



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 8 8 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 30 de julio 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. 257/2019 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad el 3 de julio de 2019 y que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 4 de julio de 2019, 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.

2. El importe de la indemnización reclamada que asciende a 14.226,64 euros, determina la preceptividad del dictamen y la competencia del Sr. Consejero de Sanidad para recabarlo, según los arts. 12.3 y 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación, el primer precepto, con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Asimismo son de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

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].

2. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del 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.

Mediante 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, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

4. 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. Y es que la interesada interpuso escrito el 4 de enero de 2018, respecto del reintegro de gastos de una asistencia prestada en el ámbito de la medicina privada, y en el extranjero (Tailandia), siendo las facturas presentadas correspondientes a gastos de viaje, estancia e intervención quirúrgica de reasignación de genitales emitidas entre mayo y agosto de 2017, habiéndose producido la estancia en Bangkok entre el 24 de julio y el 22 de agosto de 2017, por lo que no ha transcurrido más de un año desde el hecho por cuyo resarcimiento se reclama y la interposición del escrito de reclamación.

III

La interesada, en su escrito de reclamación, expone como hechos en los que la fundamenta los siguientes:

«Primero.- La dicente, que había nacido como varón biológico (...), ha sido intervenida en dos ocasiones con la finalidad de adecuar y reasignar quirúrgicamente su sexualidad.

Ya desde 2015 viene asistiendo a los distintos tratamientos que le fueron prescritos, y tratada en la UAT (Unidad de Atención a Transexuales) del Servicio Canario de la Salud.

Segundo.- Desde muy temprana edad hubo de ser sometida a tratamiento psicológico y médico a fin de producir tratamiento adecuado a su necesidad que necesariamente ha debido pasar por la reasignación sexual legal precedida de una mamoplastia de ampliación.

Tercero.- Los antecedentes clínicos y sociológicos demandaban desde hace más de dos años una necesaria intervención quirúrgica para conseguir la mejora de sus circunstancias y para su desarrollo personal, permitiéndole una integración sin estar expuesta a situaciones de discriminación.

Así, en junio de 2016, fue intervenida quirúrgicamente practicándosele una mamoplastia de ampliación. Sin embargo, y muy a su pesar, la demora en la intervención de reasignación de genitales (penectomía, orquidectomía, vaginoplastia y creación de neoclitoris) que pudiera haber terminado con las dificultades psíquicas y psicológicas de la dicente se ha hecho muy lenta y sin previsión de fechas para la materialización a través de los servicios médicos del Servicio Canario de la Salud, lo que la obligaron a acudir a la medicina externa y en el extranjero al presentar mayores garantías de éxito en la intervención y probada experiencia profesional».

El objeto de la reclamación es el reintegro de los gastos originados por responsabilidad patrimonial, al tener que acudir a la medicina privada para recibir la asistencia que debió proporcionarle el Servicio Canario de la Salud (SCS), al entender que «en este caso, mi exigencia de que se pusieran a mi disposición los medios precisos para la recuperación de mi salud no se ha cumplido, habiendo debido desplazarme a un centro privado en el extranjero donde se han utilizado medios diagnósticos y terapéuticos de los que, evidentemente, disponía el Servicio Canario, pero que no supieron utilizar durante todo el tiempo en el que he permanecido en espera de una atención definitiva».

Solicita por ello una indemnización que asciende a 14.226,64 euros, lo que se desglosa en: el reembolso de la cuantía de la asistencia privada, que asciende a 9.157,89 euros, a lo que añade los gastos de estancia y traslado al lugar de asistencia, por importe de 2.068,75 euros, así como los daños morales que alega haber sufrido «a resultas de toda esta situación», que valora en 3.000 euros.

IV

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

2. Por otra parte, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 21.2 LPACAP. Sin embargo, aún 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).

3. Constan las siguientes actuaciones:

- El 7 de febrero de 2018 se identifica el procedimiento y se insta a la interesada a mejorar su solicitud mediante la aportación de proposición de pruebas y número de teléfono de contacto, de lo que ésta recibe notificación el 14 de febrero de 2018, sin que se aporte nada al efecto.

- Por Resolución de 27 de abril de 2018 del Director del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación de la interesada, de lo que es notificada aquélla el 4 de mayo de 2018.

- El 2 de mayo de 2018 se solicita informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), lo que se reitera el 6 de febrero de 2019 tras haber presentado la interesada escrito, el 4 de febrero de 2019, instando el impulso del procedimiento. Tras haber recabado la documentación oportuna, aquel informe se emite el 13 de febrero de 2019.

- El 6 de marzo de 2019 se dicta acuerdo probatorio en el que se incorporan las pruebas aportadas por la Administración, y se admiten las aportadas por la interesada y, puesto que todas ellas son documentales y obran ya en el expediente, se declara concluso este trámite. De ello se recibe notificación por la reclamante el 18 de marzo de 2019.

- El 7 de marzo de 2019 se confiere a la interesada trámite de audiencia, lo que se le notifica el 18 de marzo de 2019, compareciendo aquélla el 15 de mayo de 2019 a fin de acceder al expediente y solicitar copia de determinada documentación, que se le entrega en el acto. No consta la presentación de alegaciones.

- El 9 de mayo de 2019 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 11 de junio de 2019, por lo que el 3 de julio de 2019 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 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 quirúrgico de reasignación de sexo, por haber sido éste denegado de facto por la sanidad pública al considerar la interesada que el tiempo de espera era excesivo.

Como señala la propia reclamante en su escrito inicial, y así se recoge en el informe del SIP tras recabar la historia clínica de aquélla:

- Había nacido como varón biológico, habiendo sido intervenida en dos ocasiones con la finalidad de adecuar y reasignar quirúrgicamente su sexualidad.

- Desde el año 2015 viene asistiendo a los distintos tratamientos que le fueron prescritos y tratado en la Unidad de Atención a Transexuales de Tenerife (UAT) del Servicio Canario de la Salud.

- En junio de 2016 fue intervenida de mamoplastia de ampliación, a cargo del SCS.

- En julio de 2017, se interviene de genitoplastia en clínica privada de Tailandia.

3. A la vista de tales antecedentes se han emitido los siguientes informes, de los que el SIP y la Propuesta de Resolución, concluyen correctamente la improcedencia del reintegro solicitado.

Por un lado, la Jefa de Servicio de Psiquiatría del HUC emite informe el 6 de agosto de 2018, en el que afirma que la reclamante, tras ser valorada en dos ocasiones por su Servicio, es considerada apta para continuar, con el proceso de reasignación sexual, en una primera etapa, mediante terapia hormonal.

Se cierra la consulta y se continúa el seguimiento por Psicología y Endocrinología del HUC.

Es vista por Endocrinología del HUC por primera vez el 16 de mayo de 2015, tras aportarse informes favorables, tanto de Psiquiatría como de Psicología, por lo que se inicia el tratamiento hormonal.

En julio de 2016 se realiza mamoplastia de aumento.

Hasta este momento, se observa una actuación sanitaria conforme a la *lex artis*.

Por otro lado, respecto a la intervención quirúrgica de genitoplastia, que es el objeto de la reclamación que nos ocupa, el SIP solicitó informe a la UAT en relación con la cobertura del SCS en este tipo de atención médica.

Tal informe, emitido el 6 de marzo de 2019 es contundente al señalar:

«1. (...) ha sido atendida por los profesionales de la Unidad de Atención a Transexuales (UAT) de Tenerife que le han explicado que si elegía operarse en Tailandia el Servicio Canario de Salud no asumiría los gastos.

2. En el año 2007, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud hizo una convocatoria para establecer qué centros serían de referencia (CSUR) para la atención integral a la transexualidad a nivel nacional, incluyendo cirugía de reasignación genital, pero ésta quedó desierta.

3. Para las intervenciones quirúrgicas de reasignación genital, el Servicio Canario de la Salud ha solicitado al Ministerio de Sanidad que establezca un centro de referencia nacional (CSUR) donde realizar estas intervenciones, ya que el SCS no cuenta con profesionales formados y con experiencia quirúrgica en reasignación genital que garanticen que la cirugía se lleve a cabo con los estándares de calidad definidos.

4. Para las intervenciones quirúrgicas de reasignación genital, el Servicio Canario de la Salud tiene establecido que la derivación se realice al Hospital (...) de Málaga a través del Área de Salud, ya que es el único centro a nivel nacional con experiencia y profesionales específicamente formados que asumen las derivaciones de otras comunidades autónomas. Este hecho supone permanecer en una lista de espera de varios años.

5. El actual documento de referencia es el "Protocolo de atención sanitaria a personas transexuales", que se presentó e implantó en el año 2010, y que, respecto a la reasignación genital indica:

4.2. Tratamiento quirúrgico en el Servicio Canario de la Salud:

"El Servicio Canario de la Salud establecerá los mecanismos oportunos que garanticen que la cirugía se lleve a cabo conforme a los criterios y la cartera de servicios que define el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad (MSPSI) para el Sistema Nacional de Salud, y de acuerdo con los estándares de calidad establecidos para los centros de referencia nacionales (CSUR)"».

Por tanto, conforme al referido informe, para la intervención a la que la reclamante se sometió en el extranjero el SCS tiene establecido que la derivación se realice, a través del Área de Salud, al Hospital (...) de Málaga, ya que es el único centro a nivel nacional con experiencia y profesionales específicamente formados que asumen las derivaciones de otras Comunidades Autónomas, lo que implica, al ser un único centro a nivel nacional, permanecer en una lista de espera de varios años.

Sin embargo, la reclamante, a pesar de contar nuestro Sistema Nacional de Salud con esta prestación, si bien no en Canarias, decidió no esperar acudiendo a la medicina privada y además fuera de España.

De hecho, como se hace constar, en primer lugar, en el referido informe, la interesada conocía estas circunstancias, ya que los profesionales de la UAT de Tenerife que la han atendido le explicaron que «si elegía operarse en Tailandia el Servicio Canario de Salud no asumiría los gastos», por lo que cuando ésta decidió hacerlo, fue voluntariamente a sabiendas de que dicho tratamiento no tenía cobertura por el SCS.

Estamos ante un supuesto donde la alegada «espera» en la asistencia que se prestaría a la paciente está plenamente justificada y, en todo caso, aquélla habría sido intervenida, si bien, conforme al procedimiento y en el centro señalado, a lo que no quiso acceder la paciente, siendo por ello, conforme a la *lex artis* el funcionamiento del servicio asistencial prestado a la reclamante.

Sin embargo, la paciente unilateralmente, y con previa advertencia de que no tendría cobertura, acudió a la sanidad privada en el extranjero y allí fue tratada sin autorización del Servicio Canario de la Salud, solicitando ahora el reembolso de los gastos abonados en ella.

Debe aclararse, además, que 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, 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-».

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

«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”».

En nuestros Dictámenes 82/2017, de 15 de marzo, y 213/2017, de 4 de julio, hemos señalado en supuestos similares 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».

4. Esta doctrina resulta aplicable igualmente al presente asunto.

En efecto, de acuerdo con la documentación medica contenida en el expediente y el informe del SIP, la intervención quirúrgica de cambio de sexo referida no implicaba una asistencia sanitaria que pudiera considerarse propia de una urgencia vital, ni los efectos de la espera eran irreversibles, no procediendo por tanto 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 conste que la interesada, ante el retraso en la práctica de la misma, solicitara autorización para su derivación al centro concertado de Málaga, sino que directamente decidió acudir a la sanidad privada.

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).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, debiendo desestimarse la reclamación interpuesta.