



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 5 / 2 0 1 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 9 de enero de 2019.

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. 569/2018 IDS)\**.

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

### 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 de 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 legitimado para solicitarla el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, en primer lugar es necesario reproducir lo ya manifestado acerca de ellos en el anterior Dictamen emitido por este Consejo Consultivo (DCCC 53/2018), siendo los siguientes:

«El afectado manifiesta que en el año 2010 acudió a su médico de cabecera, perteneciente al SCS, por padecer de dolores en la zona rectal, estreñimiento, dificultades en la micción, goteo, necesidad frecuente de orinar, tanto de noche, como de día, siendo remitido al especialista de urología, el cual le diagnosticó hiperplasia benigna de próstata, prescribiéndole la medicación correspondiente.

---

\* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

Posteriormente, en junio de 2013 acude a su centro de salud por padecer rectorragia (sangrado al defecar), siendo remitido al Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, en donde se le practica un TSOH (prueba diagnóstica destinada a determinar la existencia de sangre en heces), la cual da positivo, presentando, además, hematuria y un incremento de las transaminasas; sin embargo, tras ello, sólo se le prescribe orfidal y no se le practica una colonoscopia, la prueba específica para comprobar si padece o no cáncer de colon.

4. Ante la omisión por parte de los facultativos del SCS de la prueba diagnóstica referida, el afectado se vio obligado a acudir al ámbito privado para realizarse la misma, asumiendo la totalidad de los gastos.

En febrero de 2014, en la Clínica (privada) (...), se le practicaron diversas pruebas, incluida la referida colonoscopia y se le detectó el engrosamiento mural del sigma y adenopatías milimétricas loco regionales, lo que supone, como se le confirma posteriormente por el facultativo especialista del Hospital Dr. Negrín, que padece un cáncer de colon (cáncer de sigma).

El día 29 de febrero de 2014 acude al Servicio de Cirugía General del Hospital Dr. Negrín y se le incluyó en una lista de espera para practicarle una sigmoidectomía laparoscópica, con la finalidad de extirparle la sigma rectal, donde se aloja el adenocarcinoma de bajo grado ya detectado, lo cual considera el afectado que es una decisión errónea, pues se retrasa en demasía la extirpación de su adenocarcinoma.

5. El afectado tuvo que viajar a Madrid por motivos familiares y allí sufrió fuertes molestias en la zona rectal por lo que acudió urgentemente a la Clínica (...), del ámbito privado, donde el Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid y jefe del Servicio de Cirugía del Aparato Digestivo de dicha Clínica, tras efectuarle una segunda colonoscopia, le intervino quirúrgicamente de urgencia el día 7 de marzo de 2014, detectándose tras ella que, en los 14 ganglios linfáticos del tejido adiposo pericólico que se aisló, en dos ganglios había muestra de metástasis de adenocarcinoma con signos de extensión extracapsular, deduciéndose del escrito de reclamación del afectado que después de la misma ha continuado con el correspondiente tratamiento de su dolencia en el SCS.

6. El afectado considera que ha habido una demora indebida e injustificada en el diagnóstico de su enfermedad, cáncer de colon, tanto porque en un primer momento se confunde sus síntomas con los problemas urológicos que sufre, como porque no se lleva a cabo, una vez que acude al Servicio de Medicina Interna del Hospital Dr. Negrín, la colonoscopia, prueba diagnóstica diferencial, que era necesaria, tanto por presentar rectorragias, como por haber dado positivo en la prueba TSHO, tal y como prescribe la ciencia médica.

Ello implica a su juicio una mala praxis médica que ha puesto en peligro su salud, máxime ante una enfermedad tan grave como es un cáncer de colon, obligándole a acudir al ámbito privado para realizarse dicha prueba y someterse a la oportuna cirugía con la urgencia

que su dolencia requería, asumiendo la totalidad de los gastos que ello le causó. Por tanto, solicita una indemnización total de 45.041,91 euros».

4. En segundo lugar, en el Dictamen anteriormente emitido se hicieron constar una serie de hechos, que con base en la documentación incorporada al expediente, se consideran indubitados, los cuales se reproducen en la nueva Propuesta de Resolución, que son:

- Que el interesado en su visita al médico de cabecera en 2010, presentó exclusivamente problemas urológicos que fueron diagnosticados y tratados correctamente.

- Que en su visita inicial al Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín en 2013, refiriendo padecer rectorragia, el que se le practicara TSOH, análisis para determinar la presencia de sangre en heces, implica una actuación conforme a la *lex artis*, pues era la prueba diagnóstica que procedía emplear de inicio.

- Finalmente, se consideró acreditado que en febrero de 2014 para el Servicio de Cirugía del Hospital Dr. Negrín no concurrían los requisitos médicos para intervenirlo de urgencia, sino como máximo en el plazo de un mes, programándose su intervención de modo preferente, como correspondía, sin que en todo ello se observe mala praxis, ni el incumplimiento de la obligación de medios que le es propia al SCS, ni mucho menos que con ello se pusiera en peligro su salud, tal y como se señaló en el Dictamen anterior.

5. 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 (RPAPRP), 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 Ley 39/2015.

## II

1. El procedimiento comenzó a través de la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuado el 23 de julio de 2014.

El día 9 de octubre de 2014, 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 día 26 de diciembre de 2017 se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, de sentido desestimatorio, que fue objeto del Dictamen 53/2018, de 7 de febrero, de este Consejo Consultivo, por el que se solicitó informe complementario acerca de si al dar positivo el TSOH ya referido, en atención a sus síntomas, procedía o no realizarle una colonoscopia, emitiéndose informe al respecto por parte de los Servicios de Cirugía General, Medicina Interna y Digestivo del mencionado Hospital.

Después de otorgársele el trámite de vista y audiencia, el interesado presentó escrito de alegaciones.

2. El día 19 de octubre de 2018, se emitió una nueva Propuesta de Resolución.

3. Concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el ejercicio del derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 139 y ss. LRJAP-PAC).

### III

1. La nueva Propuesta de Resolución, estima parcialmente la reclamación efectuada por el interesado, puesto que se considera que se actuó conforme a *lex artis* al no tramitar su intervención quirúrgica de colon como urgente, sino con carácter preferente en atención a sus síntomas, habiendo acudido el interesado al ámbito de la medicina privada de modo voluntario, razón por la que no procede el abono de las cantidades abonadas por él en relación con la misma.

Sin embargo, sí está demostrado que indebidamente no se le efectuó una colonoscopia tras ser positivo el resultado del TSOH y el gasto que se vio obligado a realizar el interesado por tal motivo, en el ámbito de la medicina privada, el cual le es reembolsable.

2. A la hora de entrar en el fondo del asunto es preciso tener en cuenta que el interesado considera que la mala praxis de la Administración sanitaria le generó no un daño físico, que evitó acudiendo al ámbito privado, sino un daño económico, concretándose la indemnización solicitada en la totalidad del gasto efectuado en centros hospitalarios privados ante lo que a su juicio constituye un incumplimiento de la obligación de medios por parte de los servicios sanitarios.

3. En los tres informes complementarios emitidos acerca de la única actuación del SCS que generó dudas acerca de si se trataba de una actuación contraria la *lex artis*, es decir, la relativa a si tras el resultado positivo del TSOH procedía o no practicarle una colonoscopia al interesado, los tres informes son concluyentes, coincidiendo en que, teniendo en cuenta no sólo los resultados del TSOH, sino el resto de circunstancias específicas, procedía practicarle una colonoscopia al interesado y pese a ello no se llevó a cabo por parte de los servicios sanitarios.

Sin embargo, está acreditado por las razones expresadas en el Dictamen anterior, a las que se hace referencia en el primer Fundamento del presente, que todas las actuaciones restantes han sido conformes a la *lex artis* y que si el interesado acudió a un Centro hospitalario para someterse a una intervención quirúrgica fue de modo voluntario, sin que se le negara tal intervención por parte del SCS, que además la programó como preferente.

4. Este Consejo Consultivo ha señalado, al respecto de la reclamación de la indemnización correspondiente a los gastos médicos asumidos de forma voluntaria en el ámbito de la medicina privada, como por ejemplo se hizo en los Dictámenes 36 y 82/2017, 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 ser de plena aplicación al presente supuesto, correspondiendo abonar al interesado los gastos derivados únicamente de las pruebas diagnósticas y consulta de cirugía que se vio obligado a asumir en un centro hospitalario privado ante la negativa indebida del SCS, pero no el resto de gastos asumidos por él, pues no sólo no se demostró la urgencia vital, sí el correcto tratamiento preferente que el SCS le ofreció, sino que el SCS no le negó en ningún momento efectuarle la intervención quirúrgica que su patología requería.

5. La Propuesta de Resolución, que estima parcialmente la reclamación del afectado, es conforme a Derecho en virtud de lo señalado.

Al interesado le corresponde la indemnización establecida por el SCS, 876,30 euros, cantidad que se basa en la facturas aportadas por el propio interesado.

En todo caso, la cuantía de esta indemnización referida al momento en el que se produjo el daño, ha de actualizarse en el momento de resolver el procedimiento de acuerdo con el art. 141.3 LRJAP-PAC.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que estima parcialmente la reclamación del interesado, se considera conforme a Derecho. En consecuencia, el Servicio Canario de la Salud ha de abonar al reclamante la cantidad de ochocientos setenta y seis euros con treinta céntimos (876'30), importe que habrá de ser actualizado conforme a lo dispuesto legalmente.