



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 4 / 2 0 2 0

(Sección 1ª)

La Laguna, a 30 de enero de 2020.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera 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. 498/2019 IDS)\**.

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

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual al Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 16 de agosto de 2018 a instancia de (...), como consecuencia de los daños presuntamente causados por la asistencia sanitaria prestada en dependencias del SCS.

2. El reclamante solicitaba una indemnización de 30.000 euros, cantidad que determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la titular de la Consejería 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 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).

También son de aplicación las Leyes 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; la 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del paciente y de los derechos y

---

\* Ponente: Sra. de Haro Brito.

obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y no extemporaneidad de la reclamación.

4. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aún expirado este, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

5. 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.

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.

6. No se aprecia que se haya incurrido en deficiencias en la tramitación del procedimiento, por lo que nada obsta un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

## II

1. La sucesión de hechos alegada por el interesado es la siguiente:

- Con fecha 13 de octubre de 2004 fue derivado por el Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria (HUNSC) a la Unidad de Maxilofacial del Hospital Universitario de Valdecilla en Santander.

- Por problemas en las encías, con fecha 25 de octubre de 2016, acude al Servicio de Maxilofacial del HUNSC, dejando por escrito el facultativo que lo justo es que fuera valorado por los mismos profesionales que en su momento lo hicieron en Santander.

- Se insta reclamación por no estar de acuerdo con el diagnóstico emitido, solicitando un cambio de profesional. Lo conceden, pero la sorpresa fue que lo atendió el mismo, reflejando éste en la historia clínica que el paciente entró gritando en la consulta, lo cual no es cierto.

- Se reclama de nuevo, solicitando un cambio de Hospital, y se lo conceden, pero, sin ser valorado, lo único que le contestan es que su asistencia sanitaria se realiza en centro privado.

- Al no entender que, si en 2004 había sido derivado, por qué ahora la única solución que le daban era la asistencia médica privada, se desplaza a Santander, comprobando que su afección sí se realiza por la Seguridad Social.

- En Santander le confirman que sí le realizan la intervención, pero ha de estar empadronado en esa Comunidad Autónoma. Al realizar el cambio de padrón, tuvo que cambiar de médico, domicilio, y le supuso la pérdida de las ayudas sociales que venía recibiendo dado los bajos ingresos que percibe por una incapacidad total para su puesto de trabajo. La intervención tuvo lugar el 18 de junio de 2018, con alta hospitalaria el 5 de julio del mismo año.

2. El Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) emite informe que acredita la siguiente sucesión cronológica de hechos:

*«- En junio de 2004, el reclamante es atendido en el servicio de Cirugía Maxilofacial del HUNSC. Presentaba deformidad dentofacial clase III, edentulismo completo maxilar y portaba prótesis mucosoportada (prótesis dental removible). Se indica cirugía preprotésica (procedimiento quirúrgico cuyo fin es acondicionar o preparar los tejidos maxilares para el posterior anclaje de implantes y colocación adecuada de prótesis dental) a realizar en dicho centro sanitario.*

*- El paciente comunica que la cirugía la va a realizar en Santander, es originario de Cantabria.*

*Por parte de la Dirección del Área de Tenerife (2004/2005) le fueron facilitados los billetes para el desplazamiento. Circunstancia sorprendente comoquiera que la cirugía preprotésica pudiera haber sido realizada en su lugar de residencia siendo la decisión de trasladarse a Cantabria exclusivamente atribuible al reclamante por razones personales, en ningún caso por razones clínicas o por insuficiencia de medios.*

*El 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 en su art. 2.4 que: «Los servicios de salud que no puedan ofrecer alguna de las técnicas, tecnologías o procedimientos contemplados en esta cartera en su ámbito geográfico establecerán los mecanismos necesarios de*

canalización y remisión de los usuarios que lo precisen al centro o servicio donde les pueda ser facilitado, en coordinación con el servicio de salud que lo proporcione».

Conforme al R.D. el Servicio Canario de la Salud tiene establecida esta prestación, regulada mediante la Instrucción 1/09 del Director, para el traslado de pacientes que requieran ser diagnosticados y/o atendidos en centros sanitarios de referencia, hospitales de otra Área de Salud y/o servicios del Sistema Nacional de Salud, tras la evaluación objetiva de su necesidad.

- Es intervenido quirúrgicamente en el Hospital (...) en junio de 2005, por la existencia de hueso en cantidad insuficiente se realizan injertos de cresta iliaca derecha para la atrofia maxilar que padecía.

Sin perjuicio de las revisiones oportunas relacionadas con la cirugía, una vez transcurren unos 4 meses es cuando se colocan los implantes osteointegrados y la prótesis implantosoportada como tratamientos rehabilitadores siendo que estos procedimientos se practicaron en servicios privados, dado que no se trata de prestación cubierta por el Sistema Nacional de Salud.

- En los años sucesivos consta en la documentación clínica que el reclamante reiteradamente, para tratamientos médico-quirúrgicos de otras patologías (ostecondroma recidivado, Unidad de Raquis, etc.), acudía al Hospital de Santander, por razones personales y de proximidad familiar.

Desde diciembre de 2013 tiene reconocido por el Instituto Cántabro de Servicios Sociales grado de discapacidad, que fue modificado en 2016.

En septiembre de 2014 se le reconoce una incapacidad permanente.

- En la fecha 25 de octubre de 2016 es valorado por el Servicio de Cirugía maxilofacial del HUNSC. Es diagnosticado de perimplantitis, proceso relacionado principalmente con reservorios de periodontopatógenos de bolsas residuales, aunque también influyen aquellos factores que facilitan la colonización de la superficie implantaria y la susceptibilidad a la infección.

Ante esta situación se le recomienda: «puesto que el tratamiento que precisa consiste en desmontar la prótesis implantosoportada y probablemente retirar implantes, recomiendo que sea el cirujano maxilofacial que le ha intervenido el que lo trate dado que tiene la posibilidad de que este cirujano le valore nuevamente en Santander. A este respecto se aclara, que se trata del especialista privado que colocó los implantes y la prótesis, no del tratamiento preprotésico recibido en el Hospital (...).

- Se desplaza a Santander y el 26 de diciembre de 2017 con carácter privado, por especialista Dr. (...), que a su vez trabaja en el Hospital público, se retira la estructura metálica de los implantes así como los implantes afectados por la periimplantitis.

- El 10 de enero de 2018 es atendido como segunda opinión facultativa en el HUC. Acude para rehabilitación de la cavidad con implantes y se le indica que no es una prestación incluida en los servicios de Sistema Nacional de Salud.

El 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, en el Anexo 11.9.5 y en el Anexo VI. RP201 se expresa que los implantes dentarios quedan excluidos a excepción de los implantes quirúrgicos para pacientes con procesos oncológicos y pacientes con malformaciones congénitas que cursan con anodoncia. Circunstancias no presentes en este caso.

- Entre el 22 y el 23 de enero de 2018 por los mismos servicios privados en Santander, se le confecciona una nueva prótesis. Y en escáner de control se observa que presenta déficit óseo residual, es entonces cuando se valora la necesidad de intervención quirúrgica a fin de realizar injerto óseo.

- En abril de 2018, es atendido en consultas externas de Cirugía maxilofacial del Hospital (...). Tras el resultado del escáner que objetivó nuevamente déficit óseo en maxilar superior se propone nueva cirugía preprotésica.

El 18 de junio de 2018 en centro público (...) se realiza para la atrofia maxilar, nuevo injerto óseo de calota craneal y rama ascendente mandibular.

- Consta que modifica su lugar de residencia 4 meses, entre el 22 de marzo de 2018 y el 9 de julio de 2018, según refiere a fin de realizar la cirugía preprotésica. Una vez que se establece la necesidad, no consta solicitud ante el Servicio Canario de la Salud a fin de que le fuera practicada la misma.

- En octubre de 2018, se implantan 3 piezas dentarias y en enero de 2019 cuarto implante, como ya se había mencionado por especialista en régimen privado.

#### CONCLUSIONES

La asistencia sanitaria prestada en el Servicio Canario de la Salud, se considera adecuada conforme al RD 1030/2006 que establece el contenido de la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias de salud pública, atención primaria,

*atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario. Siendo la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias.*

*- Por parte del SIP se emite informe desfavorable».*

3. En el trámite de vista y audiencia del expediente el interesado no presenta alegaciones ni documentación alguna.

4. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el interesado, por la asistencia sanitaria que le fue prestada, al entender la no concurrencia de los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

### III

1. En el presente procedimiento el interesado reclama por los presuntos daños derivados del cambio de padrón, de médico, domicilio, lo que le supuso, según su versión, la pérdida de las ayudas sociales que venía recibiendo dado los bajos ingresos que percibe por una incapacidad total para su puesto de trabajo.

Sin embargo, como hemos reiterado en múltiples ocasiones, sin la constatación de esos hechos no es posible establecer que existe una relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada por los facultativos del SCS y los supuestos daños por los que reclama. Y sin la determinación de ese nexo causal no es posible la estimación de la pretensión resarcitoria.

En este caso, además, resulta que del expediente se desprende que el reclamante no solicitó al SCS la realización de la cirugía preprotésica, única técnica cubierta por la Seguridad Social ya que, libremente, decidió que se le realizase en Santander.

En efecto, tal como hemos advertido en distintas ocasiones (ver por todos, DCC 82/2017):

*«(...) 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, que dispone:*

*“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”».*

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.

Pues bien, no habiendo solicitado la asistencia para la realización de la cirugía preprotésica previa a los implantes dentarios, el SCS no debe asumir los gastos derivados de haberse desplazado a Santander para intervenir allí. De lo anterior se desprende que el supuesto daño por el que se reclama no es consecuencia de la actuación de la administración sanitaria, por lo que no se le puede exigir responsabilidad alguna.

2. Pero aun en el caso de que la atención prestada por el SCS no fuera ajustada a la *lex artis*, en el presente caso el reclamante no ha probado la realidad del daño; esto es, no acredita ni daños físicos o morales, ni menoscabo económico derivado del cambio de padrón, de médico y de domicilio, que, según afirma, le supuso la pérdida de ayudas sociales.

Como hemos reiterado en múltiples ocasiones (ver por todos, Dictamen 366/2019, de 10 de octubre), según el art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -norma no aplicable al presente caso, pero similar al art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público-, requisito necesario para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como señala la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone.

Sobre la Administración únicamente recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquella toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).



En el expediente hay constancia de patología mental, pero muy anterior al momento en que se producen los hechos a los que imputa la causación de los daños por los que reclama, por lo que no son consecuencia de los mismos. Sin embargo, no la hay de ese menoscabo económico que alega.

De esa indeterminación del daño se deriva, en consecuencia, que tampoco se pueda estimar la pretensión resarcitoria.

En definitiva, la ausencia de elementos necesarios impide el nacimiento de la responsabilidad de la Administración prestadora del servicio, lo que lleva a este Consejo a concluir que la Propuesta de Resolución, que desestima la pretensión resarcitoria del reclamante, es conforme a Derecho.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución que desestima la reclamación patrimonial del interesado es conforme a Derecho.