



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **232/2018**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 12 de septiembre de 2018, 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 del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 20 de diciembre de 2017, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **386/17**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 8 de noviembre de 2012, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la asistencia sanitaria dispensada por el Servicio Murciano de Salud (SMS).

Relata la reclamante que el 4 de abril de 2011 sufrió una caída. Acudió al Servicio de Urgencias del Hospital "Santa María del Rosell" de Cartagena, donde fue diagnosticada de esguince interno de tobillo derecho y dolor gemelar izquierdo compatible con rotura fibrilar, por lo que se procede a inmovilización del tobillo derecho mediante vendaje compresivo y tratamiento antitrombótico.

El 8 de abril, ante el intenso dolor que padecía, acude de nuevo a Urgencias del referido Hospital donde se le diagnostica de gonalgia izquierda postraumática, con recomendación de reposo, frío local, vendaje compresivo durante 7 días y tratamiento farmacológico.

Ante la persistencia del dolor e imposibilidad de apoyar el miembro inferior izquierdo acude a su Médico de Familia, quien tras examinar las radiografías le informa que el Servicio de Urgencias había incurrido en un error de diagnóstico, pues lo que padecía era una fractura de la meseta tibial de la rodilla izquierda.

Derivada a Traumatología y tras confirmación del diagnóstico, le proponen intervención quirúrgica que rechaza, por lo que se instaura tratamiento conservador con férula de yeso, durante dos meses y medio. Comienza rehabilitación el 15 de junio, hasta que es dada de alta el 25 de julio de 2011, con buena evolución de rodilla y balance articular completo.

Se fue de vacaciones y, como persistía el dolor de su pierna izquierda, realizó 14 sesiones de rehabilitación en un centro privado de fisioterapia, con diagnóstico de epitrocanteritis izquierda, con alteraciones en la marcha, molestias y necesidad de utilizar muleta.

A la vuelta de vacaciones en el mes de septiembre y al continuar con dolores en la cadera recibe sesiones de acupuntura.

Acude los días 12 de septiembre y 3 de octubre a urgencias por dolor e impotencia funcional. En esta última fecha le realizan *"una RX de cadera con artrosis sin signos evidentes de fracturas, con diagnóstico de tendinitis versus rotura fibrilar"*.

El 4 de noviembre fue intervenida para realizar colecistectomía laparoscópica. Al ser dada de alta siguen los problemas para la deambulación. De nuevo acude al servicio de urgencias en fecha 19 de noviembre y es diagnosticada de coxartrosis izquierda incluyéndose en lista de espera para prótesis total de cadera. La cita fue cambiada de fecha y retrasada.

Por todo lo anterior, consulta de forma privada a un facultativo que diagnostica el 29 de noviembre un pinzamiento de cadera izquierda y alteración de la superficie articular de cabeza de fémur compatible con secuela de fractura parcelaria articular. Es intervenida el 14 de diciembre en la sanidad privada de prótesis total de cadera, recibiendo el alta el 17 de diciembre con tratamiento de deambulación con bastones. En dos meses estabilizó el proceso y mejoró su situación.

Por la asistencia sanitaria privada abonó la cantidad total de 11.393 euros, conforme acredita mediante la aportación de copia de diversas facturas del tratamiento recibido.

Acompaña, asimismo, informe pericial elaborado por un Médico Valorador de Daño Corporal, donde se afirma que a pesar del retraso en los diagnósticos no se ha producido secuela alguna, estableciendo el alta médica en fecha 17 de febrero de 2012. No obstante, estima que deben computarse 207 días improductivos, entre el alta de rehabilitación el 25 de julio de 2011 y el 17 de febrero de 2012, en que recibe el alta médica tras la operación de prótesis de cadera, en la medida en que considera que este retraso diagnóstico le ha supuesto un mayor tiempo de recuperación con dolor e incapacidad. Según dicho informe, se cumplen los criterios médico legales de causalidad entre la caída con afectación de miembro inferior izquierdo y las lesiones descritas. La fractura de la meseta tibial la diagnostica el Médico de Familia, tras acudir dos veces al Servicio de Urgencias y la fractura de la cortical de la cabeza femoral izquierda se diagnostica siete meses después de la caída, estimando que a consecuencia de la caída se produce una fractura que desencadena una artrosis postraumática que obliga a colocar una prótesis total de cadera.

De conformidad con el sistema de valoración de daños sufridos por las personas en accidentes de circulación para el año 2012, reclama 11.716,20 euros más los gastos médicos, lo que suma una indemnización total de 23.109,20 euros.

Para la reclamante la fractura de la meseta tibial se diagnostica con un retraso de 12 días por el Médico de Familia, habiendo pasado desapercibida en las dos visitas a urgencias el día 4 y 8 de abril de 2011.

La fractura de la cortical de la cabeza femoral se diagnostica el 29 de noviembre de 2011, casi 7 meses después de la caída. Desde que tuvo el accidente la lesionada no podía deambular con normalidad sin apoyo y sin dolor, empeorando el cuadro cuando le indican que inicie la deambulación en carga y vida normal.

El retraso del diagnóstico le ha supuesto un mayor tiempo de recuperación con incapacidad y dolor. A pesar de los sucesivos errores de diagnóstico, una vez que aciertan en el diagnóstico entra en lista de espera, llegándose incluso a retrasar la cita, razón por la que reclama los gastos de la operación y tratamiento en la medicina privada, a la que acude ante el mal funcionamiento del Servicio Murciano de Salud.

Propone prueba documental consistente en copia de su historia clínica obrante en el Servicio Murciano de Salud, la historia clínica del Hospital privado donde se intervino, la testifical para reconocimiento de facturas abonadas al citado Hospital, y la pericial de valoración del daño aportada junto a la reclamación.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación se ordena su tramitación al Servicio Jurídico del SMS, 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 (LPAC).

Asimismo, da traslado de la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Asesoría Jurídica del SMS y a la aseguradora de este último, al tiempo que recaba de la Gerencia del Área de Salud II y del Hospital "---" de Torrevieja (Alicante) una copia del historial clínico de la paciente e informe de los facultativos que le prestaron asistencia.

TERCERO.- Recibida la documentación de la Gerencia del Área de Salud II de Cartagena, constan los siguientes informes:

- El del Jefe de Servicio de Urgencias del Rosell, que se limita a describir la asistencia prestada y los diagnósticos efectuados.

- El del FEA de Urgencias que atendió a la paciente el 8 de abril:

"A la llegada a urgencias el 8 de abril de 2011, fue atendida por presentar dolor de rodilla izquierda secundaria a un traumatismo previo de 4 días antes [sigue una descripción de la exploración realizada y de sus hallazgos]...En la radiología no se apreció patología, por lo que, plateándose el cuadro como una posible gonalgia izquierda postraumática, se remitió a domicilio con una inmovilización del miembro, medidas físicas locales, analgésicos y antiinflamatorios y dando como siempre la indicación de seguimiento por su médico de familia y en su caso traumatólogo de zona ante cualquier problema que surgiera".

- El de la Médico de Familia que efectuó el primer diagnóstico de fractura:

"Paciente mujer de 68 años, que el 16 de abril de 2011, acudió a consulta por caída accidental hacía 15 días, golpeándose en rodilla izda.

Exploración: Impotencia funcional.

RX realizada en urgencias: fractura de meseta tibial y tuberosidades tibiales.

Remití para valoración urgente por Traumatología..."

CUARTO.- En fecha 26 de diciembre de 2012 la instrucción recibe la documentación del Hospital "--".

En relación a las facturas cuya copia se adjunta a la reclamación se informa que fueron pagadas por la paciente.

Si bien no se evacua el solicitado informe del facultativo que atendió a la reclamante, en la historia clínica remitida por el centro hospitalario consta el informe de alta del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, de fecha 17 de diciembre de 2011, que ofrece los siguientes datos:

"...3. Enfermedad Actual- Coxalgia izquierda con dolor inguinal y cara externa cadera, y anterior de muslo que aumenta con la deambulación. No cede con reposo. Deambulación con muleta.

4. Exploración.- Rotación y abducción dolorosa limitada, con dolor a movimientos pasivos.

5. Pruebas Complementarias RX.- Deformidad de cabeza de fémur, con imagen en boina, por posible descorticación parcelar. Fractura.

6. Procedimientos quirúrgicos: Anestesia raquídea. Decúbito lateral. Vía anterolateral. Artrotomía con gran colección líquida inflamatoria, luxación de cabeza apreciándose despegamiento de superficie articular de 2/3.(...)

7. Diagnóstico principal y secundarios: COXARTROSIS IZQUIERDA. DESCORTICACIÓN CABEZA..."

QUINTO.- Comunicado a la interesada el acuerdo instructor en relación con los medios de prueba por ella propuestos, el 1 de marzo de 2013 se solicita informe a la Inspección Médica.

El 11 de marzo se solicitan las radiografías de rodilla y cadera realizadas a la reclamante en el Hospital "Santa María del Rosell" y "Santa Lucía", ambos de Cartagena. Son remitidas en fecha 23 de abril de 2013 en formato CD que seguidamente son enviadas a la Inspección Médica y a la aseguradora del Servicio Murciano de Salud para emisión de informe.

SEXTO.- Por la aseguradora se une al procedimiento informe pericial realizado por un especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, que llega a las siguientes conclusiones:

"1a Es cierto que pasó sin diagnosticar inicialmente una fractura-avulsión de espina tibial anterior de la rodilla izquierda; aunque este hecho se puede considerar un error de praxis, no supuso ningún perjuicio para la paciente, ya que su tratamiento es conservador.

2a El proceso de su cadera encaja perfectamente con una patología de tipo degenerativo, siendo imposible asegurar o descartar si se produjo una fractura parcelaria en la caída del 4/04/11, pero aún en el caso de que así fuera, no existía clínica alguna que hiciera sospechar la misma y su tratamiento habría sido conservador hasta la necesidad de una PTC, por tanto, en este aspecto no aprecio haya existido mala praxis en ningún momento".

SÉPTIMO.- El 19 de septiembre de 2017 recibe la instrucción el informe de Inspección Médica que llega a las siguientes conclusiones:

"- Respecto a la fractura de espina tibial existió un retraso diagnóstico de unas dos semanas, pero este retraso no tuvo repercusión para la paciente; con inmovilización y fisioterapia posterior se produjo la curación de la rodilla.

- Respecto a la patología de la cadera:

- No existió retraso diagnóstico significativo. La primera vez que la paciente acude al Sistema Público de Salud por sintomatología que orienta a una patología en la cadera izquierda es el doce de septiembre y de artrosis de cadera el tres de octubre, encontrándose pendiente de programar intervención de prótesis total de cadera desde el cinco de octubre.

- Cuando la paciente acude a la clínica privada recibe un diagnóstico similar, y le proponen y se realiza la misma intervención para la que estaba en lista de espera en la sanidad pública.

- La única razón para intervenir en la sanidad privada en estas circunstancias es evitar el tiempo de espera que pudiera tener en la sanidad pública. La situación de la paciente no era en ningún modo de extrema urgencia, como evidencia de una parte la patología y de otra el que es intervenida en la sanidad privada, de forma programada, más de dos semanas después de sentarse la indicación quirúrgica".

OCTAVO.- Conferido el preceptivo trámite de audiencia a los interesados, no consta que hicieran uso del mismo realizando alegaciones o aportando justificaciones adicionales a las ya contenidas en el expediente.

NOVENO.- Con fecha 7 de diciembre de 2017, la unidad instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño alegado, toda vez que no se ha acreditado que la atención facultativa dispensada a la reclamante fuera contraria a normopraxis.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados el preceptivo extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 20 de diciembre de 2017.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, ya que versa sobre una reclamación que en concepto de responsabilidad patrimonial se ha formulado ante 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 artículo 142.3 LPAC y con el artículo 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP).

SEGUNDA.- Régimen jurídico aplicable, legitimación, plazo y procedimiento.

I. En cuanto al régimen jurídico que resulta de aplicación a este procedimiento, conviene recordar que la LPAC ha sido derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que junto a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), configuran una nueva regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sin embargo, la Disposición transitoria tercera, apartado a), de la LPACAP dispone que no resulta de aplicación a los procedimientos que, como el que es objeto del presente Dictamen, se hubieran iniciado antes de su entrada en vigor, que se regirán por la normativa anterior. En consecuencia el régimen legal aplicable en el supuesto sometido a consulta es el que establecía la LPAC.

II. Cuando de daños físicos se trata, la legitimación activa reside de forma primaria en quien los sufre en su persona, a quien ha de reconocerse la condición de interesado de conformidad con lo establecido en los artículos 31 y 139 y siguientes de la LPAC.

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

III. En relación con el requisito del plazo, el artículo 142.5 LPAC establece que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

En el supuesto sometido a consulta, la interesada reclama por un pretendido error de diagnóstico que se habría producido en distintas fechas, la primera de ellas el 4 de abril de 2011, cuando acude a urgencias tras sufrir una caída y no se detecta una fractura de cadera de la que será finalmente diagnosticada el 29 de noviembre e intervenida en la sanidad privada el 14 de diciembre de 2011, recibiendo el alta el 17 de febrero de 2012. En tales circunstancias y aun cuando, como se verá, la lesión en la cadera no estaría relacionada con la caída padecida por la actora en abril de 2011, la presentación de la reclamación el 8 de noviembre de 2012, en la que se pretende una indemnización por el tiempo de sanidad hasta el alta médica, más los gastos médicos derivados de la intervención en la sanidad privada ha de calificarse como temporánea.

IV. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, si bien es de resaltar que se ha sobrepasado en más de cinco años el plazo de tramitación del procedimiento al que se refiere el artículo 13.3 RRP.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE, según el cual *"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.

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

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

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

3. Ausencia de fuerza mayor.

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

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 del sanitario ha de llevarse a cabo con sujeción a 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 e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del 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 una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para 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 (STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *lex artis*, por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

Como señala la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de octubre de 2012, *"debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004, con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año).*

Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no

*significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la *lex artis*".*

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 (LEC)-, 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).

Para la Administración, además de los informes de los facultativos intervinientes, de preceptiva incorporación al procedimiento ex artículo 10.1 RRP, su principal apoyo probatorio habrá de ser el informe de la Inspección Médica, dadas las peculiares características que reúne y que pone de manifiesto la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso- Administrativo, núm. 430/2014, de 9 de junio, al señalar en relación con el indicado informe que *"en la valoración conjunta de la prueba se han de ponderar sus consideraciones médicas y sus conclusiones como elementos de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para la decisión de la litis, considerando que su fuerza de convicción reside, además de en su motivación y coherencia, en la circunstancia de que la Inspección Sanitaria informa con criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes"*.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

Según la reclamante, se produjo un evidente retraso diagnóstico de las lesiones articulares que presentaba desde la caída sufrida el 4 de abril de 2011. En primer lugar, porque ni en la primera ni en la segunda asistencia en urgencias, los días 4 y 8 de abril de 2011, se detectó la fractura de espina tibial que padecía. En segundo lugar, tampoco se diagnosticó la fractura de la cortical de cabeza femoral hasta siete meses después de la caída, el 29 de noviembre.

Este retraso diagnóstico le supuso un mayor tiempo de recuperación, durante el cual la paciente sufrió clínica de incapacidad y dolor que podría haberse evitado.

Además, una vez se alcanza el diagnóstico correcto y entra en lista de espera para ser intervenida con implantación de prótesis de cadera izquierda, se retrasa la cita, obligándole a acudir a la sanidad privada.

Reclama en consecuencia por los 207 días improductivos en que cifra el mayor tiempo de recuperación que imputa al retraso diagnóstico, así como por los gastos habidos en la sanidad privada.

1. El retraso diagnóstico.

Si bien la interesada, sobre la base del informe pericial que acompaña, considera que hubo dos retrasos diagnósticos, el de la fractura de espina tibial y el de la patología de cadera, lo cierto es que este último no puede ser admitido a la luz de los informes obrantes en el expediente. Por ello, procede determinar la eventual existencia de los alegados retrasos y de sus consecuencias en la salud de la paciente por separado.

a) Tanto los informes periciales obrantes en el expediente como la Inspección Médica coinciden en señalar la existencia de un retraso diagnóstico en la fractura de espina tibial izquierda de la reclamante, que ya podría haber sido detectada en la primera consulta en urgencias el mismo día de la caída de la interesada. Dicho retraso se cuantifica en 15 días, los transcurridos entre el 4 (primera visita a urgencias) y el 19 de abril, cuando la Médico de Atención Primaria diagnostica una fractura en meseta y tuberosidades tibiales izquierda. Ese mismo día la paciente es remitida a urgencias, donde tras ser valorada por Traumatología, se descarta la fractura de meseta tibial, pero se diagnostica una fractura de espina tibial.

Afirma el perito de la aseguradora del SMS que el tratamiento conservador adoptado ante este diagnóstico de fractura con mínimo desplazamiento fue el correcto, lo cual quedó evidenciado pues se consiguió la curación de la rodilla tras inmovilización con férula de yeso y fisioterapia. Así lo confirma la Inspección Médica, que considera que el retardo de 15 días en diagnosticar la fractura de espina tibial no tuvo repercusión alguna para la paciente, pues con inmovilización y posterior rehabilitación se consiguió la curación.

En consecuencia, se habría producido un retraso en el diagnóstico de la fractura de espina tibial, pero de ello no se derivó daño alguno para la paciente, en forma de mayor tiempo de curación o de secuelas, dado que el tratamiento conservador instaurado en urgencias era el adecuado para la fractura que presentaba x, quedando plenamente recuperada el 25 de julio de 2011 como se advierte en el informe de alta evacuado por consultas externas de Rehabilitación, que a dicha fecha consigna las siguientes observaciones: *"Balance articular completo. Deambula sin ayuda con buen patrón de marcha. Refiere encontrarse muy bien de la rodilla"*.

b) Respecto de la patología de la cadera, que no se diagnostica hasta octubre, aunque el informe pericial unido por la interesada al expediente afirma que aquélla se produjo como consecuencia de la caída del 4 de abril, lo cierto es que tanto la Inspección Médica como el perito de la aseguradora del SMS niegan que esté acreditada dicha relación causal.

En primer lugar porque la primera sintomatología de una patología de cadera no aparece hasta el 12 de septiembre de 2011 y es asociada por la propia paciente a una larga caminata que habría dado tras su recuperación de la primera factura. Para el perito de la aseguradora del SMS la evolución del dolor de la cadera es más compatible con un proceso degenerativo que con uno traumático y, aunque no se puede descartar que existiera una fractura parcelaria en la cabeza femoral, lo cierto es que no ofreció síntomas de patología de cadera hasta septiembre de 2011, siendo diagnosticada el 3 de octubre de ese mismo año e incluida en lista de espera el 5 de octubre.

No existe, en consecuencia, el alegado retraso diagnóstico de siete meses de duración, alcanzándose el diagnóstico de artrosis de cadera apenas unos días después de manifestar la paciente síntomas que pudieran orientar el juicio clínico hacia una patología en la cadera.

2. El reintegro de los gastos en la sanidad privada.

Solicita la interesada ser resarcida por los gastos de su intervención quirúrgica, realizada en el Hospital "--" de Torrevieja, cuando tras ser correctamente diagnosticada de la patología de cadera e incluida en lista de espera quirúrgica, su cita para la operación fue retrasada.

La interesada no facilita las fechas de inclusión en lista de espera y las de cita para su intervención, pero la Inspección Médica afirma que ya estaba en lista de espera y pendiente de programar intervención el 5 de octubre. El 19 de noviembre se registra explícitamente que la paciente está en lista de espera para prótesis total de cadera por coxartrosis izquierda.

Cuando la paciente acude a la clínica privada, continúa la Inspección Médica, recibe un diagnóstico similar e idéntica alternativa terapéutica. Se le propone y realiza en la clínica privada la misma intervención para la que estaba en lista de espera en la sanidad pública. De donde se deduce que *"la única razón para intervenir en la sanidad privada en estas circunstancias es el evitar el tiempo de espera que pudiera tener en la sanidad pública. La situación de la paciente no era en modo alguno de extrema urgencia, como evidencia de una parte la patología y de otra el que es intervenida en la sanidad privada de forma programada 16 días después de sentarse la indicación quirúrgica"*.

En relación con los gastos ocasionados fuera del sistema Nacional de Salud, como venimos indicando en reiterados Dictámenes (por todos, el núm. 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"*.

Como señalamos entre otros en nuestro Dictamen 372/2016, debe tenerse en cuenta como distinción relevante que existe una doble vertiente sobre el reintegro de gastos, según se esté ante casos en los que proceda la aplicación del artículo 5.3 del R.D. 63/1995 (hoy 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), o ante los restantes casos en los que se haya acudido a la asistencia en la medicina privada, y serán estos últimos los susceptibles de ser considerados como posibles supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. El artículo 4.3 del citado Real Decreto 1030/2006 establece que los servicios comunes de dicha cartera únicamente se facilitarán 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 STS de 17 de julio de 2007, Sala 4ª, interpreta que el requisito de necesidad de recibir asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, se da cuando la referida asistencia es precisa para conservar la vida, los aparatos y órganos del cuerpo humano o su mejor funcionalidad, o para lograr una mejor calidad de vida y menor dolor y sufrimiento.

La reclamante en ningún momento se ha acogido a esta vía resarcitoria ni ha alegado riesgo vital -lo que por otra parte queda descartado a la luz del expediente y de las consideraciones de la Inspección Médica-, por lo que se ha de entender que pretende ser indemnizada por el funcionamiento anormal del servicio público que identifica como el retraso en ser intervenida para colocación de prótesis de cadera, una vez incluida en lista de espera quirúrgica.

Como ya ha tenido ocasión de señalar el Consejo Jurídico en anteriores dictámenes (por todos los números 82/2008 y 71/2014), 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 1ª, 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 pueda 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 impropcedente 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".

La determinación de los indicados estándares de razonabilidad del tiempo de espera para la intervención hemos de buscarla 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. En él se establecen los plazos máximos previstos para las asistencias sanitarias, y se prevé que, en caso de excederse, el paciente podrá acudir a cualquier centro de su elección de entre los debidamente autorizados, asumiendo su coste el Servicio Murciano de Salud, previa obtención del "certificado de garantía" o documento acreditativo de la superación del plazo máximo de espera.

Para intervención quirúrgica el plazo máximo fijado por el artículo 5 del indicado Decreto es de 150 días naturales, contados desde la fecha en que el médico especialista quirúrgico prescriba la intervención quirúrgica, fecha ésta que habría de situarse en el 5 de octubre de 2011, cuando tras ser valorada la paciente por el traumatólogo se decide programar cirugía.

Resulta evidente que, cuando la interesada acude a la sanidad privada el 29 de noviembre de 2011 y es intervenida el 14 de diciembre, aún no había transcurrido el plazo máximo de espera que le permitiría acudir a recursos sanitarios ajenos al Sistema Nacional de Salud y ser resarcida por el gasto de su utilización, para lo que, por otra parte, debería haber seguido el procedimiento reglamentariamente establecido, lo que no consta que hiciera.

En tales circunstancias cabe considerar que la decisión de la interesada de acudir a la sanidad privada para intervenir de la cadera obedeció exclusivamente a su voluntad de acortar el tiempo de espera para la colocación de la prótesis, opción humanamente comprensible, pero que la coloca en situación de tener que asumir los gastos

por los que reclama, que no pueden ser imputados al funcionamiento del servicio público sanitario.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que no concurren todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños por los que se reclama, cuya antijuridicidad tampoco ha quedado acreditada.

No obstante, V.E. resolverá.

