

Expediente Núm. 119/2017
Dictamen Núm. 182/2017

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión ordinaria por procedimiento escrito del día 28 de junio de 2017, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 23 de marzo de 2017 -registrada de entrada el día 29 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de un error diagnóstico.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 26 de abril de 2016, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del “diagnóstico definitivo de colangiocarcinoma en hilio hepático (...) no susceptible de tratamiento curativo (...) y con una esperanza de vida de pocos meses” en el Hospital

Expone que al ingresar el día 18 de octubre de 2015 por dolor abdominal las pruebas ecográficas sugieren “un proceso de etiología tumoral: hepatocarcinoma, colangiocarcinoma, etc.”, confirmando las analíticas de

sangre y orina un "proceso tumoral hepático pendiente de calificación definitiva", y que tras serle realizado "únicamente un TC toraco-abdominal" se le diagnostica definitivamente el "colangiocarcinoma (Klatskin estadio IV) con metástasis hepáticas y adenopatías locorregionales", recibiendo el alta el 22 de octubre de 2015 con medicación paliativa.

Reseña que acudió entonces a la medicina privada y que "con la simple lectura de mi historia clínica" se le indica que el diagnóstico "era algo aventurado, puesto que para confirmarlo se precisaban algunas pruebas más", y tras someterse a una resonancia magnética, entre "otras", el 13 de noviembre de 2015 se le extirpa la parte afectada del hígado y el análisis de la pieza extraída revela que no sufría un colangiocarcinoma, sino un "hepatocarcinoma que se asienta sobre cirrosis hepática con márgenes libres de afectación lesional que, por tanto, sí era susceptible de extirpación y posterior tratamiento con fines curativos".

Invoca "una muy importante angustia y zozobra ante un diagnóstico demoledor que me dieron erróneamente como definitivo", por lo que solicita una compensación de 30.000 €, más los "daños patrimoniales consistentes en los gastos que he tenido que abonar para que se me realizara el tratamiento que debía haber cubierto" la sanidad pública, que ascienden a 59.899,04 €, reclamando en total ochenta y nueve mil ochocientos noventa y nueve euros con cuatro céntimos (89.899,04 €).

Acompaña a su escrito copia de la documentación clínica en la que se recogen los diagnósticos relatados y de las facturas e informes de la medicina privada.

2. Mediante oficio notificado al interesado el 20 de mayo de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Durante la instrucción, e incorporan al expediente, remitidos por el centro hospitalario que atendió al fallecido, copias de su historial clínico y del informe librado por el servicio al que se imputa el daño.

En el informe suscrito por el Jefe del Servicio de Aparato Digestivo del Hospital Universitario Central de Asturias, fechado el 10 de junio de 2016, se reseña que al paciente se le detectó "mediante ecografía y TC (...) una masa de hilio hepático con impresión radiológica de colangiocarcinoma, ante cuyos hallazgos se desestimó en dicho momento la realización de un estudio histológico para su confirmación al entender que probablemente no aportaría beneficio en cuanto a las actitudes terapéuticas posibles./ Sin embargo, el paciente, sin constar deseo expreso de una segunda opinión que podría haber sido tramitada por nuestra parte, acudió para valoración a un centro privado, donde se indicó y realizó una resección quirúrgica con diagnóstico histológico final obtenido en la pieza quirúrgica no (...) de colangiocarcinoma, sino de hepatocarcinoma sobre cirrosis hepática, pero no siendo (...) cierto que en ese caso la resección fuera el tratamiento de elección, ni tampoco que se realizase con fines curativos, al haberse confirmado la existencia de una trombosis completa portal, objetivándose durante el posterior seguimiento de este paciente, que continúa realizando controles en nuestro Servicio, la existencia de dolor difícilmente controlable y recidiva tumoral intrahepática./ Por otro lado, en el caso de que en nuestro centro (o en cualquier otro) se hubiera efectuado un estudio histológico previo a la cirugía y el diagnóstico de presunción de colangiocarcinoma hubiera sido sustituido por el de hepatocarcinoma el tratamiento de elección no debiera haber sido la intervención quirúrgica a la que fue sometido (...), sino la administración de Sorafenib, lo cual ya no es posible en este momento ante la existencia de un déficit relevante en el funcionalismo hepático como consecuencia de la resección quirúrgica".

Desecha cualquier infracción de la *lex artis*, pues "si bien ciertamente el diagnóstico de presunción fue de colangiocarcinoma y no de hepatocarcinoma, esto se debió a no contar entonces con un resultado histológico; decisión que no se tomó por imprudencia, sino al entender como el proceder más adecuado evitar una escalada de actuaciones que probablemente no derivarían en una mayor supervivencia del paciente, como desgraciadamente parece ponerse de

manifiesto, y debiendo hacer hincapié en (que) la decisión quirúrgica adoptada tampoco fue la mejor de las soluciones posibles, pues ha impedido una opción de tratamiento médico que en este caso presenta una mayor efectividad que la cirugía en términos de supervivencia global”.

4. Con fecha 8 de noviembre de 2016, y a instancia de la entidad aseguradora, emiten informe colegiado dos especialistas en Aparato Digestivo. En él se concluye que “las neoplasias hepáticas o biliares en estadio avanzado presentan una alta morbilidad y mortalidad, y, ante la imposibilidad de una terapia curativa, los esfuerzos diagnósticos y terapéuticos deben basarse en el *primun non nocere* y dirigirse a mejorar la calidad de vida y condiciones generales del paciente”, el cual en este caso “fue diagnosticado de una enfermedad tumoral avanzada que, independientemente de su estirpe etiológica, no tenía tratamiento potencialmente curativo. Todas las posibilidades diagnósticas posibles no tenían indicación de tratamiento quirúrgico, y, por supuesto, en ningún caso este podría considerarse curativo (...). La resección hepática a la que se ha sometido (...) ha implicado una disminución de su reserva funcional hepática y, por lo tanto, una disminución de sus posibilidades terapéuticas, muy posiblemente influyendo de forma negativa en su pronóstico (...). La actuación del personal sanitario del Servicio de Salud del Principado de Asturias se adecuó en todo momento a la *lex artis ad hoc*”.

5. Mediante escrito notificado al reclamante el 1 de diciembre de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

El día 7 de diciembre de 2016, los herederos del perjudicado presentan un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que comunican su fallecimiento e interesan que se continúe el procedimiento. Acompañan una copia del certificado de defunción -29 de septiembre de 2016-, del testamento del finado y del libro de familia.

Librado un nuevo trámite de audiencia con los derechohabientes, el 22 de diciembre de 2016 comparece uno de ellos en las dependencias administrativas y obtiene una copia del expediente.

Con fecha 17 de enero de 2017, presentan en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que manifiestan que las pruebas de imagen a las que el paciente se sometió en la medicina privada no son nocivas para la salud, e insisten en el diagnóstico erróneo y “consecuente falta de tratamiento, no habiendo sido practicada biopsia alguna”.

6. El día 9 de febrero de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, apreciándose que “ninguna de las posibilidades diagnósticas (colangiocarcinoma o hepatocarcinoma) tenía tratamiento quirúrgico eficaz”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de marzo de 2017, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm. de la Consejería de Sanidad, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración General del Estado-, determina que "A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior".

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento se inició mediante reclamación del interesado registrada en la Administración del Principado de Asturias con fecha 26 de abril de 2016, lo que nos remite a la redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y al Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJPAC, están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, en cuanto derechohabientes del fallecido cuya esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas". En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 26 de abril de 2016, por lo que, deducida frente a los daños derivados de un error diagnóstico cometido en octubre de 2015, es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, apreciamos que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “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”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Reclaman los interesados el resarcimiento del daño moral y los gastos ocasionados a su causante al serle diagnosticada una dolencia “no susceptible de tratamiento curativo (...) y con una esperanza de vida de pocos meses”, viéndose obligado a acudir a la medicina privada para someterse a ulteriores pruebas tras las cuales se corrige el juicio sobre el tumor, que “sí era susceptible de extirpación y posterior tratamiento con fines curativos”.

La realidad del perjuicio reclamado ha de considerarse acreditada, pues el daño moral puede presumirse en quien recibe un diagnóstico “demoledor” o terminal, y los gastos de la medicina privada se acreditan aquí mediante facturas.

Por lo que se refiere a los gastos derivados de la atención dispensada en la sanidad privada, es preciso distinguir, tal y como venimos afirmando en dictámenes precedentes (entre otros, Dictamen Núm. 20/2014), entre el ejercicio de la acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en supuestos de atenciones dispensadas fuera del Sistema Nacional de Salud y el de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración. En el supuesto planteado, constatamos que la asistencia privada a la que se alude en la reclamación no se produce en el contexto de una amenaza vital urgente que no pudiera ser resuelta por la sanidad pública, sino debido a que el servicio público sanitario no prestó la atención requerida al elevar a definitivo un fatal diagnóstico prescindiendo de practicar pruebas que lo corroboraran, lo que provocó que acudiera a un centro médico privado. Por tanto, nada obsta al planteamiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial comprensiva del importe de los gastos sanitarios en los que haya incurrido a consecuencia de esa actuación, si bien dicha responsabilidad patrimonial ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole.

Consecuentemente, tanto para estos gastos como para el daño moral, habremos de analizar si nos hallamos ante un daño antijurídico -en definitiva, un daño que el fallecido no tuviera la obligación de soportar-, y si tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento del servicio público sanitario.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento. El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que la mera constatación de un defecto o retraso en el diagnóstico entrañe *per se* una vulneración de la *lex artis*.

En el supuesto planteado los interesados se limitan a afirmar -sin soporte pericial alguno- que el servicio público sanitario anticipó indebidamente un diagnóstico (colangiocarcinoma) prescindiendo de pruebas que debieron practicarse, y que el error cometido fue trascendente, por cuanto que el tumor efectivamente sufrido (hepatocarcinoma) era, a diferencia del diagnosticado, "susceptible de extirpación y posterior tratamiento con fines curativos". Frente a ello, todos los informes técnicos incorporados al expediente se detienen en la asistencia dispensada y concluyen que no hubo infracción alguna de la *lex artis ad hoc*. Así, en el suscrito por el Jefe del Servicio de Aparato Digestivo del Hospital se razona que al paciente se le detectó "mediante ecografía y TC (...) una masa de hilio hepático con impresión radiológica de colangiocarcinoma,

ante cuyos hallazgos se desestimó en dicho momento la realización de un estudio histológico para su confirmación al entender que probablemente no aportaría beneficio en cuanto a las actitudes terapéuticas posibles./ Sin embargo, el paciente, sin constar deseo expreso de una segunda opinión que podría haber sido tramitada por nuestra parte, acudió para valoración a un centro privado, donde se indicó y realizó una resección quirúrgica con diagnóstico histológico final obtenido en la pieza quirúrgica no (...) de colangiocarcinoma, sino de hepatocarcinoma sobre cirrosis hepática, pero no siendo (...) cierto que en ese caso la resección fuera el tratamiento de elección, ni tampoco que se realizase con fines curativos, al haberse confirmado la existencia de una trombosis completa portal, objetivándose durante el posterior seguimiento de este paciente, que continúa realizando controles en nuestro Servicio, la existencia de dolor difícilmente controlable y recidiva tumoral intrahepática./ Por otro lado, en el caso de que en nuestro centro (o en cualquier otro) se hubiera efectuado un estudio histológico previo a la cirugía y el diagnóstico de presunción de colangiocarcinoma hubiera sido sustituido por el de hepatocarcinoma el tratamiento de elección no debiera haber sido la intervención quirúrgica a la que fue sometido (...), sino la administración de Sorafenib, lo cual ya no es posible en este momento ante la existencia de un déficit relevante en el funcionalismo hepático como consecuencia de la resección quirúrgica". Se sintetiza en este informe que, "si bien ciertamente el diagnóstico de presunción fue de colangiocarcinoma y no de hepatocarcinoma, esto se debió a no contar entonces con un resultado histológico; decisión que no se tomó por imprudencia, sino al entender (...) adecuado evitar una escalada de actuaciones que probablemente no derivarían en una mayor supervivencia del paciente, como desgraciadamente parece ponerse de manifiesto" con su fallecimiento, reparándose igualmente en que "la decisión quirúrgica adoptada tampoco fue la mejor de las soluciones posibles (...) en términos de supervivencia global". En el mismo sentido, en el informe pericial rubricado por los especialistas en Aparato Digestivo se aprecia que, "ante la imposibilidad de una terapia curativa, los esfuerzos diagnósticos y terapéuticos deben basarse en el *primun non nocere* y dirigirse a mejorar la calidad de vida y condiciones generales del paciente", el cual en este caso "fue diagnosticado de una

enfermedad tumoral avanzada que, independientemente de su estirpe etiológica, no tenía tratamiento potencialmente curativo. Todas las posibilidades diagnósticas posibles no tenían indicación de tratamiento quirúrgico, y, por supuesto, en ningún caso este podría considerarse curativo (...). La resección hepática a la que se ha sometido (...) ha implicado una disminución de su reserva funcional hepática y, por lo tanto, una disminución de sus posibilidades terapéuticas, muy posiblemente influyendo de forma negativa en su pronóstico (...). La actuación del personal sanitario del Servicio de Salud del Principado de Asturias se adecuó en todo momento a la *lex artis ad hoc*". Asimismo, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas subraya en la propuesta de resolución que "ninguna de las posibilidades diagnósticas (colangiocarcinoma o hepatocarcinoma) tenía tratamiento quirúrgico eficaz".

En definitiva, del análisis del expediente en su conjunto no se acredita ninguna actuación de los profesionales sanitarios contraria al buen quehacer médico, concluyéndose que el daño moral reclamado -fundado en la "angustia y zozobra ante un diagnóstico demoledor"- no se anuda a una infracción de la *lex artis*, sino a la propia naturaleza de la patología sufrida, que efectivamente carecía de tratamiento curativo eficaz.

En lo que atañe a los gastos de la medicina privada -amén de desecharse en cuanto no se objetiva mala praxis-, hemos de recordar que en supuestos similares los Tribunales de Justicia acuden al concepto de "pérdida de confianza" en el sistema público para justificar el hecho de que un paciente acuda a un servicio sanitario privado y pueda obtener, vía responsabilidad patrimonial de la Administración, el resarcimiento de los gastos generados. Se trata de supuestos en los que se advierte una inactividad de la Administración sanitaria durante un largo periodo de tiempo o en los que, en cualquier caso, se ha producido un sensible empeoramiento de la salud del enfermo sin que la sanidad pública haya sido capaz de dar respuesta satisfactoria a tal deterioro; situaciones que justificarían la pérdida de confianza del paciente en los médicos del servicio público. Así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 29 de octubre de 2010 se argumenta que, "desde que acudió a la sanidad pública el 20 de abril de 2006 y hasta el 28 de junio de

2006, no se estableció un diagnóstico correcto en la misma partiendo del inicial tumor maligno, y, como incluso admite el informe del Consejo Consultivo, aquella demora de dos meses (todavía el 24 de agosto se solicita al laboratorio respuesta rápida) ante un tumor maligno, hace perfectamente razonable la decisión del paciente de acudir a la sanidad privada, e incluso suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración". A nuestro juicio, para que un paciente que abandone la sanidad pública pueda repercutir a título de responsabilidad patrimonial los gastos abonados en la sanidad privada como consecuencia de un defecto o retraso diagnóstico y, en su caso, del subsiguiente retraso asistencial es necesario que concurren, además de las condiciones de carácter general -daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica, nexo causal y carácter antijurídico de la lesión-, determinadas circunstancias de carácter objetivo y subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, ha de constatarse la existencia de una infracción trascendente de la *lex artis* en el proceso diagnóstico o asistencial que justifique objetivamente esa pérdida de confianza, y ha de quedar igualmente acreditado que esa infracción de la *lex artis* es susceptible de producir un daño cierto en la salud del paciente, en sus posibilidades de curación o en su esperanza de vida, para lo cual hemos de efectuar un juicio de regreso sobre la entidad de la patología finalmente diagnosticada. Desde el plano subjetivo, ha de apreciarse que el paciente ejerce una opción condicionada por las circunstancias del caso, sin que se perciba un ánimo premeditado de abandonar el servicio público, y para ello hemos de valorar si la desconfianza generada pudo haber sido resuelta en el seno del propio servicio público por los cauces habituales.

En el caso concreto que analizamos no se cumplen esos condicionantes, toda vez que no se objetiva una infracción trascendente de la *lex artis* en el proceso diagnóstico; la confusión sobre la estirpe del tumor no afectó a las posibilidades de curación o esperanza de vida, y lo actuado deja de manifiesto que el paciente -y su familia- no acuden a la medicina privada por una situación de desconfianza inabordable desde el sistema público, sino más bien cumpliendo con un entendible requerimiento de conciencia que les empuja a agotar *de facto* todas las opciones asistenciales ante un diagnóstico fatal.

En definitiva, del análisis del expediente en su conjunto no se acredita

ninguna actuación de los profesionales sanitarios contraria al buen quehacer médico, revelando el fatal desenlace que la angustia sufrida por el enfermo era connatural a su dolencia, carente de tratamiento eficaz, sin que quepa suplantar el parámetro de la *lex artis* por el de una obligación de resultado.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,