



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **71/2014**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 10 de marzo de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excma. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 18 de septiembre de 2013, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **317/13**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La reclamante sufrió una serie de episodios de rectorragia durante el año 2010, por lo que su médico de cabecera la remite, el 28 de abril de 2011, al especialista de Digestivo, quien le prescribió la realización de enema opaco, para lo que fue citada el mes de noviembre de 2011, siete meses después de la prescripción, ante lo que la interesada decide acudir a la medicina privada.

En el Hospital "USP San Carlos" de Murcia se le realiza una colonoscopia que desvela un adenocarcinoma de sigma, por lo que se le recomienda intervención quirúrgica, siendo operada el 20 de junio de 2011, con un coste total de 16.300 euros, que fueron abonados por la paciente.

Solicitado el reintegro de dicha cantidad por el procedimiento específico establecido al efecto, se desestima por Resolución del Director General de Régimen Económico y Prestaciones, de fecha 13 de diciembre de 2011, con fundamento en que la interesada no cumplió con los trámites establecidos en el Decreto 25/2006, de 31 de marzo, que desarrolla la normativa básica estatal en materia de información sobre listas de espera y se establecen las medidas necesarias para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Sanitario Público de la Región de Murcia, donde se establece que, en el caso de excederse los plazos máximos previstos para las asistencias sanitarias, el paciente podrá acudir a cualquier centro de su elección de entre los debidamente autorizados, asumiendo su coste el Servicio Murciano de Salud (SMS), previa solicitud del "certificado de garantía", trámite éste que la paciente no cumplió. Así mismo, porque tampoco se está en presencia de un supuesto de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, único supuesto que justifica un reintegro de gastos.

Frente a esta denegación, el 23 de febrero de 2012 la interesada presenta reclamación previa a la vía jurisdiccional que, en atención a su contenido, se califica por la Administración como reclamación de responsabilidad patrimonial. Así, considera la reclamante que existió un funcionamiento anormal del servicio

público, que tacha de negligencia médica, por no ser adecuadamente diagnosticada del proceso canceroso que se desarrollaba en su intestino, lo que exigía un tratamiento precoz y eficaz, que el servicio público sanitario no le prestó, por lo que se vio obligada a acudir a la sanidad privada y afrontar unos gastos que considera deben serle resarcidos por la Administración.

Consta en el expediente la documentación obrante en el correspondiente a la inicial solicitud de reintegro, entre la que destaca la siguiente:

- Nota de cita para la prueba diagnóstica (enema opaco), solicitada el 28 de abril y citada para el 9 de noviembre de 2011.

- Informe de colonoscopia, de fecha 2 de junio de 2011, efectuado en el Hospital "USP San Carlos".

- Recibos de honorarios médicos por importe de 14.050 euros (cirujano, ayudantes, anestesista y materiales) y factura del Hospital por importe de 2.106,88 euros.

- Informe de la Inspección Médica, desfavorable al reintegro solicitado, toda vez que la interesada no habría solicitado el certificado de garantía establecido como trámite obligatorio para poder solicitar el reembolso, así como que la realización de una colonoscopia y cirugía programada de adenocarcinoma de colon no puede calificarse como situación de urgencia vital e inminente, único supuesto en que procede el reintegro conforme a lo establecido en 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 el procedimiento para su actualización.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del SMS, se ordena la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del indicado ente público sanitario, que procede a comunicar a la interesada la información prescrita por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Asimismo, procede a dar traslado de la reclamación a la Dirección de los Servicios Jurídicos, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la aseguradora del SMS, al tiempo que solicita a los distintos centros en los que se prestó la asistencia por la que se reclama la remisión de la historia clínica e informe de los facultativos intervenientes.

TERCERO.- Recibida la documentación solicitada a los centros hospitalarios, constan los siguientes informes:

1. Informe de la Directora Médica del Hospital "USP San Carlos", que es del siguiente tenor literal:

"Remitimos copia de historia clínica completa con dos episodios asistenciales de ingreso y dos episodios

ambulatorios:

- *Ingreso ambulatorio el 2 de junio de 2011 para realización de colonoscopia+biopsia bajo cobertura de su Compañía de asistencia sanitaria --. Adjuntamos informe del Dr. x, colegiado --.*

- *Prueba ambulatoria el 15 de junio de 2011 para Enema Opaco bajo cobertura de su Compañía de asistencia sanitaria --. Adjuntamos informe estudio realizado por Dr. x colegiado --.*

- *Ingreso desde puerta de urgencias el día 19-06-2011 bajo cobertura de su Compañía de Asistencia Sanitaria -- con el diagnóstico de "Dolor abdominal en paciente con Adenocarcinoma de sigma". Tenía programada cirugía a cargo de Dr. x, colegiado -- para el día 20 de junio de 2011. Su Compañía de seguros de asistencia sanitaria deniega prestación a cargo de la misma por no pertenecer el mencionado doctor al cuadro médico de la Compañía. La paciente por tanto es ingresada de urgencia bajo cobertura de su Cía. pero es intervenida como paciente privada.*

- *Reingreso el día 30 de junio de 2011 trasladada desde Servicio de Urgencias del Hospital General Universitario Santa Lucía con cuadro de dolor abdominal postquirúrgico compatible con dehiscencia de sutura. Ingresa por puerta de urgencia a cargo de su Compañía --, que luego desestima cobertura para ingreso y reintervención. Es reintervenida como paciente privada por Dr. x y dada de alta el 6 de julio de 2011. El resto de documentación clínica ambulatoria o de otros centros hospitalarios independiente de la generada por la asistencia quirúrgica en este hospital, se encuentra en poder de la propia paciente y/o del cirujano Dr. x".*

2. Informe de la Dra. x, Especialista en Digestivo del Hospital Universitario "Santa Lucía", de Cartagena, según el cual:

"La paciente x fue atendida en la Consulta de Digestivo Zona el 28 de abril de 2011 por cuadro clínico consistente en aumento del número de deposiciones, asociado a dolor abdominal cólico de meses de evolución. Había sido atendida en centro privado por dichos síntomas de colon irritable (sin realización de ninguna prueba complementaria) prescribiéndose tratamiento sintomático (suxidina y polibutin).

El día que fue atendida en nuestra consulta, aunque no mostraba síntomas de alarma, al apreciar ferropenia en la analítica que aportaba (con hemoglobina normal) y persistencia de los síntomas, se solicitó un enema opaco como técnica de imagen para descartar patología en colon. La actuación en dicha consulta fue correcta y ajustada a los protocolos de estudio habituales".

CUARTO.- Por la aseguradora del SMS se une al procedimiento informe médico-pericial, que alcanza las siguientes conclusiones:

"- Que x presentó alteración del ritmo intestinal por lo que se le solicitó un enema opaco.

- Que ante la demora de siete meses para su realización decidió recurrir a la medicina privada para acortar el tiempo de espera.
- Que esto resulta razonable ya que para un diagnóstico que incluye la posibilidad de un tumor una espera de siete meses resulta excesiva.
- Que el resultado diagnóstico fue un adenocarcinoma de ciego.
- Que una vez obtenido el diagnóstico la actuación lógica hubiera sido volver nuevamente a su centro de salud o a su especialista de Digestivo, donde el proceso de tratamiento se hubiera puesto en marcha sin demoras.
- Que la decisión de continuar el tratamiento en la medicina privada fue una decisión libre y voluntaria de la paciente, no condicionada en este caso por el deseo razonable de acortar tiempos de espera".

QUINTO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, comparece la interesada y, tras obtener vista del expediente, formula alegaciones para, además de ratificarse en su escrito de reclamación, discrepar del informe de la aseguradora en el extremo relativo a que, una vez realizada la prueba diagnóstica, podía haber continuado el tratamiento en la sanidad pública, ya que la distinción entre fase diagnóstica y fase de tratamiento no es tan nítida, y aunque pueda desarrollarse ante servicios diferentes, se encaminan a un objetivo común, su curación, siendo la única decisión razonable someterse a la intervención quirúrgica que le prescribe el médico que le da el diagnóstico.

SEXTO.- Con fecha 17 de diciembre de 2012, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el órgano instructor que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sanitaria.

SÉPTIMO.- Remitido el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de dictamen y mientras se encuentra pendiente de evacuación, la Inspección Médica emite el informe que le había sido solicitado por el órgano instructor en junio de 2012. Alcanza las siguientes conclusiones:

- "1. Paciente en estudio por alteración del ritmo intestinal con cifra de ferritina baja, en la que se solicita prueba diagnóstica de Enema Opaco para descartar patología en colon. Actuación correcta y adecuada, según lo publicado en la literatura médica
2. No consta en documentación clínica referencia alguna al padecimiento de rectorragias por parte de la paciente.

3. Obtiene cita para aproximadamente 7 meses desde su solicitud, tiempo de espera que no es prudencial y que además contraviene de origen el Decreto n.º 25/2006, de 31 de marzo, que establece para las primeras pruebas diagnósticas/terapéuticas que el tiempo máximo de espera será de 30 días naturales. Si bien no utilizó el procedimiento previsto para garantizar el tiempo máximo de acceso a las prestaciones del SMS.

4. Se realiza prueba diagnóstica en sanidad privada diagnosticándola de Carcinoma estenosante de Sigma.

5. La paciente decide libre y voluntariamente realizarse el tratamiento quirúrgico en la sanidad privada aunque de haberse realizado en la sanidad pública el tratamiento habría sido el mismo y el tiempo de espera similar si bien pertenece a la esfera de la libre voluntad de la paciente y su familia la decisión libre y voluntaria de elegir entre sanidad privada o pública.

6. En el episodio de complicación postquirúrgica que tuvo días después por cuadro de peritonitis por dehiscencia de sutura, diagnosticado en Servicio de Urgencias de HUSL se le indicó que había que realizar IQ urgente decidiendo libre y voluntariamente que se la trasladara a centro privado (HSC) para practicar IQ y la hospitalización pertinente pese al riesgo cierto del proceso".

Tras poner la instrucción en conocimiento del Consejo Jurídico la existencia de este informe, el 19 de junio de 2013, este Órgano consultivo dicta Acuerdo nº 19/2013 indicando la necesidad de completar la instrucción mediante el otorgamiento de un nuevo trámite de audiencia a la reclamante para que pueda formular alegaciones frente al indicado informe, tras lo cual debería adoptarse una nueva propuesta de resolución antes de elevar consulta a este Consejo.

OCTAVO.- Conferido nuevo trámite de audiencia, comparece la interesada y obtiene vista del expediente, sin que conste la presentación de alegaciones o justificaciones adicionales.

NOVENO.- Con fecha 9 de septiembre de 2013 se formula nueva propuesta de resolución, igualmente desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

DÉCIMO.- Consta en el expediente que por la interesada se interpuso recurso contencioso-administrativo que se sigue por los trámites del procedimiento abreviado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de los de Murcia, al entender desestimada su reclamación ante el silencio de la Administración.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados al expediente los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió nuevamente el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 18 de septiembre de 2013.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 142.3 LPAC y el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

I. La reclamante está legitimada para solicitar indemnización por los daños económicos alegados, consistentes en determinadas cantidades abonadas por servicios prestados a la misma en la sanidad privada.

La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la reclamación e imputarse el daño al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC, no hay objeción que señalar, vista la fecha de finalización de la asistencia sanitaria privada que origina los gastos cuyo resarcimiento se reclama (la última factura presentada es de fecha 29 de junio de 2011), que la interesada reclamó el reintegro de dichos gastos al SMS en escrito presentado el 4 de agosto de 2011, y que la reclamación de dichos gastos a título de responsabilidad patrimonial se insta el 23 de febrero de 2012.

III. El examen conjunto de la documentación remitida, una vez cumplimentada la instrucción complementaria indicada en nuestro Acuerdo 19/2013, permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

La circunstancia de que se haya interpuesto por la reclamante el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su pretensión indemnizatoria no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (art. 42.1 LPAC), toda vez que consta que aún no ha recaído sentencia, al estar señalada la vista para el 18 de marzo de 2014.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria. Consideraciones generales.

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la

configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE: "los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce "el derecho a la protección de la salud", desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación de éste ha de regirse por la denominada "lex artis ad hoc", o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la "lex artis" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. La "lex artis", por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predictable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

Así, la STS, Sala 3^a, de 22 de diciembre de 2001, afirma: "ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente".

Asimismo, la STS, Sala 3^a, de 23 de marzo de 2011, expresa que "la actividad sanitaria no permite exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, ya que su función ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria, utilizando al efecto los medios y conocimientos que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir en todo caso la curación del paciente".

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1^a, de 24 de mayo de 1999, entiende que "los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida".

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la "lex artis" responde la Administración de los daños causados que puedan imputarse a dicha actuación infractora, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la "lex artis"; responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse en estos casos u otros análogos.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervenientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios. Nexo causal y antijuridicidad del daño: inexistencia.

I. Para la reclamante, existe un funcionamiento anormal de la Administración, al ser incapaces los médicos que la atendieron de valorar los síntomas que padecía como manifiestamente indicarios de la existencia de una enfermedad cancerosa, lo que motivó que no se establecieran los medios necesarios -aplicación de un protocolo de asistencia urgente- para facilitar a la paciente un tratamiento con un plazo de demora que no fuera tan excesivo que aquél deviniera ineficaz. Fue dicha actuación la que obligó a la interesada a acudir a la sanidad privada para procurarse una asistencia sanitaria en el plazo adecuado para resultar eficaz.

En primer lugar, debe destacarse que en este procedimiento se dilucida la posible responsabilidad patrimonial de la Administración regional por el alegado mal funcionamiento, en forma de indebido retraso, de sus servicios sanitarios. Y es que la Consejería ha identificado la petición del interesado como reclamación de responsabilidad patrimonial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 139 y ss. LPAC, a pesar de que el escrito de reclamación sostiene que se ejerce la reclamación previa a la vía judicial civil, conforme a lo previsto en el artículo 122 de dicha ley, aun cuando su fundamentación jurídica se basa en el cumplimiento de los requisitos para la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aludiendo a la existencia de una negligencia médica y al consiguiente funcionamiento anormal de un servicio público. En todo caso, dicha calificación no ha sido discutida por la reclamante cuando se le han otorgado las preceptivas audiencias y, de hecho, el escrito de demanda presentado ante el Juzgado alude de forma expresa a la denegación por silencio administrativo de solicitud de responsabilidad patrimonial de la Administración.

II. Como ya ha tenido ocasión de señalar el Consejo Jurídico en anteriores dictámenes (por todos el 82/2008), en los sistemas sanitarios públicos de cobertura universal, las listas de espera constituyen un factor regulador de la demanda. Sin embargo, los tiempos excesivamente prolongados tanto por lo que se refiere a los procedimientos diagnósticos, como terapéuticos, pueden comprometer sensiblemente el principio de equidad que inspira estos sistemas.

La cuestión relativa a la problemática que plantean las listas de espera no es ajena a la doctrina de nuestros tribunales, habiéndose considerado, en casos de dilación injustificada, un mal cumplimiento de la prestación médico-sanitaria al enfermo. Así la STS, Sala 1^a, de 27 de mayo de 2003, afirma:

"El problema de las listas de espera es un mal que acarrea nuestra sanidad y pone de manifiesto que su funcionamiento no es el que demanda la necesidad de procurar la salud de los enfermos, a los que se les hace difícil comprender que estando diagnosticados de un padecimiento grave y perfectamente establecido, y necesitado de operación, ésta no se lleve a cabo de inmediato, o en el menos tiempo posible (...) lo que hace necesario intensificar los esfuerzos hospitalarios para adoptar cuanto antes la solución de intervención y con carga suficiente de poder resultar positiva y eficaz (...)".

En principio debe indicarse que el sistema de asistencia sanitario público tiene unos recursos limitados, que implican la necesidad de existencia de listas de espera; esta circunstancia no genera responsabilidad patrimonial, siempre y cuando dicha espera deba considerarse razonable y adecuada, para lo cual deberá atenderse a las circunstancias concretas en cada caso; para que nazca responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria en estas situaciones es preciso que se produzca un daño.

El Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 2642/2001, realiza la siguiente consideración:

"Parece innecesario resaltar que las listas de espera constituyen algo en sí mismo indeseable, lo que no significa que su sola existencia implique necesariamente declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración titular del servicio público sanitario. En efecto, es evidente que los poderes públicos tienen el mandato constitucional de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (artículo 43 de la Constitución). Pero a pesar de que uno de los objetivos de su actuación en este ámbito sea el de luchar contra las listas de espera, la escasez de medios u otras circunstancias coyunturales demuestran que aquéllas son una realidad. Sostener que el paciente tiene en todos los casos derecho a la inmediatez, por ejemplo, en lo que a la intervención quirúrgica se refiere, significaría abrir sin límites la posibilidad de que cualquier asegurado (en la sanidad pública) pudiera acudir -si no se cumpliera dicha inmediatez- a la sanidad privada, pudiendo repercutir sobre los presupuestos públicos su coste (a través del instituto de la responsabilidad) además de los eventuales daños y perjuicios que ello pudiera ocasionar. Siendo deseable la referida inmediatez en el tratamiento y reiterando el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos desde la perspectiva del derecho a la protección de la salud, sin embargo nuestro ordenamiento jurídico no articula un sistema que implique en todos los casos la referida inmediatez en la sanidad pública.

Así las cosas, la solución en casos como el presente debe ir precedida por el examen de las circunstancias concurrentes, en particular de las dolencias del paciente, previsible tardanza en el tratamiento y demás circunstancias que puedan arrojar luz sobre lo que cabría considerar un retraso razonablemente admisible. De esta manera, la tardanza que entre dentro de los estándares existentes y que no implique una ruptura con la razonabilidad de la espera, debe ser soportada por el paciente, pues en tales casos no cabrá considerar el retraso como un daño individualizado, sino como una carga que todos los asegurados en la sanidad pública tienen el deber jurídico de soportar. Sin que ello deba interpretarse como una improcedente relajación en la lucha contra las listas de espera, lo expuesto constituye, a juicio de este Consejo, una solución equilibrada al problema planteado, que, como se dice, deberá ser resuelto caso por caso".

Sentado lo anterior se constata en el expediente que la cita para la realización de la prueba diagnóstica de enema opaco que le fue prescrita a la reclamante se demoró más allá de los 30 días naturales de tiempo máximo establecido en el Decreto 25/2006, para las primeras pruebas diagnósticas/terapéuticas.

Admitida la concurrencia del citado elemento de anormalidad, ha de analizarse a continuación si se advierte una relación de causalidad entre el mismo y los diversos efectos lesivos por los que se pide indemnización.

Conforme se desprende de los Antecedentes, la reclamante solicita indemnización en concepto de resarcimiento de los gastos que, según ella, se ha visto obligada a realizar en la sanidad privada, a la que tuvo que acudir debido a la mala actuación de los servicios sanitarios regionales, que demoraron en exceso la realización de la prueba.

En relación con los gastos ocasionados en la medicina privada, como venimos indicando en reiterados Dictámenes (por todos, el 17/2008) "en el Dictamen de 27 de noviembre de 2003 (Exp. 3322/2003), (el Consejo de Estado) recordó que "debe dilucidarse si los gastos realizados en la medicina privada son asumibles por la Administración sanitaria o deben ser soportados por el propio interesado. Únicamente procedería el abono de tales gastos, a título de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en el caso

de error de diagnóstico o inasistencia en la sanidad pública, y a título de reintegro de gastos, en el caso de que la atención en la sanidad privada traiga causa de una "urgencia vital", de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud".

De conformidad con el informe de la Inspección Médica obrante en el expediente inicial de reintegro de gastos, la realización de una colonoscopia y cirugía programada de adenocarcinoma de colon, no es una situación de urgencia vital e inminente. Tal afirmación no ha sido combatida por la reclamante mediante la aportación al procedimiento de una prueba suficiente como para desvirtuarla.

No habiendo acreditado la concurrencia de una urgencia vital, el resarcimiento de los daños por los que ahora se reclama tendría que incardinarse en el ámbito de la regulación de los tiempos máximos de respuesta en la atención sanitaria programada. De conformidad con el artículo 6 del Decreto 25/2006, en el supuesto de que se supere el plazo máximo fijado en el artículo 5 para el acceso a las prestaciones sanitarias sin que el paciente haya sido atendido en el centro determinado por el SMS, aquél podrá requerir asistencia en otro centro de su elección, dentro del ámbito territorial de la Región de Murcia, con cargo al SMS, a cuyo efecto se configura un procedimiento en el que se contempla la posibilidad de que el interesado pueda obtener la acreditación de haber sido superado el plazo máximo de garantía, que, según establece el mismo artículo 6, es uno de los requisitos exigidos para recibir asistencia en el centro de su elección y para que el SMS abone los gastos que se generen como consecuencia de dicha asistencia. Al no haber actuado de esta forma y no solicitar el correspondiente certificado de haber superado el plazo de garantía (así se desprende del citado informe de la Inspección Médica y del evacuado por el Jefe de Servicio de Aseguramiento y Prestaciones, en el que se contiene la propuesta de resolución del procedimiento de reintegro, folio 7 del expediente), el reclamante no tiene derecho al abono de las prestaciones garantizadas por el Decreto 25/2006, a las que eventualmente podría haber accedido en el supuesto de haber seguido el procedimiento reglamentariamente establecido para ello.

Por otro lado, y si bien es cierto que, como señalan tanto la Inspección Médica como el informe pericial de la aseguradora del SMS, un tiempo de espera de siete meses para realizarse el enema opaco no es prudencial, no cabe olvidar que, como se desprende del informe remitido por la Directora Médica del Hospital "USP San Carlos", la reclamante fue sometida a dos pruebas diagnósticas (colonoscopia y enema opaco) en el referido centro los días 2 y 15 de junio de 2011, respectivamente, sin coste para ella, pues se realizaron bajo la cobertura de un seguro de salud de la que aquélla era beneficiaria. En consecuencia, la demora en la cita para la realización del enema opaco no le causó daño a la recurrente, y de hecho, su pretensión indemnizatoria no se extiende a gastos de ningún tipo por este concepto, sino únicamente a los derivados de la intervención quirúrgica posterior.

Ocurre, sin embargo, que dicha intervención no se realizó en el ámbito del sistema sanitario público por la libre voluntad de la paciente de acudir a un especialista privado, sin que llegara a solicitar atención sanitaria al SMS, afirmando la Inspección Médica que, de haberlo hecho, el tratamiento habría sido el mismo y el tiempo de espera similar a los de la asistencia privada, toda vez que se recomienda que el tiempo medio de espera no sea superior a cuatro semanas desde que se realiza el diagnóstico hasta que se interviene el cáncer colorrectal. En cualquier caso, la omisión de solicitud de atención médica al SMS determina que no pueda imputársele una injustificada denegación de asistencia sanitaria o un retraso excesivo en la realización de la intervención quirúrgica, sin que, en consecuencia, puedan vincularse causalmente a la Administración unos gastos que sólo responden a la libre elección efectuada por la reclamante.

De lo anterior cabe concluir que en el presente supuesto no cabe apreciar relación causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño patrimonial que ha sufrido la reclamante, el cual se debe únicamente a su voluntad, no encauzada por los trámites reglamentarios, de ser atendida en la medicina privada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación, al no apreciar la concurrencia de los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

