

Ourense, 18 de noviembre de 2016

Visto por D. Francisco de Cominges Cáceres, Magistrado del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Ourense, el PROCEDIMIENTO ABREVIADO 209/2016 promovido por D. S.G.P., representado y defendido por el Letrado D. Eugenio Moure González; contra la XUNTA DE GALICIA (Consellería de Sanidade), representada y asistida por la Letrada de sus servicios jurídicos D^a María Rosa Rodríguez Coughil.

ANTECEDENTES

1º.- El 12 de julio de 2016 D. S.G.P. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 10 de mayo de 2016 de la Secretaria Xeral Técnica de la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia, desestimatoria de la indemnización solicitada por los perjuicios padecidos al haber tenido que acudir a la sanidad privada ante las listas de espera desbordadas del Servicio de Neurología del Complejo Hospitalario Universitario de Ourense (expte. RP ...).

En el “suplico” final de su escrito de Demanda, rectificado en el acto de la vista del juicio, solicitó se dicte sentencia en la que además de anularse la resolución impugnada:

“Se condene a la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia a que indemnice al recurrente en la cantidad de 17.030,01 euros por los daños derivados de la defectuosa asistencia sanitaria prestada por el SERGAS, más los intereses devengados desde la fecha de la reclamación (...). Con imposición de costas a la parte que se oponga”.

2º.- El día 15 de noviembre de 2016 se celebró la vista oral del juicio. La Xunta de Galicia se opuso a la Demanda solicitando la íntegra desestimación del recurso, con imposición de costas al demandante.

Se recibió el proceso a prueba, practicándose pruebas documental y testifical-pericial. Se realizó también trámite de conclusiones, quedando el juicio visto para sentencia.

3º.- La cuantía del litigio se estableció en 17.030,01 euros, previa audiencia de las partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Constituye el objeto de este proceso la Resolución de 10 de mayo de 2016 de la Secretaria Xeral Técnica de la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia, desestimatoria de la reclamación indemnizatoria presentada por D. S.G.P. por los perjuicios padecidos al haber tenido que acudir a la sanidad privada ante las listas de espera excesivas del Servicio de Neurología del Complejo Hospitalario Universitario de Ourense (CHUOU).

Expone el recurrente en su Demanda, en resumen, que tras una primera consulta el 5 de mayo de 2014 acudió en varias ocasiones al referido Servicio de Neurología con diagnóstico de "Torpeza en MMII" y aumento de tamaño ventricular. El 14 de julio de 2014 se le practicó en el CHUOU una prueba de "punción lumbar", indicándole la doctora que debería solicitar cita para el siguiente mes de septiembre a fin de evaluar el resultado de la prueba. Sin embargo se le asignó la cita para el 16 de enero de 2015. Formuló reiteradas reclamaciones, pero solo consiguió el efecto contrario, la cita se retrasó al 28 de enero. Acudió por ello al Hospital privado Quirón, en Madrid, en donde se le realizó un TAC. A resultados del mismo se le prescribió una intervención de "Derivación LCR Hidrocefalia", a practicar en el plazo máximo de un mes. Se presentó en la cita del CHUOU del 28 de enero de 2015 con esos resultados y pese a ello no se señaló fecha para la intervención quirúrgica. No le quedó así más remedio que someterse a la operación en el Hospital "Quirón", el 11 de febrero de 2015. Luego surgieron complicaciones, a las que de nuevo el CHUOU no pudo dar pronta respuesta, por lo que hubo de operarse por segunda vez en el Hospital Quirón el 16 de marzo de 2015. Por todo ello se le causó un perjuicio económico de 14.030,01 euros, que se corresponden con las facturas de los gastos que hubo de asumir en la sanidad privada. A esa cantidad reclamada le añade 3.000 euros por daños morales. Insiste en que la Administración demandada ha incurrido en responsabilidad patrimonial, por la demora excesiva e irrazonable de sus listas de espera. Invoca lo dispuesto en

el artículo 106.2 de la Constitución y en los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como jurisprudencia concordante.

La Xunta de Galicia alegó en su Contestación en la vista del juicio, en síntesis, que no concurren los requisitos determinativos de la responsabilidad patrimonial, toda vez que el paciente recibió en la sanidad pública el tratamiento adecuado, acudiendo a la privada por su propia voluntad. Añade que debió haber ido al servicio de “urgencias” si se encontró mal antes de la fecha de la cita, y no directamente a un hospital privado, como hizo. Tampoco se ha acreditado que hubiese que realizar la intervención quirúrgica en el mínimo plazo señalado en la demanda. No consta en el expediente una negativa del servicio público de salud a practicar la operación, ni tampoco una solicitud formal para que se realizase. Aludió también a los recursos limitados de la Administración, cuyas prestaciones se deben prestar de manera equitativa e igualitaria a todos los pacientes. Por último cuestionó los concretos gastos invocados por el actor, en especial el de 6.000 euros de “Neurocirugía Madroños SL”, al no constar su relación con la intervención del Hospital Quirón.

II.- Centrados así los términos del debate, cabe comenzar por señalar que existen dos cauces distintos y alternativos por los que los usuarios titulares del derecho a la sanidad pública pueden exigir de la Administración una compensación por haberse visto obligados a acudir a la sanidad privada.

II.1.- En primer lugar, se regula un mecanismo específico para tal fin en el artículo 9 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; y en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, en los siguientes términos:

“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 (...)”

La reclamación judicial de estos gastos derivados de la “asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital” en hospitales privados se ha de realizar ante la jurisdicción social dada su vinculación directa con la materia de las prestaciones de la Seguridad Social (artículos 2.o/ y 2.s/ de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social).

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ha venido interpretando dichos preceptos en consolidada jurisprudencia, de la que constituye buena muestra su sentencia de 31 de enero de 2012 (rec. 45/2011), en la que afirmó que: “(...) el precepto reglamentario debe ser interpretado de tal forma que sus prescripciones solamente tengan un sentido aclaratorio, pero no restrictivo, del alcance de la norma legal que desarrolla. Y ello es perfectamente posible. Comenzando por el final, es claro que el añadido consistente en exigir que la utilización de los servicios privados no constituya “una utilización desviada o abusiva”, no hace sino aclarar la exigencia del legislador -que el reglamento repite- de que no se pudieron utilizar los servicios públicos “oportunamente”, adverbio que el reglamento añade y que no restringe sino que amplía la posibilidad del recurso a la sanidad privada: no es preciso que los servicios públicos no dispongan en absoluto de los medios necesarios para hacer frente a la asistencia sanitaria que necesita el paciente sino que basta con que no se disponga de esos medios a su debido tiempo, lo que, obviamente, nos remite a la consideración de las llamadas “listas de espera” y de las implicaciones que las mismas pueden tener sobre toda esta cuestión. Y, en segundo lugar, el hecho de que el reglamento no hable solamente de “riesgo vital” sino que, tras repetir esa misma expresión legal, utilice también la fórmula “urgente e inmediata y de carácter vital” tampoco puede interpretarse como una exigencia de nuevos requisitos autorizadores del recurso a la sanidad privada más rigurosos que el querido por el legislador - riesgo vital- sino al contrario: el riesgo vital puede entenderse como un peligro inminente de muerte que no necesariamente concurre en los casos en que la intervención debe ser inmediata y urgente, lo que significa -una vez más- que puede ser incompatible con la inclusión del paciente en la correspondiente lista de espera pero no necesariamente que tenga que ser intervenido ipso facto.”

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia también ha resuelto este tipo de conflictos en numerosas sentencias asumiendo su competencia para conocer, en primer término, de los recursos interpuestos contra resoluciones del SERGAS/Consellería de Sanidade que deniegan al paciente un tratamiento clínico específico solicitado por éste (ad. ex. S TSJ Galicia, S^a Social, de 28/12/2012 –rec. 3550/2010- referida precisamente a

Ourense). Y, en segundo, aceptando también la competencia de la jurisdicción social en casos muy similares al aquí examinado, en el que el paciente reclama a posteriori el reintegro de gastos médicos asumidos en una clínica privada tras la negativa o el retraso de la Administración sanitaria en practicar determinada intervención (ad. ex. S TSJ Galicia, S^a Social, de 19 de abril de 2015, rec. 1989/2013).

II.2.- En segundo término, cabe la opción alternativa de reclamar una indemnización acudiendo a la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, regulada en los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJA-PAC) –artículos 32 y ss. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público-. Dicho acción reclamatoria habría de fundarse en una “mala praxis” médica o en un “error asistencial”, y cumplir los requisitos de la responsabilidad patrimonial: lesión efectiva, evaluable económicamente e individualizada, causada por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar, siempre y cuando, además, no concurra fuerza mayor.

El conocimiento de esta acción indemnizatoria le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 3.g/ de la Ley 36/2011, de 10 de octubre). Así lo ha establecido la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su reciente sentencia de 27 de abril de 2016 (rec. 29/2015), en la que se trató un supuesto similar, acaecido en Ourense.

III.- La vía elegida por el demandante para ejercitar su pretensión ha sido la contencioso-administrativa. Pues bien, pese al meritorio esfuerzo argumental de la letrada de la Consellería de Sanidade, de la valoración conjunta de la prueba practicada en el juicio (documental: expediente administrativo, y testifical-pericial: declaración de la neuróloga del CHUOU que atendió al paciente), se deriva la estimación parcial de la demanda. Por las siguientes razones:

Con toda evidencia la Administración demandada ha incurrido en este caso en un “funcionamiento anormal”, incorrecto, deficiente más allá de lo tolerable para el servicio público de que se trata.

El paciente, tras haber superado con éxito un “ictus” en el año 2011, acude en mayo de 2014 al servicio de Neurología del CHUOU (consultas externas), remitido por su médico de atención primaria, con síntomas de HPN (Hidrocefalia a presión normal – hidrocefalia crónica del adulto), acompañados de gravosos padecimientos (cefalea, cervicalgia, etc). La doctora Y., neuróloga del CHUOU, le atiende correctamente y tras varias consultas le realiza una punción lumbar el 14 de julio de 2014. Le indica al paciente que pida cita para el mes de septiembre de ese mismo año, para comprobar los efectos de la punción. Tal y como explicó la doctora en la vista del juicio, esa cita de septiembre resultaba esencial y no se podía realizar más tarde, porque los efectos de la prueba habrían desaparecido, ya no se podrían evaluar y sería necesario repetirla. El paciente solicita la cita por el conducto reglamentario. Pero se la conceden mucho más tarde, el 16 de enero de 2015. Presenta varias reclamaciones y la respuesta que obtiene es una especie de “reformatio in peius”, le retrasan la cita al 28 de enero de 2015.

Es lógico que en esta tesitura el paciente se angustiase y acudiese a la sanidad privada. La Administración pública sanitaria funcionó de manera deficiente e incluso irracional. Se le realiza una prueba cuya práctica requiere dos fases en períodos temporales concretos, pero se le cita para la segunda fase meses después de la fecha prescrita por el facultativo, deviniendo así en inútil toda la prueba realizada. Mientras tanto el paciente continúa con los síntomas gravosos señalados, y una sensación (fundada) de desamparo en la sanidad pública, en una materia muy delicada en la que un tratamiento demorado en exceso puede agravar la enfermedad. Acude en enero de 2015 a un Hospital privado, allí le confirman el diagnóstico que había sospechado la facultativa del CHUOU y le indican que se debe operar urgentemente. Así lo hizo, el 11 de febrero de 2015 se le practicó una “derivación ventrículo-peritoneal programable” en el Hospital Quirón de Madrid. El 23 de febrero de 2015 acude con molestias al CHUOU por acúmulo de LCR a nivel de pared abdominal, la especialista solicita la práctica de varias pruebas. El actor decide entonces ir de nuevo al Hospital Quirón, el 16 de marzo siguiente, y allí lo internan inmediatamente y le practican otra intervención quirúrgica (reintroducción de cateter peritoneal). Es también un hecho probado que el diagnóstico del Hospital Quirón y el tratamiento adoptado fueron correctos, y que gracias a ello la salud y la calidad de vida del demandante mejoró significativamente. Cesaron la cefalea y la cervicalgia, mejoró su movilidad, etc.

De todo lo antedicho se concluye que el SERGAS incurrió en un funcionamiento deficiente, determinativo de responsabilidad, por el retraso en la cita para evaluar la prueba de la punción lumbar. En este caso concreto ese

retraso no era tolerable, ni justificable, careciendo el actor del deber jurídico de soportarlo.

Como consecuencia de él, hubo de acudir a la sanidad privada, con los consiguientes daños y perjuicios, materiales y morales.

Sin perjuicio de ello debe dejarse claro que la responsabilidad de la Administración no se deriva de una “mala praxis” de los médicos del SERGAS que trataron al paciente (no se constata ningún error por su parte), sino de un deficiente funcionamiento del Servicio de Neurología del CHUOU en lo que a las “listas de espera” se refiere. Deficiencia que excedió de lo admisible y de lo tolerable.

IV.- No obstante, a la hora de determinar el importe de la indemnización reclamada en la demanda, no se va a poder estimar totalmente, por los siguientes motivos:

Tras el diagnóstico del Hospital Quirón de enero de 2015 el recurrente debió haber solicitado formalmente una intervención quirúrgica urgente en la sanidad pública. No lo hizo. A la cita de 28 de enero de 2015 en el CHUOU no acudió él, sino su esposa, y solo para comunicar la decisión ya adoptada de operarse en la clínica privada en Madrid. Es cierto que, como llegó a reconocer la testigo-perito en su declaración del juicio, aunque lo hubiese solicitado muy improbablemente se le habría practicado la operación en el SERGAS en el mes de febrero de 2015, pero lo cierto es que por lo menos debió de haberlo pedido. En cuanto a la segunda intervención que se le practicó en el Hospital Quirón, no se ha demostrado que el SERGAS haya incurrido en “mala praxis” recabando la realización de determinadas pruebas con los síntomas que mostraba el paciente en el momento en el que se presentó en el CHUOU. Lo que no impide que unos días más tarde, con el agravamiento de la dolencia post-operatoria, procediese ya realizarle sin duda la segunda intervención. Habría sido necesaria la práctica de una prueba pericial específica en este juicio para determinar la “mala praxis” esgrimida al respecto en la demanda.

En definitiva, teniendo en cuenta estos factores, que minoran la responsabilidad de la Administración, así como el valor probatorio documental de los informes y facturas presentados por el actor en la vía administrativa

previa, se concluye la condena a una indemnización de 10.000 euros, por todos los conceptos, incluidos daños morales.

V.- La ejecución de la sentencia se realizará en estos términos:

El demandante presentará en el registro de la Xunta de Galicia un escrito, con copia de esta sentencia, solicitando el pago de los 10.000 euros, incrementados con el IPC desde la fecha de presentación de la reclamación en vía administrativa (21/10/2015), y con el interés legal del dinero desde la fecha de la sentencia, junto con la siguiente documentación:

- Certificación bancaria con el número de cuenta de su titularidad en el que desea que se realice el pago.

- Una declaración jurada de que no ha obtenido por otras vías (seguro privado, etc) una compensación económica por los gastos que tuvo que asumir al acudir a la sanidad privada en este asunto, ni de que se halle en trámite otro procedimiento para obtener dicha compensación.

- Acreditación de que la factura de 6.000 euros de la mercantil "Neurocirugía Madroños, SL" aportada en vía administrativa se corresponde a un servicio vinculado a la intervención quirúrgica del Hospital Quirón, no incluido en las facturas de dicho Hospital (por ejemplo, respecto de esto último, sería útil una certificación bancaria de las transferencias de los pagos realizados).

Si en el plazo de tres meses desde la presentación de dicha documentación en el registro de la Xunta de Galicia no se ha efectuado el pago, podrá el demandante promover en este Juzgado la ejecución forzosa de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 106.3 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, con el correspondiente perjuicio para la Administración demandada (intereses y costas).

VI.- De la estimación parcial del recurso se deriva que no se realice un especial pronunciamiento sobre las costas (art. 139.1 LJCA).

PARTE DISPOSITIVA

1º.- ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. S.G.P. contra la resolución de 10 de mayo de 2016 de la Secretaria Xeral Técnica de la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia, desestimatoria de la indemnización solicitada por los perjuicios padecidos al haber tenido que acudir a la sanidad privada ante las excesivas listas de espera del Servicio de Neurología del Complejo Hospitalario Universitario de Ourense (expte. RP ...).

2º.- Revocar la referida resolución, condenando a la Xunta de Galicia al pago de diez mil euros (10.000 €) al demandante, incrementados con el IPC desde la fecha de presentación de la reclamación en vía administrativa. La sentencia se ejecutará en los términos señalados en el fundamento "V".

3º.- Sin imposición de costas.

Notifíquesele esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que contra ella no cabe interponer Recurso de Apelación (art. 81 LJCA). Francisco de Cominges Cáceres