

Ignacio Grau Grau

**LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL
SANITARIA: ASPECTOS
PROCESALES**

[BOSCH]

er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer

Ignacio Grau Grau

**LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL SANITARIA:
ASPECTOS PROCESALES**

Consulte en la web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© **Ignacio Grau Grau**, 2017
© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Sexta edición: Diciembre, 2017

Depósito Legal: M-32775-2017
ISBN Impreso: 978-84-9090-257-8
ISBN Electrónico: 978-84-9090-258-5
Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Ignacio Grau Grau
Doctor en Derecho. Abogado
Socio y director departamento procesal
ROCABERT Y GRAU ABOGADOS

2.3. La falta de servicio. El llamado «régimen de cola» y las listas de espera

En un estado social de derecho, entre cuya carta de derechos básicos se encuentra el derecho a la sanidad, entendida no ésta como el derecho a la curación (STS de 7 de junio de 2.008¹⁴⁶), pero sí al acceso a un servicio sanitario de calidad, es más, a la mejor sanidad en base a la técnica conocida y comúnmente aceptada por la comunidad médica, nos encontramos con la necesaria disyuntiva entre lo dicho y las listas de espera pues, efectivamente, la administración no cuenta con medios ilimitados, lo que, por otro lado, nadie le pide. Por eso, el legislador, para dotar de objetividad la aplicación de las mismas, estableció una regulación que se encuentra reflejada en el RD. 605/2003, de 23 de mayo¹⁴⁷. Por lo tanto, estar en una lista de espera y sufrir las consecuencias inherentes de desasosiego e incluso contrarias a la salud, sin perjuicio del derecho a acudir a un centro privado para recibir la correspondiente respuesta médica a cargo de la sanidad pública, no será antijurídico en ningún caso, pues el ciudadano tiene la obligación de soportar ese daño. No obstante, como refieren las sentencias que a continuación señalamos, sí que existiría esa lesión por resultar antijurídica cuando venga dado por una lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que, sin llegar a anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada.

En la STS de 24 de septiembre de 2001¹⁴⁸ se analiza un caso en que D.^a Dolores impugnaba la resolución del Director Gerente del Servicio Andaluz de la Salud, de 22 de septiembre de 1992, que desestimó la reclamación de indemnización por responsabilidad extracontractual dimanada del fallecimiento del marido de la demandante en el Hospital V. de Sevilla, indemnización que fijaba en 55.000.000 ptas. La Sentencia de instancia reconoció parcialmente la cuantía interesada fijándola en 12.000.000 ptas. para la esposa y 5.000.000 para cada hijo menor de edad, más un 10% de factor de corrección por ingresos del fallecido. Los hechos probados son los siguientes:

«De lo actuado en el expediente administrativo, diligencias penales y prueba practicada en estos autos se desprende: Que D. Antonio ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital V. sobre las 12:00 horas presentando un dolor intenso en el tórax. Efectuado estudio en base a analítica y electrocardiograma se llegó al diagnóstico de presunción de existencia de aneurisma aórtico.

146. Tribunal Supremo, Sala 3^a, sec. 6^a, S 7 de julio de 2008, rec. 4776/2004.

147. Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud.

148. Tribunal Supremo, Sala 3^a, sec. 6^a, S 24 de septiembre de 2001, rec. 4596/1997.

Ante la imposibilidad de realizar una aortografía ya que no había angiólogo de guardia, previo intento de localizarlo en su domicilio (declaración del médico internista ante el Juez de Instrucción núm. 10 el 6 de noviembre de 1989), se practicó un TAC sobre la una de la tarde que dio falso negativo. Sin embargo, pese a este resultado dada la sintomatología de D. Antonio (severa hipotensión arterial y descompensación) se mantuvo el diagnóstico de aneurisma aórtico por lo que sobre las dos o las tres de la tarde el médico internista se puso en contacto con el Servicio de Cirugía Cardiovascular manifestando que había un paciente diagnosticado de aneurisma aórtico. Confirmando mediante una ecocardiografía practicada sobre las 16:30 que se trataba de aneurisma aórtico disecante, el médico internista junto al doctor que había practicado la ecocardiografía fueron al quirófano donde se encontraba el equipo de médicos cardiovasculares operando a otro enfermo de aneurisma aórtico haciéndoles saber la confirmación del diagnóstico indicándole el Jefe de Servicio se pusiera en contacto con el Hospital M. para que se hiciera cargo de la intervención quirúrgica. Realizada la llamada a este Centro Hospitalario se manifestó que no podían hacerse cargo del paciente, por lo que puesto en contacto de nuevo con el Jefe de Servicio Cardiovascular le indica sea trasladado a la UCI, se practique una angeografía y sea preparado para la intervención quirúrgica una vez finalice la operación que estaban efectuando y que comenzó a las 16'30. A las 20'15 horas falleció D. Antonio».

Bien, hasta aquí, parece que ha existido efectivamente un *faute de service* como así la denomina la doctrina francesa teniendo en cuenta que el Sistema le falló al paciente que, por cuestiones meramente burocráticas, no pudo atenderle como le era debido.

Pero después vienen las periciales y su valoración, y lo que puede resultar una clara falta de servicio luego se convierte en una clara defensa de la Administración, pues a ésta no se le puede pedir medios ilimitados. Veamos la pericial forense emitida en las diligencias penales previas al contencioso-administrativo: «Según informe pericial emitido en las diligencias penales por el médico forense, el único tratamiento posible de un aneurisma disecante de aorta es quirúrgico (con una mortalidad operatoria actual del 25%), por ello el médico internista que atendió al enfermo desde su llegada a Urgencias intentó incluso antes de obtener certeza absoluta del diagnóstico que fuera operado en el hospital V. o en el M. (respuesta a la pregunta decimocuarta de la testifical practicada). Aquí parece exonerar de responsabilidad a la Administración, pero a continuación se dice: «La intervención quirúrgica no tuvo lugar (único tratamiento posible para salvar la vida del enfermo) por una serie de circunstancias que se sucedieron como fueron: la imposibilidad de realizar una aortografía en el momento del ingreso que hubiera confirmado desde el principio el diagnóstico, permitiendo al equipo de cirugía cardiovascular valorar

la urgencia de los dos casos presentados el mismo día o la posibilidad de preparación de otro equipo para intervenir tal como manifestó el Dr. D. Manuel en su declaración ante el Juez de Instrucción, así como la gestión infructuosa de derivar dicho enfermo al Hospital M. pese a que el equipo de cirugía cardiovascular de guardia no tuvo intervención alguna dicho día».

Por lo tanto, se dan razones objetivas para poder acreditar una responsabilidad patrimonial sanitaria. En cambio, la Administración se queja del fallo por entender, como argumento principal para sostener su recurso, el que no se puede solicitar o pedir de la Administración que cuente con medios ilimitados, a lo que el Tribunal le contesta: *«Nadie pretende tal cosa. Ni respecto de la Administración sanitaria, ni respecto de ninguna otra»*.

Y a partir de ahí, desarrolla la doctrina del régimen de cola, para encontrar un elemento objetivo en el que imputar a la Administración la responsabilidad cuyos cánones de rigor y exigencia, lógicamente, con el devenir del tiempo, son más elevados. Y así, el TS dice que: *«El llamado régimen "de cola"; es criterio —alumbado de antiguo— que inspira la interpretación aplicativa de la regulación jurídica de los servicios públicos en general, y del servicio público sanitario, en particular. La disponibilidad de medios personales y materiales son siempre limitados, y con ello hay que contar.*

Pero las razones por las que la Sala de instancia ha condenado a la Administración sevillana a pagar son distintas y han sido explicadas en la parte final del fundamento cuarto. Porque era necesario explicar —y era el Servicio de la Salud el llamado a hacerlo y no lo ha hecho— por qué no había angiólogo de guardia. Y era necesario explicar también, y era el Servicio andaluz de la Salud el que tenía la carga procesal de hacerlo, y tampoco lo ha hecho, porqué el Hospital M. no pudo hacerse cargo del paciente.

No se trata, pues, 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 habían entrado antes en el sistema por ocupar un puesto anterior en "la cola"».

Por último, la Sala, aunque nadie se lo solicitaba, realiza una proclamación en defensa de la actuación médica que la tilda de correcta desde un punto de vista deontológico o de cumplimiento de su deber profesional, lo que no impide reconocer la responsabilidad de la Administración por una mala coordinación, situación ésta que no ha explicado de forma convincente a la Sala para su exoneración de responsabilidad, cuya carga le viene impuesta por ley a dicha Administración. Continúa la sentencia diciendo: *«Ninguna objeción formula la sentencia impugnada —ni tampoco nuestra Sala— al comportamiento de los médicos que intervinieron en*

el caso. La descripción de hechos probados que hace la sentencia deja bien claro que cumplieron su deber —cada uno en lo que le correspondía— de manera ejemplar. Y en el fundamento 5º dice literalmente que está probada "la actuación certera y correcta de los profesionales que se encontraban de guardia el día 20 de abril, no observándose negligencia ni falta de asistencia al enfermo".

Pero la responsabilidad extracontractual de la Administración es objetiva, y es en esta "falta del servicio"; —como dice la doctrina francesa: "faute de service", en la que se basa la declaración de responsabilidad del Servicio andaluz de la Salud. Lo dice textualmente la sentencia en el fundamento 6º: "... fue por una serie de concausas relevantes como las deficiencias en el servicio que impidieron la práctica de la aortografía [...]. Así como la descoordinación absoluta entre Hospitales pertenecientes al mismo y único Servicio Sanitario que impidió que el equipo del Hospital M. desocupado [sic] la tarde de 20 de abril de 1988 practicara la intervención".

Inútil resulta añadir nada más, pues está claro que carece de base alguna pretender que en el caso concurrió fuerza mayor».

En este mismo sentido, encontramos la STS de 5-7-2011¹⁴⁹, que trata la cuestión del régimen de cola y listas de espera en un supuesto en que la tardanza en el diagnóstico y posterior tratamiento dio lugar a un infarto cerebral que, según las recurrentes, pudo ser evitado de actuarse a tiempo, y que llevó al paciente a la muerte.

Los hechos son: «tras haber efectuado el Sr. Pedro Jesús, a lo largo del año 2.005, reiteradas visitas a su médico de cabecera y al especialista del Centro de Salud Babel de Alicante, por sufrir pérdidas de estabilidad al andar, que inicialmente se vincularon con problemas del oído y posteriormente, tras una RM, con un pequeño infarto cerebral, fue ingresado el 8 septiembre 2005 en el Hospital General Universitario de Alicante, para ser estudiado en el Servicio de Neurología, y quedó pendiente de la práctica de una embolización, tras ser dado de alta el día 15 de ese mes; no obstante, y pese a haber solicitado el propio paciente y su esposa la práctica urgente de dicha intervención, éste falleció el 10 octubre a consecuencia de una parada cardiorrespiratoria provocada por una hemorragia de tronco cerebral».

La Administración niega su responsabilidad y, en concreto el nexo causal entre retraso y fallecimiento, aduciendo que la Administración no tiene la obligación de contar con todos los medios posibles, sino con los disponibles, afirmando que, además, el paciente no se encontraba en situación de urgencia vital que requiriera un tratamiento célere o con mayor prontitud a la prevista. Por lo tanto, este es el *quid* del asunto.

149. Tribunal Supremo, Sala 3ª, sec. 4ª, S 5 de julio de 2011, rec. 6777/2009.

er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer

La presente monografía aborda los principales avatares procesales que conllevan los procesos por negligencia médica que se sustancian ante los tribunales contencioso-administrativos, competentes para la resolución de las controversias que se suscitan en la red sanitaria pública.

En relación con la valoración de la prueba se analiza el expediente administrativo y la prueba documental (cuyo máximo exponente es la *historia clínica*), la selección entre periciales, la valoración del daño, la aplicación de los baremos, la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado, las justificaciones legales para la inversión de carga de la prueba en beneficio del paciente, así como otras presunciones y principios.

Del mismo modo, a lo largo de la obra se abordan otras cuestiones controvertidas como: la excepción de desviación procesal, la falta de cobertura de la aseguradora, los intereses especiales de la Ley de Contrato de Seguro, la disparidad de criterios en relación con las costas procesales, la diferencia entre daños permanentes y continuados y sus efectos en relación con la prescripción, la actualización de la indemnización, la revisión de sentencias sobre valoración probatoria, la aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la excepción de caducidad.

