

Dictamen Núm. 1/2024

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 11 de enero de 2024, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. La Consejera doña María Isabel González Cachero votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 31 de agosto de 2023 -registrada de entrada el día 6 de septiembre de ese mismo año-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados del fallecimiento de su familiar como consecuencia del error y retraso diagnóstico de una encefalitis herpética.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 23 de diciembre de 2022 el interesado, que dice actuar en su propio nombre y en representación de otros, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del fallecimiento de su familiar, que atribuyen a una negligente actuación del servicio público sanitario.

Señalan que la paciente acude el día 18 de noviembre de 2021 al Servicio de Urgencias del Hospital “X” por “un cuadro de síncope y fiebre”, y que tras

exploración física y analítica se le diagnostica “infección respiratoria sin signos de alarma, pautándole tratamiento con antibióticos”. El día 19 de noviembre ingresa nuevamente en dicho centro “ante el empeoramiento de su estado de salud”, y se establece el diagnóstico de “ictus subagudo de arteria cerebral media”, prescribiéndosele tratamiento antibiótico y derivándola al Hospital “Y”.

Indican que en este centro se mantiene “el diagnóstico de ictus subagudo de la ACM derecha, añadiendo una infección respiratoria de características víricas sospechosa de COVID (...) como consecuencia de la única prueba (...) realizada (...), un tac torácico, cuyos hallazgos (...) no fueron concluyentes de COVID”, y se decide su traslado a la Unidad de Cuidados Intensivos COVID del Hospital “Z”.

Manifiestan que el “22 de noviembre de 2021, ante la persistencia de fiebre asociada a la clínica neurológica (...), se le practicó (...) una punción lumbar de la cual resultó un cambio de diagnóstico a encefalitis herpética”, y que el 23 de noviembre “se concluyó la sospecha clínica de coma, ante la ausencia de respuestas a estímulos de la paciente (...). El 3 de diciembre de 2021, con un diagnóstico de encefalitis herpética y coma (...), fue trasladada” al Hospital “X” “para continuar allí su evolución”, y fallece en dicho centro el día 26 de diciembre de 2021.

Sostienen que los síntomas que presentaba la enferma “en el momento de recibir (...) asistencia” en el Hospital “X” “el 20 de noviembre de 2021 (...) no eran sugestivos de ictus, sino que eran los propios de una infección del sistema nervioso central”. Afirman que “tanto la sintomatología como el resultado de la tac evidenciaban con claridad la existencia de un cuadro de encefalitis herpética y, aun así, no se realizó en ese momento (...) una punción lumbar”, que “es la prueba diagnóstica idónea” para detectar dicha patología. Añaden que la perjudicada “fue tratada con medicamentos de tipo antibiótico, pero no de antiviral, que eran los únicos adecuados para tratar de mitigar el avance de una encefalitis herpética”, y que “los días que estuvo sin el tratamiento médico adecuado provocaron el deterioro irreversible de su situación neurológica que desembocó en su fallecimiento”. Consideran que “los resultados hubieran sido

otros si se hubiese practicado una asistencia sanitaria de conformidad a las posibilidades y conocimiento de la ciencia médica actual”.

Con base en ello, cuantifican el daño sufrido por el cónyuge viudo en 106.759,51 €, el de su madre en 42.141,90 €, el de sus hijos en 52.677,38 € para cada uno, el de sus hermanos en 15.803,21 € para cada uno y el de su suegra en 10.535,48 €. El “daño emergente” lo cifran en 421,42 € para el cónyuge y la misma cantidad para cada hijo, y el “lucro cesante” en 17.599,50 € para el cónyuge viudo y en 5.378,53 € y 5.635,80 € para cada uno de los hijos. En total, la suma solicitada asciende a trescientos cuarenta y dos mil setenta y nueve euros con cuarenta y siete céntimos (342.079,47 €), más “los intereses de demora que procedan”.

Adjuntan copia, entre otra, de la siguiente documentación: a) Documento privado por medio del cual un total de siete familiares de la interesada confieren poder al reclamante para actuar en el expediente de responsabilidad patrimonial. b) Documento nacional de identidad de los interesados. c) Diversa documentación médica relativa al proceso de referencia. d) Informe pericial elaborado el 16 de diciembre de 2022 por un especialista en Neurología y *Fellowship* en Neurorrehabilitación por la Universidad de Western Ontario. e) Certificado de defunción. f) Libro de familia.

2. Mediante oficio de 12 de enero de 2023, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto comunica al representante de los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios. Asimismo, le requiere para que en el plazo de diez días acredite “la representación de todos y cada uno de los (...) citados por cualquier medio válido en derecho (...) que deje constancia fidedigna, con la advertencia de que si así no lo hiciera no podrán participar en las actuaciones administrativas y se continuará la tramitación solamente” con el interesado que presentó la reclamación.

Con fecha 23 de febrero de 2023, proceden a acreditar la representación *apud acta* a través de una comparecencia personal en las dependencias administrativas.

3. El día 23 de febrero de 2023, el reclamante presenta un escrito en el que comunica el fallecimiento de la madre de la perjudicada y “la modificación que, como consecuencia de ello, ha de tener lugar en el reparto de su *quantum* indemnizatorio entre los familiares afectados”.

Acompaña certificado de defunción.

4. Mediante oficio de 23 de febrero de 2023, la Jefa de la Sección de Apoyo del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica al reclamante y representante de los interesados 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.

5. Previa petición formulada por el Instructor del procedimiento, el 8 de marzo de 2023 la Directora Económica y de Profesionales del Área Sanitaria III le remite una copia de la historia clínica de la paciente y los informes librados por los Servicios intervinientes. El Jefe de la Unidad de Urgencias del Hospital “X” sostiene que “se actuó conforme a la *lex artis*, con un razonamiento clínico plausible y utilizando los recursos disponibles para buscar los diagnósticos más probables y que en este caso eran dos patologías tiempo-dependientes (un ictus y una infección que iniciaba signos de sepsis)”. Añade que “fue la evolución de la enfermedad y la aparición de síntomas claros lo que hizo replantear el proceso y permitió avanzar hacia el verdadero diagnóstico de una enfermedad (la encefalitis) poco frecuente, en el que se suma un debut, síntomas y pruebas complementarias que orientaban en un primer momento a otra entidad”.

Por su parte, el informe emitido por el Jefe de la Sección de Neurología se limita a describir el proceso asistencial de la enferma.

El 21 de marzo de 2023, el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos del Área Sanitaria IV le envía la documentación solicitada, que incluye una copia de la historia clínica de la paciente.

6. Obra en el expediente, a continuación, el informe pericial elaborado a instancias de la compañía aseguradora de la Administración el 16 de mayo de 2023 por una especialista en Neurología. En él formula, en primer lugar, una serie de consideraciones médicas sobre la infección por COVID-19, el ictus cerebral, el Código ICTUS en Asturias y la encefalitis herpética. Tras analizar detalladamente la documentación aportada, concluye que “las exploraciones neurológicas en Unidad de Ictus y en el (Hospital `Z´) eran congruentes con el diagnóstico de ictus carotídeo derecho y a la neumonía por COVID se han asociado fenómenos trombóticos por un estado de hipercoagulabilidad sanguínea (entre ellos el ictus). Es por tanto, la persistencia de la fiebre y el empeoramiento de la clínica neurológica a lo largo del día 21 de noviembre lo que hace a los facultativos plantearse un origen infeccioso del sistema nervioso central como causa del empeoramiento y no los hallazgos clínicos y exploratorios iniciales”. Por ello, considera que “no existe actitud negligente, culpa y/o mala praxis en la asistencia prestada”.

7. Concluida la fase de instrucción del procedimiento, el 26 de junio de 2023 el Instructor del procedimiento comunica a los interesados la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

El día 13 de julio de 2023, el reclamante y representante de los interesados presenta un escrito de alegaciones en el que insiste en las imputaciones vertidas en su escrito inicial, y muestra su oposición a las consideraciones médicas formuladas en el informe pericial emitido a instancias de la entidad aseguradora de la Administración.

Respecto al momento en que se realizó la punción lumbar, considera que “ya antes de esa fecha 22 de noviembre de 2021 había signos evidentes de la etiología infecciosa”.

Sobre los síntomas, manifiesta que la paciente “presentaba una paresia de oculomotor VI izquierdo que no sufría alteraciones campimétricas ni de movilidad, así como un reflejo cutáneo plantar derecho externos, síntomas neurológicos todos ellos que no se explican por un ictus de la arteria cerebral media derecha”.

En cuanto al diagnóstico de neumonía por COVID 19, destacan que no había tenido “contactos estrechos que hubieran producido contagio ni, lo que es más relevante aún, había dado positivo en las pruebas PCR realizadas”.

En relación con la no administración de ácido acetilsalicílico como tratamiento preventivo de un nuevo ictus, se sorprenden de que no se administrase ese fármaco si “los facultativos entendían concurrente dicho ictus”.

Por último, aseveran que “de haberse producido una administración a tiempo” del medicamento apropiado para la encefalitis “el riesgo de fallecimiento se habría reducido incluso en un 50 %”, como sostiene el informe pericial que aportaron.

8. Con fecha 20 de julio de 2023, el Inspector de Prestaciones Sanitarias actuante elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio con base en las conclusiones expuestas en el informe pericial elaborado a instancias de la compañía aseguradora.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 31 de agosto de 2023, 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 Salud, 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), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica -en tanto que esposo e hijos de la fallecida (vínculo que acreditan con la copia del libro de familia)- se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

Ahora bien, en lo que respecta a la madre, la suegra y los hermanos de la finada, no ha quedado acreditado el vínculo familiar que les unía con la fallecida. No obstante, y habida cuenta de que la Administración no ha cuestionado a lo largo del procedimiento su condición de interesados, en aplicación del principio de eficacia, reconocido en el artículo 103.1 de la Constitución, y recogido en el artículo 3 de la LRJSP, procede analizar el fondo de la cuestión controvertida, no sin antes advertir que si en el pronunciamiento se apreciara la concurrencia de los requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración no cabría una estimación de la reclamación sin que esta, por el procedimiento legal oportuno, verifique dicha legitimación. A tal fin es suficiente la acreditación del parentesco, y en el caso de la suegra también la convivencia que se invoca. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Por otra parte, durante la instrucción del procedimiento se comunica el fallecimiento de la progenitora de la fallecida, pretendiendo sus hijos y nietos -hermanos e hijos de la finada- subrogarse en su posición dada su condición de herederos de la misma. Sin embargo, no aportan ninguna documentación que permita deducir dicha condición de herederos, por lo que no es posible atender su petición; sin perjuicio de que de concluir el asunto con un pronunciamiento estimatorio y de acreditarse el vínculo familiar con la finada la indemnización que le hubiera correspondido se integre en el patrimonio de sus herederos.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario.

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 23 de diciembre de 2022, y el fallecimiento de la perjudicada tuvo lugar el día 26 de diciembre de 2021, por lo que es claro que ha sido formulada 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 del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, observamos que el informe evacuado por la Sección de Neurología del Hospital "X" resulta insuficiente, pues se limita a describir el proceso asistencial de la paciente sin abordar las imputaciones relativas al retraso diagnóstico y la pérdida de oportunidad que formulan los reclamantes. Al respecto, este Consejo ya estimó necesario subrayar, dentro del capítulo de "Observaciones y sugerencias" de la Memoria correspondiente al año 2019, la relevancia de que los informes de los servicios sanitarios a los que se imputa el daño "resulten minuciosos, razonados -y no descriptivos- y referidos singularmente a los daños y nexo causal invocados por los reclamantes".

Por otra parte reparamos en que la propuesta de resolución, al igual que ocurre en supuestos similares instruidos por esa misma Consejería, suscribe íntegramente el contenido del informe pericial elaborado a instancias de la entidad aseguradora, sin confrontar los informes periciales obrantes en el expediente ni justificar la preferencia de la argumentación establecida en aquel frente al librado por encargo de los reclamantes; máxime cuando ambos vienen suscritos por especialistas en la materia. Además, no analiza las alegaciones presentadas por los interesados, resultando en este punto necesario recordar que el trámite de audiencia no es de mera solemnidad, ni rito formalista, lo que exige la toma en consideración de las alegaciones formuladas y una respuesta adecuada a las mismas de conformidad con el deber de motivación establecido en el artículo 35.1, letra h), en relación con los artículos 88.2 y 88.3, de la LPAC.

Finalmente, 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 que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 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”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Solo 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.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del fallecimiento de una paciente cuyos familiares atribuyen a la incorrecta asistencia recibida.

Del examen del expediente resulta acreditada la defunción, ocurrida durante un ingreso hospitalario de la perjudicada; óbito que, hemos de presumir, ha ocasionado en sus familiares un daño moral cierto. Ahora bien, la existencia de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que aquel se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público y que es antijurídico.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 80/2020), 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 los reclamantes y cuya efectividad ha sido acreditada 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.

También ha subrayado este Consejo (entre otros, Dictamen Núm. 81/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de estos supuestos, 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, exigencia legal y jurisprudencial que recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 22 de diciembre de 2021 -ECLI:ES:TSJAS:2021:3949- (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª).

Asimismo, y puesto que se reprocha un error de diagnóstico, hemos de recordar que el servicio público sanitario no tiene la obligación de determinar la naturaleza de la enfermedad antes de la manifestación de sus signos clínicos típicos, ciñéndose el deber médico a la aplicación de los medios precisos en función de los síntomas mostrados por los pacientes. En otras palabras, como venimos reiterando (por todos, Dictámenes Núm. 213/2019 y 52/2022), la *lex artis* médica no impone el empleo de más técnicas diagnósticas que las indicadas en función de los síntomas y signos clínicos apreciados en cada paciente, ni mucho menos ampara la realización prospectiva o indiscriminada de pruebas a falta de cualquier sospecha clínica.

Debemos subrayar, asimismo, que el hecho de que sea la clínica la que determina el alcance de la obligación de medios conlleva que quien persiga una indemnización por mala praxis en la fase de diagnóstico deba acreditar que los síntomas o signos existentes al tiempo de recibir la asistencia que reputa

deficiente eran sugestivos de la patología finalmente evidenciada -al menos en un grado de probabilidad suficientemente significativo, ya que existen patologías de diversa entidad y prevalencia que cursan una clínica similar-, y que tal sospecha diagnóstica imponía la aplicación de técnicas y medios distintos de los empleados.

Los interesados sostienen que en este caso ha existido un error diagnóstico dado que los síntomas que presentaba la perjudicada en la segunda visita al Servicio de Urgencias del Hospital "X" el 20 de noviembre de 2021 "no eran sugestivos de ictus, sino que eran los propios de una infección del sistema nervioso central". Aseveran que "tanto la sintomatología como el resultado de la tac evidenciaban con claridad la existencia de un cuadro de encefalitis herpética y, aun así, no se realizó en ese momento (...) una punción lumbar", que "es la prueba diagnóstica idónea" para detectar la patología. Denuncian que la perjudicada "fue tratada con medicamentos de tipo antibiótico, pero no de antiviral, que eran los únicos adecuados para tratar de mitigar el avance de una encefalitis herpética".

En apoyo de sus imputaciones aportan el informe pericial suscrito por un especialista en Neurología que, tras analizar la historia de la paciente, concluye que en la segunda atención prestada en el Hospital "X" existió un "error de diagnóstico en el que se confunde una encefalitis herpética con un ictus de arteria cerebral media y una infección respiratoria concomitante", y sostiene que los síntomas que presentaba la paciente "no pueden ser explicados por un ictus de arteria cerebral media derecha".

Por su parte la Administración sanitaria, con base en lo informado por el perito de su aseguradora -también especialista en Neurología-, defiende que "las exploraciones neurológicas en Unidad de Ictus y en el (Hospital `Z´) eran congruentes con el diagnóstico de ictus carotídeo derecho y a la neumonía por COVID se han asociado fenómenos trombóticos por un estado de hipercoagulabilidad sanguínea (entre ellos el ictus). Es por tanto, la persistencia de la fiebre y el empeoramiento de la clínica neurológica a lo largo del día 21 de noviembre lo que hace a los facultativos plantearse un origen infeccioso del

sistema nervioso central como causa del empeoramiento y no los hallazgos clínicos y exploratorios iniciales". Por ello, considera que "no existe actitud negligente, culpa y/o mala praxis en la asistencia prestada".

Planteada en estos términos la controversia, cabe analizar si con los síntomas que refería la paciente el día 20 de noviembre de 2021 era posible una detección más temprana de la encefalitis que padecía, lo que hubiera permitido un tratamiento precoz de su enfermedad. Para ello, resulta previo determinar si la sintomatología referida por la perjudicada era sugestiva del ictus que inicialmente se le diagnosticó.

En primer lugar, respecto a la atención dispensada el día 18 de noviembre de 2021 en el Hospital "Z", debe significarse que la paciente no presentaba clínica neurológica, refiriendo fiebre, tos y malestar general de una semana de evolución, sin alteraciones analíticas, por lo que se establece el diagnóstico de "infección respiratoria, sin signos de alarma".

Ahora bien, el especialista en Neurología que informa a instancias de los interesados considera que cuando dos días más tarde acude nuevamente al centro sanitario los síntomas que presentaba eran compatibles con la encefalitis herpética que finalmente se le diagnosticó y que provocó su fallecimiento. Al respecto, explica que esta enfermedad "es la causa más frecuente de encefalitis aguda en los países occidentales" y que "la mayoría de los pacientes presentan clínica que sugiere la afectación de las áreas temporales y/o frontales, así las manifestaciones clínicas más habituales incluyen: alteración del nivel de conciencia, fiebre, cefalea, cambios de personalidad, afasia, convulsiones, hemiparesia y edema de papila". Cita a continuación un artículo médico, "encefalitis herpética en adultos: 23 casos", elaborado por el Servicio de Medicina Intensiva del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla (Santander), que pone de manifiesto los hallazgos clínicos encontrados con más frecuencia al acudir a Urgencias, entre los que figuran: alteración de nivel de conciencia, fiebre, signos meníngeos, focalidad neurológica, afasia, convulsiones, trastornos psiquiátricos. Pues bien, revisada la historia clínica de la perjudicada constatamos que todos ellos, a excepción de la afectación del VII par craneal

izquierdo, estaban presentes cuando fue vista el 20 de noviembre de 2021 en el Servicio de Urgencias del Hospital "X", ya que refería "mutismo y perplejidad (...), dificultad para tragar (...), tendencia al sueño durante la tarde (...), afasia (...), paresia de oculomotor VI izquierdo. Facial izquierdo (...), moviliza las 4 extremidades, reflejo cutáneo plantar derecho extensor", recogándose además un cuadro febril de una semana de evolución (folio 31 de la historia clínica del Hospital "X").

Además, considera el especialista en Neurología que informa a instancia de parte que "ninguno de estos síntomas se corresponde con un ictus de arteria cerebral media derecha", reseñando como típicos de esta última patología los de "desviación de la comisura de los labios./ Pérdida de fuerza del brazo y pierna izquierda./ Pérdida de sensibilidad en el lado izquierdo./ Pérdida de visión por el lado izquierdo./ Desviación de los ojos al lado derecho./ El paciente no reconoce estar enfermo (anosognosia)./ Reflejo cutáneo plantar extensor izquierdo".

Por su parte, la especialista que informa por cuenta de la compañía aseguradora sostiene que "la afasia (...), el facial central izquierdo y la alteración del nivel de conciencia (somnolencia) eran congruentes con el diagnóstico (...) de ictus subagudo de la (arteria cerebral media) derecha". Sin embargo, cuando enumera los síntomas de esta patología cita la "hemianopsia homónima izquierda./ Hemiinatencion izquierda (...). Hemiparesia izquierda de predominio facioabraquial./ Hemihipoestesia izquierda./ Signo de Babinski izquierdo o reflejo cutáneo plantar extensor izquierdo./ Extinción visual (...). Apraxia de la apertura ocular" y "alteraciones del lenguaje como la disartria", que no se correspondían con los evidenciados por la paciente

En efecto, revisado el informe de la asistencia prestada el día 20 de noviembre de 2021 en el Hospital "X" constatamos que la paciente únicamente mostraba como síntoma típico del accidente cerebrovascular derecho un "facial izquierdo", y además presentaba signo de Babinski derecho, no izquierdo. Asimismo, la especialista que informa a instancias de la entidad aseguradora reconoce que presentaba síntomas de focalidad neurológica (afasia, afectación de pares craneales, signo de Babinski) (folio 137) que -como ya hemos

explicado- son manifestaciones clínicas de la encefalitis, no así del ictus inicialmente diagnosticado.

Por otra parte, el informe pericial en el que se apoya la Administración sanitaria sostiene que ante los resultados de la tac craneal, que informó de un ictus subagudo, se activó el Código Ictus, "de acuerdo con lo que indican los protocolos". Pero lo que aquí se cuestiona no es la pertinencia de la tac que se realiza en un primer momento, a lo que nada tiene que reprochar este Consejo, sino que se observa una falta de diagnóstico diferencial ante las manifestaciones clínicas que mostraba la paciente y que no permitían corroborar la existencia de un ictus, apuntando a otra patología.

En primer lugar, debe significarse que en el informe de resultados de la tac realizada en el Hospital "X" el 20 de noviembre de 2021 no se establece de forma controvertida el diagnóstico de ictus, sino que se indica "ver hallazgos", objetivándose hiperdensidad compatible con trombo de la arteria cerebrovascular derecha. El caso se comentó telefónicamente con la guardia MIR y con el Hospital "Y", aceptando el traslado a la Unidad de Ictus. Ahora bien, en el informe de este último centro hospitalario se omite información "respecto de todo el proceso respiratorio", y precisamente "ante desconocimiento de la patología respiratoria se decide traslado" al Hospital "Y" (folio 34); es decir, desde un primer momento el caso se orienta como accidente cerebrovascular. Así, sorprende que cuando la paciente es vista en el Servicio de Neurología del Hospital "Y" la madrugada del día 20 de noviembre de 2021 no se recojan alteraciones del lenguaje, objetivándose únicamente "bradipsiquia (...), discreta asimetría facial central izquierda", siendo el resto de la exploración neurológica "normal". No obstante, en el apartado relativo a la "evolución" se deja constancia de que la familia comenta problemas de expresión, cuadro confusional y disfagia desde hace 3 días (folio 36). Es decir, unas horas después del traslado de la paciente desde el Hospital "X" al Hospital "Y" los síntomas que presenta son totalmente diferentes, lo que implica una incorrecta valoración de la misma o una mejoría súbita, siendo esta última opción mucho menos plausible.

Por la mañana se procede a su traslado al Hospital "Z", mostrando a su llegada fiebre (38,8 °C), dificultades para el lenguaje (al facultativo no le impresiona de afasia sino de bradipsiquia/confusión), paresia en miembro superior izquierdo y miembro inferior izquierdo, sin alteraciones sensitivas. En el diagnóstico se recoge "ictus isquémico hemisférico derecho en territorio de la ACM derecha de etiología indeterminada por falta de estudios". Se reseña que la enferma no tenía factores de riesgo cardiovascular y el ictus es de aparición reciente -menos de 24 horas- (folio 39). Cuando es evaluada esa noche por la guardia de Neurología se anota que sigue "febril (...) a pesar de paracetamol (...). Más tendente al sueño que esta mañana (...). No emite casi lenguaje ni obedece órdenes". Se solicita una tac craneal urgente que se informa "sin cambios", por lo que se vincula el nivel de consciencia a una "encefalopatía secundaria a lesión isquémica + cuadro infeccioso" (folio 43). En este punto, llama la atención que se establezca el diagnóstico de ictus ignorando que presentaba fiebre desde hacía varios días y un cuadro neurológico que, pese a los hallazgos de la tac, no coincidían plenamente con los síntomas propios del accidente cerebrovascular derecho. Recordemos que la paresia del miembro izquierdo no se recoge hasta la llegada al Hospital "Z" (20 de noviembre por la mañana), pero la clínica de la paciente llevaba una semana de evolución, ignorándose totalmente esos síntomas de focalidad neurológica y estableciéndose el diagnóstico de "ictus isquémico de menos de 24 horas de evolución y posible infección por SARS-CoV-2" (folio 39).

En cuanto a la sospecha de infección respiratoria por COVID-19, se mantiene el diagnóstico desde el inicio aunque el test de antígenos y la PCR resultaron negativos y los hallazgos de la TAC torácica no fueron concluyentes para neumonía por COVID-19 (folios 52 y 53); además la paciente no había mantenido contactos estrechos con personas contagiadas (folio 34). Sin embargo, no hay constancia de que se barajasen otras opciones infecciosas distintas a la COVID-19 hasta que el día 22 de noviembre se realizó la punción lumbar.

A medida que avanza el deterioro de la enferma van apareciendo nuevos síntomas -como las paresias de los miembros izquierdos o problemas oculares- que erróneamente se siguen identificando con un ictus, ignorando la clínica de fiebre que presentaba desde hacía una semana. Además, debemos recordar que entre las manifestaciones más habituales de la encefalitis herpética también está la hemiparesia (folio 70). Debe significarse igualmente, como advierte el perito que informa a instancia de parte, que en la TC realizada ya se apreciaban “lesiones en ínsula y región temporal derecha compatibles con lo que se ve en la encefalitis herpética”.

Establecida la sospecha diagnóstica de ictus, parece que todo el proceso asistencial se enfocó hacia esta patología, lo que impidió ampliar el rango de posibles diagnósticos, omitiéndose la práctica de pruebas para descartar otras afecciones. Así parece desprenderse de lo informado por el Jefe de la Unidad de Urgencias del Hospital “X”, según el cual “el informe pericial es impecable”, asumiendo que “el médico de Urgencias, mediatizado por la necesidad de descartar la patología tiempo dependiente (ictus y sepsis) y de remitir a la paciente al Servicio de Neurología de referencia (...), pudiese haberse enfocado más a estos diagnósticos, no pensando en la encefalitis como un diagnóstico diferencial, pero en las siguientes horas la paciente fue revisada primero por el Servicio de Neurología de “Y” y después por los médicos intensivistas” del Hospital “X”, “y sólo (...) fue la evolución de la enfermedad y la aparición de síntomas claros lo que hizo replantear el proceso”. No obstante, no podemos estar de acuerdo con esta última afirmación porque la paciente mantuvo la fiebre desde la primera vez en que acude a Urgencias, sin respuesta a antitérmicos, con signos de infección -precisamente por eso se había iniciado cobertura antibiótica con Meropenem (folio 52)-, y aunque presentase síntomas compatibles con ictus ello no puede justificar la no realización de un diagnóstico diferencial que habría permitido descartar otras patologías.

Pero cuando la paciente llega al Hospital “Z”, hospital de referencia en nuestra Comunidad Autónoma con todo tipo de medios disponibles a su alcance, debió ampliarse la batería de pruebas que permitieran orientar el diagnóstico de

una forma más certera, como se decidió hacer días después del ingreso, lo que facilitó el alcance de un diagnóstico correcto. En estos casos, como señala el perito que informa a instancia de parte, la tac es “poco sensible en los primeros días de la enfermedad” mientras que “la RMN es más sensible y precoz”. Y la punción lumbar “es la principal prueba diagnóstica”, con “una sensibilidad del 98 % y una especificidad del 94 %”. En supuestos similares al que nos ocupa hemos aludido a la línea seguida por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (por todos, Dictamen Núm. 249/2021), que viene manteniendo que “en cada visita adicional a Urgencias sin respuesta certera y en escaso período de tiempo se encarece el deber de diligencia para indagar y explorar en el diagnóstico. No es admisible que ante reiteradas visitas la respuesta sea vacía y sin realizar ninguna prueba complementaria (...). Las pruebas complementarias que podían haber sido oportunas, y de las que fue privado el paciente, TAC o RNM, no son pruebas complejas ni de gasto exorbitante, sino que deben utilizarse en los casos en que el facultativo no encuentre respuesta idónea a la grave sintomatología persistente, pese a la reiterada visita a Urgencias. El bien jurídico de la salud prima sobre consideraciones económicas, sin incurrir en la medicina preventiva y de gasto indiscriminado, cuando existen situaciones críticas, persistentes y no resueltas” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 30 de abril de 2019 -ECLI:ES:TSJAS:2019:1248-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª). Y en este sentido se pronuncia el mismo Tribunal en la Sentencia de 29 de julio de 2021 -ECLI:ES:TSJAS:2021:2486- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), razonando que “si existe un escenario singular de urgencia y perentorio riesgo, este aconseja agotar la diligencia y pruebas o atención singular; en otras palabras, un escenario excepcional requiere pruebas excepcionales, de manera que dentro de la actividad propia del Servicio de Urgencias se encuentra discriminar entre los niveles o intensidad de la urgencia para priorizar la atención y la indagación de las medidas a adoptar”.

Al respecto, en el trámite de audiencia los reclamantes insisten en que los facultativos “debieron sospechar de la existencia de una infección del sistema

nervioso central y realizar antes una punción lumbar que, como se demostró, fue la que sirvió para dar con el diagnóstico definitivo”, y aseveran que “existían síntomas que no correspondían con el diagnóstico de ictus”. Pero estas alegaciones quedan sin respuesta en la propuesta de resolución.

Lejos de hacer un juicio retrospectivo, lo que aquí se pretende demostrar es que los síntomas recogidos en la segunda asistencia al Servicio de Urgencias del Hospital “X” -la madrugada del 20 de noviembre de 2021- ya sugerirían afectación neurológica, y puesto que los mismos podían asociarse a otras patologías y las pruebas de la COVID-19 resultaron negativas debió plantearse un diagnóstico diferencial para otras infecciones y/o afectaciones neurológicas. Por ello, apreciamos ese sesgo de disponibilidad o confirmación en la actuación de los distintos servicios implicados, que se vieron influenciados por la prevalencia del accidente cerebrovascular como patología de afectación neurológica en la comunidad, así como de la infección por la COVID-19 en un contexto de pandemia mundial. Sin embargo, ello no puede excusar la mala praxis evidenciada.

En definitiva, es cierto que si bien nos encontramos ante una enfermedad poco frecuente, ello no obsta a reprochar a los distintos servicios implicados la necesidad de agotar los medios diagnósticos en un tiempo breve cuando la gravedad de la clínica que presentaba la paciente así lo demandaba y las pruebas practicadas no evidenciaban el inicial diagnóstico, a la postre erróneo. Como apunta el perito de los interesados, debió “replantearse el caso y sospechar una infección del sistema nervioso central” ante la persistencia de la fiebre y la clínica neurológica, para lo cual habría sido de gran utilidad la realización de una punción lumbar por su alta sensibilidad y especificidad.

Respecto a la pérdida de oportunidad terapéutica, los reclamantes afirman que “los días que estuvo sin el tratamiento médico adecuado provocaron el deterioro irreversible de su situación neurológica que desembocó en su fallecimiento”. Consideran que “los resultados hubieran sido otros si se hubiese practicado una asistencia sanitaria de conformidad a las posibilidades y conocimiento de la ciencia médica actual”. En apoyo de su tesis aportan un

informe pericial en el que se afirma que “el tratamiento precoz es fundamental para el pronóstico, ya que reduce la mortalidad (del 70 % al 20 %), por lo que, en caso de presentarse síntomas compatibles, debe iniciarse rápidamente, incluso antes de la punción lumbar y la neuroimagen (...). Actualmente, existe unanimidad respecto a que la administración temprana de la terapia antiviral es el único parámetro capaz de modificar el pronóstico de la enfermedad, tanto en mortalidad como en secuelas”.

La perito que informa a instancias de la compañía aseguradora, si bien reconoce que “el retraso en la indicación del tratamiento con Aciclovir influye negativamente en el pronóstico”, señala que “a pesar del tratamiento 1 de cada 3 pacientes fallece y (...) la morbilidad sigue siendo muy alta”. Aunque maneja el mismo estudio que la pericial de parte (folio 143), observamos que la tasa de mortalidad difiere en ambos informes (un 20 % de probabilidades de sobrevivir frente a un 33 % -“1 de cada 3”-). Pues bien, consultado el estudio en cuestión, constatamos que en efecto “la mortalidad antes de la aparición de los antivirales era de un 70 %, y los supervivientes presentaban graves secuelas. Con la aparición del Aciclovir, las tasas de mortalidad se han reducido hasta un 20 % y las secuelas son menos incapacitantes”.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que el tratamiento con el antiviral (Aciclovir) se instaura una vez confirmado el diagnóstico gracias al análisis de LCR mediante punción lumbar, esto es 4 días después de la segunda visita a Urgencias y dos días después del ingreso en el Hospital “Z”.

Por tanto, podemos concluir que en este caso se produjo un error diagnóstico y retraso en la detección de la enfermedad que realmente padecía la paciente que provocó una pérdida de oportunidad terapéutica, si bien de compleja concreción. Como señala el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en un asunto idéntico al que nos ocupa, “aun sin tener la certeza de que (...) habría sobrevivido a su enfermedad si entonces se hubiese actuado conforme a la *lex artis*, es claro que se le privó indebidamente de esa posibilidad, lo que hace surgir la responsabilidad patrimonial por pérdida de oportunidad, en que lo

indemnizable no es el daño producido, sino `la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación´ -Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2012, entre muchas otras-” (Sentencia de 20 de octubre de 2014 -ECLI:ES:TSJM:2014:13400-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10.ª).

SÉPTIMA.- Establecida la responsabilidad patrimonial del servicio público sanitario, debemos pronunciarnos sobre la cuantía indemnizatoria.

Los reclamantes cuantifican el daño sufrido por el cónyuge viudo en 106.759,51 €, el de la madre en 42.141,90 €, el de los hijos en 52.677,38 € para cada uno, el de los hermanos en 15.803,21 € para cada uno y el de la suegra en 10.535,48 €. Asimismo reclaman “el daño emergente”, que ascendería a 1.264,26 € (421,42 € para el cónyuge y la misma cantidad para cada hijo). También solicitan el resarcimiento del “lucro cesante”, que valoran en 17.599,50 € para el cónyuge viudo y en 5.378,53 € y 5.635,80 €, respectivamente, para cada hijo. En total, la suma solicitada ascendería a 342.079,47 €, más “los intereses de demora que procedan”.

La Administración del Principado de Asturias propone la desestimación de la reclamación y no entra, por ello, en el análisis del *quantum* indemnizatorio.

En supuestos similares al que nos ocupa, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias sostiene que “solamente debemos acoger el derecho a la indemnización derivada de la pérdida de oportunidad, ya que como ha señalado el Tribunal Supremo `la caracterización de la «pérdida de oportunidad» se concreta en el grado de incertidumbre que rodea a una determinada actuación médica para constatar en qué medida se hubiera evitado un resultado lesivo, atendida la gravedad del daño, o se hubiera mejorado la situación del paciente de haberse tomado una decisión concreta´ (...), `con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o

alcance de este mismo”, reduciéndose la indemnización a “la pérdida de unas expectativas reducidas” (Sentencia de 29 de noviembre de 2019 -ECLI:ES:TSJAS:2019:3375-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

En el asunto examinado, al reclamarse el daño moral que los interesados asocian a la pérdida del ser querido el padecimiento resarcible se liga a la posibilidad de que la fallecida hubiera vivido más tiempo entre ellos de haberse diagnosticado oportunamente su enfermedad, fijándose una tasa de supervivencia en torno al 80 % (recordemos que con la aparición del Aciclovir las tasas de mortalidad se han reducido hasta un 20 %), aunque en la pericial de parte se afirma que con “una administración a tiempo del tratamiento necesario el riesgo de fallecimiento se habría reducido, según los estudios científicos, en un 50 %” (folio 74). Ahora bien, no podemos desconocer que -como señala el perito de la entidad aseguradora- “los sobrevivientes quedan con graves secuelas neurológicas”, y “sólo un 20 % de los pacientes sufrirá secuelas leves”, mientras que “una pequeñísima parte de los afectados que han recibido tratamiento (2,5 %) se recuperan completamente”; conclusiones que no han sido refutadas por los interesados ni por el perito que informa a su instancia.

En estas condiciones el único concepto indemnizable es la pérdida de unas expectativas reducidas, y en ausencia de parámetros objetivos procede, de acuerdo con el mencionado pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, “fijar al respecto una cantidad a tanto alzado, acudiendo a un juicio ponderado y prudente (...), considerando las circunstancias concurrentes (...) y valorando (...) las pruebas practicadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica”. En definitiva, a la vista de supuestos análogos este Consejo estima adecuado, a falta de otros criterios que permitan cuantificar objetivamente el daño, que los reclamantes no acreditan, y tomando en consideración la expectativa frustrada, ante las tasas de mortalidad de este tipo de encefalitis y la gravedad de la potenciales secuelas que podría haber sufrido aun con la instauración del tratamiento adecuado, reconocer una indemnización prudencial de 20.000 € para el cónyuge viudo, 10.000 € para cada hijo, 5.000 € para los subrogados en la posición de la madre de la fallecida (que habrán de

distribuirse entre ellos en la misma proporción en que son herederos), 2.000 € para cada hermano y 1.000 € para la suegra, previa acreditación de las formalidades señaladas en la consideración segunda de este dictamen.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada por, indemnizarles en los términos expuestos.”

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.