

Expediente Núm. 22/2019
Dictamen Núm. 101/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 5 de abril de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 3 de enero de 2019 -registrada de entrada el día 16 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños que atribuye al retraso diagnóstico de una fractura ósea y su posterior tratamiento.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 12 de junio de 2018, la reclamante presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que atribuye al servicio público sanitario.

Expone que el día 28 de marzo de 2017 “acudió al Servicio de Urgencias del Hospital” por dolor en su pie izquierdo, emitiéndose el diagnóstico de

“fractura no desplazada 3.º metatarsiano (tercio posterior)”, para cuyo tratamiento se prescribió “férula de escayola”, que fue retirada el día 26 de abril de 2017. El 15 de mayo de 2017 “acude de nuevo al Servicio de Urgencias” por persistencia del dolor e inflamación. En el informe correspondiente consta que, “revisando Rx día 28 de marzo se aprecia línea de (fractura) de cuboides tarsiano; en Rx actual zona de esclerosis ósea en línea de (fractura)”, por lo que se le colocó una nueva férula que fue retirada el 26 de mayo de 2017.

Señala que proseguía el “dolor e inflamación” y que el día 8 de junio de 2017 acudió a un centro privado en el que, tras realizársele una resonancia, se le diagnosticó una “fractura de cuboides tarsiano izquierdo aún no consolidada”, y explica que “tras el proceso descrito (...) sufrió un importante deterioro en su calidad de vida, al sufrir distintos episodios clínicos”, entre los que cita una “caída con rotura de pelvis (...), síncope o lipotimia y fractura muñeca derecha (...), trastorno ansioso depresivo grave prolongado”.

En cuanto a la relación de causalidad, indica que existe “retraso diagnóstico e incumplimiento de la *lex artis*”, pues no se le ha diagnosticado en el Servicio de Urgencias por “un primer facultativo” el día 28 de marzo de 2017 “la fx de cuboides que sí ve otro facultativo del mismo Servicio pero mes y medio más tarde, con fecha 15-5-2017”, a lo que debe añadirse que el Servicio de Traumatología le ha retirado el 26 de mayo de 2017 “la segunda férula de yeso (...) tan solo 10 días después de habérsela puesto”, constatándose el 8 de junio de 2017, mediante RMN, que “dicha fractura no estaba consolidada” aún, por lo que precisó una “tercera inmovilización de yeso y tratamiento posterior”; ello le ha provocado “no solo la pérdida de oportunidad de haber estado sometida a un tratamiento más corto, sino los perjuicios posteriormente ocasionados a la misma”.

Solicita una indemnización cuyo importe asciende a treinta y siete mil trescientos veinticuatro euros con seis céntimos (37.324,06 €) por diversos conceptos.

Adjunta diversa documentación médica relativa al proceso por el que reclama y el informe elaborado por un especialista en Valoración del Daño Corporal el 5 de abril de 2018, en el que se describe el proceso clínico seguido por la paciente y se establecen las secuelas que sufre (estrés postraumático, artrosis postraumática/muñeca dolorosa izda., coxalgia postraumática dcha. y metatarsalgia postraumática).

2. Mediante escrito de 21 de junio de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la interesada 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. Previo requerimiento formulado por el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, el 6 de julio de 2018 el Gerente del Área Sanitaria V remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios los informes médicos elaborados por los Jefes de los Servicios de Urgencias y de Traumatología del centro implicado (ambos de fecha 10 de julio de 2018), así como la historia clínica de la paciente.

4. El día 13 de septiembre de 2018, una especialista en Medicina Legal y Forense y una máster en Valoración del Daño Corporal emiten informe a instancia de la compañía aseguradora en el que, tras exponer diversas consideraciones médicas, concluyen que “a pesar de que se produjo un retraso en el diagnóstico se puede afirmar que no se produjo una pérdida de oportunidad y que el manejo de la patología durante todo el proceso asistencial se ajustó a guías y protocolos”.

5. Mediante oficio notificado a la reclamante el 21 de octubre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas

le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El día 8 de noviembre de 2018 comparece una letrada en las dependencias administrativas -cuya representación acredita en virtud de poder notarial conferido al efecto- para examinar el expediente.

Con fecha 14 de noviembre de 2018 la interesada presenta un escrito de alegaciones en el que reitera lo expuesto en su reclamación inicial, al tiempo que establece la cantidad solicitada en concepto de "perjuicio patrimonial: gastos de asistencia sanitaria" con carácter definitivo (por importe de 861 €), "por lo que la valoración total de los daños causados (...) por las secuelas, lesiones y perjuicio patrimonial" se eleva "a la cantidad de 37.585,06 €".

Adjunta diversas facturas al efecto.

6. Con fecha 28 de noviembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio con base en los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 3 de enero de 2019, 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 de conformidad con 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, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su 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 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 12 de junio de 2018, y la retirada de la escayola colocada por tercera vez el 8 de junio de 2017 tuvo lugar el día 3 de agosto de 2017, por lo que es claro que ha sido presentada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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, observamos que ninguno de los informes incorporados al expediente aborda de forma concreta la cuestión relativa a la retirada anticipada de la escayola. Pese a haberse retirado esta el 26 de mayo de ese mismo año, según consta en el informe emitido por un centro privado, el día 8 de junio de 2017 debió inmovilizarse de nuevo con yeso la extremidad al advertirse que la fractura aún no estaba consolidada. Al respecto, este Consejo viene reiterando (por todos, Dictamen Núm. 173/2017) que los informes de los servicios implicados deben pronunciarse de modo expreso sobre las concretas imputaciones realizadas.

En el caso que nos ocupa resulta, además, que esa imputación está directamente relacionada con el recurso a la medicina privada por parte de la paciente, quien acudió a aquella ante la persistencia de las molestias. En este sentido, debemos recordar que en nuestra Memoria correspondiente al año 2013 nos referimos, en las "Observaciones y sugerencias", a "la apelación a la pérdida de confianza en el servicio público sanitario como justificación de una reclamación de responsabilidad patrimonial", y recomendábamos a la Administración instructora, entre otros aspectos, "que cuando se invoque una 'pérdida de confianza' en el funcionamiento del servicio público analice los hechos en función de los parámetros de control descritos, investigando la actuación del servicio rechazado y también si se ha solicitado una segunda opinión diagnóstica o terapéutica, así como aquellos otros datos que puedan confirmar la buena fe del paciente, como método para verificar si debe o no

reconocerse la indemnización solicitada". No obstante, si bien el adecuado estudio de la cuestión requiere un pronunciamiento específico sobre el extremo mencionado, su omisión en el presente supuesto no impide la resolución del expediente, dado que en él constan elementos de juicio suficientes al efecto, de modo que atendidos los principios de eficacia y economía procesal consideramos que procede dictaminar sobre el fondo de la pretensión deducida.

Por último, se aprecia 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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley". 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".

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, 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; requisitos cuya exigencia constituye "doctrina jurisprudencial reiteradísima" (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:1997-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª).

SEXTA.- La interesada insta un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del retraso diagnóstico de una fractura.

La Administración sanitaria reconoce, y así consta en el expediente, que la paciente fue atendida en el Servicio de Urgencias del Hospital el día 28 de marzo de 2017, momento en el que se le diagnosticó una fractura no desplazada del tercer metatarsiano del pie izquierdo. Posteriormente (en concreto, el día 15 de mayo de 2017) se apreció, tras revisión de la radiografía previamente realizada, una fractura de cuboides no advertida con anterioridad; en ambas ocasiones se prescribió inmovilización con férula de yeso. Por tanto, y con independencia de la concreción de las secuelas, que procederá detallar en caso de ser estimatorio el sentido de nuestro dictamen, no ofrece duda que la paciente ha sufrido un daño cierto y acreditado.

Igualmente se constata -mediante las correspondientes facturas- el perjuicio consistente en haber afrontado gastos en la medicina privada. Ahora bien, al respecto, como venimos afirmando en dictámenes precedentes (por todos, Dictamen Núm. 232/2013), es preciso distinguir 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. Respecto a los primeros, el 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, determina, en su artículo 4.3, las condiciones para que sea exigible el reintegro de los gastos sanitarios ocasionados "fuera del Sistema Nacional de Salud", disponiendo que el mismo solo resulta procedente en "casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital", y "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".

En el supuesto planteado, sin embargo, la interesada ha calificado expresamente su solicitud como de responsabilidad patrimonial y persigue el resarcimiento del quebranto patrimonial derivado del hecho de haber acudido a la sanidad privada tras advertirse en la consulta del día 26 de mayo de 2017, con ocasión de la retirada del yeso, que la fractura aún no había consolidado y que era necesaria una nueva inmovilización. Se constata por tanto, con facilidad, que la asistencia privada no se produce en el contexto de una amenaza vital, urgente e inmediata que no pudiera ser resuelta por la sanidad pública, sino que ha sido debida a un abandono voluntario del sistema público sanitario. En consecuencia, si bien nada obsta al planteamiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial comprensiva del importe de los gastos sanitarios en los que se haya incurrido, su estimación debe someterse al cumplimiento de los mismos requisitos impuestos a cualquier otra reclamación de esta índole.

Entre ellos, es patente que la mera constatación de un perjuicio surgido en el curso de la actuación del servicio público sanitario no implica, sin más, la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de

probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

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 la 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 el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

La interesada concreta aquí su imputación de responsabilidad en dos aspectos de la asistencia recibida. En primer lugar, en la existencia de un retraso diagnóstico por no haberse apreciado el 28 de marzo de 2017 en la radiografía realizada por el Servicio de Urgencias la fractura de cuboides que se diagnostica posteriormente. En segundo lugar, en que tras la retirada de la segunda férula de yeso (colocada el 26 de mayo de 2017) el facultativo de un centro privado constató la falta de consolidación de la fractura de cuboides. Considera la reclamante que a consecuencia de estos errores de diagnóstico y tratamiento se ha producido una pérdida de oportunidad consistente en haber podido someterse “a un tratamiento más corto” y en haberse generado una pluralidad de perjuicios. Al respecto, en el informe pericial que aporta la perjudicada se constata que la fractura de cuboides tarsiano pasó desapercibida en la primera visita, por lo que se afirma “que ha existido una falta de diagnóstico preciso en el primer estudio Rx practicado”, y que la inmovilización de la paciente con yeso ha durado “prácticamente 5 meses para la resolución

de este proceso” a causa de “una falta clara de diagnóstico en la primera revisión”.

Sin embargo, frente a esas imputaciones los informes emitidos por los servicios afectados descartan puntualmente la existencia de mala praxis o pérdida de oportunidad.

El Jefe de la Unidad de Urgencias explica, en primer lugar, que en la asistencia prestada el 15 de mayo de 2017 se realizaron “nuevas radiografías donde se objetiva un callo de fractura en la lesión del metatarsiano, así como otro sobre el cuboides, por lo que se decide revisar la radiografía del día de la torsión. En dicha radiografía se observa un resalte de la cortical sin línea de fractura en el cuerpo del cuboides que se interpreta como fractura del mismo”. También precisa que, “dado que el mecanismo de la lesión es de bajo impacto, pues solo se describió la torsión del pie, ambas fracturas deben ser consideradas como de estrés” y secundarias “a la osteoporosis que la paciente presentaba”. En cuanto al tratamiento, señala que en ambos casos (fractura de metatarsiano y de cuboides) es idéntica (inmovilización con yeso); técnica que se aplicó en las dos ocasiones.

Por su parte, el Jefe del Servicio de Cirugía y Traumatología reseña, en relación con la asistencia prestada el 15 de mayo, que “según figura en informe médico (`Rx pie izdo. consolidación de (fractura) base 3 meta, revisando Rx día 28 de marzo se aprecia línea de cuboides tarsiano; en Rx actual zona de esclerosis ósea en línea de (fractura)´ puede ser antigua)”.

Las facultativas que informan a instancia de la compañía aseguradora sostienen que el retraso diagnóstico no encierra aquí una pérdida de oportunidad, ya que “la mala evolución posterior con falta de consolidación de la fractura de cuboides y persistencia de sintomatología (dolor e inflamación) no se puede considerar que sea secundaria a mala praxis sino a características idiosincrásicas de la paciente, como son edad, presencia de patología metabólica y osteoporosis”, y aclaran que “en la consolidación de una fractura en un paciente osteoporótico se deben considerar distintos factores que pueden

modificar este proceso. Por un lado, los factores biológicos que presumiblemente estarán alterados en personas mayores y osteoporóticas”, y por otro los “factores mecánicos ya que en este tipo de pacientes las fracturas presentan un patrón característico. La fijación de este tipo de fracturas es difícil por las características del hueso y factores externos que pueden modificar la consolidación, entre ellos los fármacos”.

En definitiva, del contenido de estos informes resulta acreditado que el tratamiento necesario para abordar la fractura de cuboides no apreciada en la primera asistencia (inmovilización con férula de escayola) era el mismo que se practicó en ese primer momento por razón de la otra fractura (metatarsiano), y que aquella fisura fue advertida a la luz de “nuevas radiografías” que condujeron a revisar el detalle de las primeras, sin que en la pericial presentada por la interesada se razone cumplidamente que el diagnóstico debió alcanzarse con evidencia clara a la vista de estas, ni se justifique la incidencia en la evolución de la lesión del tiempo transcurrido entre la retirada de la primera férula y la colocación de la segunda (veinte días). Frente a ese déficit, los informes incorporados al expediente a instancia de la Administración objetivan, como factor influyente en la mala evolución y consolidación de la fractura, el padecimiento de osteoporosis por la reclamante, que constituye una complicación para la superación de su daño.

Por otra parte, tanto el Jefe del Servicio de la Unidad de Urgencias como las facultativas que informan a instancias de la compañía aseguradora coinciden en rechazar la vinculación de las dolencias posteriores al retraso diagnóstico. Así, el primero considera “excesiva” la atribución de dolencias a la falta de detección de la fractura con ocasión de la primera asistencia recibida, y recuerda al respecto que la paciente padece osteoporosis. A su vez, las segundas explican que “el deterioro del estado general y la pérdida de calidad de vida documentada con las posteriores caídas y fracturas sufridas (fractura de muñeca, fractura de pelvis), así como el estado depresivo, no pueden atribuirse a la fractura no diagnosticada con fecha 28-03-2017”, y estiman que debe

considerarse “resultado de un proceso evolutivo degenerativo secundario a la edad y a la patología ya conocida que presentaba la paciente”.

Por último, ya hemos puesto de manifiesto en la consideración cuarta que ninguno de los informes aborda específicamente la posible incidencia de la retirada anticipada del yeso. Tampoco la reclamante avala su afirmación de que tal hecho entrañe una mala praxis con repercusión en el resultado dañoso que invoca, pues nada se señala al respecto en el informe pericial que aporta. Ahora bien, el daño anudable a ese episodio sería -sustancialmente- el relativo a los gastos de la medicina privada, respecto al cual -amén de desecharse en cuanto no se objetiva mala praxis- hemos de recordar que en supuestos similares los tribunales de justicia aluden 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. En el Dictamen Núm. 182/2017 citábamos en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 29 de octubre de 2010 -ECLI:ES:TSJAS:2010:4944-, en cuanto que en ella se argumentaba 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”. Señalábamos entonces que, “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, según lo expuesto, no se objetiva una infracción trascendente de la *lex artis* en el proceso diagnóstico, no resulta acreditada la existencia de pérdida de oportunidad y lo actuado pone de relieve que la paciente no acude a la medicina privada como consecuencia de una situación inabordable desde el sistema público, en un contexto de urgencia vital inmediata, sino más bien motivada por la comprensible voluntad de recabar una segunda opinión ante la persistencia de las molestias en el pie afectado, por las que también pudo haber optado por acudir de nuevo al servicio público.

En suma, en el supuesto que nos ocupa los informes técnicos incorporados al expediente por la Administración avalan la corrección del quehacer médico, y en el aportado por la perjudicada no se argumenta ninguna

concreta infracción de la *lex artis* ni se justifica su trascendencia en la evolución clínica. Por ello, la falta de acreditación de la invocada contravención de la *lex artis ad hoc* en el proceso asistencial impide -aparte de no haberse objetivado tampoco un perjuicio ligado al retraso diagnóstico- que la reclamación pueda ser acogida, de modo que el detrimento patrimonial sufrido por la perjudicada, en tanto que deriva de su decisión voluntaria de acudir a la medicina privada, ha de ser soportado por ella.

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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.