

## LA DEMORA INSOPORTABLE EN LA ASISTENCIA DEBATE ENTRE NECESIDADES Y POSIBILIDADES

Juan Siso Martín  
Doctor en Derecho Público  
Profesor universitario honorario. Acreditado como investigador por la Universidad Complutense  
Docente y comunicador en Derecho Sanitario  
Director Académico de ISDE (Instituto Superior de Derecho y Economía) en el Área Big Data de Derecho Sanitario.  
Secretario General de la Asociación Iberoamericana de Derecho Sanitario  
Miembro de la Asociación Española de Derecho Sanitario.

[www.juansiso.es](http://www.juansiso.es)  
Mail. [paracelso.2000@gmail.com](mailto:paracelso.2000@gmail.com)  
Teléfono: 625 555 266

En la vigente normativa sobre prestaciones sanitarias se recoge la responsabilidad de la Administración Sanitaria de reintegrar los gastos, que un particular haya tenido que hacer, con el objeto de conjurar un riesgo vital y se haya visto obligado a utilizar medios privados para ello. Este concepto de urgencia vital ha sido objeto de interpretación jurisprudencial y doctrinal extensiva, en el sentido de considerar como tal no sólo el peligro inminente y grave para la vida, sino también para la funcionalidad futura de un órgano o miembro e incluso similar grave riesgo para la vida con el peligro para la salud, en general.

La norma se partida aplicable ha sido la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. En el artículo 9 de esta norma se señala que *“Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud únicamente se facilitarán por el personal legalmente habilitado, en centros y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél, sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte”*.

La situación normativa anterior permitía el reconocimiento de responsabilidad económica y subsiguiente indemnización, además de en el supuesto mencionado anteriormente, en los casos de denegación injustificada de asistencia, tras haberla demandado de la Administración Sanitaria Pública.

Al haber quedado fuera este último supuesto, en la vigente ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, los supuestos en los que se demande responsabilidad económica por tal concepto, ya no se tramitan bajo el procedimiento específico de los denominados reintegros de gastos (antes para los dos supuestos citados y ahora solamente para la urgencia vital) sino que se reconducen las solicitudes de resarcimiento a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Pero, aclarado esto, en la aplicación práctica surgen, de inmediato, las dificultades a la hora de delimitar el ámbito de la denegación injustificada de asistencia. Es de absoluta actualidad el tema de las listas de espera (sobre todo las quirúrgicas) y por ello en su ámbito aflora la necesidad de diferenciar los casos de excesiva demora (culpa de mala gestión, escasez de recursos, etc.) sin más y aquellos otros en los que la espera llega a ser insoportable al no poderse conjugar con el mantenimiento de la salud, sin grave menoscabo para la misma, e incluso con riesgo vital.

El silencio que la vigente normativa guarda respecto de estos casos, a efectos del reintegro de gastos, no puede interpretarse, como recoge una Sentencia del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid “como una imposibilidad de hacer frente a los gastos sanitarios por denegación injustificada”. Dicha Sentencia declaró que “a partir de ahora será necesario que las denegaciones sean por retraso en la dispensa de la atención (listas de espera) por error de diagnóstico y que constituyan un supuesto de asistencia médica de carácter urgente inmediata y vital”. De esta forma “si no se dan estas cualidades el Sistema Público de Salud no responderá de los gastos derivados de acudir a la medicina privada”.

Esta Sentencia, con estos argumentos, desestimó la demanda de resarcimiento por los gastos originados por la implantación de una prótesis de cadera en la sanidad privada. La paciente fue intervenida de una luxación de la prótesis de cadera izquierda. Días después, ingresó en urgencias, donde se le extrajo la prótesis que se había infectado. Mientras estuvo ingresada sufrió luxación de la prótesis de la cadera derecha. Se le ofreció como solución clínica el extraérsela, pero no sustituirla por otra nueva ante el riesgo de propagación de la

infección de la otra cadera. La paciente acudió a un médico privado que le sustituyó la prótesis y le implantó otra. Por estos hechos reclamó el reintegro de gastos al entender que “no se le dispensó la atención sanitaria precisa”.

La Sentencia, publicada en Actualidad Laboral, señala que la normativa aplicable en el momento de producirse los hechos era el RD 63/1995, (que derogaba el anterior Decreto 2766/1967). Para que sea denegación injustificada la asistencia debe ser urgente, vital e inmediata. Se debe considerar vital -dice el fallo- “no tanto cuando esté en juego la vida del paciente como cualquier órgano o función necesaria para llevar a cabo las más imprescindibles actividades del ser humano”.

Es urgente cuando “es necesario acometer la intervención o el tratamiento con prontitud, pues en caso contrario se perjudicarían las posibilidades médica de éxito, bien por complicaciones del proceso, bien por someter al paciente a sufrimientos importantes”. La inmediatez “es la plasmación en el tiempo del carácter acuciante de la urgencia”, explica la Sentencia.

En el caso concreto del implante de prótesis, “es una intervención de carácter vital pero no es urgente ni inmediata. Era preciso posponerla hasta que sanara la infección en la otra cadera”.

La consideración de urgencia vital, para supuestos que antes se venían calificando de denegación de asistencia, sin embargo, puede hacer baldío el esfuerzo del ejecutivo de sacar del ámbito prestacional los supuestos que extrajo al redactar el antes mencionado Decreto 63/1995. En efecto, la inclusión en una lista de espera insoportable puede constituir tanto una denegación injustificada de asistencia, como abocar a una situación de urgencia vital, en el amplio concepto de pérdida sensible de calidad de vida a consecuencia de una dolencia física grave e irreversible. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como otros tribunales superiores autonómicos ya se ha pronunciado en este sentido. El citado Tribunal estudió en segunda instancia el caso de un paciente con retinopatía diabético-proliferativa a quien en el Hospital de Móstoles, en Madrid, se le prescribió la necesidad de una vitrectomía con carácter preferente para la que se

le remitió al hospital “Ramón y Cajal” en su calidad de centro especializado en estas intervenciones.

En este centro se confirmó el diagnóstico y se aconsejó una vitrectomía inmediata, pero resultaba imposible realizarla por la larga lista de espera. Tampoco se pudo realizar en el hospital “La Paz”, pues su aparato de endoláser estaba estropeado, por lo que se le incluyó en lista de espera indefinida.

Ante semejante panorama, el paciente acudió a la Clínica Barraquer de Barcelona, donde fue intervenido una semana más tarde, y pasó factura al Sistema público que éste se negó a abonar, al no haber autorizado la intervención.

El Tribunal de Madrid consideró que tal autorización no era necesaria porque se trataba de un supuesto de urgencia vital, considerando como tal “la posibilidad cierta y próxima de un daño irreparable para la integridad física”.

El fallo confirmaba en todos sus extremos el pronunciamiento de primera instancia, en que el juez subrayó esta misma idea: “Cuando la necesidad de la intervención se aparece como inmediata, aún sin llegar a los caracteres extremos de la urgencia vital, la inclusión en listas de espera indefinidas constituye una denegación injustificada de asistencia, ya que de otro modo se vaciaría en gran medida de contenido el derecho a la asistencia sanitaria en el sistema sanitario público”.

La Sentencia del tribunal autonómico también rechazó el argumento del Sistema público de que no autorizó la intervención porque la retinopatía diabética era en cualquier caso irreversible pues, de ser así -razonaba-, resultaría absurdo la prescripción de intervención preferente e inmediata que hicieron sus propios servicios facultativos.

A veces la consideración de responsabilidad de la Administración Sanitaria, declarada en vía jurisdiccional, se fundamenta no tanto en que la larga espera haya hecho peligrar gravemente la vida o la salud, sino en la indeterminación de la duración de la espera al no fijar un límite a la misma. En este sentido se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que invalidó los argumentos por los que

la Sanidad pública rechazaba la existencia de denegación de asistencia a una paciente que no acudió a la cita concertada con un hospital.

A ésta le fue diagnosticada una dolencia (síndrome de Costen), por la que precisaba tratamiento específico. La Sentencia señaló que se concertó una cita entre los hospitales de la Coruña y Madrid “pero sin acordar fecha en que la paciente pudiera ser asistida, dilatando su examen a un número de meses indeterminado debido a la larga lista de espera vigente”.

Aunque la Sala reconoce que, en general “la situación en lista de espera no supone por sí sola una denegación de asistencia”, en este caso, sí. El Tribunal considera que ha habido denegación por “la inconcreción del momento en que debía acudir al hospital para proceder a su observación”. Además, por la naturaleza de la dolencia y el tiempo transcurrido desde que fue diagnosticada hasta que acudió a la clínica privada (cinco meses después), “sin recibir nueva comunicación de la sanidad oficial para su asistencia en centro de su dependencia”.

La decisión del tribunal gallego no es única y viene a unirse a otras sentencias de otros tribunales autonómicos que subrayan que la inclusión en una lista de espera puede constituir tanto una denegación injustificada de asistencia como abocar a una situación de urgencia vital.

La interpretación de esta Sentencia nos parece un tanto forzada, pues el no fijar la fecha límite de la espera constituye, sin duda, una falta de calidad importante en la gestión sanitaria, pero no equivale a la denegación de asistencia (por sí misma) mientras no aparezca el grave riesgo o haya transcurrido tiempo suficiente como para entender denegada la asistencia, de no haberse producido ésta. La consecuencia atribuida al hecho de que la paciente no recibió, en cinco meses, comunicación sobre cuando debía de acudir a las pruebas, nos parece desproporcionada.

El retraso de la lista, cuando ocasiona daños al paciente, genera responsabilidad desde el punto de vista, precisamente, de la responsabilidad patrimonial, al concurrir en la lesión sufrida todos los requisitos necesarios para

ello. Incluso se deriva, en algunos supuestos, además, responsabilidad para el profesional sanitario implicado.

“La problemática de las listas de espera en los centros hospitalarios públicos no puede amparar la negligencia profesional incurrida por la inadecuada y desatenta asistencia al enfermo”.

Con estos argumentos, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo condenó al servicio Andaluz de Salud y a un neurocirujano de un hospital de Córdoba a indemnizar a un paciente por el retraso de más de un año en una operación sin una “justificación racional y convincente”.

El paciente, que había demandado a ambos por una deficiente asistencia basada en una operación quirúrgica tardía. El médico demandado alegó en su defensa “la problemática de las listas de espera en los hospitales públicos”, argumento que el Supremo entendió que “no puede amparar la negligencia profesional en la que incurrió”.

La Sentencia del alto tribunal, publicada en Actualidad Jurídica Aranzadi, declaró probado que las lesiones que padecía el paciente requerían intervención quirúrgica. “Los resultados favorables se presentaban más satisfactorios cuanto antes se practicase la intervención, pues la recuperación hubiera sido de esta manera más propicia y eficaz”.

En alguna otra ocasión el profesional sanitario no resulta condenado, en base a consideraciones puramente clínicas. La Audiencia Provincial de Madrid condenó a indemnizar a una paciente a quien se le practicó una mamografía siete meses después de que el especialista la prescribiese, por lo que el tumor sólo se detectó cuando ya estaba muy extendido.

La demanda de la paciente también se dirigió contra la ginecóloga que ordenó la prueba, al entender que la mamografía se debería haber pedido por vía urgente. La Sentencia entendió que el diagnóstico fue correcto y que, en el momento en que se realizó, la existencia de nódulos podía pasar inadvertida a la palpación, por lo que absuelve a la facultativa.

Un concepto muy amplio de denegación injustificada de asistencia sanitaria, generadora de responsabilidad se recoge por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, cuando afirmaba que “no sólo abarca los casos de denegación expresa de dicha asistencia o su no obtención por solicitud del beneficiario, sino además, a aquellos supuestos en que por deficiencias estructurales o de organización hospitalaria impide la prestación sanitaria, su mal funcionamiento, demoras excesivas, o bien los errores de diagnóstico”.

Así calificó, dicho Tribunal, de denegación injustificada de asistencia el supuesto de negar a un paciente la prestación privada sin facilitarle de hecho el acceso a la pública. Condenó a indemnizar a un paciente que acudió a un hospital privado, después de que no le ofrecieran el traslado a un centro público, en el que se practicó una operación concreta.

La Sentencia publicada en La Llei, estudiaba el caso de una paciente con una voluminosa malformación arterio-venosa temporo-occipital derecha, detectada tras practicarle una angiografía en el Hospital de Son Dureta, de Palma de Mallorca. Uno de los médicos que le atendió le informó de las posibilidades de tratamiento, consistentes “en acudir a la cirugía convencional, neurocirugía, o a lo que él consideraba más adecuado por las menores secuelas, el denominado sistema de embolización interarterial percutánea o neuroradiología intervencionista”.

Esta segunda alternativa no se practicaba en el citado hospital, por lo que le comunicaron que podían acudir bien a los centros del Sistema público que sí lo realizaban, Marqués de Valdecilla, en Santander, y Puerta de Hierro en Madrid, o bien al Hospital General de Cataluña, que no pertenecía al Sistema público.

Los padres de la paciente comunicaron al director asistencial del hospital balear “la situación y la alternativa de embolización en el Hospital General de Cataluña”. Por su parte, la subdirección provincial de asistencia sanitaria remitió un informe a sus Servicios Centrales en el que solicitaba “valoración del caso y autorización de si procede el traslado de la paciente” al hospital catalán.

La Administración desestimó la posibilidad de traslado a un centro privado, ya que “el Sistema público cuenta con un centro propio -el Hospital Puerta de Hierro-

donde puede remitir este caso”. Sin embargo, la Sentencia ha señalado que no consta que esta resolución haya sido notificada a la paciente. Ante esta situación los padres deciden ingresar a su hija en el citado hospital catalán. Allí la paciente fue sometida a dos embolizaciones, que redujeron la malformación hasta el 70 por ciento. Una nueva intervención le redujo la lesión hasta un 10 por ciento de su tamaño inicial.

El tribunal explicó que quedaba acreditado no sólo que el tratamiento por embolizaciones era el más adecuado y menos peligroso para tratar la dolencia de la paciente, “sino también que dicho tratamiento, aconsejado por los servicios públicos, no podía ser practicado en el Hospital Son Dureta, donde la paciente tenía su residencia, aunque sí en otros hospitales del públicos o privados”.

La Sentencia consideró probado que los padres de la paciente comunicaron a la dirección del hospital balear la alternativa de la embolización y solicitaron autorización para el traslado a otro hospital.

Tales circunstancias, explicó el fallo, unidas a la presumible urgencia del tratamiento quirúrgico para reducir la malformación, aunque no fuera de carácter vital, determina que pueda calificarse la conducta del Sistema sanitario público como un supuesto de denegación injustificada de asistencia. Eso es así porque “en ningún momento el medio sanitario ha ofrecido a los padres el traslado de la paciente al Hospital Puerta de Hierro, de Madrid, para que con la menor dilación reciba el tratamiento quirúrgico por el sistema de embolización”.

El hecho de acudir a la medicina privada, sin embargo ha de estar respaldado por contundentes razones, como acabamos de exponer, para que pueda verse el interesado asistido del derecho a reclamar los gastos originados, en dicho medio asistencial, al Sistema Nacional de Salud. En todo caso, además, es preciso que las alternativas asistenciales en el sistema público estén agotadas. Ya hemos expresado que el criterio de interpretación de *urgencia vital* es expansivo y que se entiende por tal no sólo el peligro inminente de la vida, sino el riesgo de pérdida de algún sentido o de pérdida anatómica o funcional de cualquier miembro.



Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo, cuando afirma que el consejo del especialista de la sanidad pública para que el tratamiento se realice en un centro privado no basta para que la Administración quede obligada a reintegrar los gastos.

El supuesto de hecho sobre el que se centró el alto tribunal se refiere a una niña que nació con disgenesia angular bilateral. Examinada por el jefe del servicio de oftalmología del Hospital Universitario de Valme, en Sevilla, éste remitió informe a un centro privado de Barcelona.

En la Sentencia se decía textualmente: “Ante el pronóstico tan malo que tienen estos ojos, pensamos que el único sitio donde puede ser estudiada y valorada desde el punto de vista quirúrgico es en ese centro”.

El padre de la niña solicitó autorización al Servicio Andaluz de Salud para que la niña fuese tratada en ese centro, pero la Administración contestó que se estaban haciendo gestiones para tratarla en un centro público. Diez días más tarde, el padre decidió acudir a la clínica y solicitó luego el reintegro de gastos.

El Supremo recuerda que se prevé el abono de la asistencia privada en caso de que la entidad gestora lo autorice o se trate de supuestos de urgencia vital o denegación injustificada de asistencia.

No existió autorización alguna “pues las opiniones y consejos de los facultativos que atienden a los enfermos sobre la conveniencia de que sean atendidos por servicios ajenos a la Sanidad pública ni obligan a ésta en términos formales ni exoneran a los beneficiarios” de seguir los trámites reglamentarios para obtener la autorización.

Tampoco hubo denegación de asistencia porque de hecho se estaban buscando alternativas, por lo que se desestima el reintegro de gastos.

Hemos, sin embargo, de hacer una precisión y es que cuando se reconoce el reintegro de gastos por asistencia en la medicina privada, no comprende, dicho reintegro, el abono de las dietas. Los gastos a rembolsar alcanzan a los de carácter médico y farmacéutico, así como a los desplazamientos necesarios, pero

no a las dietas. Los gastos imprescindibles (en este criterio) son los sanitarios y los de locomoción para poder acudir al lugar de la asistencia, pero no la manutención, que en menor o mayor cuantía son ocasionados en cualquier caso. Si dicha manutención se factura, por el centro sanitario privado, en régimen de hospitalización, sin embargo, sí que es reintegrable.

Conjugar necesidades de los pacientes y posibilidad asistenciales y financieras del Sistema sanitario son siempre las claves a manejar y no suele ser fácil, precisamente. Suele decirse que las posibilidades asistenciales son siempre limitadas y las necesidades de usuarios y pacientes, tendencialmente ilimitadas.