

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ066661

**JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N.º 1 DE PONTEVEDRA**

Sentencia 142/2023, de 12 de junio de 2023

Rec. n.º 304/2022

**SUMARIO:**

**Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Sanidad pública. Seguridad social. Inactividad. Listas de espera. «Mala praxis» médica o «error asistencial». Reembolso de gastos privados.** Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. Tras recibir el alta hospitalaria en el servicio de urgencias, «sin aparente resultado», y tras la reordenación asistencial de la sanidad pública a fin de liberar las unidades de cuidados intensivos (UCI) para los enfermos de Covid, con la suspensión o aplazamiento de una parte importante de la actividad quirúrgica programada, el actor acudió a solicitar una segunda opinión a la consulta privada con un médico que trabaja también para la sanidad pública que vio la procedencia de intervenir quirúrgicamente al actor a la mayor brevedad, algo que hizo en la clínica privada por cauce preferente, ya que frente a los insoportables dolores que el actor estaba padeciendo, el sistema sanitario público de su zona solo le ofrecía medicamentos paliativos del dolor. La vía elegida por el demandante para ejercitar su pretensión ha sido la contencioso-administrativa y se condenada a la Xunta de Galicia a pagar 7.140 euros a un paciente por los perjuicios que sufrió al haber tenido que acudir a la sanidad privada en abril de 2020 para tratar una hernia discal. Se considera «correcta» la decisión del paciente de intervenir en la sanidad privada, al tiempo que subraya que el gasto que tuvo que asumir reúne los requisitos de antijuridicidad establecidos en el artículo 32 LRJSP, debiéndoselo compensar, ya que de no habersele practicado la operación en esas fechas habría tenido que soportar, innecesariamente, durante un largo período de tiempo, unos dolores muy intensos, así como los efectos secundarios de la medicación paliativa prescrita, con riesgo de agravamiento de la lesión de columna. Además, la rápida intervención en la clínica privada le ahorró a la Sanidad pública Gallega «el montante equivalente que habría conllevado la realización de la operación en el hospital público (probablemente mayor si, como iba a suceder, se hubiese pospuesto considerablemente en el tiempo, con el consiguiente agravamiento de la dolencia), permitiéndole al mismo tiempo liberar quirófano, cama y UCI para los pacientes de Covid».

**PRECEPTOS:**

Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 32 y 34.3.

Ley 16/2003 (cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud), art. 9.

RD 1030/2006 (cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización) art. 4.3.

**PONENTE:***Don Francisco de Cominges Cáceres.*

Pontevedra, 12 de junio de 2023

Visto por D. Francisco de Cominges Cáceres, Magistrado del Juzgado Contencioso- Administrativo Núm. 1 de Pontevedra, el PROCEDIMIENTO ABREVIADO 304/2022 promovido por D. XXXX, representado por el Procurador D. Gabriel Santos Conde y defendido por la Letrada Dª María José Triñanes Castro, sustituida en la vista del juicio por D. Ricardo Rodiño Vázquez; contra la XUNTA DE GALICIA (Consellería de Sanidade), representada y asistida por la Letrada de su Asesoría Jurídica Dª Sonsoles Bermúdez Pina.

**ANTECEDENTES**

1º. D. XXXx interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 18 de julio de 2022 del Conselleiro de Sanidade de la Xunta de Galicia, desestimatoria de la reclamación indemnizatoria formulada por los perjuicios padecidos al haber tenido que acudir a la sanidad privada en abril de 2020 para tratar una hernia discal (expte. RP 2020/0102/P).

En el “suplico” final de su escrito de Demanda solicitó se dicte sentencia en la que se condene a la Administración demandada al pago de: <<la suma de 12.140 euros, correspondiendo 7.140 euros a la indemnización por gastos médico quirúrgicos y, 5.000 euros a los daños morales>>.

2º. El día 30 de mayo de 2023 se celebró la vista oral del juicio. El actor se ratificó en su demanda. La Xunta de Galicia se opuso, solicitando la íntegra desestimación del recurso, con imposición de costas a la demandante.

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

3º. La cuantía del litigio es de 12.140 euros.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Constituye el objeto de este proceso la resolución de 18 de julio de 2022 del Conselleiro de Sanidade de la Xunta de Galicia (expte. RP-2020-0102-P), que dispuso: <<Desestimar a reclamación de responsabilidade patrimonial que interpuxo XXXX polos danos sufridos como consecuencia do tratamento dun lumbago con ciática no lado esquerdo no Hospital Universitario Montecelo de Pontevedra>>

Expone el actor en su Demanda y en su alegato en la vista del juicio, en resumen, que con 44 años de edad, tras sufrir fuertes dolores lumbares, el 30/03/2020 en el Centro de Salud de O Grove se le diagnosticó una “lumbociatalgia” de un mes de evolución. El 02/04/2020 le realizaron una RX C. Lumbar. Al día siguiente la médico de cabecera constató un empeoramiento de la dolencia, así como el fracaso de la medicación pautada. El dolor era insoportable, le impedía deambular, sentarse, acostarse, etc.. A partir de ahí tuvo que acudir a urgencias del Complejo Hospitalario de Pontevedra (CHOP) prácticamente todos los días, con fuertes dolores, dándosele el alta cada día, hasta que se decidió su ingreso hospitalario el 06/04/2020. Al día siguiente le realizaron una RM en la que se detectó “hernia discal L4-L5, con un fragmento extruido que ocupa la mitad izquierda del canal. Estenosis foraminal L5-S1 izquierda”. Se le volvió a dar el alta, con cita para nueva valoración un mes después, el 06/05/2020. Como “los fortísimos dolores que padece no se calman con la medicación pautada y la imposibilidad de caminar con el pie caído”, le recomendaron acudir a la consulta privada del XXX D. XXX en la clínica de Vigo Nuestra Señora de Fátima. Ante el riesgo de nuevos déficits o de no recuperar el pie caído, el día 13/04/2020 le realizó una “intervención de microdiscectomía L4-L5 izquierda, extirpando un voluminoso fragmento distal extruido. Foraminotomía L5-S1, no hernia discal”. La evolución fue favorable, sin complicaciones, mejorando el dolor, dándose el alta hospitalaria el 15/04/2020. Considera que la Administración pública incurrió en responsabilidad, al demorar en exceso una intervención quirúrgica urgente, imprescindible y necesaria para mitigar su insoportable dolor, obligándole a acudir a la sanidad privada. Reclama el pago de una indemnización de 12.140 euros, de los que 7.142 euros se corresponden con la factura que tuvo que abonar a la clínica Fátima, y los 5.000 euros restantes al daño moral padecido.

Como fundamento jurídico de su pretensión invoca lo dispuesto en los arts. 32 y ss. Ley 40/2015, de 1 de octubre (LRJSP), 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. Añadió que tampoco se cumplen los requisitos establecidos para la cobertura de gastos en la sanidad privada por la pública por causa de “urgencia vital”, cuestión que además le correspondería resolver a la jurisdicción social y no a la contencioso-administrativa. Negó en cualquier caso la existencia de daño moral.

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, Sª 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, Sª 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 32 y ss. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Dicha 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.

La doctrina científica ha definido la "lex artis" como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria -, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Y, en su reverso, el término de "malpraxis", que denota la concurrencia de responsabilidad, se refiere a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio al enfermo, siempre y cuando estos resultados sean distintos y más gravosos de los que hubieran conseguido la mayoría de profesionales en las mismas circunstancias. Según dicha doctrina: <<La malpraxis implica una ruptura con "las reglas del juego", un apartarse del camino del buen hacer, una desviación o viciamiento del acto médico>>.

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 sentencia de 27 de abril de 2016 (rec. 29/2015), en la que se trató un supuesto similar.

III. La vía elegida por el demandante para ejercitar su pretensión ha sido la contencioso-administrativa. De la valoración conjunta de la prueba practicada en el juicio se concluye la concurrencia de responsabilidad patrimonial.

El recurrente trabaja en la actividad de acuicultura (mejilloneras). En diciembre de 2019, con 44 años de edad, inició una crisis de episodios de lumbalgia que progresaron a escoliosis y ciatralgia izquierda por la misma irradiación. En los meses de marzo y abril de 2020 acudió en reiteradas ocasiones a su centro de salud del SERGAS en O Grove y al servicio de urgencias del CHOP por dolor intolerable pese a la medicación (tramadol, paxia, diazepam, pregabalina y diclofenaco). Le realizaron una RMN que mostraba una recidiva voluminosa de la hernia discal L4-L5 izquierda y una discopatía L5-S1 con una protusión medial que no parecía comprometer forámenes. Le dieron el alta hospitalaria, con la siguiente cita para un mes después, para “valoración”.

Con ese diagnóstico, un dolor muy intenso e incontrolable en la espalda, restricción de capacidad deambulatoria y el temor razonable a un agravamiento de la dolencia (en especial sobre la raíz nerviosa L-5), con riesgo de pérdida funcional de algún miembro, fue lógico y racional que el actor siguiese el consejo de pedir una segunda opinión en la sanidad privada. Es importante recordar el contexto en el que se produjeron estos hechos: Poco después de la promulgación del primer estado de alarma de la pandemia del coronavirus (Covid-19). Por acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 13 de marzo de 2020 se había declarado la situación de emergencia sanitaria. Y por la posterior Instrucción 6/2020, de 15 de marzo de la Xerencia del Servizo Galego de Saúde (SERGAS), se dispuso una reordenación asistencial a fin de liberar las unidades de cuidados intensivos (UCI) para los enfermos de Covid, con la suspensión o aplazamiento de una parte importante de la actividad quirúrgica programada.

En esa tesitura, tras recibir el alta hospitalaria en el servicio de urgencias del CHOP sin aparente resultado, el actor acudió a solicitar una segunda opinión en la consulta privada del XXX que le recomendaron, D. XXXX, en la clínica de Vigo Nuestra Señora de Fátima. Médico que, por cierto, trabaja también para el SERGAS, tratándose del XXXX del Hospital Álvaro Cunqueiro de Vigo (según indica la página web del CHUVI). Éste concluyó la procedencia de intervenir quirúrgicamente al actor a la mayor brevedad. Y así lo hizo en la referida clínica privada, por cauce preferente (cuando apenas había transcurrido una semana desde el alta del servicio de urgencias del CHOP). Con un resultado satisfactorio. En solo dos días tras la operación el paciente obtuvo el alta hospitalaria, paliándose su problema de manera significativa. El Dr. XXX clarificó estas circunstancias en su informe de 18 de mayo de 2021, unido a la reclamación inicial, del siguiente tenor: <<En abril de 2020 presentó un cuadro de lumbociática izda. paralizante con progresión de la clínica dolorosa a pesar del tratamiento y aparición de pérdida de fuerza y sensibilidad importante en la pierna y pie izdo. secundarios a una gran hernia discal L4-L5. El paciente ingresó en Montecelo [CHOP] el 6/4/2020 y se intervino en el Hospital Ntra Sra de Fátima el 13/04/2020, con urgencia relativa ante el riesgo de nuevos déficits o de no recuperar el pie caído que presentaba>>.

De manera que, ante los insoportables dolores que el actor estaba padeciendo, por una patología cuyo tratamiento idóneo requería cirugía, en aquel concreto momento de crisis pandémica por coronavirus el sistema sanitario público de su zona (CHOP) sólo le ofrecía medicamentos paliativos del dolor (con escaso resultado) y una nueva valoración a un mes vista. Mientras que el XXXX de otro hospital público cercano (Vigo), constataba la procedencia de efectuar la cirugía con carácter preferente en un centro privado.

En circunstancias tan especiales se considera correcta la decisión del actor al decidir intervenir en la sanidad privada. También que el gasto que tuvo que asumir reúne los requisitos de antijuridicidad establecidos en el artículo 32 LRJSP, debiéndosele compensar la Consellería de Sanidade. De no habersele practicado la operación en esas fechas el actor habría tenido que soportar, innecesariamente, durante un largo período de tiempo unos dolores muy intensos, así como los efectos secundarios de la medicación paliativa prescrita, con riesgo de agravamiento de la lesión de columna.

Tampoco se puede olvidar que, por otra parte, la rápida intervención en la clínica privada le ahorró al SERGAS el montante equivalente que habría conllevado la realización de la operación en el hospital público (probablemente mayor si, como iba a suceder, se hubiese pospuesto considerablemente en el tiempo, con el consiguiente agravamiento de la dolencia), permitiéndole al mismo tiempo liberar quirófano, cama y UCI para los pacientes de Covid.

**IV.** En cuanto al importe de la indemnización, sólo se va a aceptar la cantidad reclamada de 7.140 euros correspondiente al gasto de la atención sanitaria privada, avalada con la factura del “Hospital Nuestra Señora de Fátima” de 16 de abril de 2020 unida a su reclamación inicial.

No se aceptan los 5.000 euros solicitados por daño moral, considerándose que la operación se practicó muy pocos días después del diagnóstico definitivo de la dolencia, habiéndose producido tal diagnóstico en un tiempo razonable. De habersele practicado la cirugía en el SERGAS con la mayor celeridad, conforme a una buena praxis, no se habría realizado antes del 13 de abril de 2020.

Dicha cantidad se actualizará conforme al índice de garantía de competitividad desde el día del pago efectivo de la factura (artículo 34.3 LRJSP). A la suma final resultante se le aplicará el interés legal del dinero entre la fecha de notificación de esta sentencia y la del pago de la indemnización (art. 106.2 LJCA).

**V.** La sentencia se ejecutará de la siguiente manera: A partir de los diez días de la notificación de su firmeza, la parte actora presentará directamente en el registro de la Administración demandada un escrito solicitando el pago

de los 7.140 euros, con una copia de esta sentencia, una certificación bancaria acreditativa de la transferencia de dicha cantidad al “Hospital Nuestra Señora de Fátima”, la certificación de su titularidad sobre la cuenta bancaria en la que desea se realice el ingreso por la Consellería de Sanidade, y una declaración jurada de no haberlo recuperado por algún seguro privado. A partir de ese momento la Xunta de Galicia dispondrá del plazo máximo de dos meses para efectuar el pago. Una vez superado, el actor podrá instar en este Juzgado la ejecución forzosa de la sentencia, con el correspondiente perjuicio para la Xunta de Galicia (intereses y costas).

**VI.** De la estimación parcial del recurso se deriva la no imposición de costas (artículo 139 LJCA).

### **PARTE DISPOSITIVA**

**1º.** ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. XXXX contra la resolución de 18 de julio de 2022 del Conselleiro de Sanidade de la Xunta de Galicia, desestimatoria de la reclamación indemnizatoria formulada por los perjuicios padecidos al haber tenido que acudir a la sanidad privada en abril de 2020 para tratar una hernia discal (expte. RP 2020/0102/P).

**2º.** Revocar la referida resolución, condenando a la Xunta de Galicia al pago de siete mil ciento cuarenta euros (7.140 €) a la parte demandante, actualizada conforme a lo señalado en el fundamento IV.

**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. 81.1.a/ LJCA).

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.