



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 213 / 2017

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de julio de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 202/2017 IDS)\**.

## FUNDAMENTOS

### I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución, formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS) tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La solicitud del dictamen a este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Está legitimada para solicitarla el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. La afectada ha manifestado que en su día se le diagnosticó, entre otras dolencias de variada naturaleza, estenosis del canal lumbar, estando afectadas las vértebras L-4 y L-5, la cual le causaba una lumbociática que afectaba su pierna izquierda, siendo precisa una intervención con la mayor inmediatez de tal dolencia. Sin embargo, pese a ello se le incluyó en la lista de espera para consulta en el Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario de Ntra. Sra. de La Candelaria para el día 24 de septiembre de 2014 y se le dio cita para la intervención quirúrgica

---

\* Ponente: Sr. Belda Quintana.

el día 10 de abril de 2015, lo que suponía para ella una espera excesiva para ser operada, intervención cuya realización consideraba urgente.

Además, durante tal periodo su estado de salud se fue agravando de forma progresiva hasta el punto de verse invalidada para realizar sus tareas básicas y esenciales, viéndose incluso impedida para caminar con normalidad y sufriendo fuertes dolores que eran muy difíciles de soportar, todo lo cual determina la urgencia de la intervención a la que finalmente se sometió.

4. Por lo tanto, ante tal indebida e injustificada tardanza optó por acudir a la medicina privada, específicamente al Centro hospitalario (...). El día 7 de octubre de 2014 aceptó el presupuesto de la intervención que le ofrecía este Centro privado y se le efectuó definitivamente la operación quirúrgica el día 15 de octubre de 2014.

5. La reclamante considera que el SCS contaba con los medios humanos, diagnósticos y terapéuticos precisos para tratar su grave dolencia con la urgencia y prontitud que la misma requería, pero ante la negativa del mismo se vio obligada a acudir al ámbito de la medicina privada, realizando un gasto que entiende que no debe asumir, el cual ascendió a 5.361,91 euros, al que le añade 2.000 euros en concepto de daño moral.

6. La reclamante, si bien solicita el reintegro de las cantidades abonadas por tal concepto, se deduce de su escrito que tal reclamación se encuadra dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pues con carácter previo a este procedimiento presentó el 17 de noviembre de 2014 en la Dirección del Área de Salud de Tenerife una solicitud de reintegro de gastos ocasionados por la referida intervención, que fue desestimada por Resolución 84/2015, de 21 de enero, del Director del Área de Salud de Tenerife, por idénticos motivos a los esgrimidos en la Propuesta de Resolución objeto del presente procedimiento, como posteriormente se verá.

Además, la reclamante interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife contra el SCS por considerar que el mismo le adeudaba la cantidad que abonó por la intervención realizada, solicitando nuevamente, el reintegro de cantidad. Este proceso finalizó con la Sentencia 280/2016, de 28 de abril, que desestimó dicha demanda.

7. Son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones

Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al haberse iniciado el procedimiento antes de la entrada en vigor de la citada Ley 39/2015.

## II

1. En lo que se refiere al procedimiento, el mismo comenzó con la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial el día 17 de noviembre de 2014.

El día 10 de marzo de 2015, se dictó la Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada.

El procedimiento cuenta con el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) de la Secretaría General del SCS y el del Jefe de Servicio de Gestión de Demanda Asistencial y con el trámite de vista y audiencia, habiendo presentado escrito de alegaciones.

2. El día 21 de marzo de 2017, se emitió una primera Propuesta de Resolución, acompañada del borrador de la Resolución, posteriormente se emitió el informe de la Asesoría Jurídica Departamental y el 31 de mayo de 2017 la Propuesta de Resolución definitiva, vencido el plazo resolutorio, sin justificación para ello; pero esta demora no obsta para resolver expresamente, existiendo deber legal al respecto, sin perjuicio de los efectos administrativos que debiera conllevar y los legales o económicos que pudiera comportar de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 42.1 y 7; 43.1 y 4; 141.3 y 142.7 LRJAP-PAC.

3. Por otra parte, concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, previsto en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los arts. 139 y ss. LRJAP-PAC.

## III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación formulada, considerando el órgano instructor que no concurren los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La Administración considera que en aplicación de la normativa vigente solo procede el reembolso de los gastos por asistencia sanitaria con medios ajenos al SCS cuando ésta tiene el carácter de urgente, inmediata y de carácter vital, lo que no ocurre en este caso, añadiéndose, que la pretensión de la interesada no encuentra justificación, ya que no solo no se trata de una urgencia vital, sino que tampoco solicitó una segunda opinión médica que pudiera derivar su traslado a otro centro sanitario público, añadiéndose, que no requirió la autorización previa de la Administración para el uso de medios ajenos, obstaculizando con ello la posibilidad de ser derivada a un centro concertado.

2. En el presente asunto, es necesario hacer una referencia directa a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Santa Cruz de Tenerife de 28 de abril de 2016, ya mencionada, deduciéndose del expediente su firmeza al no constar que se haya recurrido en tiempo y forma, y cuyos pronunciamientos de fondo han de ser tenidos en cuenta en este asunto en virtud del principio de cosa juzgada, manifestándose acerca del mismo, por parte de este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen 102/2015, de 24 de marzo), que la eficacia de la cosa juzgada material en los procedimientos administrativos implica que no es posible obviar los efectos jurídicos del fallo judicial ni las situaciones jurídicas creadas por él, como tampoco cuestionar los hechos declarados probados en dicha sentencia firme, que, además, han de ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la existencia o no de responsabilidad patrimonial dimanante del hecho lesivo.

Sin embargo, tal cosa juzgada no impide que se sustancie un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuya resolución ha de basarse en los hechos probados en la sentencia firme.

3. Pues bien, en dicha Sentencia se hace mención, primeramente, a los requisitos exigidos por la normativa y Jurisprudencia para el abono de los gastos médicos devengados en medios sanitarios privados por parte de los sistemas públicos de salud, que son: el carácter urgente inmediato y vital de la asistencia sanitaria, la imposibilidad de obtenerla oportunamente de los servicios sanitarios de los sistemas públicos de salud y la buena fe del beneficiario.

En aquélla, tras afirmarse que la interesada actuó de buena fe y que se ha demostrado la imposibilidad de ser atendida con mayor celeridad por los medios del SCS, se señala lo siguiente acerca del requisito del carácter urgente inmediato y vital de la asistencia:

«Acudiendo a la doctrina médica podemos concluir que la estenosis raquídea lumbar provoca un aumento del dolor de las piernas al caminar (pseudo-claudicación) lo que significa la disminución del nivel de actividad del paciente.

(...) No se ha aportado informe pericial alguno que determinase las consecuencias concretas de la dolencia de la actora.

(...) Ahora bien, de demorarse la intervención en 14 meses se habría perdido la funcionalidad de las extremidades inferiores. La respuesta debe ser negativa pues el referido informe médico alude a la intensidad de la dolencia como progresiva hasta hacerse incapacitante. Ello se refiere a que con el paso del tiempo el dolor dificulta la bipedestación hasta convertirse en tan dificultosa que el paciente opta por mantenerse sentado. Tal hecho no implica que la afectación de los miembros inferiores sea permanente sino que el dolor irradiado hacia las extremidades impide la deambulación, pero una vez paliado por la intervención (aún tardía) se recuperará la actividad en la mayoría de los casos.

Por lo expuesto del contraste entre los elementos fácticos y Jurisprudenciales cabe concluir que en el supuesto que nos ocupa no está incluido en los supuestos de riesgo vital, por lo que faltando uno de los requisitos exigidos, la pretensión debe ser desestimada».

4. Este Consejo Consultivo ha seguido también los criterios jurisprudenciales establecidos a la hora de determinar la procedencia del abono de los gastos médicos ajenos al SCS. En el Dictamen 169/2016, de 24 de mayo se afirma que:

«Así, en la Sentencia de la Sala de lo Social de dicho Tribunal, de 8 de noviembre de 1999, se señala, con referencia a la doctrina consolidada en relación con esta materia, lo siguiente:

“(...) en tanto la urgencia del caso clínico, unida a la desatención efectiva del enfermo, o solamente esta última, no imponga a los familiares del mismo y previos los asesoramientos facultativos suficientes el deber de hospitalización inmediata y utilización de la asistencia privada, para evitar que se ponga en peligro la vida o la curación definitiva del paciente supuestos de excepción muy calificada, (...) los gastos que el tratamiento particular de emergencia origine deben correr a cargo del Seguro”.

En este mismo sentido, 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, dispone que:

“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. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero”».

Y en el reciente Dictamen 82/2017, de 15 de marzo, se ha señalado al respecto que:

«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».

Esta doctrina resulta aplicable igualmente al presente asunto.

En efecto, de acuerdo con la documentación médica contenida en el expediente y el informe del SIP, la dolencia referida, diagnosticada por primera vez en 2011 (página 61 del expediente administrativo), no implicaba una asistencia sanitaria que pudiera considerarse propia de una urgencia vital, ni los efectos de la espera eran irreversibles, siendo indicativo de que ello es así el hecho de que en el Centro hospitalario privado la intervención se calificó como programada, no como urgente, constando en los informes de dicho Centro que la interesada en el momento de desarrollarse la misma cojeaba pero lo hacía sin paresias y con fuerza y sensibilidad normales (páginas 48 y 49 del expediente administrativo), no procediendo el reintegro de los gastos abonados por la interesada a la clínica privada por no reunirse los requisitos que para ello exige el art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre.

Además, se pusieron a su disposición todos los medios con los que cuenta el SCS, sin que se le negara en ningún momento la realización de la intervención y sin que la interesada, ante el retraso en su intervención, solicitara una segunda opinión médica dentro del sistema del SCS ni autorización para su derivación a un centro concertado. Todo ello implica que la Administración cumplió con la obligación de medios que le es propia, dentro de sus limitaciones, sobre la que ya se ha pronunciado este Consejo Consultivo de forma reiterada y constante (por todos, Dictámenes 433/2015, de 26 de noviembre, 486/2015, de 28 de diciembre y 50/2016, de 18 de febrero).

5. Por último, la interesada también reclama indemnización por el daño moral que alega haber sufrido, el cual no es indemnizable porque el SCS ha cumplido con la obligación que le es propia, tal y como ya se ha señalado, y porque, además, la realidad del mismo no se ha demostrado de modo alguno por parte de la interesada.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por (...), de sentido desestimatorio, resulta conforme a Derecho por las razones expresadas en el Fundamento III de este Dictamen.