incluso tras haberse obviado el procedimiento administrativamente previsto para obtener asistencia privada sin coste para el particular.

No estamos en ninguno de estos supuestos, como también se detrae de los informes obrantes en el expediente y de la historia clínica de la reclamante, habiendo prescindido la interesada totalmente del sistema sanitario público. Así, recordemos que, como se informa por el Jefe de Servicio de Admisión y Documentación Clínica del Complejo Hospitalario Universitario Insular - Materno Infantil, la reclamante no fue atendida por el dispositivo asistencial público en la especialidad de Oftalmología desde el año 2005.

Por ello, entendemos que el Dr. F. no atendió a la reclamante, ni realizó las pruebas exploratorias necesarias en el contexto del sistema público. Exclusivamente transcribe en documento del servicio público los resultados reflejados en el documento privado perteneciente a E.O., el día siguiente de pagar la interesada una factura de 3000 € con el fin de someterse voluntariamente a la técnica propuesta.

Asimismo, tampoco podría considerarse que se irrogara perjuicio alguno a la reclamante por acudir al procedimiento previsto para que la sanidad pública cubriera la intervención a realizarse, en el sentido de que ello conllevara un retraso injustificado en su atención médica.

La intervención que se le realizó a la reclamante no era imprescindible para su tratamiento y curación, y mucho menos urgente, de manera que por haber esperado al momento oportuno para la autorización de su práctica en centro concertado se le produjera perjuicio alguno a la interesada, así se plasma en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, en el que se señala: *“El queratocono es una enfermedad congénita que se caracteriza por debilidad corneal progresiva, que ocasiona astigmatismo y déficit visual. Llegando, en casos evolucionados, a requerir trasplante de córnea por las cicatrices que provoca.*

Los anillos intracorneales son implantes protésicos que refuerzan la estructura corneal y regularizan el astigmatismo mejorando la visión en los pacientes afectados, estabilizando un cuadro que podría terminar en trasplante corneal.

El queratocono requiere controles y el tratamiento puede ser con gafas, lentillas blandas o duras y como tratamiento alternativo los anillos, y finalmente el trasplante.

El tratamiento de anillos no era exigente de una actuación perentoria, entendiéndose como tal que la prestación de asistencia médica con carácter urgente surge a raíz de un incidente en el curso vital de un sujeto, que irrumpe de forma imprevista, imponiendo una intervención indispensable, ineludible e impostergable”.

Y, sobre todo, en cuanto a la intervención realizada en el centro privado, el procedimiento previsto para decidir si el Sistema Sanitario Público remite a la paciente a los Centros en los que se realiza, sin coste para ella, se basa en la necesidad de la valoración de la indicación de la intervención. Es decir, que, en todo caso, la necesidad de la realización de tal intervención en el caso concreto de la paciente se hubiera verificado o no, precisamente tras la valoración a la que no se sometió al obviar el procedimiento previsto a tal fin, como debió hacer, al igual que los otros pacientes a los que se les ha cubierto la asistencia privada, y que, al igual que la interesada, hubieran preferido agilizar su tratamiento prescindiendo de estas exigencias, necesarias, por otra parte.

Así pues, dado que la reclamante obvió, con o sin conocimiento de ello, el procedimiento previsto para acudir a la sanidad privada para la realización de una intervención que no era imprescindible y urgente para el tratamiento de su enfermedad (a pesar de que se señala por el médico que atendió a la reclamante que se la indicó, médico, por otra parte, que forma parte de la plantilla de médicos del centro privado que realizó la intervención), en este caso la causa del daño es la propia voluntad de la paciente, su premura, comprensible, probablemente, pero no justificable.

Así pues, no habiendo relación de causalidad entre el proceso asistencial prestado a la reclamante, y el perjuicio patrimonial por el que reclama, no es atendible su pretensión, al faltar el nexo causal requerido para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

C O N C L U S I Ó N

Se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen y procedente la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la interesada.