



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 22 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. 596/2018 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud (SCS). La solicitud de dictamen, de 7 de diciembre de 2018, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 13 de diciembre de 2018. De la cuantía reclamada se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del dictamen, según los arts. 12.3 y 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, el primer precepto, con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...), al haber sufrido en su esfera personal y patrimonial el daño por el que reclama [art. 4.1.a) LPACAP].

No obstante, ha de señalarse que la reclamante falleció el 19 de julio de 2017, durante la tramitación del procedimiento que nos ocupa, presentándose por su hijo,

* Ponente: Sra. de León Marrero.

(...), el 12 de marzo de 2018, reclamación en iguales términos que la de su madre, si bien limita su pretensión indemnizatoria al reintegro de los gastos médicos ocasionados por la asistencia sanitaria privada prestada a su madre.

En relación con ello, el 22 de junio de 2018, se dictó por el Secretario del Servicio Canario de la Salud Resolución de acumulación de ambas reclamaciones por tener idéntico objeto, al tiempo que declaraba que el hijo de la fallecida se subrogaba en la posición de aquélla.

Pues bien, no procede la acumulación de las reclamaciones, sino que ha de entenderse que se trata de la misma reclamación, por adquirir el hijo de la finada la condición de reclamante por sucesión *mortis causa*.

Así, al respecto deben aclararse dos cosas.

Ante todo, si bien el hijo de la fallecida reproduce la reclamación de su madre, sin embargo, en el *petitum* sólo reclama por los gastos médicos de asistencia sanitaria privada, que ascienden a 19.168,26 euros, renunciando, por ende, a otro tipo de indemnización solicitada por su madre. Asimismo, tampoco reclama por el fallecimiento de aquélla, precisamente porque fue atendida por la sanidad privada.

Dado que el perjuicio por el que reclama se limita al reintegro de unos gastos generados por su madre que integrarían la masa hereditaria, el derecho del reclamante constituiría un derecho propio transmisible *iuris causa*.

Ello permite atribuir a (...) la condición de interesado en este procedimiento, que es el único existente, sin que haya lugar a acumulación alguna, en virtud del art. 4.3 LPACAP que señala: «cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento».

No existe, pues, ni acumulación ni subrogación, sino sucesión *mortis causa* del hijo en la posición procesal de su madre.

Respecto de la sucesión en la posición procesal del reclamante, ha señalado este Consejo, por todos, en su Dictamen 401/2014, lo siguiente:

«La mera continuación de la intervención en un procedimiento de una persona en representación de otra que falleció con posterioridad a la iniciación de aquél sin modificar en nada la causa de pedir que sustenta la reclamación de que se trata, sino que al contrario reproduce las alegaciones iniciales sin imputar el fallecimiento del inicial reclamante al funcionamiento del servicio público de salud y, por ende, sin reclamar indemnización alguna por dicho óbito, imponen considerar que, mediante la continuación de su intervención en el

procedimiento, esta intervención es ahora a nombre propio y que está reclamando lo que le era debido a su marido, es decir, que reclama a título sucesorio *mortis causa* y no como perjudicada.

Al mantener como hecho imputable al funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria el que constituía la causa de pedir del reclamante inicial, solo puede aceptarse de la esposa interviniente, cuya representación de aquél se ha extinguido, una legitimación activa *iure hereditatis*; lo que significa que continúa con la reclamación de su cónyuge a título de heredera y causahabiente del mismo, pretendiendo la satisfacción del derecho resarcitorio del marido. Se trata de una sucesión procedimental determinada por la transmisión del derecho substantivo subyacente regulada en el art. 31.3 LRJAP-PAC en los siguientes términos: "Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento".

Según los arts. 657, 659 y 661 del Código Civil, los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones; y la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte.

El interesado inicial reclamaba por una lesión, sin precisar, de su derecho a la protección de su salud. Éste es un derecho personalísimo que se extingue con su fallecimiento y por tanto no es transmisible. Pero la lesión de ese derecho genera un derecho de resarcimiento de contenido económico y por tanto transmisible, como resulta del art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS) que al regular la acción directa contra el asegurador de la responsabilidad patrimonial por daños confiere legitimación tanto al perjudicado como a sus herederos. Esta referencia expresa a los herederos tiene por presupuesto la patrimonialidad del derecho al resarcimiento y por tanto su transmisibilidad.

No hay por consiguiente obstáculo legal a la legitimación activa de la viuda a título hereditario, pero no constando en el expediente que sea la única heredera de su marido, mientras no acredite la condición de única heredera, hay que considerar que actúa en beneficio de la comunidad hereditaria conforme a la constante y uniforme jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que reconoce legitimación activa a cualquier comunero para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad (SSTS de 15 de enero de 1988, de 14 de marzo de 1994, y de 7 de diciembre de 1999, entre otras muchas).

Esto significa que en casos similares al presente de sucesión procedimental, si procediere la estimación total o parcial de la pretensión resarcitoria el beneficiario de esa eventual estimación deberá ser la comunidad hereditaria pero no el único compareciente, en tanto no acredite su condición de único heredero».

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. A la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud le corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario conforme a la Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos de este Servicio.

4. 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.

5. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, al haberse presentado dentro del plazo de un año para reclamar establecido en el art. 67.1 LPACAP, pues la interesada interpuso aquel escrito el 19 de julio de 2016, respecto del reintegro de gastos de una asistencia que se continúa prestando en el momento de la reclamación en el ámbito de la medicina privada, si bien la indemnización se limitaría a la cantidad hasta tal momento abonada, siendo la última factura presentada de 27 de junio de 2016.

No obstante, el hijo de la fallecida aporta nuevas facturas posteriormente que incrementarían el *quantum* indemnizatorio por él solicitado.

III

La interesada, en su escrito de reclamación, expone como hechos en los que funda la presente reclamación lo siguiente:

Que fue intervenida de cáncer de endometrio IAG2 en abril de 2013, sometiéndose en enero de 2015 a TAC abdomino pélvico con contraste, como prueba diagnóstica de control.

Con fechas 5 y 16 de febrero de 2015, acudiría a consulta de oncología del Hospital Dr. Negrín para conocer el resultado de la prueba, siendo el diagnóstico: recidiva del cáncer de endometrio mixto IAG2 en forma de carcinomatosis

peritoneal, siendo informada por la doctora que la atendió que, dada su edad y patología, no era candidata a tratamiento de quimioterapia y que se le derivaría a la unidad de cuidados paliativos.

Que a consecuencia de que el Servicio Canario de la Salud le denegara sin fundamento alguno el tratamiento de quimioterapia al que tenía derecho por ser ciudadana protegida y con derecho al acceso a la sanidad universal y gratuita, tuvo que acudir a la sanidad privada, concretamente al Hospital (...) donde, tras las pruebas y valoraciones oportunas fue sometida a varios ciclos de quimioterapia pues no existía impedimento alguno para someterse a los referidos ciclos.

Alega que el sentirse desahuciada por la Administración sanitaria le ha ocasionado no solo un importante daño emocional, sino también un quebranto económico al tener que abonar el coste de la referida asistencia privada.

Solicita por ello el reembolso de la cuantía de la asistencia privada que asciende a 11.863,63 euros, así como indemnización por los daños morales que alega haber sufrido, que valora en 10.000 euros.

IV

1. En cuanto a la tramitación del procedimiento, no se han producido irregularidades que obsten la emisión de un dictamen de fondo.

No obstante, nos remitimos a lo expresado ya en relación con la acumulación procesal.

Por otra parte, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Sin embargo, aun fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (arts. 21.1 y 6 LPACAP).

2. Constan las siguientes actuaciones:

- El 25 de julio de 2016 se identifica el procedimiento y se insta a la interesada a mejorar su solicitud mediante la aportación de determinada documentación, de lo que ésta recibe notificación el 28 de julio de 2016, aportando lo solicitado el 8 de agosto de 2016.

- Por Resolución de 5 de septiembre de 2016, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación de la interesada, de lo que es notificada aquélla el 12 de septiembre de 2016.

- El 6 de septiembre de 2017 se solicita informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), que, tras haber recabado la documentación oportuna, lo emite el 7 de mayo de 2017.

- El 9 de mayo de 2018 se dicta acuerdo probatorio en el que se incorporan las pruebas aportadas por la Administración, y se admiten las solicitadas por la interesada y, puesto que todas ellas son documentales y obran ya en el expediente, se declara concluso este trámite. De ello recibe notificación por la reclamante el 22 de mayo de 2018.

- El 9 de mayo de 2018 se confiere a la interesada trámite de audiencia, lo que se le notifica el 22 de mayo de 2018, sin que se hayan presentado alegaciones.

- Paralelamente, el 12 de marzo de 2018, se interpuso reclamación por (...), hijo de la interesada, por haber fallecido ésta en el curso del procedimiento. Aquella reclamación fue admitida a trámite por Resolución de 26 de abril de 2018.

- Es el informe del SIP emitido, el 19 de junio de 2018, en relación con esta reclamación el que pone de manifiesto que se trata del mismo caso ya informado, pues el hijo de la fallecida no hace referencia en su escrito a la reclamación interpuesta por su madre por los mismos hechos.

- Así pues, mediante Resolución de la Secretaría General del SCS, de 22 de junio de 2018, se procede a la acumulación de los dos procedimientos, de lo que el interesado recibe notificación el 13 de julio de 2018.

Al respecto nos remitimos a lo ya expuesto en el presente informe.

- El 12 de junio de 2018 se dicta Propuesta de Resolución desestimatoria de la pretensión de la interesada, constando en igual sentido borrador de Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud, sin fecha, lo que es informado favorablemente por el Servicio jurídico el 7 de noviembre de 2018, por lo que el 22 de noviembre de 2018 se dicta Propuesta de Resolución definitiva que se remite a este Consejo para la emisión del preceptivo dictamen.

V

1. Como se ha indicado, la Propuesta de Resolución desestima, correctamente, la pretensión de la reclamante y, posteriormente, de su heredero, con fundamento en los informes recabados en la tramitación del procedimiento, y, en especial del SIP.

2. Pues bien, debe ser desestimada la reclamación interpuesta, a cuyo efecto es preciso señalar los antecedentes de relevancia en relación con el presente procedimiento que constan en la historia clínica de la reclamante. Y es que ésta funda su reclamación en el hecho de tener que acudir a la sanidad privada para recibir tratamiento de quimioterapia, por haber sido éste denegado por la sanidad pública.

- Se trata de una paciente de 78 años remitida al Servicio de Oncología Médica del Hospital Universitario de Gran Canaria Doctor Negrín (HUGCDN) desde el Servicio de Ginecología por recaída peritoneal de carcinoma de endometrio, siendo vista por primera vez en dicho servicio el 16 de febrero de 2015.

- En su historia oncológica se anota que en 2012 fue diagnosticada de adenocarcinoma de endometrioide IAG2, siendo intervenida el 16 de abril de 2013, realizándosele histerectomía total y doble anexectomía.

Tras revisiones y estando asintomática, en octubre de 2014 se observa elevación de marcadores tumorales, por lo que se solicita estudio de extensión con TAC de tórax con nódulos pulmonares sin cambios y TAC de abdomen (realizado el 27 de enero de 2015).

En el estudio de tórax se observa: nódulo de 6 mm en segmento anterior del LSD. Nódulo de 5 mm en segmento posterior del LSD. Nódulo subpleural de 5 mm en LSD. Pequeñas atelectasias subsegmentarias bibasales. Mediastino bien configurado sin nódulos ni masas. Pequeño islote óseo en arco costal en quinto arco costal derecho.

En el estudio de abdomen, se anota: a nivel del muñón vaginal, se identifica, en el margen lateral izquierdo varios implantes tumorales que se continúan a través de la fascia pélvica lateral del mismo lado, de 21x26 mm, de 10 mm, 9 mm y 23x22 mm, encontrándose este último en el interior de una gran lesión quística que ocupa la teórica localización del fondo de saco de Douglas de aproximadamente 98x44x86 mm en los ejes transversal, anteroposterior y craneocaudal respectivamente, y que contacta con varios segmentos de sigma sin plano graso de clivaje por lo que no se puede descartar infiltración tumoral del mismo. Implante tumoral quístico peritoneal

izquierdo en íntimo contacto con la unión colon sigmoidea con probable infiltración tumoral del mismo, de 29 mm. Implante tumoral omental anterior de 16 mm.

A la vista de las pruebas médicas, por Oncología se concluye lo siguiente:

Cambios postquirúrgicos secundarios a histerectomía y doble anexectomía con recidiva tumoral local, identificando varios implantes tumorales sólidos y otros mixtos de predominio quístico que contactan con varios segmentos de sigma y colon izquierdo por lo que no se puede destacar infiltración tumoral de los mismos. Implante tumoral omental anterior de 16 mm. Probables hemangiomas hepáticos. Nódulos pulmonares en lóbulos superiores, indeterminados.

Juicio clínico: carcinoma de endometrio estadio IV (implantes peritoneales).

Plan: se explica diagnóstico, pronóstico y posibilidades de tratamiento. Dada las comorbilidades de la paciente (CI y ERC) y el alto riesgo de complicaciones con la quimioterapia para el beneficio esperable se decide conjuntamente con la paciente no administrar tratamiento de quimioterapia. Se realiza interconsulta a Unidad de Cuidados Paliativos.

3. A la vista de tales antecedentes el informe del SIP viene a concluir:

«Consideramos que de acuerdo con la conclusión manifestada en el Informe del Jefe de la Unidad de Cuidados Paliativos del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín (HUGCDN), de fecha: 04-10-2016, y por la revisión exhaustiva de los informes clínicos de la paciente cargados en el programa DRAGO del Hospital, además de la amplia bibliografía revisada, la paciente hoy reclamante -tanto en el momento de la primera visita como posteriormente-, no era candidata a recibir terapia sistémica.

La terapia sistémica no era conveniente su administración en la paciente, ya que Oncología Médica especificaba que la paciente no era candidata a tratamiento con quimioterapia, debido a su situación clínica: 78 años, Hipertensión Arterial (HTA), Diabetes Mellitus tipo 2 (DM2), Dislipemias (DLP). Insuficiencia Renal Crónica (ERC-3), Cardiopatía Isquémica (CI), Enfermedad Arterias Coronaria (EAC-3 vasos).

Así pues, los servicios asistenciales de la Administración Sanitaria (Cuidados Paliativos y Oncología Médica) decidieron no administrarle terapia sistémica. Se informó de todo ello a la paciente y se decidió, conjuntamente con ella, no administrar dicho tratamiento con quimioterapia».

Así se ha justificado la adecuación de la atención dispensada por la sanidad pública en el informe del Jefe de Servicio de Oncología Médica del HUGCDN, emitido el 18 de octubre de 2016, donde señala:

«-De acuerdo con las recomendaciones de las diferentes Guías Nacionales e Internacionales, se trata de una paciente con buen estado general, frágil por una elevada comorbilidad para la administración de terapias sistémicas, hechos que según la Guía de Valoración Geriátrica Inicial la clasifican como tipo 3 de Balducci (Tipo 3: paciente dependiente, con 3 o más comorbilidades o presencia de un síndrome geriátrico. Candidato a tratamiento sintomático exclusivamente). La fragilidad se considera como aquel síndrome clínico, fruto de una disminución de las reservas fisiológicas, que condiciona una menor capacidad de respuesta al estrés y que se asocia a mayor riesgo de incapacidad y mayor morbimortalidad. Se ha demostrado que la fragilidad se relaciona con malos resultados terapéuticos (...).

- La administración de quimioterapia en pacientes mayores de 65 años (tercera edad) lábiles, Tipo – 3 de Balducci, con las características reseñadas y, concretamente en este caso, con 78 años, HTA, DM2, DLP, insuficiencia renal crónica (ERC – 3), cardiopatía isquémica, EAC – 3 vasos, Stent Xience a DA media y cáncer de endometrio estadio IV B de bajo riesgo y baja carga tumoral no visceral, no hay evidencia en estudios Fase II, fase III que demuestren beneficio clínico con impacto en supervivencia global.

- De acuerdo con la revisión exhaustiva de los informes clínicos de la paciente y la amplia bibliografía revisada, en el momento de la primera visita y posterior, la paciente no era candidata a recibir terapia sistémica».

Así, de todo ello cabe concluir que la decisión de no administrar quimioterapia a la paciente, amén de haberse consensuado con ella, está plenamente justificada, siendo la misma conforme a la *lex artis*, y es que, con el diagnóstico de carcinoma de endometrio en la fase en la que se hallaba [estadio IV (implantes peritoneales)], y dadas las comorbilidades de la paciente, el riesgo-beneficio desaconsejaba aquel tratamiento [alto riesgo de complicaciones con la Quimioterapia (QT) para el beneficio esperable].

4. Ahora bien, ciertamente, la paciente pudo haber discrepado de aquella opción terapéutica y pedir una segunda opinión médica, pero no lo hizo. Unilateralmente acudió a la sanidad privada y allí fue tratada sin autorización del Servicio Canario de la Salud, solicitando ahora el reembolso de los gastos abonados en ella.

Al respecto, como aclara el SIP, y así recoge la Propuesta de Resolución, el derecho que asiste a los pacientes de los centros y servicios sanitarios adscritos al SCS a una segunda opinión médica está regulado por la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias en su art. 8, así como por la Orden de 28 de febrero de 2005 de la Consejería de Sanidad, por la que se aprueba la carta de los

derechos y los deberes de los pacientes y usuarios sanitarios, estableciéndose al efecto que debe sujetarse a la normativa vigente. Ello exige la previa solicitud de una segunda opinión médica, estando disponible al efecto, en la página web del SCS, modelo de solicitud que podrá presentarse en la Dirección de Área de Salud correspondiente.

No consta que ello se haya realizado por la interesada.

En todo caso, la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad en el sistema Nacional de la Salud, señala en su art. 9 que las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, únicamente se facilitarán por el profesional legalmente habilitado, en los centros y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo en situaciones de riesgo vital.

Al respecto, en el presente caso, tampoco concurrió la situación de urgencia vital que habilitara a la reclamante a acudir unilateralmente a un centro privado, lo que sí permitiría el reintegro de los gastos realizados.

En tal 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 establece que «en 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 aquel y que no constituye una utilización desviada abusiva de esta excepción».

Al respecto, como recuerda la Propuesta de Resolución, «Estima la jurisprudencia en este sentido, que para calificar la situación de urgencia vital sigue siendo válida la doctrina legal que la ha definido como una situación patológica de tal gravedad que, como consecuencia de la misma, esté en riesgo cierto e inminente la 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-Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio y 1 de agosto de 1991, dictadas para unificación de doctrina-, mas siempre concurriendo la nota de perentoriedad, debida a que la medida terapéutica sea inaplazable -Sentencia del Tribunal Supremo 14 de diciembre de 1988- de suerte que no basta que el tratamiento alternativo sea simplemente beneficioso para la salud del paciente o mejore sus expectativas de vida, ni se comprenden aquellos supuestos en que la intervención no sea apremiante ni imprescindible -Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1980-».

No concurrieron estas circunstancias en el presente caso. Hasta tal punto no fue así que, de hecho, la reclamante comienza el primer ciclo de quimioterapia el 22 de octubre de 2015, esto es, 8 meses después de la consulta en Oncología Médica del HUGCDN, lo que permite descartar la existencia de urgencia vital e inmediata.

Por tanto, no procede el reintegro de los gastos solicitados por asistencia privada, ya que no se dan los requisitos para ello. Y es que no se fundamenta en una previa remisión por la sanidad pública ni autorización para el uso de medios ajenos a la red de hospitales de la Comunidad Autónoma realizada por los cauces previstos para ello, ni se justifica la ausencia de tal procedimiento por existencia de urgencia vital.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta Resolución es conforme a Derecho, sin perjuicio de las observaciones realizadas, debiendo desestimarse la reclamación interpuesta.