



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 0 / 2 0 2 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 3 de marzo 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. 18/2020 IDS)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado mediante oficio firmado el 22 de enero de 2020 por la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias (Registro de entrada en el Consejo Consultivo el 24 de enero de 2020), es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud (SCS).

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva dada la cuantía reclamada, un total de 7.402,37 euros, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

3. En el análisis a efectuar son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y 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, por ser las normas que estaban vigentes al tiempo de iniciarse el procedimiento de responsabilidad patrimonial el 28 de noviembre de 2015 mediante la correspondiente reclamación (Disposición Transitoria Tercera de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común).

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

También 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; 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; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...), la cual reclama en su propio nombre, al haber sufrido daños personales y morales, por la presunta actuación pasiva o negligente ante sus padecimientos del Servicio Canario de la Salud, por una tumoración en el ovario derecho, con inflamación apendicular, lo cual tuvo lugar entre finales de agosto de 2015 hasta el 19 de septiembre de 2015 en la que es intervenida quirúrgicamente en la (...) (art. 31 LRJAP-PAC).

La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

2. 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.

3. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación de responsabilidad patrimonial, pues se presentó el 18 de noviembre de 2015, habiéndose producido la intervención quirúrgica en la sanidad privada ((...)) el 19 de septiembre de 2015 (art. 142.5 LRJAP-PAC).

III

La interesada presenta reclamación el 18 de noviembre de 2015 en la que expone los siguientes hechos:

«PRIMERO.- Que el pasado día 18 de septiembre de 2015 tuve que acudir de urgencias a la (...) de la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, donde quedé ingresada de urgencias, con

un cuadro de dolor intenso abdominal, Centro Hospitalario en el que al día siguiente, 19 de septiembre de 2015, se me práctico una operación quirúrgica de urgencia, tal como consta en el Certificado emitido por el Dr. (...), en donde puede leerse que:

"(...), ha sido intervenida laparoscópicamente en la Clínica (...) en las Palmas de Gran Canaria, ante cuadro de dolor intenso abdominal, blumberg positivo, afebril, y a la exploración ginecológica, destaca la movilización -sic- cervical muy dolorosa, douglas abombado sobre todo a expensas de unto apendicular y anexial derecho, en la ecografía transvaginal se aprecia tumoración compleja objetivada días antes en consulta, por lo que aparenta endometriosis residual, anexial dcha complicada, cuadro adherencial, estudios preoperatorios normales, pendientes de completar el ingreso urgente en la fecha 18-09-2015.

Se aporta copia debidamente adverada de dicho informe, como DOCUMENTO N° 1.

Como puede apreciarse en la lectura del informe, el ingreso y la intervención quirúrgica a la que fui sometida se efectúa con carácter urgente, siendo muy fuertes los dolores que padecía y que me obligaron a acudir a urgencias.

SEGUNDO: Este cuadro doloroso agudo, sin embargo, no se presentó el día 18 de septiembre de 2015 cuando acudí a la (...), sino que venía padeciendo el mismo desde finales del mes de agosto de 2015.

Así, el día 30 de agosto de 2015, tuve que acudir, también de urgencias, a la Clínica (...) de Maspalomas, donde, tal como consta en el informe del Servicio de Urgencias de dicho centro y que, debidamente adverado acompañamos como DOCUMENTO N° 2, se me práctico TAC de Abdomen, leyéndose en el mismo que:

"Inmediatamente caudal ciego se identifica una lesión quística, ovalada, de 36 mm de diámetro máximo y de paredes hipercaptantes, aparentemente dependiente del anejo derecho que podría ser compatible con un quiste folicular, no podemos descartar otras etiologías, útero aumentado de tamaño y de aspecto muy heterogéneo. Recomendamos valorar estos hallazgos, mediante estudio endovaginal".

Puesto que el dolor no cesaba, el día 31 de agosto de 2015, acudí al servicio de urgencias del Hospital Materno-Infantil de Las Palmas de Gran Canaria, tal como acredito con copia del Informe Clínico de Urgencias que debidamente adverado, acompaño como DOCUMENTO N° 3.

En dicho informe puede leerse, que acudí a urgencias refiriendo un dolor de abdomen de dos días de evolución, habiendo presentado el día anterior un episodio de vómito.

El diagnóstico que se emite es el de "dolor abdominal inespecífico". Por ello, se me dio de alta, recomendando el seguimiento por el médico de atención primaria, y en caso de empeoramiento, acudir nuevamente al servicio de urgencia.

El día 4 de septiembre de 2015, decido acudir a la consulta particular del Dr. (...), que diagnostica:

"CUADRO ABDOMINAL AGUDO PENDIENTE DE VALORACIÓN QUIRÚRGICA PREFERENTE, ENDOMETRIOSIS ANEXIAL DCHA. RECIDIVANTE, TU ANEXIAL COMPLEJA, VERSUS EPI, SOLICITUD DE LAPAROSCOPIA PREFERENTE."

Se adjunta dicho informe como DOCUMENTO Nº 4

Este informe que indicaba que mi intervención era preferente, lo mostré en todas y cada una de las consultas posteriores, ya que al no remitir los dolores en ninguno de los días venideros, tuve que acudir nuevamente a urgencias del Hospital Materno Infantil el día 13 de septiembre de 2015, tal como se constata en el informe Clínico de Urgencias que debidamente averado acompañamos como DOCUMENTO Nº 5.

De su lectura consta que el dolor que venía sufriendo no cesaba con analgesia.

En el mismo se hace constar también la sospecha de endometriosis y la existencia de pólipo endometrial y folículo hemorrágico.

Sin embargo, y pese al cuadro que presentaba y el dolor agudo que venía padeciendo y que se extendía ya durante más de quince días, me remiten a mi domicilio, recomendando un control de seguimiento por el ginecólogo de zona.

Nuevamente en mi domicilio, el dolor seguía siendo incesante por lo que el día 15 de septiembre de 2015, tuve que acudir nuevamente al Servicio Canario de Salud.

Pues bien, los facultativos que me asistieron determinaron pólipo endometrial, que el proceso doloroso que sufría requería una intervención quirúrgica no urgente, por lo que se me incluiría en las listas de espera, se aporta solicitud de inclusión en lista de espera quirúrgica como DOC. Nº 6

Dado que el dolor no cesaba, el día 17 de septiembre de 2015, tuve que acudir nuevamente al Hospital Materno-Infantil de Las Palmas, donde nuevamente se diagnostica "dolor abdominal inespecífico", remitiéndome a mi domicilio y recomendando el seguimiento por el médico de atención primaria y en caso de empeoramiento acudir nuevamente al servicio de urgencias. Se adjunta copia del Informe Clínico de Urgencias debidamente averada, como DOCUMENTO Nº 7.

Puesto que el dolor era insoportable, y ante la multiplicidad de ocasiones que había acudido al Servicio Canario de Salud demandando la atención que requería el malestar que experimentaba sin que se hubiera adoptado medida alguna dirigida a paliarlo, el día 18 de septiembre de 2015 decidí acudir de forma particular al Servicio de Urgencias de la (...) de Las Palmas, donde fui atendida, quedando ingresada ese mismo día para ser intervenida quirúrgicamente de urgencias al día siguiente, esto es, el día 19 de septiembre de 2015, tal como he acreditado con copia del informe acompañado como DOCUMENTO Nº 1.

En el consta, como hallazgo quirúrgico:

"TUMORACIÓN QUE ENGLOBA EL ANEJO DERECHO, SIMULADO CUADRO EPI (ENFERMEDAD PÉLVICA INFLAMATORIA- ABSCESO TUBOOVARICO), DERECHO CON INLAMACIÓN APENDICULAR".

El ingreso URGENTE en la (...) de Las Palmas el día 18 de septiembre de 2015, consta también en el Certificado emitido por dicha entidad en fecha 22 de septiembre de 2015, corno DOCUMENTO Nº 8.

La intervención quirúrgica a la que fui sometida fue: LAPAROSCOPIA QUIRÚRGICA URGENTE, tal corno se lee en el recibo firmado por el médico que practicó la intervención, esto es, el Dr. (...), que tiene fecha 20 de septiembre de 2015, y que consta unido a las facturas que presenta como DOCUMENTO Nº 9.

Tras la intervención quirúrgica a la que fui sometida se practicó el correspondiente estudio de anatomía patológica, en el que consta como diagnóstico:

"A) Apéndice cecal con signos de hiperplasia linfoide folicular, fenómenos epiteliales reactivos y periapendicitis crónica con focos de actividad inflamatoria aguda.

B) Pieza de anexectimía derecha donde se identifica:

-CUERPO LUTEO HEMORRAGICO ROTO y severo proceso inflamatorio mixto parcialmente abscesificado que afecta a ovario y tejido paraovárico adyacente con signos de sangrado reciente y antiguo.

-Hallazgos histológicos compatibles con diagnóstico clínico ENFERMEDAD PÉLVICA INFLAMATORIA CRÓNICA CON SIGNOS DE ACTIVIDAD AGUDA".

Informe del que se deduce que me tuvieron que extirpar de urgencias el apéndice, así como el ovario derecho y la trompa derecha.

Se adjunta informe de anatomía patológica como DOC. Nº 10 e informe del doctor (...) como DOC Nº 11.

TERCERO. - De los hechos relatados se constata con claridad:

Que los dolores que venía sufriendo desde finales de agosto de 2015, hasta el día 19 de septiembre en el que fui intervenida quirúrgicamente requerían un ingreso hospitalario y una intervención inmediata, lo que no se llevó a cabo por los facultativos que se integran en el Servicio Canario de Salud.

Que he estado reclamando la atención sanitaria procedente por parte del Servicio Canario de Salud, acudiendo en múltiples ocasiones a los Centros de Salud y Hospitales Públicos correspondientes, sin obtener curación ni mejoría alguna del tratamiento en ellos recibido.

Que dicha atención sanitaria fue, por tanto, deficiente, puesto que la mejoría que sentí tras ser intervenida en la (...) fue inmediata.

Que como consecuencia de esa deficiente atención sanitaria he sufrido fuertes dolores abdominales que no remitían con los analgésicos, por lo que resulta evidente la existencia de daños tanto patrimoniales como morales, que corresponden ser indemnizados a la Administración a la que me dirijo. (...)».

IV

1. En cuanto a la tramitación del procedimiento, constan las siguientes actuaciones:

- La reclamante presenta reclamación de responsabilidad patrimonial el 18 de noviembre de 2015. Solicita una indemnización de 4.402,37 en concepto de daño patrimonial y de 3.000 € en concepto de daño moral.

- Se requiere a la interesada a efecto de subsanar y mejorar la reclamación formulada, aportando con fecha 9 diciembre, copia del D.N.I y autorizando el acceso a su historia clínica.

- Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2015 del Secretario General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación presentada, solicitando informe al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud, para que a la vista de la Historia Clínica y del que provenga del servicio cuyo funcionamiento hubiera ocasionado la presunta lesión indemnizable, se valore la existencia o no de relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada al reclamante y los daños y perjuicios por los que reclama.

El citado informe se emite con fecha 12 de julio de 2017 y a él se acompaña copia de la historia clínica de la reclamante obrante en el Complejo Hospitalario Insular Materno Infantil (CHUIMI) e informes preceptivos del Servicio de Obstetricia y Ginecología del CHUIMI, así como la historia clínica de Atención primaria.

- Por el órgano instructor se dicta acuerdo probatorio, con el resultado que obra en las actuaciones, incorporando la documental propuesta por la interesada y la declaración jurada de (...). Asimismo, la Administración propone como prueba, la documental con aportación de la historia clínica de la interesada e informes de los servicios implicados en la asistencia.

- Ultimada la instrucción del procedimiento se acordó, el preceptivo trámite de audiencia que fue notificado a la interesada quien no formula alegaciones.

- Elaborada una primera Propuesta de Resolución por la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud el 7 de noviembre de 2019, junto a borrador de Resolución de la Directora del SCS, desestimando la reclamación, se solicita informe a la Asesoría jurídica Departamental, que es emitido con fecha 11 de diciembre de 2019 estimando ajustada a derecho la propuesta formulada.

- Finalmente, la Propuesta de Resolución de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, que se somete a Dictamen de este Consejo, es de fecha 17 de enero de 2020.

2. Se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 13.3 de Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial. No obstante, 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 (art 42 LRJAP-PAC).

V

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, partiendo de la historia clínica y el informe del SIP.

En los antecedentes del informe del SIP se señala:

«A.- La paciente contaba con antecedentes algias pélvicas desde 2007, que el 21.01.10 le fue realizada laparoscopia diagnóstica encontrándose síndrome adherencial leve y descartando la existencia de endometriosis.

F.- Nuevamente en privado Dr. (...) 4 de septiembre Ecografía: Anejo izquierdo normal. Anejo derecho con quiste hemorrágico de segunda fase vs endometrioma (quiste endometrio).

13.09.15: Servicio de urgencias del Hospital Materno Infantil. Se explora, se realiza ecografía transvaginal con la existencia de folículo hemorrágico en anejo derecho ya conocido y nueva analítica sin parámetros alterados. Cuando se presenta una paciente con dolor abdominopélvico, la valoración inicial más importante es determinar si se trata de un abdomen agudo quirúrgico, lo que quedó descartado. Se pauta analgesia y se cursa alta hospitalaria.

Los quistes foliculares del ovario son las estructuras quísticas más comunes halladas en los ovarios normales. Estos quistes provienen de variaciones patológicas temporales de un

proceso fisiológico normal. En ocasiones estos quistes funcionales pueden sangrar aunque habitualmente esta hemorragia no tiene significado clínico. Su manejo es conservador. Muchos de ellos se resuelven dentro de las 8 a 12 semanas de observación. En caso de que el sangrado fuera masivo requeriría intervención quirúrgica.

G.- 15 de septiembre de 2015 es citada en consulta programada de Ginecología a fin de transmitir a la paciente los resultados de las pruebas realizadas el 31 de agosto. No manifiesta dolor ni sintomatología acompañante.

Se incluye en lista de espera para histeroscopia para resección del pólipo uterino ya conocido. Se le explica, entiende y firma documento de consentimiento informado.

El 16 de septiembre de 2015 manifiesta a su médico privado Dr. (...), la decisión de ser intervenida para lo que debe practicar preoperatorio».

2. El informe del SIP llega a las siguientes conclusiones:

«1.- No existe evidencia de que la atención prestada haya sido incorrecta, o inadecuada.

2.- El diagnóstico efectuado a la reclamante en la sanidad pública fue el correcto y le fueron practicadas las pruebas médicas precisas para la patología que presentaba.

3.- La Historia clínica y los informes médicos evidencian que la sanidad pública optó por una actitud expectante, que exigía observar la evolución de la patología de la reclamante antes de la aplicación de un tratamiento quirúrgico, no indicado ni exento de riesgos.

4.- El gasto ocasionado por la intervención quirúrgica realizada en un centro privado es consecuencia de la voluntad de la interesada, que optó por ser tratada por otro especialista al margen del sistema público de salud, quien ya le venía tratando, sin que tal elección tuviera como causa un erróneo diagnóstico o deficiente atención sanitaria por parte del Servicio sanitario público o bien una urgencia vital.

5.- Se emite informe desfavorable».

3. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación porque considera que la interesada no ha acreditado que la intervención a la que fue sometida en clínica privada el día 18 de septiembre (*sic*) pueda ser catalogada de urgente y que no existía una situación de urgencia vital para la reclamante. También considera que no queda acreditado que en el caso que nos ocupa existiera indicación clínica para realizar la apendicectomía y la anexectomía, insistiendo en que la reclamante no ha podido acreditar la urgencia de la intervención, al no lograr incorporar al expediente en fase probatoria, el informe de (...), facultativo privado que la atendió, ratificándose en la urgencia de la misma. Argumenta, por tanto, que de los informes incorporados al expediente y de la historia clínica de la interesada se puede concluir que el Servicio Canario de la Salud realizó un diagnóstico adecuado de la patología

que presentaba la paciente, pautando el tratamiento indicado para ello, con la extirpación de los pólipos que finalmente se realiza el 12 de enero de 2016.

Derivado de lo anterior, la Propuesta de Resolución afirma que *«podemos concluir que la reclamante fue adecuadamente diagnosticada por el Servicio Canario de la Salud, incluyéndola en lista de espera de histeroscopia para resección del pólipo uterino, de tal manera que su legítima decisión de acudir a la sanidad privada no debe implicar que la Administración deba afrontar los gastos sufragados por ella. No consta acreditada la urgencia vital de la intervención y no consta la negativa injustificada al tratamiento de la sanidad pública, razón por la que la interesada debe asumir las consecuencias de su legítima decisión de acudir a la sanidad privada, al no objetivarse responsabilidad patrimonial de la Administración»*.

4. A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, Dictámenes 534/2018, de 27 de noviembre y 69/2019, de 28 de febrero), procede tener en cuenta que a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la *lex artis*, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con

las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 141.1 LRJAP-PAC).

5. En este caso, la paciente fue intervenida por el Servicio Canario de la Salud el 12 de enero de 2016 de histeroscopia de dos pólipos endometriales sin incidencias, lo cual no tiene relación con los hechos por los que se reclama, si bien la administración sanitaria trata de reconducir los síntomas de la patología de la interesada a la existencia de dichos pólipos.

Pese a que la Propuesta de Resolución así lo considera, no es este un procedimiento de reintegro de gastos, por lo que no es preciso acreditar la existencia de una urgencia vital, sino un procedimiento de responsabilidad patrimonial por la que la reclamante alega que hubo una mala actuación sanitaria. Los requisitos que valorar son los propios de la responsabilidad patrimonial y no del reintegro de gastos, como parece indicar la propuesta de resolución.

En este sentido, en nuestro Dictamen 380/2013, de 5 de noviembre, argumentamos que el reembolso de los gastos puede solicitarse mediante una reclamación de reintegro de gastos, siguiéndose entonces un procedimiento *ad hoc*, con unos requisitos y condicionantes particulares o bien, a través de una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños (económicos en este caso) consecuencia del funcionamiento anormal o normal de los Servicio Públicos. De esta manera, en el citado Dictamen aclaramos que «(...) *puede reclamarse el reintegro del gasto, como se indica en este caso, a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial, como daño material derivado del funcionamiento de la Administración en el ámbito sanitario. En estos casos se estimará la pretensión indemnizatoria si la reclamante prueba la concurrencia de los requisitos genéricos de la responsabilidad patrimonial y los específicos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*».

En el mismo sentido nos hemos pronunciado en el Dictamen 22/2019, de 17 de enero, en el que diferenciamos el expediente de reintegro de gastos médicos por atención en la sanidad privada, de los expedientes de responsabilidad patrimonial por mala praxis médica.

Igualmente, en nuestro Dictamen 161/2012, de 28 de marzo señalamos:

«Ahora bien, si aquel reintegro puede exigirse y analizarse por la vía de la responsabilidad patrimonial, ello sólo podrá fundarse en motivos justificados de denegación de asistencia médica o error de diagnóstico por parte de la Sanidad pública (Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de mayo de 2004 (RJ 2004/183695)), situaciones, en fin, que justifiquen que se acuda por el particular a la sanidad privada, admitiéndose, en estos casos, incluso tras haberse obviado el procedimiento administrativamente previsto para obtener asistencia privada sin coste para el particular».

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo de 26 de mayo de 2004, condensa la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre el reintegro de gastos realizados por un paciente en la sanidad privada, en concepto de responsabilidad patrimonial:

«De lo expuesto en los Fundamentos precedentes aparece que nos hallamos ante un supuesto de solicitud de declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración en reclamación de que se le indemnice por los gastos que le han sido originados al verse en la necesidad de acudir a la medicina privada como consecuencia de la asistencia recibida de la Seguridad Social.

Como hemos recogido en anteriores sentencias de esta Sala, el reintegro de gastos médicos se ha regulado, de modo tradicional por lo dispuesto en el artículo 18 del RD 2766/67 (RCL 1967, 2236 y RCL 1968, 150) , en la redacción dada por el Decreto 2575/73 (RCL 1973, 1889), que establecía la posibilidad de obtener el reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia recibida fuera de la seguridad social en dos casos: Denegación injustificada de asistencia (al que se asimilaba el error de diagnóstico) y el supuesto de urgencia vital que imposibilitaba que el tratamiento se recibiera por los medios dependientes del Servicio Nacional de Salud. En cualquiera de ambos supuestos, la acción de reintegro de gastos era conocida por la Jurisdicción Social (en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral [RCL 1995, 1144, 1563]) y ello pues se trataba de una reclamación en materia de prestaciones de Seguridad Social.

Esta regulación fue sustancialmente modificada por el RD 63/95 (RCL 1995, 439) de prestaciones de Asistencia Sanitaria, cuyo artículo 5.3 estableció que “En los 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 o abusiva de esta excepción”. De este modo, en aplicación de este decreto los dos supuestos de reintegro de gastos que recogía la regulación tradicional (denegación de asistencia y urgencia vital) quedaron reducidos solo al de urgencia vital y éste sigue siendo susceptible de reclamación ante los órganos de la Jurisdicción Social.

Por su parte, los supuestos que antes se encuadraban en lo que se llama denegación de asistencia han sido objeto de reclamaciones por la vía Contencioso-Administrativa mediante la responsabilidad patrimonial de la Administración, habiéndose pronunciado esta Sala sobre supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial que encierran una reclamación de reintegro de gastos por denegación de asistencia o error de diagnóstico en diversas sentencias.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre supuestos de reclamaciones de esta naturaleza. Así la de la Sala 3ª de 29 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2832) plantea un supuesto de insuficiencia del tratamiento prestado a un paciente que acabó costándole la vida y lo encuadra claramente dentro de la denegación de asistencia.

También cabe acoger el supuesto de retraso injustificado en prestar la asistencia debida, retraso que lleva al beneficiario de la Seguridad Social a buscar que la asistencia le sea prestada por la medicina privada, que generalmente es más rápida y carece en buena medida de listas de espera. Así la sentencia de 5 de julio de 1999 (RJ 1999, 5160) de la Sala 3ª del Tribunal Supremo entiende que se produjo denegación de asistencia al no realizarse de modo urgente una intervención de craneotomía por la larga lista de espera de un Hospital, obligando a la alta voluntaria y a la realización de la intervención quirúrgica de modo urgente en otro centro.

Por último, mencionar el supuesto de error de diagnóstico en el que los servicios Médicos a los que está adscrito el interesado no pueden identificar la enfermedad que padece o no pueden determinar el tratamiento más adecuado poniendo en grave riesgo la salud del paciente. Entiende el Tribunal Supremo sobre este supuesto –sentencia de la Sala 3ª de 18 de octubre de 1998– que no puede obligarse al paciente o a su familia a permanecer indefinidamente acogido al Sistema público de salud, por lo que acudir a la Medicina privada y solicitar posteriormente el reintegro de los gastos puede estar suficientemente justificado. Señala la sentencia de la Sala Cuarta del TS de 4 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8527) . Es verdad que no cabe exigir un diagnóstico infalible –ni inicial ni sucesivo– pero esto no supone que el enfermo haya de sufrir estoicamente las consecuencias del error que no solamente en el caso de autos fue inicial, sino que se mantuvo (...)».

6. La paciente, en este caso, al acudir a la medicina privada consiguió poner fin a su dolor para el que únicamente se prescribió por la sanidad pública analgésicos sin mejoría alguna, se evitó la progresión de su lesión, la paciente recibió el tratamiento oportuno y evolucionó favorablemente. Se ocasiona a la paciente un daño, en este caso económico y moral, que se traduce en la necesidad y urgencia de acudir a los servicios sanitarios privados para dar solución a su problema de tumoración de manera inmediata, terminando con la situación de incertidumbre creada hasta ese momento y debiendo asumir los gastos que ello conlleva.

La Administración erró en el diagnóstico, y minimizó la gravedad de los padecimientos que tenía la paciente, lo que llevó a recetar analgésicos contra el dolor, sin apreciar las complicaciones que la tumoración que tenía la paciente le estaba ocasionando, siendo intervenida para la extirpación del apéndice, el ovario y la trompa derechos.

Como se ha indicado anteriormente, la Propuesta de Resolución fundamenta la desestimación en que la reclamante no ha acreditado la urgencia vital ante lo que considera una solicitud de reintegro de gastos y que tampoco queda acreditado que en el caso que nos ocupa existiera indicación clínica para realizar la apendicectomía y la anexectomía. Sin embargo, como ya se ha visto, en este caso no estamos ante una mera solicitud de reintegro de gastos, por lo que no es necesario acreditar tal urgencia vital, sino ante un error de diagnóstico, como la interesada acredita sobradamente por la documentación e informes médicos aportados por ella de los tratamientos que recibió en la medicina privada.

Así, ante la persistencia del dolor y que el mismo se hacía insoportable para la afectada, ésta se dirigió a la medicina privada en varias ocasiones y cada vez que esto ocurría, acudía inmediatamente a la sanidad pública con los informes médicos que hacían sospechar de otra patología distinta a la derivada de los pólipos endometriales por los que finalmente fue intervenida en enero de 2016, siendo diagnosticada en dicha sanidad pública de «dolor abdominal inespecífico» (informe de urgencias del CHUIMI de 31.08.2015), «endometriosis sitio no especificada» (informe de urgencias de Atención primaria de 13.09.2015), «dolor abdominal inespecífico» (informe de urgencias del CHUIMI de 13.09.2015) y, nuevamente, «dolor abdominal inespecífico» (informe de urgencias del CHUIMI de 17.09.2015), siéndole pautado en todos los casos tratamiento analgésico sin que los dolores remitieran.

Por el contrario, en el informe del Dr. (...), del examen realizado en consulta a la reclamante el 04.09.2015, ya se hace constar «sospecha de EPI, endometriosis complicada o TU anexial compleja», con «indicación laparoscopia preferente, valoración quirúrgica preferente», resultando diagnosticada, tras la anamnesis, exploración ginecológica y ecografía ginecológica de «cuadro abdominal agudo pendiente valoración quirúrgica preferente endometriosis anexial dcha recidivante, TU anexial, compleja, versus EPI».

Igualmente, respecto a la afirmación en la Propuesta de Resolución de que no queda acreditado que existiera indicación clínica para realizar la apendicectomía y la

anexectomía, observamos que en el informe médico del Hospital (...) de Maspalomas del examen de la paciente realizado el 17.09.2015, se precisa, entre otros síntomas, «Blumberg positivo» (lo que evidencia una posible afectación del apéndice), sin que este extremo sea relevante para el examen realizado en el servicio de urgencias del CHUIMI el mismo día, apenas una hora después.

En definitiva, la sanidad pública, ante la persistencia del dolor y las sospechas de otras patologías diferentes a la derivada de los pólipos detectadas en la medicina privada, no utilizó todos los medios ni técnicas a su alcance para diagnosticar certeramente a la paciente. De este modo, ante la persistencia del dolor agudo y tras la intervención laparoscópica urgente realizada en el Hospital (...) el 19.09.2015 por el Dr. (...), en su informe médico, aportado por la paciente, se expone lo siguiente:

«(...) ha sido intervenida laparoscópicamente en la Clínica de (...) en Las Palmas de Gran Canaria en la fecha del día 19.09.2015, con ingreso con carácter urgente, ante cuadro de dolor intenso abdominal, Blumberg positivo, afebril, y a la exploración ginecológica, destaca la movilización cervical muy dolorosa, douglas abombado sobre todo a expensas de punto apendicular y anexial dcho. En la ecografía transvaginal se aprecia tumoración compleja objetivada días antes en consulta, por lo que aparenta endometriosis residual, TU anexial dcha complicada, cuadro adherencial (...)».

En los hallazgos quirúrgicos de la laparoscopia, en dicho informe se indica:

«Tumoración que engloba el anejo derecho y apéndice, simulando cuadro de E.P.I. (enfermedad pélvica inflamatoria - absceso tuboovárico), derecho con implicación apendicular».

Ante este hallazgo, que confirma las sospechas del diagnóstico en consulta del día 4 de septiembre de 2015, se realiza el siguiente tratamiento laparoscópico:

«Anexectomía total dcha con técnica de electrocoagulación mono y bipolar, con aspiración de contenido purulento para evitar extravasación a la cavidad pélvica, previa adhesiolisis muy organizada, que compete al colon sigmoide, transversal y apéndice, indicativo de un proceso antiguo sobreagudizado.

Posteriormente se realiza apendicectomía reglada con tres endoloops y electrocoagulación de muñón apendicular residual.

Lavado profuso de cavidad».

Todo ello, confirma el error de diagnóstico de la sanidad pública y la necesidad de la reclamante de acudir a la medicina privada para ser tratada de la patología

correcta ante la persistencia de los dolores, pese a haber acudido en repetidas ocasiones a la sanidad pública.

Ante un supuesto de hecho de similares características, la STSJ de La Rioja, núm. 298/2005 de 12 mayo. JUR 2006\28102, se pronuncia con lo siguiente: *«Partiendo del anterior relato fáctico se llega a la conclusión de que el paciente recibió un tratamiento adecuado que le permitió evitar la amputación de su pierna, sin que ante la gravedad del tratamiento quirúrgico propuesto -amputación de la pierna derecha- se le ofreciera la derivación a otros centros más especializados, siendo evidente que esta actuación de la Sanidad pública propinó el que acudiera a la medicina privada, lo que le originó un daño, el importe de los gastos ocasionados por el tratamiento prestado en la Clínica (...), que ascendió a 5.383,28 euros, que debe asociarse al concurrir todos los requisitos exigibles para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, tal y como reconoce el acto impugnado».*

Por lo tanto, cabe concluir a la vista del informe médico de la intervención quirúrgica, del estudio de anatomía patológica y de las propias alegaciones de la interesada que ésta se vio obligada a acudir a los servicios sanitarios privados para buscar atención a su dolor y evitar que la lesión derivada de su quiste hemorrágico en el ovario derecho se agravara. La paciente acudió al SCS al menos, cuatro veces con dolor, antes de acudir a la clínica privada. Es evidente que no estaba obligada a seguir esperando estoicamente con dolor y sin mejoría. Del resultado de la intervención quirúrgica resulta tumoración en el anexo derecho, simulando cuadro de enfermedad pélvica inflamatoria y absceso tuboovárico, con infamación apendicular. Se produce la extirpación del apéndice, el ovario y la trompa derechos.

Por todo lo anterior, se estima procedente el reconocimiento de una indemnización por responsabilidad patrimonial del SCS, de 4.402,37 € por el coste económico que le supuso la atención urgente e intervención en el centro privado, al no ser intervenida quirúrgicamente en el momento correspondiente por el SCS y 2.000 € por el daño moral, todo ello dado el tiempo transcurrido sin que se diera respuesta a la urgencia médica, obligando a la paciente a seguir esperando hasta que, el 19 de septiembre de 2015, decide acudir al centro privado, y por fin, dar solución a su problema, evitando lesiones mayores.

7. En cuanto a la cantidad reclamada entendemos que procede el pago de las cantidades acreditadas con facturas, y 2.000 euros en concepto de daño moral (por similitud con el caso resuelto en el DCC 22/2019 en el que se estableció dicha

cantidad en concepto de daño moral), ya que el tiempo de espera antes de ser intervenida quirúrgicamente no fue excesivo.

Entendemos que el daño moral es personal y no se presume, debe ser alegado y justificado por quien reclama (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998). En consecuencia, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración.

Por otra parte, nos encontramos ante un expediente de responsabilidad patrimonial por mala praxis médica, no ante un expediente de reintegro de gastos médicos. Por ello, el importe de la indemnización debe atender a la reparación integral del daño causado, esto es, al importe de la asistencia sanitaria que la reclamante se vio obligada a sufragar en la sanidad privada para su intervención quirúrgica, y el importe del daño moral, que en este caso se modera en atención a las circunstancias del caso, indemnidad a la que se refiere la STSJ de la Comunidad Valenciana, núm. 744/2014 de 20 noviembre, *JUR 2015\45067*, cuando expone que respecto a la fijación de la indemnización en los procedimientos de responsabilidad patrimonial prevalece *«la doctrina jurisprudencial ha proclamado el principio de plena indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios causados (Sentencias del TS de 5 de febrero , 18 de marzo y de 13 de noviembre de 2000 , 27 de octubre y 31 de diciembre de 2001)»*.

Por lo que antecede, se estima procedente el reconocimiento de una indemnización por responsabilidad patrimonial del SCS, de 4.402,37 € por el coste económico que le supuso la atención urgente e intervención en el centro privado, al no ser diagnosticada correctamente e intervenida quirúrgicamente en el momento correspondiente por el SCS, y 2.000 euros por el daño moral, todo ello dado el tiempo transcurrido sin que se diera respuesta a la urgencia médica, obligando a la paciente a seguir esperando hasta que, el 19 de septiembre de 2015, decide acudir al centro privado, y por fin, dar solución a su problema, evitando lesiones mayores.

Como consecuencia de lo expuesto, procede reparar a la reclamante en concepto de responsabilidad patrimonial (no en concepto de reintegro de gastos) por la totalidad de los daños que ha alegado y acreditado, esto es, por el importe de la

totalidad de las facturas que se vio obligada a realizar en la sanidad privada para la intervención quirúrgica y 2.000 euros en concepto de daño moral.

A la cantidad total resultante en concepto de indemnización se le ha de añadir la actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial, de acuerdo con lo señalado en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

La propuesta de resolución no es conforme a Derecho, debiendo indemnizarse a la reclamante en la cantidad de 4.402,37 euros en concepto de daño patrimonial y 2.000 euros en concepto de daño moral.