



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 6 1 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 21 de febrero de 2018.

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 (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 22/2018 IDS)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica.

2. El interesado en este procedimiento solicita una indemnización que supera la cantidad de 6.000 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Consejero 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). Esta Ley es aplicable en virtud de lo dispuesto en 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, ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

---

\* Ponente: Sr. Belda Quintana.

3. 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 citada Ley 39/2015, de 1 de octubre.

## II

1. (...) formula con fecha 13 de agosto de 2014 reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños supuestamente causados por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud al no prestarle la asistencia sanitaria que requería.

Expone en su escrito inicial, entre otros extremos, lo siguiente:

«PRIMERO.- En el mes de diciembre de 2013 con motivo de una exploración rutinaria en el sector de la medicina privada, quien comparece fue diagnosticado de "Carcinoma vesical in situ", y dada la urgencia que la situación requería, con fecha 13 de marzo de 2014, fue operado en la Clínica (...).

Tras dicha operación, con fecha 21 de marzo (...), acudió a su centro de salud, donde le remiten al Servicio de Urología para control y tratamiento con carácter preferente. Esa misma tarde es atendido por el Servicio de Urología Dr. Negrín (...). En la referida consulta simplemente se recogen los documentos y se le informa verbalmente por aquel que parecía ser el médico que esto ya iba hacia adelante y lo mandaría a Oncología.

Como quiera que el tiempo transcurría sin recibir citación alguna para comenzar el tratamiento y siendo urgente su comienzo, decida continuar con la única vía posible, la medicina privada. El tratamiento prescrito por el médico fue de seis sesiones (una semanal) de, instilaciones con BCG, seguidas de otras seis semanas de descanso, tratamiento que comenzó en los primeros días del mes de abril.

En pleno tratamiento es citado para el día 23 de abril en el Servicio de Urología, acudiendo a la cita e informando al médico que lo atiende que dado que no recibía la citación del Servicio Canario de la Salud, había comenzado el tratamiento en el ámbito de la medicina privada, habiendo comprado, incluso, los medicamentos precisos, por lo que el médico (...) le manifestó que no abandonara el tratamiento durante las seis semanas prescritas por el médico privado (...) y que tomaba nota para que le citaran transcurridas las seis semanas de descanso.

Transcurre el plazo y no tiene noticias del S.C.S., por lo que tiene que acudir al médico privado, quien le realiza nuevas pruebas y a pesar de no detectarse células malignas, aconseja una nueva tanda de tres instilaciones con B.C.G.

Finalmente, el 8 de julio, acude nuevamente a su Centro de Salud y su doctora de cabecera remite otro fax al Servicio de Urología para que citen al paciente.

Por último, con fechas 15, 22 y 29 de julio, se le aplican las tres sesiones de instilación con BCG, siendo llamado por el Servicio de urología cuando ya está nuevamente en tratamiento».

El reclamante considera que resulta innegable el daño ocasionado, habiendo sido costeadado el tratamiento de manera privada, tanto las pruebas diagnósticas, como el seguimiento y tratamiento del carcinoma vesical que padeció.

Cuantifica la indemnización que solicita en la cantidad de 9.572,63 euros, coincidente con los gastos médicos a que asciende la asistencia sanitaria en centro privado.

Aporta con su reclamación diversos informes clínicos y copia de las facturas correspondientes a los citados gastos médicos. Propone además a efectos probatorios que se informe por los Servicios de Urología y Oncología del mencionado Hospital si es aceptable el lapso temporal que transcurre entre la primera visita al urólogo del citado Centro hasta la fecha de la reclamación, en que sigue sin ser citado. Propone asimismo como prueba la declaración testifical de los facultativos de los citados Servicios y del Centro de Atención Primaria que lo atendió.

2. En el presente procedimiento el reclamante ostenta la condición de interesado en cuanto titular de un interés legítimo, al alegar daños personales como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento.

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

3. La reclamación fue presentada con fecha 13 de agosto de 2014, antes del transcurso del plazo de un año desde la producción del daño que se alega, por lo que no es extemporánea (art. 142.5 LRJAP-PAC).

4. 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.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que impidan la emisión de un Dictamen de fondo, si bien se ha incumplido el plazo de seis meses que para su resolución establece el art. 13.3 RPAPRP. La demora producida no impide sin embargo su resolución, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 43.3.b) LRJAP-PAC.

Consta en el expediente que con fecha 29 de agosto de 2014 se requirió al interesado la subsanación y mejora de su solicitud. Cumplimentado este trámite, la reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite mediante Resolución de la Secretaría del Servicio Canario de la Salud de 3 de diciembre de 2014 (art. 6.2 RPAPRP), en la que asimismo se ordena el inicio del procedimiento y se resuelve comunicar al interesado que con la misma fecha se solicita, a través del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), el informe del Servicio cuyo funcionamiento haya causado la presunta lesión indemnizable, con suspensión del plazo para resolver el procedimiento y notificar la resolución por el tiempo que media entre la solicitud del informe preceptivo y la recepción del mismo y, en todo caso, por un plazo máximo de tres meses.

Con fecha 10 de noviembre de 2016 se emite informe por el mencionado SIP y a él se acompaña copia de la historia clínica del reclamante obrante en el Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín (HUGCDN), en la Gerencia de Atención Primaria y en la Clínica (...), así como el informe del Servicio de Urología del referido Hospital.

Consta asimismo que mediante Acuerdo probatorio de 2 de mayo de 2017 se admitieron las pruebas documentales y testifical propuestas por el reclamante, con excepción del informe a emitir por el Servicio de Oncología del HUGCDN por innecesaria, ya que los plazos en los que el paciente debió ser citado ya constan en el emitido por el Jefe de Servicio de Urología del mismo Centro. Se incorporaron asimismo los informes y documentación recabados por la Administración y, por último, se concede un plazo de 30 días al interesado para que aporte los datos de los testigos que pretende proponer, sin que se llevara a efecto.

El 24 de agosto de 2017 se concede trámite de audiencia al interesado (art. 11 RPAPRP), que no presenta alegaciones en el plazo concedido.

El procedimiento viene concluso con la preceptiva Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación formulada, que fue informada por la Asesoría Jurídica Departamental, según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento del Servicio Jurídico, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero, estimándola conforme a Derecho.

### III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, el reclamante sostiene que se ha producido una omisión de asistencia por parte del Servicio Canario de la Salud en el tratamiento del carcinoma vesical que padecía, por lo que debió acudir a un centro hospitalario privado, reclamando los gastos que le ha generado esta asistencia.

La Propuesta de Resolución desestima la reclamación al sostener que los gastos sanitarios abonados por el interesado y ahora reclamados en concepto de indemnización fueron realizados por él de forma voluntaria, sin que pueda imputarse a la Administración por una actuación contraria a la *lex artis*. Entiende por consiguiente que no concurren los requisitos necesarios para que proceda la declaración de responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud.

2. Por lo que se refiere a la actuación de la Administración sanitaria en este asunto, son relevantes los siguientes hechos que constan en el expediente a través de la historia clínica del paciente:

- En el mes de diciembre de 2013, el paciente es atendido en el centro médico privado Clínica (...) y diagnosticado de carcinoma vesical, del que fue intervenido en este mismo Centro el 13 de marzo de 2014.

- El 18 de marzo de 2014, el estudio anatómo-patológico realizado, informó de la existencia de un tumor tipo carcinoma papilar urotelial de alto grado no invasivo (pTa) y en cúpula carcinoma urotelial «in situ» (pTis) en cúpula, siendo la mucosa sin alteraciones relevantes.

- El paciente acude a su centro de salud, desde el que es remitido a la consulta de Urología del Centro de Atención Especializada (CAE) para control. Fue atendido por el médico especialista en urología el 21 de marzo de 2014, quién decide remitirlo al Servicio de Urología del HUGCDN.

- El 16 de abril de 2014 es atendido en Consultas Externas del Servicio de Urología del HUGCDN, indicando el paciente que ya había iniciado tratamiento con inmunoterapia endovesical con BCG en el entorno privado. En este momento se le explica la conveniencia de continuar con el tratamiento iniciado en el centro médico privado y se le cita para cistoscopia en el mes de junio de 2014.

- Con fecha 18 de junio de 2014, es citado regladamente y acude a consulta de Urología del HUGCDN. En la consulta el paciente manifiesta al Médico Urólogo que le atiende «que se ha realizado la prueba hace 4 días, en el centro privado». Se realiza exploración física y se le cita para control y nueva cistoscopia -según protocolo- en tres meses.

- Sin embargo, el paciente no aguarda los tres meses protocolarios y acude al centro urológico privado en el que se le realiza una uretrocistoscopia en fecha 10 de julio de 2014, cuyo diagnóstico no evidenció recidiva tumoral.

- El control protocolizado realizado por el Servicio de Urología del HUGCDN indica que el paciente se encuentra asintomático y los estudios cistoscópico y citológico realizados, no muestran recidiva tumoral en el paciente.

- Con fecha 13 de enero de 2015, se le realizó control hospitalario conocido y continúa sin recidiva tumoral, continuando con controles posteriores.

3. De estos antecedentes resulta pues que se trata de un paciente que, sin haber solicitado con carácter previo la asistencia sanitaria pública, acude por su propia iniciativa a un Centro médico privado, que le diagnosticó la enfermedad padecida y llevó a cabo la intervención quirúrgica que su tratamiento requería. Esta intervención no fue tampoco concertada por el Servicio Canario de la Salud.

Queda constancia además de que la primera vez que acude a su Centro de Salud fue en marzo de 2014, cuando ya había sido intervenido e iniciado el tratamiento. En este mismo mes es atendido en el CAE por el urólogo y derivado con carácter preferente al Servicio de Urología del HUGCDN, al que acudió el día 16 del mes siguiente. En este momento el facultativo que lo atendió le indica que no es recomendable continuar el tratamiento en el Hospital y que debe finalizarlo privadamente y le programa una cistoscopia de control para el mes de junio.

Sobre esta actuación, informa el Jefe del citado Servicio que fue correcta. Así, de forma coincidente con el SIP, pone de manifiesto que el hecho de indicarle la continuación del tratamiento ya iniciado en el Centro privado se motiva porque

pueden tratarse de cepas diferentes y está constatado que el tratamiento pierde eficacia si se cambia de cepa, por lo que no es aconsejable su suspensión.

En cuanto al control programado para el mes de junio mediante cistoscopia, expone que debe transcurrir aproximadamente un mes desde la finalización del tratamiento endovesical, dado que no es recomendable el hacerlo antes porque el proceso inflamatorio que acompaña a las instilaciones desvirtúan los resultados de la prueba.

Informa el SIP sobre este extremo que el paciente padecía un carcinoma vesical *in situ* y, por tanto, de riesgo bajo, por lo que la recomendación relativa a la cistoscopia de seguimiento, según la Guía Clínica de la Asociación Española y Europea de Urología es la siguiente: «Los pacientes con tumores con un riesgo bajo de recidiva y progresión deben someterse a una cistoscopia al cabo de 3 meses. En caso de ser negativa, se aconseja efectuar la siguiente cistoscopia los 9 meses y, posteriormente una vez al año durante 5 años».

Por tanto, al paciente se le programó la práctica de la prueba de control dentro del plazo de tres meses recomendado. De acuerdo con el informe del SIP, dado que el paciente fue intervenido en el Centro privado el 13 de marzo de 2014, le correspondería la práctica de la prueba, siendo muy estrictos, el 13 de junio de 2014 y el paciente fue citado para el día 18 del mismo mes, esto es, cinco días más tarde de la fecha hipotética. No obstante, esta cistoscopia no se llevó a cabo, puesto que ya se la había hecho privadamente por su propia iniciativa cuatro días antes (14 de junio), por lo se procedió a programarle una nueva cita en tres meses.

Los informes obrantes en el expediente avalan que esta decisión del paciente no se encuentra justificada, puesto que una demora de cuatro días entre la fecha en que se sometió a una cistoscopia en la medicina privada y la programada en el HUGDN no supone menoscabo alguno para su salud (informe del Jefe de Servicio de Urología). Se trata, indica el SIP, de un retraso mínimo que no supone alteración alguna para el buen pronóstico del carcinoma vesical padecido ni es determinante para la salud del paciente.

De todo ello se alcanza la conclusión de que la actuación de los servicios sanitarios ha sido correcta en todo momento y que los gastos médicos que ahora se reclaman en concepto de responsabilidad patrimonial han sido consecuencia de la propia iniciativa del interesado, que decidió acudir a un Centro privado para el diagnóstico y tratamiento de su enfermedad. La decisión de no continuar en el

ámbito público un tratamiento ya iniciado en aquel Centro también se encuentra médicamente justificada, ante la posibilidad de su pérdida de eficacia, con el consiguiente riesgo para la salud del paciente.

4. Por otra parte, en relación con la procedencia del reintegro de los gastos médicos sufragados en Centros privados, procede traer a colación la doctrina de este Consejo Consultivo, que sigue los criterios jurisprudenciales en la materia. En nuestro reciente Dictamen 213/2017, de 4 de julio, señalamos al respecto lo siguiente:

«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. Como se ha recogido en los citados Dictámenes y establece la legislación aplicable, para que el reintegro de gastos por asistencia sanitaria en el ámbito privado sea procedente, debe tratarse de una urgencia inmediata y vital para la que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios de la sanidad pública y sin que se produzca una utilización desviada o abusiva de esta posibilidad.

En el presente asunto no se cumplen tales requisitos, dado que la asistencia privada no tuvo por objeto una situación de urgencia vital, entendida como una situación patológica de tal gravedad que, como consecuencia de la misma, se encuentre en riesgo inminente la vida o la integridad física de la persona. El paciente podía haber acudido a los servicios sanitarios públicos a fin de recibir la asistencia que su patología requería, que, aunque grave, no participa del carácter de urgencia vital en el sentido expuesto.

En definitiva, la asistencia privada en este caso fue debida a la propia decisión del reclamante, que optó por acudir a tales servicios sin haber demandado previamente la asistencia sanitaria pública, por lo que a él le corresponde asumir estos gastos libremente efectuados. No procede por todo ello reintegro de gasto alguno ni declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los términos pretendidos, pues la actuación de los servicios sanitarios públicos ha sido en todo momento correcta.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación de indemnización formulada por (...), se considera conforme a Derecho.