

Dictamen n.º: **167/24**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **04.04.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 4 de abril de 2024, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por la consejera de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D., por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por el Hospital Universitario La Paz en el tratamiento de un tumor cancerígeno de próstata.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en el registro del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) el día 9 de junio de 2022 el interesado citado en el encabezamiento del presente dictamen formula reclamación por los daños sufridos por la suspensión de la intervención de prostatectomía radical programada para el día 30 de diciembre de 2021, en contra de las directrices vigentes en ese momento sobre la prioridad oncológica (folios 1 a 23 del expediente administrativo).

El interesado refiere que el día 5 de noviembre de 2021 fue diagnosticado de cáncer de próstata indicándose como tratamiento la extirpación total de la próstata. Tras una prueba radiológica para

descartar la existencia de metástasis, el día 30 de noviembre de 2021 firmó el documento de consentimiento informado para ser intervenido de forma urgente en el citado centro hospitalario. Dice que el día 28 de diciembre recibió una llamada del Servicio de Admisión del Hospital Universitario La Paz comunicando que *“la intervención se aplazaba sin fecha porque se cerraba el quirófano designado por indicaciones de la Consejería de Sanidad, quedando sin respuesta mis quejas de no poder aplazar una intervención con prioridad oncológica (...) de acuerdo con la normativa vigente”*.

Según el escrito de reclamación, ante la urgencia de la intervención y la falta de respuesta del hospital, comenzó las gestiones oportunas para ser intervenido en la sanidad privada, realizándose la operación el día 5 de enero de 2022.

El interesado reclama 23.200 euros, que es el importe de la factura que hubo de ser satisfecha para ser intervenido en la sanidad privada y acompaña su escrito con informes médicos, documentos de consentimiento informado para la intervención programada y luego suspendida e informe de alta de una clínica privada.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente dictamen:

El reclamante, de 65 años, acudió a su médico de Atención Primaria por dolor agudo articular y, en los últimos meses, disfunción eréctil, por lo que se le solicitó una analítica de control realizada el día 18 de junio de 2021, detectándose PSA 12,92.

El día 23 de agosto de 2021, se repitió la analítica, resultando PSA: 15,76, por lo que fue derivado al Servicio de Urología del Hospital Universitario La Paz y con la sospecha de carcinoma de próstata se realizó una biopsia, previa firma del documento de consentimiento informado el día 3 de septiembre de 2021, con el resultado

anatomopatológico de fecha 25 de octubre de 2021, de adenocarcinoma acinar de próstata con patrones histológicos de Gleason 3+3=6, que afecta a 2 de los 12 cilindros remitidos ISUP 1.

Se programó TAC de extensión, citado el 16 de noviembre de 2021 y que el paciente solicitó, acudiendo al Servicio de Urgencias el 10 de noviembre de 2021 que le fuera realizado de manera urgente.

Confirmado el diagnóstico, el paciente quedó incluido en lista de espera quirúrgica (LEQ) con fecha 30 de noviembre de 2021 con prioridad oncológica.

En la consulta preanestésica, realizada el día 23 de diciembre de 2021, fue considerado apto con riesgo anestésico ASAII.

La intervención quirúrgica fue programada para el día 30 de diciembre de 2021, acorde con la programación quirúrgica comunicada al Servicio de Urología por la dirección médica del Hospital Universitario La Paz el 19 de octubre de 2021 para el periodo comprendido entre los días 27 de diciembre de 2021 y 7 de enero de 2022.

Esta programación fue suspendida por orden del equipo directivo del hospital el 28 de diciembre de 2021 (cinco quirófanos diarios de diferentes especialidades) y entre ellas el quirófano de Urología, donde estaba programado el paciente el 30 de diciembre de 2021, ante el gran aumento de las necesidades de ingreso de pacientes en área COVID-19, con el fin de poder utilizar las camas designadas a los pacientes quirúrgicos, para hospitalización de pacientes COVID-19, así como desplazar el personal de Enfermería y técnicos en Cuidados Auxiliares de Enfermería), desde los quirófanos a la zona de hospitalización, y para apertura de nuevas unidades de hospitalización y unidades de críticos para pacientes COVID-19.

El día 28 de diciembre de 2021, se comunicó al paciente, que se posponía la intervención quirúrgica, sin determinar la fecha para la nueva programación, y el día 5 de enero de 2022, se le informó telefónicamente a la familia, la nueva programación quirúrgica, para el 12 de enero de 2022, fecha en la que la familia comunica que el paciente había sido intervenido en una clínica privada, motivo por el que fue excluido de la lista de espera quirúrgica.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 de la LPAC, se ha incorporado al expediente un informe del jefe del Servicio de Urología del Hospital Universitario La Paz (folio 68) en el que manifiesta que la intervención no pudo realizarse debido a que el quirófano fue suspendido por orden de la dirección médica, como consecuencia de la pandemia de COVID-19. El informe se acompaña con copia de la orden de suspensión de quirófano remitida el día 28 de diciembre de 2021 por la Subdirección Médica del Área Quirúrgica.

Con fecha 19 de julio de 2022, el jefe del Servicio de Urología del Hospital Universitario La Paz, tras la revisión de los registros con el Servicio de Admisión, informa que el día 28 de diciembre se avisó al paciente que se le posponía la intervención; que el día 5 de enero se le llamó para comunicarle que se operaba el día 12 de enero de 2022; que la mujer dijo ya en esa llamada que el paciente estaba en quirófano en una clínica privada; que el administrativo no dio de baja ese mismo día al paciente y *“por eso en el pantallazo del correo anterior figura el 20 de enero, pero realmente el 5 de enero el paciente se fue a propios a la clínica (...)”*.

Figura, igualmente, un informe del director médico del Hospital Universitario La Paz que, con fecha 26 de julio de 2022, dice:

“1. El día 19 de octubre del 2021 se facilitó a los Servicios Quirúrgicos los quirófanos disponibles en el período navideño (del 27 de diciembre 2021 al 7 de enero 2022) para que realizaran su programación de las intervenciones quirúrgicas.

2. El día 28 de diciembre 2021 ante el gran aumento de las necesidades de ingreso de pacientes en áreas covid, el equipo directivo del hospital decidió suspender actividad quirúrgica (5 quirófanos diarios de diferentes especialidades) desde el día 30 diciembre 2021. El fin de estas suspensiones era:

Utilizar camas inicialmente designadas para pacientes quirúrgicos para la hospitalización de pacientes con COVID.

Desplazar personal de enfermería y TCAEs desde los quirófanos a la zona de hospitalización, para apertura de nuevas unidades de hospitalización y unidades de críticos para pacientes con COVID.

3. El 28 de diciembre 2021 comuniqué vía correo electrónico las suspensiones de quirófano a todos los jefes de servicio del área quirúrgica y al servicio de admisión.

4. La suspensión de la programación afectó al resto del periodo vacacional navideño restante (hasta el 7 de enero 2022)”.

Se ha incorporado la historia clínica del paciente en el Hospital Universitario La Paz.

Consta, asimismo, la emisión de informe por la Inspección Sanitaria de 14 de julio de 2023 que, tras un examen de los hechos, concluye que la asistencia sanitaria dispensada al reclamante por el

Servicio de Urología del Hospital Universitario La Paz en cuanto a la suspensión y reprogramación de la intervención quirúrgica de carcinoma de próstata en diciembre de 2021 y enero de 2022, *“fue adecuada a la normativa vigente y acorde a la lex artis”*.

Notificado el trámite de audiencia al reclamante, el día 10 de noviembre de 2023, presenta escrito de alegaciones en las que insiste en la responsabilidad de la Administración porque al tratarse de un paciente oncológico tenía prioridad 1 y, por tanto, no admitía demora superior a 30 días naturales, de acuerdo con la Orden 804/2016, de 30 de agosto, de la Consejería de Sanidad, *«sin que sirva de excusa una supuesta –y diríamos, sospechosa por la fechas- orden de suspensión por incremento del Covid, carente además de toda prueba en el expediente, cuando en el consentimiento informado (pag. 28 del expediente) se indica expresamente que “... el conjunto del equipo médico que le atiende considera que los beneficios de la intervención quirúrgica superan los riesgos de infección por SARS-CoV-2 en la situación epidemiológica actual y por este motivo se le propone realizar la intervención en este momento”»*. Dice que en la llamada telefónica para suspender la intervención se le anunció el retraso *sine die* de la misma, bajo un evidente riesgo vital, y que tenía que haber sido derivado a otro hospital de apoyo o centro concertado.

Con fecha 2 de febrero de 2024, la viceconsejera de Sanidad y directora general del Servicio Madrileño de Salud formula propuesta de resolución que desestima la reclamación al considerar que no hubo mala praxis en la asistencia sanitaria prestada al paciente y, por tanto, no concurrir la antijuridicidad del daño.

CUARTO.- Por escrito del consejera de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 28 de febrero de 2024 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 125/24, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 4 de abril de 2024.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada y por solicitud de la consejera de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre,

de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al haber recibido la atención sanitaria objeto de reproche.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por un centro sanitario, el Hospital Universitario La Paz, integrado en la red sanitaria del SERMAS.

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 de la LPAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, realizada la intervención consistente en prostatectomía radical el día 5 de enero de 2022 en una clínica privada, siendo dado de alta el día 8 siguiente, no cabe duda de que la reclamación planteada el día 9 de junio de 2022 está formulada en plazo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se han solicitado el informe preceptivo previsto en el artículo 81 de la LPAC, esto es, al Servicio de Urología del Hospital Universitario de La Paz.

Se ha incorporado al expediente la historia clínica del paciente, y consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria. Después de

la incorporación de los anteriores informes, consta que se ha cumplimentado el trámite de audiencia a la reclamante, que ha formulado alegaciones y se ha dictado propuesta de resolución.

Por tanto, debe concluirse que la instrucción del procedimiento ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la LRJSP en su título preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2021 (recurso de casación 8419/2019), 21 de marzo de 2018 (recurso de casación 5006/2016), de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere:

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

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. Así, la Sentencia del

Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”*.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

CUARTA.- En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *“lex artis”* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida

asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 5ª) de 23 de febrero de 2022 (recurso de casación 2560/2021), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal [por todas, sentencias de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación núm. 4397/2010) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010)] que *“no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), 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”,* por lo que *“si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido”* ya que *“la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”*.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las sentencias de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010) y de 27 de abril de 2015, (recurso de casación núm. 2114/2013), en la

medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales *“puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido”*, cabe entender conculcada la lex artis, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

QUINTA.- Como hemos visto en los antecedentes de este dictamen, el reclamante reprocha que como consecuencia de la mala gestión de la lista de espera quirúrgica por parte del Servicio de Urología del Hospital Universitario La Paz tuvo que acudir a la sanidad privada para que le realizaran una prostatectomía radical, al haberse suspendido la cirugía programada en el citado centro sanitario para el día 30 de diciembre de 2021 por la anulación de la práctica totalidad de la programación quirúrgica del citado centro, por la carga asistencial derivada de los pacientes COVID-19. El reclamante solicita como daño el abono de los gastos satisfechos a la sanidad privada.

Centrado así el objeto de la reclamación, vamos a analizar tal reproche partiendo de lo que constituye la regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de abril de 2022 (recurso 1079/2019), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, como añade la citada sentencia, *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica”*.

En el presente caso, se observa que el reclamante no ha incorporado al procedimiento ningún tipo de acreditación de que la suspensión de la intervención programada fuera incorrecta o

inadecuada, sin que sirvan a este propósito las afirmaciones contenidas en el escrito de reclamación sin sustento probatorio alguno.

Como ya hemos señalado en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora -así nuestro dictamen 532/16, de 24 de noviembre; el dictamen 136/18, de 22 de marzo y el 258/20, de 30 de junio, entre otros-, el sistema de lista de espera ha sido declarado válido por los tribunales [Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001 (recurso 4596/1997) y Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2003 (recurso 561/2001)]. Partiendo de la juridicidad de la lista de espera reconocida por los tribunales, se trata de determinar si el interesado reunía los requisitos necesarios para haber priorizado su intervención, pues no se trata de exigir a la Administración *“que disponga de medios ilimitados - lo que sería antijurídico por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el mismo sentido común- sino de probar que los medios materiales y personales disponibles, dentro del sistema estaban operativos y ocupados en atender a pacientes que presentaban una patología que requiere una intervención urgente”* (Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2003).

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de junio de 2020 (Procedimiento Ordinario 168/2018), dictada en el asunto correspondiente al dictamen 136/18, dice:

“Atendidos los medios de prueba consideramos que no cabe reprochar demora a la Administración sanitaria por los 7 meses transcurridos desde la solicitud de revisión anual del 9 de junio de 2014 hasta el control de 15 de enero de 2015 pues el sistema sanitario, que cuenta con medios limitados para atender a un número ingente de pacientes, ha de priorizar los casos de urgencia y la recomendación que la Unidad de Patología Mamaria del Hospital Universitario La Paz le efectuó a la paciente en el mes de junio de

2013 fue la de continuar con estudios anuales sin ninguna clase de preferencia o de prioridad al haber resultado normal la mamografía de 2013. Se añade a lo anterior que en la mamografía de enero de 2015 tampoco se objetivó ningún dato patológico relevante, por lo que difícilmente habría sido de utilidad diagnóstica para el carcinoma de mama en la hipótesis de que la misma se hubiera realizado antes de dicha fecha”.

Tal como recuerda la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 26 de octubre de 2011 (PO 211/2006), *“en cuanto a las listas de espera y el daño o perjuicio causado a los pacientes por esta causa solo puede ser indemnizable si es considerado como infracción de la lex artis”.*

En este caso, los informes médicos obrantes en el expediente ponen de manifiesto que la cirugía del reclamante, prevista para el día 30 de diciembre de 2021 tuvo que ser suspendida por la orden dada por la Subdirección Médica del Área Quirúrgica el día 28 de diciembre de 2021, por el aumento de la carga asistencial por COVID-19.

Por tanto, si bien es cierto que se tuvo que suspender la intervención el día 30 de diciembre por una situación extraordinaria como fue la existencia de una nueva ola de COVID-19, en su variante Ómicron, consta en la historia clínica como el Servicio de Urología priorizó la intervención del reclamante y el día 5 de enero de 2022 programó la operación para una semana después, el día 12 de enero de 2022.

Sobre esta cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse esta Comisión Jurídica Asesora en los dictámenes 588/22, de 27 de septiembre y 373/22, de 14 de junio, declarando que la expansión de la infección por SARS-CoV-2 requirió la adaptación de los hospitales afectados por la pandemia, causando una reducción de la actividad

quirúrgica electiva, con el consiguiente retraso en la programación de las intervenciones.

En el presente caso, como pone de manifiesto el informe de la Inspección Sanitaria, *“tal y como se recoge en la normativa de las instrucciones de gestión del registro de pacientes en LEQ del SERMAS, la demora se contabiliza en días naturales desde la fecha de inclusión/prescripción.... una vez descontados los periodos en los que por motivos clínicos.... no han podido ser programados.*

El paciente fue considerado apto en consulta de preanestesia el 23/12/21, por tanto, es a partir de aquí (fecha en la que reúne todos los requisitos para ser intervenido) cuando se contabiliza el período máximo de 30 días de prioridad oncológica.

El paciente fue reprogramado para el 12/1/22, (antes de 30 días desde el apto de anestesia), fecha que se le comunicó el 5/1/22 por llamada telefónica y la familia comunica que el paciente ya ha sido intervenido en la sanidad privada (...), y por tanto es excluido de LEQ.

Por otro lado, en los motivos de suspensión temporal del tiempo máximo de espera recogidos en la instrucción novena en el punto c) contempla: Situaciones de catástrofe, conflictos colectivos o graves emergencias sobrevenidas, epidemias, huelgas o disfunciones graves que afecten a uno o más centros o servicios sanitarios hasta tanto se resuelvan las mismas”.

Al hilo de lo indicado por la Inspección Sanitaria, cabe recordar, como hemos puesto de manifiesto en anteriores dictámenes de esta Comisión, la situación excepcional creada por la pandemia de la COVID-19, en la que los medios humanos y materiales ordinarios y exigibles no eran suficientes para la atención sanitaria de los numerosos enfermos en condiciones de normalidad, lo que hacía necesario una

racionalización de esos medios. Ante dicho escenario, resulta imposible desvincular un caso como el presente de la situación límite que se experimentó en la sanidad pública y en el conjunto de la sociedad, tanto al comienzo de la pandemia, tal y como ha indicado esta misma Comisión Jurídica Asesora, en precedentes ocasiones, como los dictámenes 177/22 y 184/22, ambos de 29 de marzo y, en igual sentido, el Consejo Consultivo de Andalucía, en sus dictámenes 424/21, de 1 de junio y 100/22, de 10 de febrero, como en las sucesivas olas.

En este sentido, es un hecho notorio que, en la fecha en que se tuvo que suspender la intervención, 28 de diciembre de 2021, se estaba produciendo en España y a nivel mundial una nueva ola de COVID-19 (la sexta) con la variante Ómicron, con una incidencia explosiva de nuevos casos, que se inició con el primer caso confirmado en España el día 14 de octubre de 2021. La variante Ómicron sobresaturó, aún más, los sistemas sanitarios y dificultó el acceso a las pruebas diagnósticas, lo que obligó a adoptar nuevamente medidas extraordinarias como la adoptada por el Hospital Universitario La Paz y que es objeto de reproche.

En efecto, según los datos del Ministerio de Sanidad en su actualización nº 530, enfermedad por el coronavirus (COVID-19), de 27 de diciembre de 2021, el total de pacientes COVID hospitalizados en Madrid era de 1.369; con una tasa de ocupación hospitalaria por 100.000 habitantes de 20,19; un porcentaje de camas ocupadas COVID de 8,12%; 201 pacientes COVID ingresados en UCI; una tasa de ocupación UCI por 100.000 habitantes de 2,96; un porcentaje de camas ocupadas en UCI COVID de 17,55%; un número de ingresos COVID de 182 pacientes en las últimas 24 horas y un número de altas COVID en las últimas 24 horas de 48 pacientes.

Asimismo, si se consulta la hemeroteca en esas fechas se leen noticias como la publicada el 21 de diciembre de 2021 en uno de los periódicos de mayor tirada nacional con el siguiente titular: *“la sexta ola*

se desboca en Madrid: 11.221 contagios, la cifra más alta registrada en toda la pandemia”.

Por tanto, al tratarse de un hecho notorio, sí resulta acreditado que la suspensión de la intervención se realizó por motivos justificados por la pandemia, pues cuando se programó la actividad quirúrgica para la Navidad de 2021-2022, el día 19 de octubre de 2021, *“programación sujeta a variaciones según situación sanitaria”*, se estaba iniciando la sexta ola que alcanzó su pico a mediados de enero de 2022. En cambio, resulta desprovista toda prueba la afirmación del reclamante de que la suspensión de la intervención estuviera motivada por las vacaciones de Navidad, al decir que no puede servir de *“excusa una supuesta –y diríamos, sospechosa por las fechas, orden de suspensión por incremento del Covid”*.

En consecuencia, resulta de aplicación lo dispuesto en la instrucción novena de la Orden 602/2004, de 14 de junio, por la que se aprueban las Instrucciones de Gestión del Registro de Pacientes en Lista de Espera Quirúrgica de la Red Sanitaria Única de Utilización Pública que establece:

“El tiempo máximo de espera se interrumpirá cuando concurren las siguientes causas:

(...)

c) Situaciones de catástrofe, conflictos colectivos o graves emergencias sobrevenidas, epidemias, huelgas o disfunciones graves que afecten a uno o más centros o servicios sanitarios hasta tanto se resuelvan las mismas”.

En este caso, como hemos visto en los antecedentes, comunicada la suspensión de la intervención, el reclamante decidió no esperar a que fuera reprogramada esta e intervenir en la sanidad privada, habiendo

sido operado el mismo día en que recibió la llamada en la que se le señalaba nueva fecha para la operación.

Finalmente, en relación con la pretensión del reembolso de gastos de la asistencia sanitaria prestada en un centro sanitario privado, conviene recordar la reiterada doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora (v. gr. dictámenes 248/16, de 30 de junio; 451/16, de 6 de octubre; 21/19, de 24 de enero; 457/19, de 7 de noviembre; 153/21, de 6 de abril; 238/21, de 18 de mayo; entre otros) que viene indicando que las sentencias de los tribunales de lo contencioso-administrativo reconocen el derecho de los pacientes a ser indemnizados en la cuantía de los gastos realizados por tener que acudir a la medicina privada, siempre y cuando, ante la pasividad o falta de diligencia de la sanidad pública, el enfermo no haya tenido más alternativa, para obtener solución a su dolencia, que acudir a la sanidad privada (vid. por todas, la Sentencia núm. 699/2007, de 31 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 9ª, nº de recurso: 174/2004).

En este caso ya hemos visto que la asistencia prestada por el Servicio de Urología del Hospital Universitario La Paz fue correcta y adecuada a la *lex artis*, en función de las circunstancias concurrentes, que hemos analizado en líneas anteriores, y fue el interesado el que voluntariamente decidió intervenir en la sanidad privada, sin esperar al señalamiento de nueva fecha.

Por ello, no concurren los requisitos que establece la jurisprudencia para reconocer el abono de los gastos efectuados ni tampoco puede entenderse que haya existido una urgencia vital en los términos del artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, concepto interpretado restrictivamente por los tribunales del orden social [vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala cuarta) de 25 de mayo de 2009 (recurso

2/2008) y Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 7 de mayo de 2019 (recurso de suplicación 144/2019)].

La última sentencia citada aclara que, las principales normas reguladoras del reintegro de gastos por asistencia sanitaria, sientan la regla general según la cual *“las prestaciones del Sistema Nacional de Salud las proporciona el Servicio Público de Salud con sus medios y si el beneficiario prescinde de estos, no tiene derecho al reintegro de los gastos surgidos. Responde a la prevalencia del interés colectivo sobre el individual. Las excepciones a la regla son las situaciones de riesgo vital, 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”* y precisa *«dentro del concepto de asistencia sanitaria “urgente, inmediata y de carácter vital” se incluyen los supuestos de peligro de muerte inminente y los de riesgo de pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona; además, no es condición necesaria que la persona en esa situación de riesgo haya de ser necesariamente intervenida ipso facto [sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 31 de enero de 2012 (rec. 45/2011), con el complemento de las dictadas el 20 de octubre de 2003 (rec. 43/2002) y 17 de diciembre de 2003 (rec. 63/2003)]. Siguiendo los criterios del Alto Tribunal, cabe incluir dentro de los supuestos de urgencia vital los de sufrimientos intolerables y continuados o de lesiones graves en las que la demora en el tratamiento origine unos daños irreparables en órganos o funciones esenciales»*.

En el presente caso, la demora de trece días en la intervención, por una circunstancia excepcional como ha sido la pandemia por COVID-19, no puede considerarse que causara al reclamante un daño irreparable.

En efecto, como pone de manifiesto el informe de la Inspección Sanitaria, el cáncer de próstata diagnosticado al reclamante Gleason 3+3 ISUP I había sido diagnosticado de forma temprana y con el grado mejor diferenciado y, por tanto, de mejor pronóstico.

En este sentido, en el citado dictamen 588/22, en un caso muy similar al presente en el que se reclamaba el reintegro de los gastos de la intervención en la sanidad privada por un retraso en la realización de una prostatectomía radical por cáncer de próstata se indicó que dicha operación *“es un procedimiento que en condiciones normales, y según todas las guías de práctica clínica, debe realizarse en los 90 primeros días después del diagnóstico”*, lo que se habría cumplido en el presente caso de haberse efectuado la intervención el día 12 de enero de 2021.

En definitiva, al tratarse de una decisión voluntaria de la reclamante basada en criterios de conveniencia no puede establecerse responsabilidad alguna de los servicios sanitarios públicos derivada de esa decisión.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada al no haberse acreditado la existencia de mala praxis ni concurrir la antijuridicidad del daño.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el

plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 4 de abril de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 167/24

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid