

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 10ª, Sentencia 246/2017 de 11 Abr. 2017, Rec. 842/2015

Ponente: García Alonso, Miguel Angel.

Nº de Sentencia: 246/2017

Nº de Recurso: 842/2015

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

No hay reembolso de gastos médicos de la sanidad privada cuando son asumidos voluntariamente

RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. Reembolso de gastos médicos. Correcta desestimación de la reclamación de responsabilidad formulada por reembolso de los gastos médicos satisfechos a clínica privada. Decisión voluntaria del paciente. Tras detectarle una tumoración uretera, el informe técnico del servicio de Inspección Sanitaria creyó oportuno, como paso previo a la opción quirúrgica, solicitar una angiografía por resonancia magnética para visualizar el sistema vascular renal. Sin embargo, ésta no se consideró necesaria por el servicio de radiodiagnóstico, al contar ya con una resonancia magnética que incluía imágenes de vascularización renal. Existencia de un problema de coordinación y comunicación entre los servicios de Urología y de Radiodiagnóstico que ha originado un estado de alarma en el paciente que le condujo a recurrir a la medicina privada. No obstante, sin negar el estado de zozobra temporalmente breve, el paciente debió haber acudido de nuevo al doctor del hospital público que le acordó la prueba preoperatoria para exponerle lo que ocurría y redirigir la situación. La falta de información no puede dar lugar a la indemnización por daños morales propuesta.

El TSJ Madrid desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución Orden 971/2015, dictada por el Viceconsejero de Sanidad, y confirma la denegación de reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por reembolso de gastos médicos.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima

C/ Génova, 10 , Planta 2 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2015/0025517

Procedimiento Ordinario 842/2015 B

Demandante: D. Sabino

PROCURADOR Dña. BLANCA MURILLO DE LA CUADRA

Demandado: SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA

PROCURADOR Dña. MARIA ESTHER CENTOIRA PARRONDO

SENTENCIA Nº 246 /2017

Presidente:

Dña. M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D. MIGUEL ANGEL GARCÍA ALONSO

D. RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO

Dña. ANA RUFZ REY

En la Villa de Madrid a once de abril de dos mil diecisiete.

VISTO el recurso contencioso administrativo número 842/2015 seguido ante la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interpuesto por la Procuradora Dña. Blanca Murillo de la Cuadra, en nombre y representación de D. Sabino , contra la resolución Orden 971/2015 dictada por el Viceconsejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid de fecha 20 de octubre de 2015 que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 16 de julio de 2012 por reembolso de gastos médicos.

Ha sido parte demandada la Comunidad de Madrid, representada y defendida por el letrado de sus servicios jurídicos, y codemandada, ZURICH ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, representada por la Procuradora Dña. María Esther Centoira Parrondo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que previos los oportunos trámites, la parte recurrente formalizó demanda, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación terminó suplicando que se dictara sentencia por la que *se le conceda una indemnización de 46.234,74 euros con condena solidaria de la Administración y de la aseguradora, así como las costas más los intereses legales desde la fecha de la reclamación patrimonial.*

SEGUNDO.- Las partes demandadas presentaron escrito de contestación, oponiéndose a la demanda, de conformidad con los hechos y fundamentos de derecho que invocaron solicitando que se dicte sentencia desestimatoria y se confirme la resolución recurrida.

TERCERO.- Terminada la tramitación se señaló para votación y fallo del recurso la audiencia del día 5 de abril de 2017 fecha en la que ha tenido lugar.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo Sr Don MIGUEL ANGEL GARCÍA ALONSO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución Orden 971/2015 dictada por el Viceconsejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid de fecha 20 de octubre de 2015 que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 16 de julio de 2012 por reembolso de gastos médicos.

La demanda en síntesis expone que "venía siendo tratado en el Hospital Clínico San Carlos de Madrid en el Servicio de Urología. En marzo de 2011 se le realiza una prueba de diagnóstico por imagen y se le detecta un nódulo indeterminado en el riñón derecho y un quiste en el riñón izquierdo y focos hiperecogénicos en ambos riñones. El 7 de abril se le practica otra prueba de Diagnóstico por imagen, y se observa "tumoración en el tercio medio del uréter izquierdo compatible con urotelioma y quiste en el riñón derecho".

El día 1 de septiembre de 2011 se le realiza en dicho Hospital una intervención de "Ureteroscopia" para determinar el alcance de las lesiones.

Se le diagnostica una neoplasia uretral izquierda y un tumor quístico en el riñón derecho. Por la gravedad y complejidad del caso, al tener el paciente afectados los dos riñones, se presenta el caso de nuevo en sesión clínica y se decide efectuar neofroureterectomía izquierda y cirugía conservadora en el riñón derecho.

En Sesión Clínica de 16 de Septiembre de 2011 se decide que es necesario identificar con mayor exactitud las características del tumor en riñón derecho, se acuerda pedir una prueba a radiología, angioresonancia, para efectuar

un estudio vascular en vistas a la nefrectomía parcial del riñón derecho y antes de decidir qué hacer con el tumor uretral izquierdo.

Que se le citó para el día 22 de septiembre de 2011, el cual acude a la Consulta, y es atendido por el Doctor Isidro , y éste le explica el procedimiento operatorio a seguir, primero se haría una operación para extirpar el quiste del riñón derecho, y después se practicaría otra operación para acometer la retirada del riñón y uréter izquierdo, si bien como paso previo a la primera operación mi cliente se tenía que someter a una prueba radiológica necesaria, una "angioresonancia", entregándole el volante para realizar dicha prueba , dicho volante aparece en las páginas 8 y 9 del expediente, y dicha prueba según el doctor por ser un asunto "prioritario" no tardaría más de quince días en practicarse, según aparece en el propio volante.

Alega el recurrente en su demanda que "hasta aquí todo normal", pero transcurridos los quince días sin que a mi representado se le hubiera citado para la realización de la prueba y sin tener noticia alguna del Servicio de Radiología del Hospital, preguntaron en repetidas ocasiones tanto vía telefónica como presencialmente por el motivo del retraso en la realización de la prueba, y cuándo se le iba a realizar la misma, sin que nadie les diera explicación alguna, simplemente "que no aparecía en el ordenador"

En vista de que por teléfono era imposible obtener información, la esposa de mi representado y un familiar, ya que Don Sabino estaba mal, sobre todo anímicamente, se personaron en el Servicio de Radiología del Hospital Clínico y en el Servicio de Administración de Radiología comprobaron que no había constancia de la prueba.

Entonces desconcertados se personaron en la Secretaría del Departamento de Urología donde se expuso el problema y se exhibió el volante que les habían dado en la consulta del 22 de septiembre, la secretaria les informó que se había hecho la petición y que lo había ordenado el doctor Isidro , que ese día se encontraba pasando consulta.

El doctor Isidro habló personalmente con ellos y les dijo que era un problema de Radiología y que él no podía reclamarlo.

Entonces volvieron a Radiología y pudieron hablar con un Radiólogo, el doctor Ismael , el cual buscó la petición en su carpeta y no la encontró, entonces miró en la carpeta de su compañero el Doctor Remigio , que estaba en un Congreso, y les dijo que la petición de la prueba estaba en esa carpeta, y que cuando volviese tenía que tratar el tema con el Urólogo responsable para ver si esa prueba era necesaria.

Que pasados unos días volvieron a interesarse por la realización de la prueba, y ante su sorpresa se les manifestó que consultado el listado de pruebas para el mes siguiente no aparecía la de mi representado.

Ante la falta de noticias e información por parte del Hospital, ya que ni el Servicio de Urología ni el Servicio de Radiología le comunicaban nada, dada la gravedad del problema, se decidió acometer de forma urgente la intervención en la Clínica MD ANDERSON la cual mi representado ya había visitado cuando le detectaron este problema para un Segundo Diagnóstico, que coincidió con el del Hospital Clínico. Don Sabino fue intervenido mediante Cirugía programada en la Clínica MD ANDERSON el 25 de octubre de 2011. Que no ha ocultado que ante la gravedad de la situación consultara una segunda opinión, acerca de la intervención que se le iba a practicar por parte del Clínico. Que se confirmó la corrección de planteamiento de las dos intervenciones en el Clínico . Que en ningún momento su intención fue la de operarse en la clínica privada como afirma la resolución impugnada. El demandante solicita el reintegro de gastos y 5.000 euros por daños morales, por la alarma, la incertidumbre, el sentirse desatendido.

Por su parte, la Comunidad de Madrid se opone a la estimación del presente recurso al estimar que las actuaciones realizadas en la clínica privada se han realizado a solicitud del paciente, e incluso en el mismo día en que se estaba tratando el asunto en sesión clínica en la que se acordó realizar una resonancia, se realizó pruebas en la clínica privada. Que no existió una situación de urgencia vital o denegación de esta, no procede el reintegro de gastos.

La compañía aseguradora de la administración demandada que ha comparecido en calidad de parte interesada alega la desviación procesal dado que en la reclamación previa no se reclamaron los daños morales. Que se remite a los informes de los profesionales, al informe de del doctor Darío que consta en el expediente administrativo y a la resolución desestimatoria.

Alega la falta de prueba, que no consta que el paciente acudiera a la cita con el urólogo el día 22 de septiembre de 2011, que el paciente acudió de manera consciente a la sanidad privada. Que en su caso la cantidad reclamada es

excesiva.

SEGUNDO.- En cuanto al reembolso de los gastos de asistencia sanitaria satisfechos a la clínica privada, la Administración rechaza su abono basándose en que se trató de una decisión voluntaria de la parte reclamante en el presente proceso. El art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, dispone: "La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. 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".

Se desprende de este precepto la exigencia de tres requisitos que han de concurrir de forma acumulativa para que resulte exigible el reembolso de los gastos en que se haya incurrido fuera del Sistema Nacional de Salud. Ha de tratarse de una asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital. Pues bien, en el presente caso.

Hemos de tener en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde al demandante " *la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda* ", y corresponde al demandado " *la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior* ". Las precitadas reglas generales se matizan en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se " *deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio* " .

La Jurisprudencia (STS de 7 de septiembre y 18 de octubre de 2005, de 9 de diciembre de 2008, de 30 de septiembre, 22 de octubre, 24 de noviembre, y 18 y 23 de diciembre de 2009, y sentencia de 19 de mayo de 2015, y las que en ellas se citan) han precisado el alcance de las anteriores normas sobre la carga probatoria en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria a la luz del principio de facilidad probatoria, en el sentido de que compete al recurrente la prueba del daño antijurídico y del nexo o relación de causalidad entre éste y el acto de asistencia médica, de forma que, si no se ha producido esa prueba no existe responsabilidad administrativa, si bien tales exigencias deben moderarse, en aplicación del principio de facilidad de la prueba, tomando en consideración las dificultades que en cada caso concreto haya encontrado el recurrente para cumplir con la carga probatoria que le incumbe debido a que la Administración es la parte que dispone del expediente administrativo.

TERCERO.- En el caso que venimos analizando constan en el expediente administrativo informes técnicos. Informe pericial del seguro, y de la Inspección Médica. Así como el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El informe del responsable de funciones del servicio de urología del hospital Clínico San Carlos de Madrid expresa que en la ureterorenoscopia del 1-9-2011 se aprecia una tumoración ureteral sólida y siembras herbáceas en una extensión de 3-4 cm. Con estos datos, se presenta nuevamente en la sesión clínica (16-9-11) ante la complejidad del caso, considerando necesario identificar con mayor precisión las características de la tumoración renal, en vistas a la realización de una posible nefroureterectomía izquierda y cirugía parcial sobre el riñón derecho, motivo por el que se decide solicitar un estudio vascular renal derecho, previo a la cirugía del lado izquierdo, para lo cual se cita al paciente el 22-9-11 y se pide la angioresonancia. "El paciente no ha vuelto a consulta ni ha consultado con el Servicio de urología hasta la fecha de hoy 7 de Agosto de 2012".

Por su parte el informe realizado en el expediente administrativo a instancia de la aseguradora por médico especialista determina que "No he tenido acceso a ningún documento donde se deje constancia fehaciente de que el paciente entró en contacto con el servicio de urología reclamando la realización de la prueba o una nueva toma de postura.

Entre la fecha del 22 de septiembre y el 25 de octubre de 2011, no apreció pérdida de oportunidad siendo realizado

en el Centro privado el mismo tratamiento que el programado de forma inicial. Que lo único que puede establecerse es una discordancia en la indicación de una prueba entre dos servicios de un mismo Centro sin perjuicio para el paciente. Que la asistencia debe considerarse adecuada y correcta. El paciente, que mantenía un seguimiento en paralelo en la Clínica MD Anderson decidió de forma voluntaria abandonar la sanidad pública y someterse al mismo procedimiento que el propuesto en el Centro ya citado".

Finalmente, hemos de referirnos al informe técnico elaborado por el servicio de Inspección Sanitaria en el cual se recoge que "Tras la revisión de la historia e informes de los servicios implicados, consideramos los siguientes aspectos: El Servicio de Urología consideró pertinente como paso previo a adoptar la opción quirúrgica más adecuada solicitar una angioresonancia o angiografía por resonancia magnética para visualizar el sistema vascular renal.

Una angioresonancia es una resonancia magnética del sistema vascular y lo que se había realizado anteriormente al paciente fue un TAC y una Uroresonancia.

Un facultativo del servicio de radiodiagnóstico no consideró indicado realizar esta prueba ya que al paciente se le había realizado una resonancia magnética en julio y este estudio incluía imágenes de vascularización renal . Por lo cual no existe registro de que el paciente llegara a ser citado en dicho servicio. Esta decisión, fue puesta en conocimiento del Servicio de Urología, no quedando constancia documental dicha incidencia en su historia clínica.

Entendemos que ha habido un problema de coordinación y comunicación entre ambos servicios, que ha originado un estado de alarma en el paciente que sabiendo que presentaba cáncer ha esperado un tiempo prudencial antes de decidir recurrir a la medicina privada."

El inspector propuso en su informe que "a la vista de las actuaciones practicadas resulta evidente que la asistencia prestada no ha sido la adecuada al existir un grave problema de coordinación entre ambos servicios y consecuentemente una falta de información al paciente sobre su proceso asistencial, entendiéndose justificada su asistencia en la medicina privada".

CUARTO.- Entrando a conocer del caso presente, en primer lugar, examinando la reclamación previa, el recurrente sí incluyó el concepto de daños morales, aunque no lo cuantificase. En segundo lugar el informe del servicio de urología expresa que "se cita al paciente el 22 de septiembre de 2011 y se pide la angioresonancia", y " que no ha vuelto a consulta hasta la fecha de hoy", pero no se niega que no acudiese a consulta el citado 22 de sentencia, debiéndose entender que sí acudió pero que desde entonces no ha vuelto.

Examinando los datos presentes, la Sala entiende que no puede acogerse favorablemente la pretensión del recurrente:

Es cierto que ha habido una descoordinación de los servicios de Urología y de Radiodiagnóstico, ya que si bien por Urología se solicitó el 22 de septiembre de 2011 una angioresonancia, (una resonancia magnética del sistema vascular) previa a la intervención quirúrgica, según consta en el expediente, en el informe del Jefe del servicio de Radiodiagnóstico, por este servicio se entendió que no era necesario realizarla en cuanto que un mes antes, en julio se le había realizado una resonancia magnética que incluía la realización de imágenes de la vascularización renal. Se indica en el informe que se puso en contacto con el servicio de Urología informando que no era preciso repetir la prueba.

Por tanto lo que ocurrió es que no se acordó la prueba y en consecuencia no se citó al paciente para su realización. La cuestión es que no se le informó de ello y cuando se interesó el recurrente transcurridos los quince días previstos, no aparecía la cita en el ordenador.

Sin embargo, y sin negar el estado de zozobra causado cuando le dijeron que no estaba citado para la angioresonancia prevista, entiende la Sala, de acuerdo con la resolución impugnada y el informe de la aseguradora, que a partir de entonces debió acudir nuevamente al doctor Isidro , que según los datos había acordado la prueba preoperatoria, para explicarle lo que ocurría y que éste aclarase la situación con radiología y redirigir la situación; es decir retomar la solución quirúrgica dentro del propio sistema sanitario. Efectivamente una vez que se confirmase que ya no era necesaria la prueba y que por tanto el diagnóstico ya estaba hecho, el siguiente paso era el quirúrgico, según lo previsto. El recurrente en su demanda reconoce que se hizo unas pruebas en la clínica privada el 16 de septiembre de 2011, como segunda opinión, y que " se confirmó la corrección de planteamiento de las dos intervenciones en el Clínico".

En consecuencia no podemos compartir las conclusiones del informe del inspector médico en este caso. Si el día 22 de septiembre de 2011 se le dijo que se iba a realizar la angioresonancia en quince días y según el demandante acudió a interesarse por la prueba, pasado este plazo, nos ponemos como mínimo en el día 7 de octubre de 2011. *La intervención en la clínica privada tuvo lugar el 25 de ese mismo mes, es decir en un plazo muy cercano. Por otro lado entiende la Sala que sin negar un estado de zozobra temporalmente breve, producido por la falta de comunicación de la no realización de la prueba, no consta que el recurrente comunicase lo que ocurría ni al servicio de urología ni al de atención de paciente; ni sus alegaciones sobre la duración durante varios días de la falta de información alegada, se encuentran respaldadas por documento alguno, (hecho expresamente reconocido en el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid) por lo que no puede dar lugar a la indemnización por daños morales, que propuso el citado Dictamen.*

Todo ello dará lugar a la desestimación del presente recurso contencioso administrativo.

QUINTO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la redacción que le dio la Ley 37/2011 , procede imponer las costas procesales a la parte vencida, esto es, a la parte actora en la cuantía de 1.000 euros , por todos los conceptos.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo número 842/2015, interpuesto contra la resolución Orden 971/2015 dictada por el Viceconsejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid de fecha 20 de octubre de 2015 que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 16 de julio de 2012 por reembolso de gastos médicos.

Con imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días** , contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa , con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 4982- 0000-93-0842-15 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92- 0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 4982-0000-93-0842-15 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. MIGUEL ANGEL GARCÍA ALONSO, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día veinticinco de abril de dos mil diecisiete, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.