Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 4 / 2 0 2 5

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 29 de enero de 2025.

Dictamen solicitado por la Excma. 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 (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 786/2024 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud (SCS). La solicitud de dictamen, de 17 de diciembre de 2024, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 19 de diciembre de 2024.

2. En lo que se refiere a la preceptividad del presente Dictamen, si bien no resulta de aplicación en este caso, es necesario precisar que la Ley 5/2024, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2025 ha modificado la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), mediante su Disposición final sexta que establece:

«Uno. Se modifica la letra e) del apartado 1.D) del artículo 11 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, que queda redactado como sigue:

"e) Reclamaciones que se formulen en materia de responsabilidad administrativa patrimonial cuya cuantía sea igual o superior a 60.000 euros. No obstante, tratándose de solicitudes de dictamen que versen sobre reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial frente a los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Canarias, el Consejo

[*] **Ponente: Sr. Fajardo Spínola.**

Consultivo será competente para dictaminar cuando la cuantía de la reclamación sea superior a 20.000 euros".

Dos. La reforma del apartado anterior se aplicará a los procedimientos que, habiéndose iniciado antes de su entrada en vigor, sea solicitado el dictamen después del 1 de enero de 2025».

En este caso, pues, la cuantía indemnizatoria solicitada (7.514 €, y, por ende, superior a 6.000 euros) determina que la solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo sea preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC) 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). Está legitimada para solicitarla la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

II

1. En el presente procedimiento se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...), al haber sufrido en su esfera personal y patrimonial el daño por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP], si bien en este caso actúa mediante la representación debidamente acreditada de (...) (art. 5.1 LPACAP).

2. 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.

3. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicio Canario de la Salud, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

4. 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, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (BOC n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la

resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con los arts. 10.3 y 16.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

5. Se cumple el requisito de no extemporaneidad, ya que la acción se ha ejercitado por la interesada en el plazo de un año legalmente previsto en el art. 67 LPACAP, pues la reclamación se presentó el 4 de febrero de 2023 respecto de un daño cuyo alcance ha quedado determinado a la fecha de la intervención de la paciente en el ámbito privado, de cuyos gastos solicita el reintegro, lo que se produjo el 26 de mayo de 2022.

III

La reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del SCS, consistente en los gastos abonados en centro privado, según alega, por falta de atención con la urgencia debida por parte la asistencia sanitaria pública, además de daños morales. Concretamente, fundamente su reclamación en lo siguiente:

«PRIMERO. Con fecha 2 de mayo de este año, presenté "Reclamación en el ámbito sanitario", Número General: 759580/2022, Número Registro: RGE/241415/2022.

SEGUNDO. En dicha reclamación se solicitaba que, dado el carácter de urgencia de la cirugía que requería, se fijara una fecha con carácter de urgencia de dicha cirugía, además del reembolso de los gastos incurridos hasta ese momento. Se adjunta dicha Reclamación como Documento 1.

TERCERO. Toda vez que dicha Reclamación no fue siquiera contestada en términos negativos, y dado dicho carácter de urgencia de la cirugía requerida, no he tenido otra posibilidad de proceder a la misma por la vía privada, y es por ello que solicito por este escrito el reembolso de los gastos ocasionados, además de una indemnización por los daños morales ocasionados.

A estos hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. El objeto de esta reclamación previa es solicitar el reintegro de los gastos médicos originados por la asistencia recibida en la medicina privada.

La base que sustenta mi pretensión de que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración y se conceda la indemnización que se solicita radica en entender que, en este caso, mi exigencia de que se la cirugía necesaria para la recuperación de mi salud no se ha cumplido, habiendo debido realizarla en un centro privado con el consiguiente gasto, con gran sacrificio debido a mi precaria situación laboral.

A consecuencia de la falta de actividad de la Administración, me vi obligada a desplazarme a una clínica privada donde se me facilitó el tratamiento que se me debía haber proporcionado por el SCS, ocasionándome un daño efectivo y real que se valora en el importe de las facturas que debí abonar a la Clínica Privada (...), así como en el resto de gastos que se me han ocasionado a resultas de dicha asistencia y que se concretarán y justificarán en su momento

SEGUNDO. Conviene insistir en que si bien es cierto que Servicio Canario de Salud dispone de profesionales sanitarios cualificados y de medios diagnósticos y terapéuticos necesarios para el tratamiento de mi enfermedad de poco sirve disponer de dichos medios personales y materiales si no se les da un uso correcto ordenado a lo previsto en el artículo 98 de la Ley de Seguridad Social de 1974 que establece que el objeto de la asistencia sanitaria son los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar y restablecer la salud (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 13 de octubre de 1994)

TERCERO. Por todo lo anterior, lo procedente es que el SCS se haga cargo de todos los gastos que se han derivado de mi ingreso y tratamiento en la Clínica (...) concretándose dichos gastos en las siguientes facturas:

1.Factura de la operación 20221 – 021292 de 31 mayo 2022 por importe de 6.217 Euros, que se adjunta como Documento 2.

2.Diversas facturas de pruebas necesarias para la operación, por un total de 697 Euros, que se adjuntan como Documento 3.

A dichos gastos debe sumarse una cantidad, valorada prudentemente en 600 euros en que se valoran los daños morales que se me han ocasionado a resultas de toda esta situación.

CUARTO. Que en conclusión cabe decir que como resultado del funcionamiento anormal del Servicio Público de Salud se me ha ocasionado un daño evidente que se ha concretado en la necesidad de hacer frente al pago de las cantidades que he debido abonar, existiendo una innegable y directa relación de causalidad entre dicha actuación de la administración y el resultado dañoso que se ha producido en mi patrimonio por el desembolso económico realizado. Por todo lo anterior, concurren en el presente caso todos los requisitos que para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración recoge el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En virtud de lo expuesto SUPLICO:

Que se tenga por presentado este escrito junto con los documentos que acompaña y se tenga por formulada RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN en reclamación del reintegro de los gastos que me he visto obligado a soportar con ocasión de mi ingreso, estancia y tratamiento en la Clínica (...) y, previos los trámites legales, se dicte resolución por la que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración y se acuerde que se me reembolsen los gastos incurridos en la cantidad de 6.914 Euros, y una indemnización por daños morales en la cantidad de 600 Euros».

IV

En cuanto a la tramitación del procedimiento, si bien no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten a un dictamen de fondo, no obstante se ha incumplido el plazo de seis meses que para su resolución establece el art. 91.3 LPACAP. Sin embargo, la demora producida no impide que se dicte resolución, aun fuera de plazo, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 21.1 y 6, y 24.3.b) LPACAP.

Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones:

- El 13 de febrero de 2024 se identifica el procedimiento y se insta a la interesada a que subsane su reclamación, de lo que recibe notificación el 15 de febrero de 2024, aportando lo requerido el 24 de febrero de 2024.

- Mediante Resolución de 28 de febrero de 2024, de la Directora del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación, lo que se notifica a la interesada el 2 de marzo de 2024.

- El 1 de marzo de 2024 se solicita informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), que lo emite el 8 de noviembre de 2024, tras haber recabado la documentación oportuna: [copia de Datos obrantes en Historia de Salud relativa a la asistencia recibida en el ámbito de Atención Primaria; informe emitido por el Servicio de Neurocirugía (NCR) del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil (CHUIMI); copia de datos obrantes en Historia Clínica relativa a la asistencia recibida en el CHUIMI; información facilitada por la Dirección de Área de Salud de Gran Canaria; información facilitada por el CHUIMI con relación a «Reclamación en el ámbito sanitario» que había sido presentada por la interesada].

- El 18 de noviembre de 2024 se dicta acuerdo probatorio en el que se admiten las pruebas propuestas por la interesada en su escrito de reclamación, teniendo por reproducida la documental aportada (informes clínicos, facturas sobre pruebas e

intervención quirúrgica en centro privado, citas médicas en tal centro en informe psicológico), asimismo, se incorpora la documentación clínica recabada durante la instrucción y el informe del SIP. Dado que todas las pruebas son documentales y ya obran en el expediente, no es preciso abrir periodo probatorio, acordándose la conclusión de este trámite. De ello recibe notificación la reclamante el 19 de noviembre de 2024.

- El 18 de noviembre de 2024 se acuerda la apertura del trámite de vista y audiencia, de lo que recibe notificación la reclamante el 19 de noviembre de 2024, sin que conste la presentación de alegaciones.

- El 16 de diciembre de 2024 se dicta Propuesta de Resolución desestimatoria de la pretensión de la interesada, que no es informada por el Servicio Jurídico al señalar que se trata de una cuestión resuelta previamente y que ya ha sido informada por el Servicio Jurídico, no siendo preciso, pues, tal informe, conforme a lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, aprobado por Decreto 19/1997, de 7 de febrero, que señala que sólo procede la petición de informe al Servicio Jurídico en aquellas cuestiones que no hayan sido informadas con anterioridad.

V

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

2. Antes de entrar en el fondo del asunto es conveniente señalar los antecedentes que, según el informe del SIP, constan en la historia clínica de la interesada, en relación con la asistencia que nos ocupa. En aquél se hace constar:

«1.-Presentó un episodio de dolor lumbar el 2 de julio de 2017 que mejoraba durante el día. Su Médico de Atención Primaria solicitó Rx de columna total donde se objetiva escoliosis moderada doble curvatura. Causa proceso de IT durante 3 días en el periodo 3-5 de julio de 2017.

En RM lumbar de fecha 26 de febrero de 2018 se objetiva Hernia central L5-S1 (que contacta con ambas raíces intrarraquídeas S1. Protrusión discal central L5-S1, invade canal en un 50%. Diagnóstico: Hernia discal. Discopatía. Desplazamiento disco intervertebral lumbar sin mielopatía.

Por este motivo se realizó interconsulta al Servicio de Rehabilitación el 9 de marzo de 2018: Dolor lumbar crónico que irradia a veces a cadera y miembro inferior derecho.

Con posterioridad, a pesar de realizar consultas sucesivas en el ámbito de Atención Primaria, no se menciona en este nivel asistencial el dolor lumbar hasta el 25 de agosto de 2021.

2.-En visita al Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología el 26 de abril de 2018 se recoge que está en seguimiento por dolor. Episodios de dolor intenso, acude a urgencias 3 veces.

Dolor tipo mecánico lumbar. Refiere dolor en pierna derecha. Signos de alarma negativos. No ha realizado rehabilitación, se realiza interconsulta.

En la exploración lumbar: Movilidad conservada, dolor en apófisis espinosa en zona lumbar baja, contractura en musculatura paravertebral. Lasague/ Bragard +/+++ lado derecho Fuerza muscular 5/5. Faber.

Juicio diagnóstico: Lumbociatalgia intermitente. Pendiente de rehabilitación.

3.-En consulta del Servicio de Rehabilitación el 15 de mayo de 2018, entre otros, BM conservado, ROTs simétricos conservados.

Bajo el juicio diagnóstico de sacroileitis derecha, lumbalgia mecánica se remite a tratamiento en centro concertado para medidas analgésicas, ganancia articular y potenciación. Además, se cita para infiltración.

En fecha 5 de julio de 2018 consta en el control de rehabilitación en centro concertado renuncia voluntaria.

El 21 de agosto de 2018 se realizó infiltración en el Servicio de Rehabilitación del CHUIMI.

El 25 de septiembre de 2018 refiere que mejoró, dolor en sacroilíaca derecha y puntos cresta, se realizó interconsulta a radiofrecuencia.

El 27 de noviembre de 2018 recibe infiltración con radiofrecuencia pulsada (articulación sacroilíaca derecha) en 4 puntos y posteriormente bloqueo con 1cc de trigón y 4 de bupivacaina diluida al 25% en cada punto.

3.-La paciente acudió a su Médico de Atención Primaria el 25 de agosto de 2021 porque hace 2 meses ha comenzado con dolor en región de cuadrado lumbar derecho y cadera derecha que se le irradia hasta las rodillas y que le recuerda al que tuvo en el año 2018. Le dificulta moverse incluso en la cama.

En la exploración lumbar: Dolor a la palpación de músculos paravertebrales predominio lado derecho. Movilidad dolorosa y limitada. Lassegue y Bragard + en MID. Marcha talón con claudicación. Se remite para valoración a Neurocirugía siendo citada en consulta de ese Servicio.

No consta nuevas referencias de dolor lumbar a su Médico de Atención Primaria hasta el 30 de septiembre de 2021. En esa fecha acude por episodio de dolor lumbar que en ese día ha aumentado de intensidad, no trauma, no signos de alarma. El dolor se irradia a miembros inferiores. Está citada en el Servicio de Rehabilitación el 3 de octubre.

Nuevas demandas de asistencia en Atención Primaria, por dolor lumbar sin incontinencia de esfínteres, los días 2, 3 y 4 de octubre de 2021. Expone el 4 de octubre que había comenzado el 30 de septiembre con dolor agudo quemante e intenso en zona lumbar con irradiación hacia MID con sensación de acorchamiento y pérdida de fuerza. EVA 8. No incontinencia urinaria, pero estreñimiento porque al hacer Vasalva se le agrava el dolor. Acude en silla de ruedas.

Por la intensidad del dolor no se puede valorar marcha. En la exploración de la columna lumbar: Dolor a la palpación de musculatura paravertebral y zona glútea. Fuerza 3/5 en MID. Hipoestesia en muslo derecho. Se remite al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Insular.

4.-En fecha 4 de octubre de 2021 acude al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Insular. Refiere dolor lumbar de meses de evolución irradiado a miembro inferior derecho exacerbado en esa fecha. Niega alteración de esfínter anal o vesical. Niega otros. Dentro de la exploración neurológica: Consciente, orientada en TEP, facies simétrica; PICNR.

No hay rigidez de nuca. FM 5/5 en los 4 miembros, sin objetivarse movimientos involuntarios. Raquis central, no apofisalgia con la palpación ni percusión, si hay dolor con la presión en articulación sacroilíaca derecha. Lasssegue y Bragard positivos D; ROT y reflejos cutáneos plantares fisiológicos.

En Rx columna lumbar y sacroilíacas de la misma fecha 4 de octubre: sin lesión ósea evidente, ni listesis. Mejoría clínica evidente con el tratamiento administrado. Se explora, marcha de punta y talón conservada. Como diagnóstico: Lumbociatalgia derecha sin signo de alarma.

Entre las recomendaciones al alta tratamiento farmacológico en caso de dolor, calor seco tres veces al día. Control y evolución a cargo de su Médico de Atención Primaria y derivar a Traumatólogo de Zona según evolución para atención especializada.

Se explican signos de alarma y pautas de evolución. Si empeora acudir a Urgencias.

5.- El 5 de octubre de 2021 se realizó RM en privado: Alineación vertebral normal, sin listesis.

Diámetros del canal raquídeo conservado. Cambios degenerativos L5-S1 con espondilosis y signos de deshidratación del disco, apreciando protrusión discal ligeramente paracentral izquierda que deforma el saco dural y contacta con ambas raíces intrarraquídeas S1.

Artropatía facetaria en L5-S1. No se detectan alteraciones morfológicas de la señal del cono medular. Hernia discal L5-S1.

6.-El 8 de octubre de 2021 se realiza interconsulta desde el Médico de Atención Primaria al Servicio de Neurocirugía que se acepta.

7.- El 19 de octubre de 2021 acude a Médico Rehabilitador privado. Refiere que tiene cita con neurocirujano privado dentro de una semana.

Bajo el diagnóstico de radiculopatía S1 bilateral secundaria a HD L5-S1 recomienda realización de bloqueo caudal.

8.-El 20 de octubre de 2021 se realizó teleconsulta con el Servicio de Rehabilitación del Hospital Universitario Insular en la que se expresa que la paciente presenta dolor importante a nivel lumbar con irradiación a las extremidades inferiores. Se encuentra en tratamiento con Targin + Diazepam + Desketoprofeno + Pregabalina + Paracetamol + Omeprazol. Refiere alteraciones importantes del estado de ánimo con la toma de la Oxicodona. Pendiente de revisión en Rehabilitación el 21 de octubre de 2021 en el CAE de Telde. Ha solicitado consulta privada con el Dr. (...) en el Hospital (...) Las Palmas para valoración de tratamiento quirúrgico.

Se indica suspender Targin y comenzar con Tapentadol 100 mg 1-0-1 + Motilium Se citará para realización de bloqueo caudal urgente y se valorará Radiofrecuencia.

El 21 de octubre de 2021, en el Servicio de Rehabilitación, bajo el juicio diagnóstico lumbociatalgia secundaria a HD LS-S1 y compromiso radicular bilateral S1 se informa a la paciente, que acepta, por lo que se le realiza bloqueo caudal con 2 ml de Celestone + 6 ml de Bupivacaina 0,12% + 4ml de SF, sin incidencias

9.- El 22 de octubre de 2021 refiere a su Médico de Atención Primaria que el 26 de octubre de 2021 tiene cita con Neurocirujano privado. En visita con Neurocirujano privado se recomienda tratamiento quirúrgico discectomía lumbar.

Dolor desde el 30 de septiembre de 2021 pero con varias visitas al servicio de urgencias y valorada por Rehabilitación que realizó tratamiento infiltrativo con escasa mejoría (...) La paciente está muy limitada y a pesar de tratamiento no mejora.

En RM de columna lumbar "Hernia discal L5-S1 izquierda mayor que derecha".

En la exploración física marcha claudicante a expensas del miembro inferior izquierdo. Escoliosis antiálgica. Lassegue izquierdo.

Es puesta en lista de espera y se deriva a UDO para valorar bloqueo, según refiere a su Médico de Atención Primaria el 29 de octubre.

El 3 de diciembre de 2021 comunica a Médico que por las noches le dan espasmos en las 2 piernas, sin dolor, sin alteración de la sensibilidad, solo movimientos bruscos de segundo, está pendiente de intervenir.

10.-El 11 de marzo de 2022 es valorada en consultas externas del Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario:

Desde del 2018 presenta una hernia discal L5-S1 con tratamiento conservador manejo por UDO, dolor con irradiación a cadera derecha, dice que le realizaron radiofrecuencia, posteriormente se irradia a ambos pies, posteriormente tiene una lumbalgia de menor intensidad, empeoramiento del dolor hace un año con irradiación a pie derecho, tratamiento rehabilitador. Toma Lyrica tapetandol.

En exploración física: signos de neurotensión derecha, paresia para la dorsiflexión de pie derecho. Se solicita electromiograma de raíces L5.

En esa fecha ingresa en lista de espera quirúrgica para artrodesis L5-S1 pb TLIF (transforaminal lumbar interbody fusion).

11.- Consulta con Neurocirujano en ámbito privado ((...)) el 18 de marzo de 2022.

Enfermedad Actual: Paciente que acude a nuestra consulta por presentar, desde hace unos dos años, dolor lumbar que se irradia a miembros inferiores a predominio derecho con parestesias. No se alivia con medidas habituales y ha ido a peor.

Examen clínico: Dolor a los arcos de flexo extensión lumbares. Acude en silla de ruedas. No déficit motor. Lassegue Positivo 20 grados. MID ROT conservados.

Se solicita RMN de columna lumbar

La RM solicitada se la realizó en ámbito privado el 22 de marzo de 2022: En L4-L5 existe deshidratación discal con una protrusión discal foraminal izquierda e hipertrofia facetaria ipsilateral, causando estenosis parcial del calibre foraminal izquierdo, con mínimo contacto radicular L4 izquierdo. En L5-S1 existe deshidratación con pérdida de altura discal con cambios de Modic tipo 2 en los platillos vertebrales, asociando una extrusión discal posterior central con fisura anular, que impronta en el margen anterior del saco dural y contacta levemente con la raíz emergente S1 izquierda, causando leve estenosis central, de aspecto no significativo. El cono medular tiene morfología terminación e intensidad de señal normal.

12.-Se realiza en ámbito privado electromiograma el 4 de abril de 2022.

13.-El 18 de abril de 2022 acude al Servicio de Urgencias Hospital Universitario Insular por exacerbación del dolor lumbar hace 1 día.

En la exploración raquis central, con dolor a la palpación en musculatura paravertebral lumbar. Lassegue y Bragard positivo bilateral a predominio derecho. ROT presentes y cutáneos plantares en flexión, simétricos. Batiestesia conservada, sensibilidad superficial y discriminativa alterada en MID en dermatomas correspondientes a L2, L3, L4, L5, S1???.

Tacto rectal con plicomas anales, esfinter anal tónico.

Mejoría con el tratamiento administrado, tolera la bipedestación y la marcha con ayuda. Diagnóstico: Lumbociatalgia secundario a patología discal L5-S1 sin banderas rojas en la actualidad.

Entre las recomendatorios al alta se realiza interconsulta a UDO ya planteada por NCR.

14.-El 24 de mayo de 2022 comunica al Médico de Atención Primaria que se interviene en privado el 26 de mayo.

Se interviene el 26 de mayo de 2022 en (...): discectomía microquirúrgica y dispositivo intraspine.

El 31 de mayo comunica a su Médico de Atención Primaria que sigue con tirantez hacia miembro inferior derecho y tiene revisión con el neurocirujano en un mes.

Cita con UDO el 9 de junio de 2022.

15.-A la exploración física en consulta de la Unidad del Dolor (UDO) el 9 de junio de 2022: Neurotensión +. Herida con buen aspecto en proceso de cicatrización.

Se remite al Servicio de Rehabilitación y se cita en un mes en UDO. Plan: Tapentadol 50 mg 1.0.1, premax 150 mg 1/2-0-1, una semana, posteriormente 1/2-0-1/2. Nuevo control en UDO el 11 de julio de 2022.

16.-En control con neurocirujano privado el 21 de junio de 2022: Buena evolución tras la cirugía, con mejoría de su sintomatología, persisten todavía contracturas musculares y dolor lumbar local, así como parestesias en miembros inferiores. Recomendamos iniciar tratamiento rehabilitador para recuperar funcionalidad de su columna operada. No debe hacer esfuerzos físicos aún. Reevaluaremos en 2 meses.

17.-En la consulta del Servicio de Rehabilitación del Hospital Universitario Insular el 19 de agosto de 2022 refiere que le está empezando el dolor como tenía antes de la cirugía, lo localiza a nivel lumbar, sin irradiación. Analgesia: premax 150 mg 0,5-0-0,5, tapentadol 50 mg 2-0-1. No pérdida de fuerza ni alteración sensitiva. No banderas roja.

Arco articular: lateralizaciones, rotaciones y flexoextensión muy limitadas y con dolor en los últimos grados. Apofisalgia a nivel de últimas vertebras lumbares. No hipertonía, pero sí dolor en musculatura PVL derecha, PG en CL derecho, GM bilat, piramidal bilat. Miembros inferiores: Balance articular libre. Balance muscular 5/5. Pasos 5/5 cuádriceps 5/5, bíceps femoral, flexoextensión de tobillo 5/5. Sensibilidad conservada simétrica. Lassegue-. ROT+/+ +++ simétricos. Marcha normal, de talones y puntillas posible sin dificultad.

Plan: Se explica a la paciente que las características de su dolor no indican en absoluto la aparición de una nueva hernia. Mejorar balance articular y muscular de columna lumbar, progresivamente y según tolerancia protegiendo la región. Enseñar transferencias de forma

adecuada. Reeducar marcha, así como mejorar balance muscular de miembros inferiores, desensibilizar cicatriz.

18.- En control de 24 de noviembre de 2022: Comenzó tratamiento rehabilitador y finalizó hace una semana, está a la espera de nueva valoración por parte de RHB para renovación de tratamiento, Mantiene molestias a nivel lumbar y paresia en miembro inferior derecho. Ha retirado medicación progresivamente. Plan: paciente que no precisa de analgesia. Pendiente de valoración por parte de RHB. No precisa seguimiento por nuestra parte.

En la consulta de Rehabilitación de 5 de diciembre de 2022: Lumbalgia mecánica crónica en paciente postoperada de hernia discal L5-S1.

Refiere que le está empezando el dolor como tenía antes de la cirugía, lo localiza a nivel lumbar, sin irradiación, pero cosquilleo en 3º, 4º y 5º dedos de pierna derecha. Refiere que persiste pérdida de fuerza en pie derecho. No pérdida de fuerza ni alteración sensitiva. No banderas roja. Hizo tratamiento rehabilitador con mejoría parcial del dolor lumbar, pero su problema principal es la debilidad a nivel de pie derecho.

Tiene EMG realizado el 19 de septiembre de 2022 en el CHUIMI: Estudio dentro de la normalidad, sin objetivarse datos de afectación nerviosa periférica ni radicular en territorios explorados de miembros inferiores.

Exploración Física: Cicatriz buen estado, algo hiperalgésica pero no adherida ni hipertrófica. No apofisalgia. No hipertonía, pero sí dolor musculatura PVL derecha Miembros inferiores:

Balance articular libre. Balance muscular 5/5 Psoas, 5/5 cuádriceps, 5/5 bíceps femoral lexoextensión de tobillo 4/5. Sensibilidad conservada simétrica. Lassegue negativo. ROT+/+ +++ simétricos. Puntillas débiles en pie derecho.

JC: Lumbociatalgia derecha, debilidad a nivel de pie derecho postquirúrgico.

Plan: Se solicita tratamiento rehabilitador en centro concertado de pie derecho, centrado en potenciación de la musculatura de tobillo, marcha y electroterapia. Revisión al finalizar el tratamiento. Realiza el tratamiento en el periodo 1 de marzo a 19 de mayo de 2023.

19.-En nota despacho de Neurocirugía de 5 de diciembre de 2022: Se cita a paciente para planear su cirugía, sin embargo, comenta que ya fue operada. Actualmente refiere dolor lumbar moderado. Se cita con su médico.

20.-El 16 de febrero de 2023 acude a su Médico de Atención Primaria refiriendo que sigue con dolor a nivel lumbar que se le irradia hacia zona glútea con sensación de ardor hasta el talón. EVA 7.5. Refiere que no le deja dormir. Que el 23 de enero de 2023 la valoró

el neurocirujano privado y le pautó corticoides (Dexametasona) porque "tenía inflamación" y que tendrá nueva revisión el 20 de febrero de 2023.

21.-En RMN de control del 3 de marzo de 2023: Zona de fibrosis o cicatrización a la altura de L5 paracentral D en íntimo contacto con la raíz S1 D. Probable cuerpo extraño a nivel de elementos posteriores de S1. Protrusión difusa L5-S1 con contacto foraminal L5 bilateral. Protrusión foraminal I L4-L5 y probable contacto con raíz L4 I. Mínima protrusión L3-L4 con mínima disminución foraminal.

22.-El 20 de marzo de 2023 en la consulta de Rehabilitación del Hospital Universitario Insular: Irradiación del dolor por metámera L5 I. Persiste cierta debilidad de MID. Escasa mejoría con tratamiento corticoideo y con Tapentadol 25 mg/12 horas + Celecoxib 200 +Amitriptilina + Duloxetina 30.

En la exploración física, entre otros: Dolor a la palpación de charnela DL y L5- S1. Puntos gatillo de cuadrado lumbar. BM 5/5 excepto flexores plantares D 4/5. ROTS simétricos y normorreactivos. Marcha con buen patrón.

Se recomienda continuar tratamiento rehabilitador y ajuste de tratamiento analgésico. En crisis de dolor usar faja sacrolumbar. Se remite a UDO para valoración.

23.-El 3 de mayo de 2023 en la UDO bajo el diagnóstico de sacroileitis bilateral y lumbalgia crónica en columna intervenida con protrusión difusa desde L3 a S1 se propone bloqueo caudal, realizado el 7 y 14 de agosto de 2023 e infiltración de ambas articulaciones sacroilíacas que se realiza el 28 de junio y 7 de julio de 2023.

24.-Valorada en el Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario Insular el 7 de diciembre de 2023, remitida por lumbociatalgia derecha:

Lumbalgia mecánica severa. Empeora a la extensión. Ciática S1 izquierda severa con parestesias. Parestesias residuales postquirúrgicas de pierna derecha.

Valoran RMN de ICOT de noviembre de 2023 y Rx.

Conclusiones: Discopatía e inestabilidad lumbosacra residual y postquirúrgica. Dolor lumbar y ciático izquierdo incapacitante. Se sugiere tratamiento quirúrgico. Artrodesis circunferencial L5-S1 TLID izquierdo. Incluyo en LEQ.

En informe de ese Servicio de fecha 12 de agosto de 2024 se añade a lo anterior que el cuadro de dolor no mejora con rehabilitación ni medicación. Incapacitante. Se solicita autorización para sistema de Artrodesis casa Stryker. Everest, Cascadia, crosslink e injerto óseo x1 nivel. Necesita RMN actual».

3. Antes de entrar a analizar el fondo del asunto, y 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, el

Dictamen 407/2019, de 14 de noviembre), 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. 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

4. Pues bien, dados los términos de la reclamación, y según el informe del SIP, una vez analizada la historia clínica de la reclamante, y los informes evacuados durante el presente procedimiento, cabe realizar las consideraciones que a continuación se exponen.

La interesada fundamenta la reclamación en que se ha producido «*una denegación de asistencia del Servicio Canario de Salud*», pues, tras haber presentado reclamación ante el ODDUS solicitando «*que se fijara una fecha con carácter de urgencia para la cirugía que requería», «no se contestó ni fijó la fecha»*, por lo que *«no ha tenido otra posibilidad que proceder a la misma por la vía privada*».

Solicitando por ello el reintegro de los gastos efectuados, así como una indemnización de 600 euros por los daños morales sufridos en este proceso asistencial.

Ello nos obliga a analizar la patología sufrida por la reclamante, que, según ella, requería una intervención urgente, para determinar, por un lado, si el tratamiento dispensado en por el SCS fue correcto, y, por otro, si en algún momento estaba indicada la cirugía de urgencia.

1) Pues bien, según se deduce del informe del SIP, debemos destacar que se trata de una paciente que ya desde julio de 2017 (casi cinco años antes de la intervención que se realiza en el ámbito privado) viene padeciendo dolor lumbar, episodio respecto del que consta en la historia clínica de la paciente que generó proceso de incapacidad temporal (IT) de 3 días de duración durante el periodo 3 a 5 de julio de 2017.

Mediante RMN realizada el 26 de febrero de 2018 fue diagnosticada de hernia discal, discopatía, desplazamiento disco intervertebral lumbar sin mielopatía, recibiendo tratamiento conservador: tratamiento de rehabilitación desde mayo a julio, al que, por otra parte, consta renuncia voluntaria; infiltración; y radiofrecuencia pulsada en articulación sacroilíaca derecha el 27 de noviembre de 2018.

Sin embargo, desde esta última fecha no constan consultas ni tratamientos por dolor lumbar ni sacroileitis hasta el 25 de agosto de 2021 y una nueva consulta el 30 de septiembre de 2021, iniciando nuevo proceso de IT hasta el 1 de octubre de 2021.

Hasta aquí se desprende, como señala el SIP, que «la paciente con diagnóstico de hernia discal lumbar recibió tratamiento conservador que terminado en noviembre de 2018 no precisó de nueva demanda de asistencia por dolor lumbar hasta el año 2021, con una primera consulta en agosto y otra el 30 de septiembre de 2021».

Añadiendo al respecto el SIP que de ello se deriva que la paciente fue adecuadamente tratada, pues desde el diagnóstico, no demandó asistencia por dolor

lumbar hasta el 25 de agosto de 2021, y es que, como señala tal informe, «*el diagnóstico de hernia discal no implica como primera elección abordaje quirúrgico en ausencia de "banderas rojas" o signos de alarma como el presente caso y así se recoge en las "Recomendaciones Clínico Asistenciales para el abordaje de la Lumbalgia" del CHUIMI*».

De hecho, continúa el SIP:

«La mayoría de los pacientes mejoran de esta dolencia con tratamiento conservador describiéndose incluso que finalmente la cirugía es necesaria entre un 5% al 10% de los casos, presentándose la cirugía como el recurso final. Si fracasa el tratamiento conservador, como paso previo a la cirugía se dispone de tratamientos por parte de la Unidad de Dolor. La opción quirúrgica no está indicada en todos los casos y se trata de una alternativa que no debe aplicarse hasta no haber comprobado el fracaso a largo plazo de otras medidas terapéuticas mucho más simples, menos agresivas y con resultado tanto o incluso más satisfactorio».

De lo que se concluye, por tanto, que en ausencia de «*banderas rojas*» o signos de alarma, como fue el caso de la paciente, la opción terapéutica conservadora de primera elección fue conforme a la *lex artis.*

2) Por otro lado, debemos determinar el momento en el que la paciente requirió cirugía, y el carácter de la misma.

En este sentido, el SIP señala con rotundidad:

«Por otra parte, que esté indicado tratamiento quirúrgico, salvo en presencia de signos de alarma neuroquirúrgicos, no implica que deba ser realizado de urgencia como ocurrió con la indicación quirúrgica en la reclamante tanto por el Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario Insular como por Neurocirujano privado».

Tal y como hemos expuesto al señalar los antecedentes obrantes en la historia clínica de la paciente, y en lo que a la sanidad pública afecta, pues, entretanto la reclamante acudía a la privada, cabe señalar que, es el 25 de agosto de 2021 cuando nuevamente la paciente acudió a su Médico de Atención Primaria, pues *«hace 2 meses ha comenzado con dolor en región de cuadrado lumbar derecho y cadera derecha que se le irradia hasta las rodillas y que le recuerda al que tuvo en el año 2018. Le dificultad moverse incluso en la cama. Y, posteriormente, no es hasta el 30 de septiembre cuando acude de nuevo por dolor lumbar que ha aumentado de intensidad y se irradia a miembros inferiores*».

A partir de este momento, y tal y como consta en la historia clínica -datos trascritos en los antecedentes- se le realizan diversas pruebas y tratamientos, tanto en Atención Primaria como en Especializada, y en el CHUIMI, constando:

«El 11 de marzo de 2022 es valorada en consultas externas del Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario:

Desde del 2018 presenta una hernia discal L5-S1 con tratamiento conservador manejo por UDO, dolor con irradiación a cadera derecha, dice que le realizaron radiofrecuencia, posteriormente se irradia a ambos pies, posteriormente tiene una lumbalgia de menor intensidad, empeoramiento del dolor hace un año con irradiación a pie derecho, tratamiento rehabilitador. Toma Lyrica tapetandol.

En exploración física: signos de neurotensión derecha, paresia para la dorsiflesión de pie derecho.

Se solicita electromiograma de raíces L5.

En esa fecha ingresa en lista de espera quirúrgica para artrodesis L5-S1 pb TLIF (transforaminal lumbar interbody fusion)».

Al respecto, explica el SIP en sus conclusiones, en relación con la indicación de intervención quirúrgica en el caso de la paciente:

«Después de tratamiento conservador y en el momento de valoración por el Servicio de Neurocirugía no presentó signos de alarma que hicieran precisa una intervención quirúrgica urgente.

Así se describe, previamente, ausencia de incontinencia de esfínteres al inicio del cuadro de dolor en agosto-septiembre de 2021, conservación de reflejos y fuerza muscular 5/5 el 4 de octubre de 2021, en la valoración por Neurocirujano privado el 18 de marzo de 2022 "no déficit motor, reflejos conservados", en la valoración en el Servicio de Urgencias hospitalario el 18 de abril de 2022 ausencia de banderas rojas.

3.-Valorada por el Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario Insular el 11 de marzo de 2022 la paciente ingresa en lista de espera quirúrgica en la misma fecha se solicita prueba diagnóstica EMG (...) ».

Por tanto, desde el momento en el que está indicada la intervención quirúrgica, la paciente es ingresada en lista de espera, si bien, no con carácter de urgencia, porque, como se ha justificado, a pesar del dolor, no había indicación de urgencia. Así explica el SIP, y lo recoge la Propuesta de Resolución:

«Así lo corrobora lo anotado en la historia clínica tanto del servicio público como privado, se describe, previamente, ausencia de incontinencia de esfínteres al inicio del cuadro de dolor en agosto-septiembre de 2021, conservación de reflejos y fuerza muscular 5/5 el 4 de octubre de 2021, en la valoración por Neurocirujano privado el 18 de marzo de 2022 "no déficit motor, reflejos conservados", en la valoración en el Servicio de Urgencias hospitalario el 18 de abril de 2022 ausencia de banderas rojas.

Por lo tanto, después del tratamiento conservador, la valoración por el servicio de neurocirugía no presentó signos de alarma que hicieran precisa una intervención quirúrgica urgente.

En esta línea, el Informe del Servicio de Neurocirugía refiere que fue atendida por uno de los adjuntos de este Servicio en fecha 11/03/2022 identificando el Diagnóstico de Hernia discal y planteando la necesidad de Cirugía no urgente, dado que no presentaba signos de alarma neuroquirúrgica.

En ninguno de los informes aportados, ni públicos ni privados, más allá del dolor (muy limitante sin lugar a dudas, pero tratable con medicación) reportan "banderas rojas" (ver protocolo de dolor lumbar que se adjunta) por lo que no sería aplicable, en este caso, la necesidad de tratamiento quirúrgico urgente».

Por tanto, como señala la PR: *«no son ciertas las afirmaciones de la reclamante en cuanto a que el tratamiento quirúrgico debía realizarse de forma urgente, sin que por su parte se incorpore elemento probatorio que permita cuestionar las conclusiones de los informes incorporados por la Administración».*

Tal es así, en contra de lo señalado por la reclamante, que destaca el SIP:

« (…) el 11 de marzo de 2022 la paciente ingresa en lista de espera quirúrgica, en la misma fecha se solicita prueba diagnóstica EMG que realizada en el ámbito privado el 4 de abril de 2022 no se facilita al Servicio solicitante.

Propuesta la intervención quirúrgica por el Servicio de Neurocirugía del Hospital universitario Insular e ingresada en lista de espera quirúrgica en dicho centro el 11 de marzo de 2022, la reclamante consulta en Neurocirujano privado tan sólo 7 días más tarde, el 18 de marzo de 2022».

De todo lo expuesto sólo puede concluirse que una vez que estaba indicada la intervención quirúrgica, tras las pruebas realizadas ante la evolución de la patología y ante la sintomatología de la paciente, ésta fue incluida en lista de espera quirúrgica, si bien, no urgente, porque no era esta la indicación, mas, la reclamante optó voluntariamente, por intervenirse en la sanidad privada, a pesar de la correcta actuación de la asistencia sanitaria pública.

De hecho, tampoco fue intervenida de forma urgente en la sanidad privada, pues, habiendo consultado el 18 de marzo de 2022 la intervención se realizó el 26 de mayo de 2022.

3) Respecto del derecho al reintegro de gastos pretendido por la paciente, tal y como señala la Propuesta de Resolución, acogiendo lo señalado por el SIP, cabe recordar:

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad en el Sistema Nacional de la Salud, establece en su art. 9:

«las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud únicamente se facilitarán por el personal legalmente habilitado, en centros y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél».

Por tanto, en la consideración de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria prestada por centros, establecimientos o servicios ajenos al Sistema Nacional de Salud se establecen dos criterios que se trate de urgencia inmediata y que sea de situación de riesgo vital y que se compruebe que no hubo posibilidad de utilizar oportunamente los servicios disponibles en el Sistema Nacional de Salud y que no constituya una utilización desviada o abusiva de esta excepción.

Por su parte, 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 procedimiento para su actualización, establece en su art. 4.3:

«La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero».

En el caso que nos ocupa, como bien señala la Propuesta de Resolución, «no se objetiva, falta de diligencia, pasividad o desatención por parte de los servicios sanitarios, quedando acreditado, sin que se haya aportado prueba de contrario, que la intervención quirúrgica no revestía el carácter de urgente y en consecuencia la reclamante pudo haber recibido la asistencia por parte de los servicios públicos, decidiendo en el marco de su autonomía personal acudir a los servicios privados, debiendo asumir su coste al no concurrir los requisitos para proceder a su reintegro».

Asimismo, el Servicio de Inspección y Prestaciones concluye:

« (...) el estudio de la documentación obrante en el expediente nos permite concluir que no se trató de un suceso imprevisible, súbito y repentino, circunstancia que excluye las intervenciones programadas, las inclusiones en lista de espera o las actuaciones que tienen lugar en el curso de un proceso que se viene tratando en el Sistema Nacional de Salud».

Procede tener en cuenta que la reclamante presentó «*Reclamación en ámbito sanitario*», el 2 de mayo de 2022, solicitando fecha para intervención con carácter de urgencia y reintegro de gastos.

Y se observa que ya antes, unilateralmente, el 18 de marzo de 2022, había visitado a un neurocirujano en el ámbito privado, y, además, teniendo prevista la intervención en el ámbito privado para el 26 de mayo de 2022 presenta la reclamación el día 2 del mismo mes incluyendo, de hecho, un presupuesto de gastos privados, cuando, además, ya estaba incluida en la lista de espera quirúrgica del Hospital Universitario Insular desde el 11 de marzo de 2022, por lo que no cabe afirmar que *«al no contestarle se intervino por privado»*.

Todo ello confirmaría la conclusión de que la paciente optó voluntariamente por la sanidad privada, a pesar del impecable funcionamiento de la pública, y no cumpliéndose los requisitos establecidos en las normas de aplicación para el reintegro de gastos, por lo que no procede tal indemnización.

Tampoco procede la pretendida por daños morales, anudada como lo hace la reclamante al estado psicológico derivado del dolor mientras no es intervenida en la pública, dados los razonamientos ya expuestos.

5. Este Consejo Consultivo ha señalado, al respecto de la reclamación de la indemnización correspondiente a los gastos médicos asumidos de forma voluntaria en el ámbito de la medicina privada, como por ejemplo se hizo en los Dictámenes 36 y 82/2017, que:

«Reiterada jurisprudencia en relación con estos preceptos o con sus antecedentes legales ha insistido en que la prestación sanitaria exigible en el ámbito de la sanidad pública responde a los siguientes ejes fundamentales: que la citada prestación ha de otorgarse con los medios disponibles del Sistema Nacional de Salud; que la asistencia sanitaria ha de llevarse a cabo en términos de eficacia e igualdad, pero también en términos que permitan la estabilidad financiera del sistema, lo cual precipita en todo caso que la asistencia debida por el servicio público de salud se encuentra sometida a limitaciones; que no existe un derecho de opción de los beneficiarios del sistema público de salud para recabar asistencia sanitaria fuera del ámbito de ese sistema, ya que el recurso a la sanidad privada es

excepcional por imperativo legal, ha de justificarse en cada caso y ha de hacerse ello con especial rigor, habida cuenta la calidad cierta de los recursos económicos y dotacionales del sistema público y la cualificación técnica y humana del personal al servicio del mismo; que, en razón de lo anterior, el servicio público de salud no puede arrostrar los gastos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a ese servicio, excepción hecha de los casos reglamentariamente establecidos; que, en atención a las previsiones reglamentarias vigentes, el recurso a la asistencia sanitaria privada que es susceptible de ser económicamente asumido por el sistema público de salud es exclusivamente el recurso debido a una asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, siempre que conste que no se pudieron utilizar los servicios sanitarios públicos y que se acudió a la prestación sanitaria privada de forma no abusiva ni desviada; y que una interpretación extensiva de la responsabilidad del sistema sanitario público por gastos generados como consecuencia de asistencia prestada en el ámbito privado, es interpretación que bien puede abrir la inaceptable espita discriminatoria consistente en incrementar las posibilidades de recepción de asistencia sanitaria en favor de quienes dispongan de recursos económicos para acudir a la asistencia privada, iniciando a renglón seguido el procedimiento para intentar obtener la restitución del desembolso efectuado, posibilidad que en ningún caso existiría para el mayoritario colectivo que carece de los recursos necesarios a tal fin».

Esta doctrina resulta de plena aplicación al presente supuesto, no correspondiendo abonar a la interesada los gastos derivados de la asistencia privada, pues se trata de gastos asumidos por ella voluntariamente, pues no sólo no se demostró la urgencia vital, sino que además, se ha probado el correcto tratamiento que el SCS le ofreció, amén de que constaba ya en lista de espera quirúrgica para efectuarle la intervención quirúrgica que su patología requería.

6. Por todo lo expuesto, debemos señalar que no existe nexo de causalidad entre los daños por los que se reclama y la asistencia prestada al reclamante en ninguno de los momentos en los que le fue dispensada. Así, fue correcta la asistencia prestada a la reclamante, poniendo en todo momento a su disposición todos los medios diagnósticos y terapéuticos conocidos según el estado actual de la ciencia, siendo una decisión voluntaria de la reclamante, la de separarse de la asistencia sanitaria pública para ser intervenida en la privada.

7. Además, como se ha dicho, la interesada no ha aportado al expediente prueba alguna que demostrase el deficiente funcionamiento del servicio sanitario y justificase acudir a la sanidad privada, y, sin embargo, por parte de la Administración sí se justifica, como hemos visto, la correcta *praxis* médica en el caso que nos ocupa.

En relación con la carga probatoria cabría traer a colación la Sentencia núm. 84/2000 de 9 febrero, AC 2000\1373, de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), que entre otras indica:

« (…) En la actuación del personal sanitario no se produce la denominada responsabilidad por riesgo cuya consecuencia más inmediata es la inversión de la carga de la prueba, y ello porque no concurren en estos casos el fundamento de aquélla, cual es la responsabilidad cuasi objetiva como contrapartida del beneficio que se obtiene de la actividad desplegada. Así, la STS de 8 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7540), señala que es imprescindible demostrar como hecho probado la imputabilidad de una acción positiva u omisiva con perfiles culpabilísticos. En la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, debiendo el paciente acreditar el nexo causal y la culpa (doctrina ya consolidada en Sentencias de 7 de junio de 1988 [RJ 1988, 4825], 7 [RJ 1990, 668] y 12 de febrero de 1990 [RJ 1990, 677]). En parecido sentido la STS de 13 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7547) que establece que el personal sanitario tiene como obligación no la de obtener, en todo caso, la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia [STS 2 de febrero de 1993 (RJ 1993, 793)]. (…) ».

8. Por las razones expuestas, no concurriendo los elementos requeridos para la determinación de responsabilidad patrimonial de la Administración, procede desestimar la reclamación formulada por la interesada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta Resolución es conforme a Derecho, procediendo desestimar la reclamación interpuesta.