



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 3 de junio de 2020.

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 (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 182/2020 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 24 de octubre de 2018, a instancias de la representación de (...), como consecuencia de los perjuicios económicos causados en la asistencia sanitaria prestada en un centro concertado del SCS.

2. El interesado reclama la cantidad 6.400 euros, lo 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 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 (LRJSP); 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

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

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.

3. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...), al haber sufrido daños personales por la presunta actuación negligente del SCS (art. 4 LPACAP).

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.

4. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación de responsabilidad patrimonial, pues se presentó el 24 de octubre de 2018, respecto de unos hechos que tuvieron lugar el 20 de julio y el 20 de agosto de 2018 (art. 67 LPACAP).

5. 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).

6. 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.

7. A la tramitación del procedimiento en que se ha aprobado el presente Dictamen le ha resultado de aplicación el RD 463/2020, de 14 de marzo, declarando el estado de alarma en todo el territorio nacional. En atención al mencionado RD y del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, que lo modifica que, entre otras medidas, suspende los plazos procesales y administrativos, se dictó por el Presidente de este Consejo Consultivo la Resolución 14/20, de 17 de marzo, ordenando la interrupción de los plazos para la aprobación de dictámenes, lo que ha afectado al despacho de este trámite consultivo.

No obstante, mediante Resolución de la Presidencia 20/2020, de 19 de mayo, se acordó el levantamiento de la suspensión tras la publicación en el BOC de la Resolución de 23 de abril, del Presidente del Consejo de Dirección del Servicio Canario de la Salud, por la que se acuerda la continuación de la tramitación de procedimientos administrativos, considerados indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios, en el ámbito del Servicio Canario de la Salud.

8. 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, ya que se puso a disposición del interesado el expediente completo en el trámite de vista y audiencia.

II

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

- Con fecha 9 de febrero de 2017, el reclamante sufre un accidente en la vía pública en Corralejo, siendo diagnosticado de traumatismo craneoencefálico severo, permaneciendo varios meses hospitalizado, siendo remitido a tratamiento domiciliario el 19 de mayo de 2017 hasta la programación de cirugía de reparación de defecto óseo mediante craneoplastia, permaneciendo en lista de espera.

Con fecha 12 de julio de 2018, reciben el preaviso de que en dos semanas se realizará la craneoplastia en el Hospital Insular de Gran Canaria. Tras dicho preaviso, con fecha 13 de julio de 2018, por el médico de cabecera del paciente se emite informe en el que se recomienda el traslado en camilla dentro del avión.

Con fecha de 18 de julio de 2018, a dos días de la intervención y sin haber sido la misma confirmada, se realiza la solicitud para la tramitación de bono de avión, el cual fue emitido sin la confirmación fehaciente de la fecha de intervención. La fecha prevista de vuelo era el 20 de julio de 2018, a las 9:20 h con la compañía (...).

El 19 de julio de 2018, sobre las 12:00 h se confirma la operación a realizar, solicitándose a las 14:01 h del 19 de julio de 2018 transporte sanitario no urgente, indicando la necesidad de camilla a bordo del avión.

A pesar de haberse emitido el bono y enviada la documentación sobre la necesidad de que el paciente fuese en camilla, se les informa que (...) no tiene confirmada la plaza por no haberse tramitado la misma con una antelación de 48

horas, no haciéndose responsables del traslado del paciente desde Fuerteventura hasta Las Palmas.

Ante esta situación, después de estar 14 meses esperando para la intervención y a fin de evitar una mayor prolongación del tiempo de espera, se contrata un transporte privado con el fin de no perder la intervención quirúrgica, abonándose por dicho servicio la cantidad de 3.400 euros.

Con fecha de 20 de julio de 2018 se practica la craneoplastia, emitiéndose con fecha de 10 de agosto de 2018 el alta médica indicándose en la misma, que al tratarse de un paciente dependiente que no puede viajar sentado, se requiere que viaje en camilla.

A pesar del alta y por falta de diligencia en la tramitación del traslado, el paciente se ve en la obligación de permanecer en el Hospital Insular hasta el 20 de agosto de 2018, reconociéndose verbalmente por el Servicio de Atención al Paciente, la existencia de errores en la tramitación del traslado, por lo que, con el fin de evitar una espera de 48 horas (tiempo mínimo de preaviso a la compañía (...)), deciden contratar nuevamente el transporte privado, abonándose por dicho servicio, 3.400 euros.

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

«- El paciente presenta como A.P.: Neurinoma izquierdo intervenido, estenosis aórtica severa asintomática e HVI, seguimiento por el Servicio de Cardiología del Hospital General de Fuerteventura desde julio de 2016 en espera de valoración por cirugía cardíaca para remplazo valvular aórtico, el 23 de enero de 2017 pendiente de cirugía cardíaca en CHUIMI. En 2016 traumatismo con fracturas costales izquierdas de la 6, 7 y 8.

El 9 de febrero de 2017 es encontrado inconsciente, tirado en la calle y lo llevan en ambulancia al Centro de Salud. El diagnóstico es de traumatismo craneoencefálico, en estado de inconsciencia, pupilas midriáticas arreactivas, herida frontoparietal izquierda. Hematoma periorbitario en ambos ojos, herida en codo izq, erosión paraesternal derecha (...)

Contacto con 112, acude ambulancia medicalizada, el médico de dicha ambulancia lo intuba y lo llevan al Hospital General de Fuerteventura.

Llega en coma al Servicio de Urgencias del Hospital General de Fuerteventura, madrugada día 10 de febrero, pupilas isocóricas, arreactivas medias.

Se le realiza TAC observándose hematoma subdural agudo bilateral, hemorragia subaracnoidea, fractura de la base del cráneo. Politraumatismo.

Traslado al Hospital Insular de Gran Canaria, el mismo día 10 de febrero se remite urgente a Las Palmas en helicóptero medicalizado.

A su llegada, exploración por neurocirugía, ingreso y TAC, tras su ingreso permanece en UMI.

El mismo día se realiza cirugía de evacuación del hematoma y craniectomía descompresiva derecha, TAC posterior a la cirugía, TAC sucesivos de control, antes y después de cada una de las intervenciones posteriores, necesarias debido al mal estado a la llegada y problemas surgidos a posteriori.

El 17 de marzo dada estabilidad clínica alta a planta de Neurocirugía. El 3 de abril se realiza craneoplastia hemisférica derecha.

En abril de 2017 se pone de pie y camina. Consciente, desorientado y no colaborador, lenguaje escaso, a veces coherente.

El 27 de abril de 2017 se realiza trepano- evacuación de hematoma subdural reagudizado por compresión cerebral, nuevo TAC y el 3 de mayo de 2017 empiema cerebral por infección de craneoplastia, que se evacua ese día tras craniectomía.

Posterior a esta fecha, tras las complicaciones neurológicas sufridas, el paciente ha estado estable clínica y neurológicamente sin fiebre e iniciando rehabilitación de forma preferente.

La evolución neurológica es buena, clínicamente estable, a fecha de 19 de mayo de 2017, fecha de alta en Hospital Insular de Gran Canaria.

Cita en Consultas Externas de Neurocirugía en Las Palmas en 1 mes, tratamiento médico para casa, queda pendiente el cierre de la craniectomía.

En Consultas Externas del Servicio de Neurocirugía vuelven a valorar en junio de 2017, presenta miembro superior izquierdo rígido, camina escasamente con la rehabilitadora, en tratamiento antiepiléptico.

En 2 meses, en agosto de 2017, nueva cita con el mismo servicio, se solicita TAC para realizar prótesis a medida de defecto craneal.

Se incluye en lista de espera quirúrgica.

El Servicio de Rehabilitación de Fuerteventura sigue al paciente. Dependiente para las actividades de la vida diaria.

2. A principios de 2018 se realizan las pruebas preoperatorias para colocación de la prótesis craneal de cierre de craniectomía, la misma la fabrican en Estados Unidos, en Florida, donde es solicitada.

El 12 de julio de 2018, se comunica al hospital de Las Palmas la existencia de la prótesis proveniente de EE.UU.

El 13 de julio de 2018 el médico de cabecera, en Fuerteventura, escribe informe a la familia del paciente: "vienen por informe médico para trasportar en avión para tto. quirúrgico (...) se encuentra encamado e imposible de estar despierto debido a su estado general, debiendo ir en camilla dentro del avión, por lo que va a ser trasladado por el SCS para tto. quirúrgico".

El 19 de julio escribe el médico de familia en historial clínico de A.P. que acuden para solicitar ambulancia de transporte a Las Palmas de GC, al Hospital Insular.

Así se observa que los familiares del paciente acuden al médico de cabecera de La Oliva el 19 de julio de 2018 para solicitar traslado por el SCS al CHUIMI.

Ese mismo día el médico de cabecera realiza la solicitud a la mesa de transporte sanitaria no urgente de Las Palmas, para el paciente, en camilla, ya que está encamado y con la compañía de un familiar y acompañante, desde su domicilio hasta el aeropuerto de Fuerteventura y desde este al de Gran Canaria, con número de vuelo ya determinado, con salida el 20 de julio de 2018 a las 9:20 horas, con destino a Gran Canaria, precisando camilla tanto para el traslado en ambulancia como durante el vuelo -servicio a pie de pista- determinado por la situación clínica del paciente, ésta petición es recibida el mismo día de emitida, por Fax, en Las Palmas.

El paciente debe ir en camilla dada su situación clínica.

Desde las 15:19 horas de dicho día el MTSNU contacta con la familia del paciente en el domicilio, la familia comunica que está en trámites de gestión con la agencia de viajes y que a las 17 horas llevaran la documentación a la agencia de viajes que ha gestionado el billete con (...).

La mesa de transporte vuelve a llamar a la familia, hablan con la esposa, a las 16:28 horas, comunicándole "que (...) ha confirmado el servicio, el billete está reservado, pero no emitido ya que no han recibido la documentación, que aunque se

intentó gestionar el traslado de urgencias, en camilla, no se ha podido porque la agencia de viaje no ha adjuntado el INCAD en tiempo y forma”.

Así y todo la MTSNU habla con la esposa refiriéndole que en “cuanto hagan las gestiones con la agencia nos realicen llamada para actualizar la información”. El INCAD (Incapacitated Passangers Handling Advice) es un documento sobre información para transporte de pasajeros en condiciones físicas especiales y necesario para iniciar los trámites de traslado. Es facilitado por el paciente que solicita el traslado o para el que se solicita el traslado.

La esposa llama a la MTSNU a las 17:51 horas y les refiere que se haga el traslado del paciente sin camillas, para adelantar, que se realice con este sentado, se les contesta negativamente por las condiciones del paciente.

A su vez la MTSNU se comunica con el CHUIMI, con el Servicio de Admisión, se confirma el ingreso del paciente el día 20 de julio de 2018 y la intervención quirúrgica ese día por la tarde.

Además, se concierta que en caso de no poder trasladarse ese día el paciente se reprogramaría con la mayor brevedad posible la intervención, ello se informa a la familia del paciente, a su vez solicitan a la familia les comuniquen si pueden solucionar el traslado aéreo en camilla, para realizar la gestión del transporte sanitario que incluye traslado en ambulancia desde el domicilio al avión y demás.

La MTSNU refiere en informe solicitado por este Servicio de Inspección que se estaba la espera de posible alternativa y solución del traslado aéreo en camilla, ello es si fracasara la vía utilizada normalmente.

En llamada posterior a las 19:59 horas, la MTSNU confirma a la familia que seguía reservada la cama y la programación quirúrgica tal como se les dijo previamente.

A las 21:15 horas, se recibe llamada de la hija en la MTSNU confirmando que con el fin de garantizar el traslado y la intervención quirúrgica programada para el día 20 de julio de 2018, habían contratado para el traslado una avioneta privada que incluían todo el proceso de traslado.

Esto es lo concerniente a la ida desde Fuerteventura a Las Palmas.

3.- El 20 de julio de 2018 de forma programada ingresa en el CHUNSC, para realización de craneoplastia, cirugía pendiente de realizar, permanece en Hospital Insular ingresado hasta el 20 de agosto de 2018.

El 20 de julio, a las 20:15 horas, se procede a apertura de colgajo previo, se expone reborde óseo y tras hemostasia rigurosa se coloca craneoplastia a medida.

El 10 de agosto de 2018 está estable neurológicamente, realizando rehabilitación por espasticidad de extremidades. "Se comentará para posibilidad de alta, se tramitará el traslado en helicóptero con el 112", escribe el Servicio de Neurocirugía en historial clínico.

El 13 de agosto se comunica a la familia que es alta pendiente de traslado por 112. Le siguen cuidando mientras tanto el servicio médico y el de enfermería.

El paciente sigue estable, pendiente de traslado. El día 20 de agosto se tramita de nuevo. El 20 de agosto de 2018 se realiza informe de alta médica.

En informe de alta escribe el Servicio de Neurocirugía las recomendaciones: "paciente dependiente, no puede viajar sentado, requiere viaje en camilla, continuar rehabilitación, tratamiento médico y control por Neurocirugía en Las Palmas en 3 meses".

El 21 de agosto el Servicio de Neurocirugía del CHUIMI emite en historia clínica nota aclaratoria: "la familia declina el transporte gestionado desde Fuerteventura por el SCS y trasladan al paciente con avión privado por motu proprio".

"El paciente podría haber sido trasladado el día de ayer en (...), lo que hago constar a efectos oportunos".

El discurrir del proceso de traslado desde Fuerteventura a Las Palmas y viceversa, cuestiones ambas reclamadas es estudiado con la ayuda de la historia clínica e informes del servicio de urgencias canario, donde consta la actuación de la mesa de transporte sanitario no urgente.

CONCLUSIONES

Con respecto al viaje de ida de Fuerteventura a Las Palmas:

Se observa una gestión ajustada a los hechos por parte de los servicios públicos en la génesis como en la ejecución de los tramites requeridos para el traslado del paciente.

Ahora bien los problemas entre la empresa aérea (...) y la agencia de viajes encargada de suministrar los documentos necesarios tienen como intermediario a la familia no al SCS.

La MSTNU nos informa que podían haberse buscado vía alternativa para el traslado en camilla del paciente, por eso insiste a la familia se les informe de los tramites y resultados de los mismos.

A su vez la decisión de traslado en avioneta privada desde Fuerteventura a Las Palmas, que ejerce la familia del paciente, unilateralmente, se ejerce desde la libertad de decisión de los mismos.

La cirugía no era urgente, el traslado no es urgente.

Se había comunicado a la familia que la hora y día de la cirugía se mantendrían y en caso de no poder acudir se reprogramaría ésta lo más rápidamente posible.

La mesa de transporte sanitario no urgente estuvo repetidamente en contacto con la familia, todo el proceso.

Ni la génesis de la problemática creada en el traslado ni la decisión de la familia finalmente, tuvo causalidad ejercida por los servicios públicos intervinientes.

Con respecto a la vuelta, desde Las Palmas a Fuerteventura:

Una vez intervenido el paciente en el CHUIMI, Las Palmas, el 20 de julio de 2018, y posterior estabilidad clínica del mismo, el 13 de agosto se estima el alta de dicho paciente, igualmente traslado en camilla y transporte aéreo a su isla, Fuerteventura.

La historia clínica del Servicio de Neurocirugía refiere el 10 de agosto de 2018: "(...) lo comentaré con el Dr. (...) para posibilidad de alta. Él se encargará del alta y de tramitar el traslado en helicóptero con el 112".

El 13 de agosto el mismo servicio médico escribe: "se le comunica a la familia que es alta, pendiente de traslado por parte del 112".

El 14, el 16, el 18 de agosto de 2018 escriben asimismo: "estable, pendiente de traslado".

El 20 de agosto de 2018: "pendiente de traslado, tramitado nuevamente". Los hechos referidos nos dicen que no es un traslado urgente y en camilla.

El 21 de agosto de 2018: “la familia declina el transporte gestionado desde Fuerteventura por el SCS y traslada al paciente con avión privado por motu proprio”.

El transporte se gestiona por la Dirección de área de Fuerteventura según informe del SAU (Servicio de Atención al Usuario).

El paciente en el tiempo que estuvo en el CHUIMI desde el día 13 de agosto de 2018 estuvo atendido por el Servicio de Enfermería y médicos Neurocirujanos de la planta, su salud no es perjudicada. No se perjudica la salud del paciente.

No se presentaron reclamaciones u otra manifestación al respecto en el SAU del CHUIMI, según nos comunican en informe solicitado.

El hecho de que los familiares decidan el traslado no es criticable ya que ejercen su libertad, pero ello determina hacerse responsable en este caso de los gastos.

No hay duda en que hubiera sido trasladado el paciente por el SCS, el problema es la espera, una espera que no genera daño al paciente. Siempre teniendo en cuenta que no es un traslado urgente».

3. Con fecha 3 de diciembre de 2019, se emite el informe solicitado al Área de Sistemas Electromédicos y de la Información sobre la grabación de las llamadas que se realizan desde el Complejo Hospitalario Universitario Insular (CHUIMI) a los pacientes.

4. Con fecha 13 de diciembre de 2019, se procede a la apertura del periodo probatorio y al trámite de audiencia, enviándose, con fecha 13 de enero de 2020, el expediente a efectos de cumplimentar dicho trámite a la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de Fuerteventura.

5. Con fecha de registro de entrada 8 de enero de 2020, por el reclamante se presentan escrito de alegaciones, en el que, en síntesis relata que:

- No ha podido acceder a consultar el expediente, a pesar de haber acudido en varias ocasiones.

- No consta en el expediente el informe preceptivo del Servicio que ha ocasionado el presunto daño indemnizable.

- No consta en el expediente el informe del Servicio encargado de la gestión del traslado de pacientes.

- No está de acuerdo con la inadmisión de la prueba documental referida al contenido de las llamadas telefónicas sobre la gestión del traslado.

- Se reitera en las alegaciones ya formuladas en el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial.

En el plazo conferido en el trámite de vista y audiencia del expediente el interesado no presenta más alegaciones ni documentación alguna.

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

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación porque considera que no concurren los requisitos legalmente establecidos para el reintegro de gastos sino que, en modo alguno se ha producido una gestión incorrecta de los trámites del traslado por parte del órgano competente.

2. Hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todos, Dictamen 64/2020, de 18 de febrero), que según el actual art. 32.1 LRJSP -similar al anterior art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC- el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece 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 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 aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

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).

3. En este caso, el interesado reclama los daños y perjuicios ocasionados por la necesidad de contratar un avión privado para efectuar el traslado, de ida y vuelta, de Fuerteventura a Gran Canaria para la práctica de una craneoplastia programada para el día 21 de julio de 2018.

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 el reclamante alega que hubo una mala actuación sanitaria. Los requisitos a 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 Servicios 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 (...)».

4. Como se ha indicado anteriormente, la Propuesta de Resolución fundamenta la desestimación en que el reclamante no ha acreditado la urgencia vital ante lo que considera una solicitud de reintegro de gastos y que tampoco se ha producido una

gestión incorrecta de los trámites de traslado por parte del órgano competente. 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 una posible defectuosa prestación de asistencia.

Pues bien, a la vista de lo obrado en el expediente, está acreditado lo siguiente:

- Que conforme a la solicitud presentada por los familiares del paciente en la Dirección de Área de Salud de Fuerteventura, el mismo tenía cita el 20 de julio de 2018, en el Servicio de Neurocirugía del CHUIMI a las 18:30 horas.

- Que dicha solicitud de gestión de los traslados se presentó en la Dirección de Área de Salud de Fuerteventura el 18 de julio de 2018, siendo aprobada, el mismo día, o sea, dos días antes del vuelo, enviándose a las 10:34 horas a la Agencia de Viajes (...) el billete.

- El vuelo estaba confirmado, siendo el (...), hora de salida 9:20 horas, desde Fuerteventura a Gran Canaria.

- Que la MTSNU contacta a las 15:19 horas del día 19 de julio con la esposa del paciente para gestionar el traslado en ambulancia y camilla del paciente, comunicándole la misma que no han ido a la agencia de viajes a llevar la documentación necesaria para la emisión del billete, aunque éste se encuentra reservado.

- Que debido a la tardanza de los familiares en llevar la documentación a la agencia de viajes, no fue posible organizar el vuelo en camilla; no obstante, el servicio de admisión del CHUIMI se compromete a reprogramar la operación a la mayor brevedad posible si finalmente no puede viajar el paciente.

- Que no es una intervención de urgencia vital e inmediata sino que se trata de una cirugía programada (craneoplastia, cirugía de reparación de defecto óseo).

- Que fueron los familiares del paciente, de forma voluntaria, a pesar de la opción de reprogramar la cirugía, los que deciden costear una avioneta privada para trasladar al paciente el 20 de julio de 2018.

- Que el regreso del paciente a Fuerteventura, en avioneta privada, fue gestionado directamente y de forma voluntaria, por sus familiares, no solicitando en ningún momento a la Dirección del Área de Salud de Fuerteventura, que gestionase dicho traslado.

Teniendo en cuenta tales hechos, no es dable considerar que ha existido un mal funcionamiento del servicio encargado de tramitar el traslado del interesado para efectuar la craneoplastia que tenía programada, y ello porque, tal como se advierte en la anterior relación de hechos, dicho traslado se programa con 48 horas de antelación a la fecha prevista del vuelo, no obstante, ante la tardanza de los familiares en aportar la documentación requerida para la emisión del billete, la compañía aérea lo denegó al no poder organizarse con la antelación suficiente, toda vez que era necesario que el interesado viajara en camilla; a pesar del ello, el SCS le ofreció la posibilidad de reprogramar la intervención a la mayor brevedad posible, poniendo así a su disposición todos los medios disponibles. Con este modo de proceder, se advierte que el SCS no ha incurrido en una conducta antijurídica que haya sido causa del daño reclamado, toda vez que no se aprecia una gestión incorrecta en los trámites de traslado, máxime si se tiene en cuenta que una vez practicado el tratamiento que motivó el desplazamiento, el interesado y sus familiares, ni siquiera solicitaron al SCS la gestión del traslado a la isla de Fuerteventura, acudiendo directamente a los servicios privados de una compañía aérea.

Por tanto, para concluir, se considera que los traslados en una avioneta privada, entre las islas de Fuerteventura y Gran Canaria, abonados por el interesado, fueron voluntarios, y no son imputables a un defectuoso funcionamiento de la gestión en la asistencia sanitaria del Servicio Canario de la Salud, sino a decisiones voluntarias del interesado que, adoptadas sin seguir los protocolos prescritos a tal efecto, debe el asumir.

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 por los razonamientos expuestos en el Fundamento III del presente Dictamen.