



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **35/2019**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 28 de enero de 2019, 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 18 de septiembre de 2018, sobre responsabilidad patrimonial instada por D.ª X, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **253/18**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 4 de octubre de 2016, D.ª X presenta en el Hospital "Rafael Méndez" de Lorca, escrito por el que solicita que le sean abonados los gastos en los que incurrió como consecuencia de haber sido operada en el Hospital Quirón de Murcia ante la tardanza del Servicio Murciano de Salud en intervenirla para corregir una patología traumatológica que, a su entender, precisaba de cirugía urgente.

Relata la reclamante que, tras sufrir un accidente *con resultado de "fractura luxación trimaleolar de tobillo derecho"*, es operada en el Hospital "Rafael Méndez" el 2 de noviembre de 2015, recibiendo el alta dos días después.

El 15 de febrero de 2016 se le extrae material de osteosíntesis de tibia y peroné en el Hospital "Virgen del Alcázar" de Lorca (centro concertado).

Tras más de dos meses (marzo, abril y mayo) en rehabilitación, presenta dolor, no puede apoyar el pie ni caminar.

"Durante las semanas siguientes y hasta el 14 de julio que somos recibidos en la consulta del Dr. Y el dolor va en aumento. En su consulta, y a la vista de la importante protusión del material que aparece en el lado exterior del tobillo dice que hay que operar "ya". Y añade "si apareciera el tornillo tienen que acudir rápidamente al servicio de urgencias ya que el riesgo de infección es alto". Esa opinión es corroborada por el Dr. Z tres días después en el servicio de urgencias al que acudo de nuevo. A las preguntas de cuando será intervenida responde el Dr. Y que no depende de él, sino de su jefe. En los impresos que rellena para la intervención aparece el código 2, cuyo significado hemos aprendido: mínimo tres meses. Esta situación nos provoca una gran inquietud e impotencia pues donde vamos a preguntar la respuesta es siempre la misma: "Pongan una queja". Ponemos quejas por

escrito, pero eso no tiene un resultado práctico a corto plazo, ni quizás a largo. Y lo que termina de desmoralizarnos es que la sugerencia de la queja venga de parte de quien tiene la solución".

El 25 de julio de 2016 la interesada es operada en el Hospital Quirón de Murcia, retirándose el resto de material de osteosíntesis.

Solicita la reclamante que le *"sean abonados los gastos ocasionados como consecuencia de la operación en el Hospital Quirón de Murcia y que ascienden a la cantidad de 3.860,00 euros"*.

A la solicitud se acompaña la siguiente documentación:

- Cronología de los hechos y de las gestiones realizadas ante el Servicio Murciano de Salud.
- Quejas presentadas ante el Servicio de Atención al Usuario de fechas 28 de enero, 31 de mayo y 18 de julio de 2016 y las contestaciones dadas por la Administración.
- Hoja de inclusión en lista de espera para EMO (extracción material osteosíntesis).
- Tres facturas por un importe total de 3.326 euros en concepto de consulta, quirófanos y honorarios médicos por la intervención.
- Informe del traumatólogo que operó a la paciente en la sanidad privada, según el cual aquella presentaba *"cicatrices post quirúrgicas con protusión cutánea de material de osteosíntesis en maléolo externo, con eritema, signos inflamatorios, enrojecimiento y tumefacción importante con riesgo de ruptura de la piel. Dada la situación clínica de la paciente, se recomienda la extracción de material de osteosíntesis con carácter urgente, con el fin de evitar la posible ruptura cutánea por la importante protusión del material"*.

SEGUNDO.- Calificada la solicitud de la interesada como *"reclamación patrimonial"* es admitida a trámite por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, que ordena la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del indicado ente público sanitario.

Por la unidad instructora se procede a comunicar a la interesada la información prescrita por el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), al tiempo que recaba de la Gerencia del Área de Salud III, del Hospital "Virgen del Alcázar" y del Hospital "Quirón", copia de la historia clínica de la interesada e informe de los facultativos que le prestaron asistencia.

Así mismo, se da traslado de la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la correduría de seguros del Servicio Murciano de Salud.

TERCERO.- Remitida la documentación solicitada a los centros sanitarios, el Hospital "Virgen del Alcázar" informa que la paciente fue remitida por el Servicio Murciano de Salud para ser intervenida quirúrgicamente por profesionales y facultativos del indicado ente público.

Entre la documentación enviada por la Gerencia del Área de Salud III, consta el informe del Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, en el que pone de manifiesto que tras la inclusión de la paciente en lista de espera quirúrgica el 14 de julio de 2016 y dadas las restricciones de quirófanos y especialistas en el período, aquélla habría de ser operada en otro centro mediante derivación. El 16 de agosto se incluye a la paciente en un listado para su derivación. El 15 de septiembre la paciente aparece aún en la correspondiente aplicación informática de gestión de la lista como "no trasladada y pendiente de operación" con la anotación "sin cambios". El informante afirma desconocer las causas por las que la paciente, a esa fecha, aún no había sido intervenida. En cualquier caso, se la vuelve a incluir en un listado de pacientes para su derivación, constando la interesada, el 13 de octubre de 2016, como "*derivada a otro centro*" con una espera total a esa fecha de 91 días.

CUARTO.- El 20 de junio de 2017 se solicita el preceptivo informe de la Inspección Médica a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria. No consta en el expediente que se haya evacuado de forma efectiva.

QUINTO.- El 30 de julio de 2018 emite informe el Jefe de Servicio de Aseguramiento y Prestaciones, unidad integrada en la Dirección General de Asistencia Sanitaria del Servicio Murciano de Salud, que llega a las siguientes conclusiones:

"1. La reclamante sufre caída el 31 de octubre de 2015 por caída siendo diagnosticada de fractura luxación trimaleolar de tobillo.

2. Se reduce la luxación y se procede a inmovilizar provisionalmente el tobillo lesionado mediante férula.

3. El día 2 de noviembre es intervenida mediante reducción abierta y osteosíntesis de maléolo externo más inmovilización con férula. El momento de la intervención y la elección de la técnica es correcta y adecuada al grado de lesión.

4. El 15 de febrero es intervenida en centro médico Virgen del Alcázar -centro concertado- realizándose EMO de tornillo transindesmal. Nuevamente se actúa de manera adecuada comprobándose en el acto quirúrgico la consolidación de la fractura.

5. En el mes de marzo de 2016 la paciente presenta molestias en la zona lesionada relacionadas con el material de osteosíntesis. Se le explican ejercicios y pautas de deambulación, se le solicita electromiografía y es citada en

dos meses con solicitud de radiografía. Aunque se valora posibilidad de EMO, se espera a la siguiente cita.

6. El 14 de julio es atendida nuevamente en consultas externas de traumatología del HRM existiendo protusión de tornillo distal (material de osteosíntesis) que provoca tumefacción bimaleolar. Ante esta situación se incluye en lista de espera para realización de EMO. Se le explica la intervención, la comprende y acepta firmando el documento de consentimiento informado.

7. El 17 de julio acude a urgencias por dolor confirmándose diagnóstico de protusión de material de osteosíntesis con nervios distales conservados.

8. El 21 de julio la paciente acude a centro privado de Quirón en Murcia donde es diagnosticada de protusión de tornillo con pie rígido; se le recomienda cirugía que la paciente acepta practicándose EMO con carácter privado el 25 de julio.

9. Las extracciones de material de osteosíntesis no pueden considerarse situaciones urgentes que hayan de resolverse con este carácter. La paciente fue incluida en lista de espera para la realización de EMO el día 14 de julio y revisada en Urgencias el 17 de julio sin que en ninguna de las actuaciones referidas se considerara la necesidad de intervenir con carácter urgente a la paciente. Las EMOs son situaciones quirúrgicas que deben ser programadas.

10. Desde que es incluida en la lista de espera el día 14 de julio de 2016 hasta que es intervenida en Quirón con carácter privado transcurren 10 días, habiendo sido vista en consulta privada el día 21 de julio (una semana).

11. La atención prestada a la paciente ha sido en todo momento la adecuada a su patología; la fractura luxación trimaleolar de tobillo intervenida ha tenido una evolución correcta acorde con las expectativas con recuperación funcional".

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia a la interesada, comparece y, tras obtener vista del expediente, formula alegaciones en las que pone de manifiesto lo que considera como incoherencias de los informes aportados al expediente por parte de los facultativos intervinientes, incidiendo en el carácter urgente de la intervención, no sólo porque así la califica de forma expresa el traumatólogo que la operó en el Hospital Quirón cuando efectúa su informe a solicitud de la instrucción, sino también por las manifestaciones de los propios médicos de la Sanidad Pública, que la atendieron tanto en el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología como en las Urgencias del Hospital "Rafael Méndez", los cuales le indicaban la necesidad de resolver el problema derivado de la protusión del material de osteosíntesis cuanto antes. No obstante, a pesar de la urgencia que le trasladaban en sus manifestaciones, la organización sanitaria no le daba una solución rápida, pues se le confirió una prioridad 2 al incluirla en lista de espera quirúrgica, lo que significaba una tardanza mínima de tres meses en ser operada, que era incompatible con la premura que los médicos le hacían llegar.

SÉPTIMO.- Con fecha 14 de septiembre de 2018, 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 del servicio público sanitario y el daño alegado.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 18 de septiembre de 2018.

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 81.2 LPACAP.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamante está legitimada ex artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) para pretender el resarcimiento del coste de la intervención realizada en la sanidad privada, en la medida en que fue ella quien sufrió el detrimento patrimonial por el que reclama, según se acredita con la copia de las facturas expedidas a su nombre.

La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia.

II. Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que los perjudicados deduzcan su pretensión ante la Administración (artículo 67.1 LPACAP), dado que la actuación sanitaria a la que la reclamante achaca el retraso injustificado se produjo a partir del tratamiento de rehabilitación (durante los meses de marzo, abril y mayo de 2016), cuando comienza a sufrir dolores que se vinculan al material de osteosíntesis y se le traslada la conveniencia de extraerlo. Comoquiera que la reclamación fue formulada en octubre de ese mismo año, ha de considerarse como temporánea.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver que excede el previsto en el artículo 91 LPACAP.

No obstante, ha de hacerse una consideración relativa a una práctica que se viene observando en diversos procedimientos de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria sometidos a consulta de este Consejo Jurídico y que consiste en incorporar al expediente un informe realizado por el Jefe del Servicio de Aseguramiento y Prestaciones del SMS, sin que conste el órgano o la persona que solicitó su evacuación, práctica que sería conveniente abandonar por las dudas que tal hecho suscita, tales como las referidas, entre otras, a la parte que lo requiere y los motivos que le impulsan a solicitarlo. A la vista de la fecha de su emisión, 30 de julio de 2018 y del tiempo transcurrido desde la última actuación -la petición de informe a la Inspección Médica data de junio de 2017-, cabe pensar que fue solicitado por el órgano instructor para impulsar el procedimiento pues, en ese momento, llevaba paralizado 13 meses a la espera de recibir el informe valorativo de la Inspección Médica.

La intención no merece reproche salvo por lo ya dicho, indisolublemente unido a los criterios de este Órgano Consultivo, expuestos en anteriores Dictámenes como el 11/2019, al que nos remitimos ahora en orden a evitar su reiteración, y que hacen que, en ningún caso, puede entenderse como alternativa a la evacuación del informe de la Inspección de Servicios Sanitarios (Inspección Médica).

Baste ahora recordar el valor que, como se razona *in extenso* en el Dictamen antes indicado, procede dar al informe del inspector médico obrante en el expediente. Y así, aunque no puede admitirse que sustituya al informe de la Inspección de los Servicios Sanitarios, la condición de médico de su autor faculta para tenerlo en consideración como cualquier informe técnico pericial, pero no rodeado de las características propias de la Inspección Médica que los dotan de un valor reforzado, especialmente por su no vinculación con la entidad prestadora del servicio sanitario.

Hechas estas consideraciones, entiende el Consejo Jurídico que procede dictaminar sobre el fondo del asunto, toda vez que en el expediente se contienen suficientes elementos de juicio para ello, sin tener que esperar a la evacuación del informe de la Inspección Médica. A tal efecto, debe señalarse que, si bien existe una aparente contradicción entre el informe del traumatólogo privado que operó a la interesada, que sostiene la urgencia de la intervención, y el del inspector médico que afirma lo contrario, lo cierto es que de la mera constatación de los hechos que obran en la historia clínica y de la aplicación de la ya consolidada doctrina sobre los retrasos en la asistencia sanitaria que pueden dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración y que se expone en las consideraciones siguientes de este Dictamen puede justificarse la decisión administrativa cuya propuesta se somete a consulta, sin tener que apoyarla necesariamente en tales informes.

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

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).

De otra parte, en relación con la demora en la realización de la intervención quirúrgica de extracción del material de osteosíntesis, título de imputación que sustenta la reclamación formulada, este Consejo Jurídico ha señalado en anteriores Dictámenes (por todos los números 71/2014 y 82/2008) en referencia a las listas de espera, que 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. En el caso de una dilación injustificada, se ha considerado un mal cumplimiento de la prestación médico-sanitaria al enfermo (STS, Sala 1ª, de 27 de mayo de 2003). Pero también se ha indicado 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 (Dictamen 2642/2001 del Consejo de Estado).

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento del servicio público sanitario.

Para la interesada, la causa de los gastos que hubo de afrontar al someterse a la intervención quirúrgica de extracción del material de osteosíntesis (EMO) que portaba en su tobillo derecho fue la indebida tardanza de la sanidad pública en programar y realizar dicha operación, a pesar de que los propios médicos del Servicio Murciano de Salud le indicaban o trasladaban la urgencia de proceder a dicha extracción en orden a evitar complicaciones, algunas de ellas de gravedad, que podrían originarse de no resolver el problema con prontitud. Comoquiera que la sanidad pública no respondía a sus demandas de asistencia urgente, decide acudir a una consulta privada que le indica la conveniencia de operar inmediatamente, a lo que accede.

Sostiene en definitiva la interesada que los gastos de su asistencia en la sanidad privada son imputables bien a la mala organización del Servicio Murciano de Salud bien a que los facultativos que la atendían no consideraron necesario actuar con celeridad en su caso, lo que demoró en exceso la intervención quirúrgica.

Por su parte, el órgano instructor, basándose en el informe pericial del inspector médico que consta en el expediente, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar que la decisión de acudir a la clínica privada para la realización de la EMO no estaba justificada, siendo una decisión voluntaria de la reclamante, toda vez que tal intervención no puede considerarse de carácter urgente y que haya de resolverse con celeridad, sino que tales operaciones constituyen situaciones quirúrgicas que precisan de programación.

En relación con los gastos ocasionados en la medicina privada, 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"*.

No habiendo sostenido la concurrencia de una urgencia vital, el resarcimiento de los daños por los que ahora se reclama depende de que pueda considerarse acreditado que la demora en la actuación sanitaria denotara un funcionamiento anormal, equivalente a una falta o ausencia de asistencia pública y justificara acudir, en el caso concreto, a un centro privado, dado que en caso contrario existiría el deber jurídico de soportar tales gastos (artículo 32.1 LRJSP).

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, al menos de forma explícita, a esta vía resarcitoria ni ha alegado riesgo vital en los términos expresados, pues aunque basa su pretensión en que la extracción del material de osteosíntesis revestía carácter urgente en previsión de complicaciones, lo cierto es que la primera vez que en la historia clínica obrante en el expediente se advierte la movilización o protusión del tornillo es el 14 de julio de 2016. Es cierto que, en una revisión por Traumatología en el mes de junio (no se aprecia el día exacto en la copia de la hoja "*observaciones del curso clínico*" unida al expediente, folio 67), se hace constar que siente molestias locales relativas al implante, aunque las radiografías se valoran con un "OK" y el facultativo le explica la posibilidad de practicar la EMO. Ya en julio, el día 7, la paciente acude por dolor de días de evolución a urgencias, se le realiza estudio radiográfico y no se advierten cambios en el material de osteosíntesis. Así pues, no existe protusión del implante hasta el 14 de julio de 2016 y ya en ese mismo momento se incluye a la paciente en lista de espera quirúrgica para proceder a extraer el material de osteosíntesis, constando en la historia clínica que el médico le explica el procedimiento, que ella lo acepta y firma el consentimiento informado. No obstante, apenas una semana más tarde (el día 21 de julio) consulta con un traumatólogo privado y se opera el 25 de julio, sólo 11 días después de haber sido incluida en la lista.

Como ya ha tenido ocasión de señalar el Consejo Jurídico en anteriores dictámenes (por todos, los números 82/2008, 71/2014 y 232/2018), 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 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".

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 14 de julio de 2016, cuando tras ser valorada la paciente por el traumatólogo se decide programar la cirugía.

Resulta evidente que, cuando la interesada acude a la sanidad privada el 21 de julio de 2016 y es intervenida el 24 de julio, 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 proceder a la extracción del material de osteosíntesis de su tobillo obedeció exclusivamente a su voluntad de acortar el tiempo de espera, 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.

