



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 6 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 1 de febrero de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por L.E.B.R., en nombre y representación de J.M.L.B., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 3/2017 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un Organismo autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud (SCS).

2. La interesada en este procedimiento solicita una indemnización que asciende a la cantidad de 250.000 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Consejero de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC); la cual es aplicable, en virtud de la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última Ley.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

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

3. La interesada, mediante escrito presentado el 7 de marzo de 2016, insta la iniciación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria-quirúrgica que le fue prestada a su hijo por el Servicio Canario de la Salud. Así, en su escrito inicial alega:

«(...) Cuando mi hijo tenía 14 años de edad, el 18/03/2003, fue intervenido para corrección quirúrgica de microtia tipo lóbulo oreja izquierda, por padecer microtia auricular izquierda congénita en el Servicio de Cirugía Plástica del Hospital General Dr. Negrín, según técnica de Nagata con transposición posterior del lóbulo, por el Dr. (...) fue intervenido en varias ocasiones, entre otras, en 03/05/2005 (...) dando siempre los mismo resultados (...) en ningún caso se produce una corrección, dejando unos resultados completamente antiestéticos, que le ha ocasionado al mismo una persistente depresión debidamente tratada y la imposibilidad de encontrar trabajo por dichos resultados antiestéticos (...).

(...) solicitar que dicho servicio público se hiciera cargo del coste de la operación a efectuar por la Doctora (...) de París, que le ha afirmado poder reparar lo efectuado hasta ahora y recomponer de forma satisfactoria el órgano auditivo del reclamante (...).

Los doctores del Servicio Canario de Salud no han sabido hacer frente a la reconstrucción auricular que necesita el paciente (...).

Esta reclamación ya se hizo a través del Servicio de Oficina de defensa de los derechos de los usuarios sanitarios, que se tramitó con el número de Expediente D/93/15/jalla (*sic*), sin que en ningún momento se hayan tenido en cuenta nuestras peticiones, todas vez que con fecha 28 de enero de 2016 se procedió al archivo de dicho expediente (...).

(...) como resultado (...) un daño evidente que se ha concretado como secuela en un resultado completamente antiestético (...).

La reclamante acompaña a dicho escrito documental médica con efecto probatorio y escrito de su hijo que le autoriza para actuar en su nombre.

4. En el presente procedimiento el reclamante ostenta la condición de interesado en cuanto titular de un interés legítimo, al alegar daños personales como consecuencia de la actividad sanitaria, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento.

Se cumple por otra parte la legitimación pasiva de la Administración autonómica, como titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin a este procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 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 la Salud.

La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la 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, 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.

II

1. Consta en el expediente la siguiente tramitación procedimental:

- Con fecha 7 de abril de 2016 se practica notificación a la interesada en la que se le comunica los extremos a los que se refiere el art. 42.4 LRJAP-PAC y se requiere la subsanación de su solicitud, lo que lleva a efecto en el plazo concedido.

- Mediante Resolución de 20 de abril de 2016 del Secretario General del Servicio Canario de la Salud se admite a trámite la reclamación formulada. Esta Resolución fue notificada a la interesada. También, se dirige escrito al Servicio de Inspección y Prestaciones a fin de que, a la vista de la historia clínica de la paciente, se emita informe previo acerca de la posible prescripción de la reclamación, quedando suspendido el plazo para resolver el procedimiento y notificar la resolución, por el tiempo que media entre la solicitud del citado informe y la recepción del mismo y, en todo caso, por un plazo máximo de tres meses.

- Con fecha 27 de abril de 2016, el Servicio de Inspección y Prestaciones emite su informe, concluyendo que el resultado obtenido tras las intervenciones practicadas consta desde el año 2007, y que desde febrero de 2012 el interesado manifiesta su deseo de reclamar. Por lo que al haberse presentado la reclamación de responsabilidad patrimonial el 7 de marzo de 2016, el plazo para su interposición ya habría prescrito.

- El 5 de mayo de 2016 se acuerda conceder a la interesada el preceptivo trámite de audiencia, con traslado del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, historia clínica del Hospital Universitario Dr. Negrín e Historia Clínica de atención primaria a fin de que formule las alegaciones y presente los documentos que estime convenientes. Trámite que fue notificado correctamente el 20 de mayo de 2016.

El 27 de mayo de 2016, la interesada presenta escrito de alegaciones manifestando que la petición de que el Servicio Canario de Salud haga frente a los gastos de la operación se hace en el año 2015, a través del Servicio de Oficina de Defensa de los Derechos de los Usuarios Sanitarios, que se tramitó con el número de Expediente D/93/15/jalla, y que se desestimó expresamente, toda vez que con fecha 28 de enero de 2016 se procedió al archivo de dicho expediente.

- Con fecha 8 de agosto de 2016, la interesada aporta poder especial de representación que le otorga su hijo.

- La instrucción del procedimiento recaba documentación relativa al expediente D/93/15, gestionado por la Oficina de Defensa de los Derechos de los Usuarios Sanitarios (ODDUS), sobre la presunta desestimación expresa alegada por la afectada.

- Con fecha 26 de diciembre de 2016, se ha elaborado finalmente la Propuesta de Resolución, que considera prescrito el derecho a reclamar de la interesada, que fue informada por el Servicio Jurídico conforme a Derecho, según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento del Servicio Jurídico, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero.

2. Admitida a trámite la reclamación presentada, la instrucción del procedimiento ha sido correcta no incurriendo en irregularidades formales que impidan la emisión de Dictamen.

III

1. La interesada funda su reclamación, en nombre y representación de su hijo, por la inadecuada asistencia sanitaria en relación con la microtia izquierda de la que estaba afectado desde el nacimiento y que le ha causado daños psicológicos. Por ello, solicita del Servicio Canario de la Salud bien que soporte el coste de la intervención a efectuar por la Dra. F.F., de París, bien que sea indemnizado con la cantidad de 250.000 euros.

2. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación presentada al considerar prescrito el derecho a reclamar del interesado.

3. En atención a los documentos obrantes en el expediente ha resultado acreditado la siguiente secuencia de hechos relativos a la asistencia sanitaria que el afectado recibe del Servicio Canario de la Salud por la microtia izquierda:

En fecha 18 de marzo de 2003, el afectado se somete a cirugía plástica, siendo el primer tiempo de reconstrucción en el Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín (HUGCDN), consistente en la reconstrucción auricular con cartílago costal según técnica de Nagata.

En fecha 3 de mayo de 2005, consta el segundo tiempo de intervención en el HUGCDN, consistente en la recreación de concha y cobertura con injerto libre de piel total.

En fecha 4 de octubre de 2007, el Jefe de Sección de Cirugía Plástica informa que el paciente no está satisfecho con la reconstrucción obtenida, por lo que solicita valoración para colocación de epítesis.

No obstante, de la reclamación inicial se desprende del expediente que el afectado fue intervenido en alguna ocasión más por la misma causa al alegar «tras esa primera intervención, fue intervenido en varias ocasiones, entre otras el 03/05/2005». Así, en los informes de atención primaria se observa que el paciente también fue intervenido por última vez en el año 2006 para la reconstrucción de pabellón izquierdo por agenes de nacimiento e igualmente confirma que la microtia izquierda ha sido intervenida en tres ocasiones. Sin embargo, en el HUGCDN exclusivamente se acreditan dos intervenciones siendo la última practicada en el año 2005.

Por lo demás, se observa que los facultativos que asisten al paciente recomiendan que sea valorado por un psicólogo como posible consecuencia de la microtia padecida.

4. No podemos soslayar que se trata de una intervención de cirugía estética, reparadora y reconstructiva en atención a un defecto físico que el afectado padece desde el nacimiento, en la que los resultados que se obtengan no siempre coinciden con las expectativas del paciente. La cirugía estética no deja de ser un instrumento médico utilizado para mejorar la imagen personal lo que no excluye la existencia de riesgos que el interesado deba de asumir una vez informado y que el resultado final no siempre va a satisfacer plenamente al paciente, sin olvidar que también interviene el factor físico o configuración anatómico de este último.

5. De acuerdo con el art. 142.5 LRJAP-PAC, el derecho a reclamar prescribe al año de haberse producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, si bien, conforme dispone el propio precepto, en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. De conformidad, pues, con este precepto legal, es a la fecha de la curación o de la determinación de la irreversibilidad del daño a la que hay que atenerse como término inicial del plazo prescriptivo de un año, como reiteradamente ha sostenido el Tribunal Supremo, constante en señalar que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de ser aquél en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto o aquél en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de secuelas (SSTS de 31 de octubre de 2000, 11 de mayo de 2001, 28 de febrero, 21 de mayo y 21 de junio de 2007, 1 de diciembre de 2008, 15 de diciembre de 2010, 15 de febrero, 21 de junio y 29 de noviembre de 2011, 10 de abril de 2012, entre otras).

A estos efectos, la jurisprudencia ha venido distinguiendo entre daños permanentes y daños continuados. Como señala la Sentencia de 8 de octubre de 2012, con cita de numerosos pronunciamientos anteriores, por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo. En cambio, los daños continuados, conforme a la citada jurisprudencia, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Por ello, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos, o, como dice el art. 145.2 de la Ley 30/1992, para los daños físicos o psíquicos inferidos a las personas físicas, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (SSTS de 17 de febrero de 1997, 26 de marzo de 1999, 31 de octubre de 2000, 11 de mayo de 2001, 29 de junio y 10 de octubre de 2002, 11 de mayo de 2004, 28 de febrero, 21 de mayo y 21 de junio de 2007, 1 de diciembre de 2008, 14 de julio y 15 de diciembre de 2010, 15 de febrero, 21 de junio y 29 de noviembre de 2011 de 2010, 22 de febrero, 10 de abril y 12 de septiembre de 2012 y 2 de abril de 2013, entre otras).

6. Conforme a la jurisprudencia anteriormente expuesta, el daño físico que se alega es en todo caso permanente, por lo que, el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que ha quedado determinada la secuela o los resultados definitivos de la última intervención quirúrgica practicada por los facultativos del Servicio Canario de la Salud.

En el presente supuesto se desconoce la fecha exacta del alta médica y determinación de las secuelas, no obstante la reclamación que se analiza fue presentada por la interesada con fecha 7 de marzo de 2016, alegando mala *praxis* quirúrgica que le fue prestada a su hijo en diversas ocasiones, concretamente en los años 2003 y 2005 por los facultativos del HUGCDN para la reparación estética de una malformación congénita, sin perjuicio de que, tal y como se ha podido constatar, además pudiere haber sido intervenido en el año 2006. En todo caso, consta en el expediente informe del Jefe de Sección de Cirugía Plástica de 4 de octubre de 2007, que, por tanto, acredita que desde el año 2007 el paciente manifestaba su disconformidad con los resultados obtenidos tras la última reconstrucción practicada y sin que desde la fecha del informe se haya vuelto a intervenir. Por lo que, consistiendo la intervención quirúrgica en una asistencia de carácter estético y reparador, el daño por el que reclama está perfectamente determinado desde el año 2007 cuando el paciente ya mostraba cierta disconformidad.

En atención al escrito de reclamación presentado ante la ODDUS, en el año 2015, mostrando su disconformidad con la práctica quirúrgica realizada, se observa que se emite contestación por la Dra. responsable de la U.A.U. en fecha 1 de octubre de 2015. Además, el afectado también presentó en la ODDUS, reclamación en fecha 13 de octubre de 2015.

7. Por consiguiente, el daño físico alegado derivado de la intervención quirúrgica, en todo caso, ya estaba determinado en el año 2007, momento en el que mediante el citado informe consta la disconformidad exteriorizada del paciente con los resultados obtenidos. Por tanto, si consideráramos como primera reclamación la formulada en el escrito que se presentó ante la ODDUS en el año 2015, resulta evidente que se ha presentado fuera del plazo de un año que la norma establece. En consecuencia, la reclamación presentada ante el Servicio Canario de la Salud en el año 2016, se considera igualmente de carácter extemporáneo.

8. Además de que haya resultado acreditado que el daño que se alega deriva de una anomalía física que el afectado presenta desde el nacimiento, por razones ajenas

a cualquier intervención del Servicio Canario de la Salud, sin perjuicio de que el citado Servicio reparador le haya sido prestado, en la reclamación también se hace referencia a unas secuelas psicológicas derivada de la microtia. No se desprende del expediente que tal efecto en su salud mental haya sido causado por las intervenciones quirúrgicas practicadas y, aunque sí haya sido advertida en la Gerencia de Atención Primaria la existencia de un posible padecimiento psicológico, el origen de la causa se desconoce al no haberse aportado al expediente informe psicológico alguno con efecto probatorio por parte del afectado, como tampoco ha sido confirmada por los facultativos del Servicio Canario de la Salud.

A la vista de lo señalado anteriormente, no resulta suficientemente probada tal alegación para concluir que el alegado daño psicológico haya sido producido por el funcionamiento del Servicio público sanitario, sin que, consecuentemente, tampoco haya sido probado el daño moral o psicológico que se alega en el supuesto de que este fuere calificado de continuado.

9. En cuanto a la solicitud referida al Servicio Canario de la Salud para que soporte el costo de la intervención a efectuar por la Dra. F.F., de París, de acuerdo con los principios generales del Sistema de la Salud, así como lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), la sanidad pública tiene la obligación de atender sanitariamente a los ciudadanos pero no de abonar a éstos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en Ley General de Sanidad, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

El desarrollo reglamentario de este precepto de la LGS lo representa actualmente el art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, que dispone:

«La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción».

Reiterada jurisprudencia en relación con estos preceptos o con sus antecedentes legales ha insistido en que la prestación sanitaria exigible en el ámbito de la sanidad pública responde a los siguientes ejes fundamentales: que la citada prestación ha de otorgarse con los medios disponibles del Sistema Nacional de Salud; que la asistencia sanitaria ha de llevarse a cabo en términos de eficacia e igualdad, pero también en términos que permitan la estabilidad financiera del sistema, lo cual precipita en todo caso que la asistencia debida por el servicio público de salud se encuentra sometida a limitaciones; que no existe un derecho de opción de los beneficiarios del sistema público de salud para recabar asistencia sanitaria fuera del ámbito de ese sistema, ya que el recurso a la sanidad privada es excepcional por imperativo legal, ha de justificarse en cada caso y ha de hacerse ello con especial rigor, habida cuenta la calidad cierta de los recursos económicos y dotacionales del sistema público y la cualificación técnica y humana del personal al servicio del mismo; que, en razón de lo anterior, el servicio público de salud no puede arrostrar los gastos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a ese servicio, excepción hecha de los casos reglamentariamente establecidos; que, en atención a las previsiones reglamentarias vigentes, el recurso a la asistencia sanitaria privada que es susceptible de ser económicamente asumido por el sistema público de salud es exclusivamente el recurso debido a una asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, siempre que conste que no se pudieron utilizar los servicios sanitarios públicos y que se acudió a la prestación sanitaria privada de forma no abusiva ni desviada; y que una interpretación extensiva de la responsabilidad del sistema sanitario público por gastos generados como consecuencia de asistencia prestada en el ámbito privado, es interpretación que bien puede abrir la inaceptable espita discriminatoria consistente en incrementar las posibilidades de recepción de asistencia sanitaria en favor de quienes dispongan de recursos económicos para acudir a la asistencia privada, iniciando a renglón seguido el procedimiento para intentar obtener la restitución del desembolso efectuado, posibilidad que en ningún caso existiría para el mayoritario colectivo que carece de los recursos necesarios a tal fin.

Sucintamente, lo que la norma contempla es la oportunidad de la derivación hospitalaria que ha de ser aprobada por el órgano competente. En otro caso, será posible reintegrar los gastos por la asistencia sanitaria prestada cuando se trate de una urgencia inmediata y de carácter vital, y también en aquellos supuestos en los

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 la documentación obrante en el expediente sobre la oportunidad o conveniencia de esta intervención quirúrgica que se solicita a efectos de que sea abonada por el Servicio Canario de la Salud, se observa que la derivación médica ha sido valorada. Sin embargo, lo cierto es que la reclamante no ha presentado prueba médica, científica o técnica, que de alguna manera justifique esta pretensión de una nueva intervención quirúrgica de su hijo en un centro sanitario de París, con cargo a los recursos públicos del Sistema Nacional de Salud, ni que justifique la imposibilidad de realizarse en algún otro centro sanitario público o concertado en España.

10. En definitiva, la reclamación presentada en cuanto a la cantidad indemnizatoria que se solicita por el daño físico alegado se considera manifiestamente extemporánea, por lo que la solicitud debiera de haberse inadmitido a trámite. No obstante, dado que la misma ha sido tramitada, la Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación, se considera conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

Se considera conforme a Derecho la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por L.E.B.R., en nombre y representación de J.M.L.B., por haber prescrito su derecho a reclamar en cuanto al daño determinado, sin que se haya acreditado debidamente el nexo causal de las restantes pretensiones.