

Expediente Núm. 251/2018
Dictamen Núm. 270/2018

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:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 27 de diciembre de 2018, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 14 de septiembre de 2018 -registrada de entrada el día 26 del mismo del mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados del fallecimiento de su hijo por un retraso diagnóstico.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 30 de junio de 2017, los padres de un menor fallecido a causa de una sepsis fulminante presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por el daño moral sufrido, y afirman que habían acudido al centro de salud el día anterior a la crisis infecciosa y el médico no había explorado al pequeño.

Relatan que “el domingo 3 de julio de 2017, en torno a las 9:00” horas, la madre del menor “acudió con su hijo y en compañía de una vecina (que identifica) al Centro de Salud, ya que el menor presentaba desde 48 horas antes una fiebre persistente que no remitía con el tratamiento habitual de Dalsy y con una dificultad respiratoria que nunca antes había presentado”. Añaden que “el médico que los atendió en consulta no exploró al menor en ningún momento, ni tan siquiera lo desvistió, permaneciendo durante todo el tiempo que estuvo en la consulta en los brazos de su madre. El médico (...) ni tan siquiera accedió a su historia clínica, tal y como se ha podido advenir en el ‘Registro de acceso a historias clínicas’ al que hemos tenido acceso”, y “afirmó que el niño tenía simplemente un catarro y que siguiera administrándole Dalsy, así como aplicándole Ventolín con pantalla para la dificultad respiratoria”.

Reseñan que la madre “alertada por la actitud renuente (...) del facultativo le dijo en dos ocasiones si sería conveniente llevarlo al Servicio de Pediatría del (Hospital), afirmando aquel que no era necesario (...), ya que hacía quince días que había tenido varicela y que la fiebre la tenía desde hacía casi dos días”.

Denuncian la “dejación de (...) funciones” del médico, resultando que “a las 8 de la mañana del lunes 4 de julio de 2016 la madre del menor advirtió que su hijo estaba completamente postrado en la cuna, con una dificultad respiratoria evidente y en un estado casi cianótico. Rápidamente acudió de nuevo al Centro de Salud, A la vista del estado del menor, la doctora diagnostica la existencia de una posible septicemia, ordenando el traslado urgente” al hospital, donde falleció, y ponen de relieve que le “preguntó a la madre (...) por qué no habían acudido antes al médico, mostrándose sorprendida cuando (...) le explicó lo acontecido el día anterior”.

Advierten que varios facultativos les comentaron que “de haber acudido antes (...) al médico el fatal resultado podría no haberse producido”, por lo que presentaron una queja e identificaron al médico de guardia que atendió al menor el domingo 3 de julio.

Puntualizan que en el informe de alta hospitalaria de Pediatría “se identifica como único posible germen causal un *Streptococcus pyogenes*”, que se aísla en el líquido pleural de la zona que corresponde a una neumonía y que afecta con mayor frecuencia a niños que han padecido recientemente varicela, observando que “una neumonía y un derrame pleural como el presentado por el menor no aparecen en 24 h de evolución, pudiéndose sospechar la existencia de dicha patología en una exploración física básica mediante auscultación pulmonar”, que hubiera conducido a la práctica de “los estudios complementarios pertinentes”, de lo que deducen una mala praxis, pues si el médico de guardia “hubiese seguido de forma profesional y responsable los protocolos de intervención el resultado producido, casi con total seguridad, hubiese sido distinto”.

Acompañan copia de la queja presentada (ilegible, pero coincidente con la que obra en la historia clínica), del poder otorgado a favor del letrado firmante de la reclamación y de otro escrito del mismo abogado en el que se afirma que “se aporta valoración económica del daño causado cuantificada en novecientos cincuenta mil euros (950.000,00 €)”, por lo que se solicita que “se acceda al pago de una indemnización por los daños y perjuicios irrogados de 35.000 euros”. Posteriormente se recibe un escrito en el que se expresa que esta última cifra se consignó por error y que la cantidad reclamada es de 950.000,00 € para ambos progenitores.

2. El día 17 de julio de 2017, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a 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.

3. Se incorporan al expediente, a solicitud del Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, una copia de la historia clínica del menor

obrante en el hospital y en el centro de Atención Primaria y los informes librados por el Servicio de Pediatría y el médico al que se imputa la mala praxis.

Este último refiere, en relación con el menor, "que manifiestan fue atendido en fecha 03-07-2016 por mí, me ratifico en que yo no tengo conocimiento (de) que así fuese, ya que a dicho niño nunca lo vi, al igual que no hay registro de tal situación./ En el supuesto caso (de) que lo hubiese atendido hubiese actuado como lo hago habitualmente".

En la historia clínica consta la queja presentada por los padres del menor ante el centro de salud, fechada el 7 de julio de 2016, en la que interesan conocer la identidad del médico que "dio un diagnóstico que supuestamente era catarro", y la respuesta a la misma, de 25 de julio de 2016, en la que se procede a identificar a los facultativos de guardia. Obra también un informe manuscrito del médico que le atendió, fechado el 20 de julio de 2016, en el que indica que "si atendí al niño lo atendí como lo vengo haciendo con todos los pacientes, sabemos que en niños tan pequeños el diagnóstico de patologías es complicado por muchas razones -se ausculta mal (...), etc.-, si lo atendí (...) le mandarí algún antipirético y antitusígeno para la fiebre, pero siempre aconsejo a los padres que si ven algún cambio suban (al Hospital) para descartar patología más encubierta. Este paciente no quedó registrado por ningún sitio y es rarísimo que no me acuerde de tal situación". Añade que "la enorme carga de trabajo que llevo encima" determina que "uno no se encuentre al 100 % en condiciones óptimas para atender a tanta demanda, todos somos humanos y todos estamos expuestos a fallos".

En la historia clínica figura, asimismo, que el menor es atendido de urgencia el 4 de julio de 2016 por la pediatra del centro de salud con sospecha de probable sepsis, y remitido al hospital en "UVI móvil", falleciendo el 5 de julio. En el informe de la pediatra del centro de salud se recoge "probable sepsis: fiebre últimas 12 h más vómitos", y en el de la doctora del "SAMU Urgencias", que valora al menor a las 9:03 horas, que "pasó varicela hace ± 15 días. Hasta ayer, bien. Ayer muy apagado todo el día y por la tarde con fiebre

de 38 °C, que cedió. Durante la noche sin incidencias. Esta mañana su madre le ve vomitando y con mal aspecto al despertar”. En el informe de alta del Servicio de Pediatría se recoge que “presentaba cuadro catarral los días previos y antecedentes de varicela resuelta 15 días antes del ingreso. Acuden a su centro de salud por fiebre de 12 horas de evolución y un episodio de cianosis en el domicilio. Su pediatra constata cianosis central y periférica con taquicardia y dificultad respiratoria”.

En el informe elaborado por el Director del Área de Gestión Clínica de Pediatría y un Médico Adjunto se constata que “la causa del fallecimiento fue un shock séptico refractario”, y “la causa probable del shock fue una sepsis por *Streptococcus pyogenes* de origen respiratorio (neumonía con derrame pleural) (...). La evolución de un shock séptico puede ser fulminante, como es el caso. Dicha evolución puede llevar a un desenlace fatal en minutos u horas, y muy raramente en días (...). El derrame pleural drenado a su ingreso en el (Hospital) puede evolucionar en horas. No es infrecuente encontrar un derrame pleural en una radiografía teniendo una previa normal realizada 12 o 24 horas antes. Por tanto, no podemos de forma inequívoca afirmar que la realización de pruebas complementarias ni que los signos ni síntomas clínicos extraídos de una exploración física hubiesen ofrecido datos de la existencia de una neumonía con derrame. Y no es correcta la afirmación que se realiza en la reclamación” de que “una neumonía y un derrame pleural como el presentado por el menor no aparecen en 24 h de evolución, pudiéndose sospechar la existencia de dicha patología en una exploración física básica mediante auscultación pulmonar´ (...). Las complicaciones de la varicela son infrecuentes (...). La evolución de los cuadros sépticos fulminantes con shock refractario puede llevar a un desenlace fatal independientemente de las medidas terapéuticas y exploraciones que se puedan realizar de urgencia. Por tanto, es completamente incorrecta la afirmación (...) que dice `...pudiendo haber sido, con absoluta seguridad, otro desenlace´”.

4. A continuación se incorpora un informe del Subdirector de Atención Sanitaria y Salud Pública expresivo de que no se ha podido localizar registro alguno de la demanda de atención médica para el menor el día 3 de julio de 2016, ni recetas emitidas a su nombre en esa fecha.

5. Remitido el expediente a la compañía aseguradora de la Administración, una especialista en Medicina Interna al servicio de la correduría de seguros elabora un informe, fechado el 12 de diciembre de 2017, en el que se asume que el paciente, "varón de 21 meses", acudió "24 horas antes a su centro de salud con el cuadro de fiebre persistente y dificultad respiratoria. El diagnóstico precoz de neumonía con inicio precoz de tratamiento antibiótico podría haber mejorado el pronóstico del cuadro". Se razona que "el shock séptico por *S. pyogenes* es una enfermedad grave de evolución fulminante, con alta mortalidad, que alcanza el 80 % en algunas series. Sin embargo, en niños la evolución es mucho más favorable, con una mortalidad entre el 3-8 %. Uno de los factores de riesgo descritos (...) es la infección previa por varicela. El diagnóstico y tratamiento antibiótico precoz (...) condiciona una mejor evolución". Se acompaña una valoración "provisional" que aplica una "pérdida de oportunidad 100 %", arrojando una indemnización global de 175.800,00 €.

El día 5 de febrero de 2018 (*sic*) se elabora a solicitud de la compañía aseguradora un informe de valoración del daño con fundamento en el anterior. Dado que allí se aprecia que la mortalidad oscila entre "un 20 y un 60 % en niños", se fija la indemnización en un 80 o un 40 % de la cantidad reseñada en dicha valoración.

6. Con fecha 14 de febrero de 2018, y a instancia de la entidad aseguradora, emiten informe colegiado cuatro especialistas en Pediatría. En él advierten que se desconoce si realmente existió la consulta del 3 de julio, y "no podemos saber cómo se desarrolló la misma, en el caso de haberse producido", por lo que no cabe valorar si la actuación del facultativo se ajustó a la sintomatología

que presentaba el paciente. Sí se objetiva que el 04-07-2016 fue llevado al Centro de Salud por "fiebre de 12 horas de evolución y vómitos". Añaden que "podemos considerar, como una posibilidad, que de haberse establecido la sospecha diagnóstica en la supuesta consulta (...) la evolución podría haber sido diferente. Pero aun así, no es correcto" afirmar "que de haberse realizado una auscultación pulmonar se podría haber sospechado una neumonía", pues "está extensamente descrita en la literatura médica la elevada frecuencia de `neumonías silentes´; es decir, neumonías a veces muy extensas y con derrame pleural asociado en las que la auscultación pulmonar es absolutamente normal. De hecho, cuando este paciente acude al (centro de salud) al día siguiente y es valorado" por la doctora "consta en la exploración realizada por ella `auscultación pulmonar normal´". Se puntualiza, con cita de literatura médica, que "la evolución de los cuadros de shock séptico estreptocócico es a menudo muy tórpida, con escasa respuesta a los tratamientos administrados. La mortalidad de estos cuadros, de difícil diagnóstico, continua siendo muy elevada, oscilando entre un 20 y un 60 % en niños". Razonan que "el cuadro suele comenzar con síntomas inespecíficos (...). El intervalo medio entre el comienzo de los síntomas y la consulta médica suele ser de 2-3 días (...). Tras este intervalo de tiempo se establece el cuadro de SSTE, con: Hipotensión rápidamente progresiva./ Fracaso renal rápidamente progresivo./ Fracaso multiorgánico". Se añade que "una vez aparecidos los signos de fallo multiorgánico la progresión de la enfermedad suele ser rápida, imposibilitando en muchas ocasiones el establecimiento de medidas terapéuticas eficaces con la rapidez suficiente como para salvar la vida del paciente". Se reseña que "este mal pronóstico viene determinado por dos razones fundamentales:/ Ausencia de datos clínicos y/o analíticos que permitan un diagnóstico precoz./ Evolución rápida y tórpida del shock una vez establecido". Se concluye que en el caso examinado "no se puede afirmar, de ninguna forma, que se podría haber establecido el diagnóstico con anterioridad, y que ello habría evitado con

seguridad el fallecimiento del menor”, por lo que se estima que la actuación del servicio público sanitario fue “ajustada a protocolos y acorde a la *lex artis*”.

7. El día 28 de febrero de 2018, los reclamantes presentan un escrito en el que especifican las señas de la madre del menor y de la vecina que le acompañó al centro de salud el día 3 de julio, y adjuntan un informe pericial. En él se razona que “la neumonía por *S. pyogenes* con tratamiento antibiótico precoz tiene una baja mortalidad”, y que el hecho de que el doctor que atendió al menor el 3 de julio “no le explorara simplemente con su fonendo cambió radicalmente el pronóstico vital del pequeño, porque de haberlo hecho hubiera lógicamente auscultado la neumonía que, dada la imagen radiográfica del día siguiente, debía sin duda estar presente en esos momentos y produciría alteración en la auscultación pulmonar (...), habiéndose iniciado tratamiento antibiótico el mismo día 03-07-16”, con lo que “hubiera sido excepcional el fatal desenlace”.

Se insiste en que “el 4-07-2016 se evidenció mediante radiografía que (...) padecía una grave neumonía, y teniendo en cuenta que dichas alteraciones no aparecen de manera súbita, sino que precisan un tiempo antes de llegar a ese punto, se puede considerar que el día 3-7-16 podían haberse evidenciado dichas alteraciones en la auscultación pulmonar”.

8. Interrogadas la madre del menor y la vecina que le acompañaba en presencia de su abogado, responde aquella que cuando entró en el centro de salud el 3 de julio se dirigió “al mostrador pequeño de la derecha que funciona durante las urgencias, en el que siempre hay una señora que toma nota de los datos. Ese día no había nadie y estuve esperando un rato, y como el niño estaba llorando me dirigí hacia la consulta del médico en la zona de urgencias. Estaba la puerta abierta y el médico dentro. Entré, le expliqué lo que tenía el niño y en ningún momento le exploró, limitándose a indicar que siguiese tomando lo mismo y que si no mejoraba fuese al pediatra”. Añade que al día siguiente cuando acudió a su pediatra “nada más entrar me preguntó que por

qué no había acudido antes y le dije que el día anterior lo había llevado al centro a urgencias porque tenía fiebre y respiraba mal y me habían mandado seguir dando el Dalsy y la mascarilla”.

Su acompañante responde que la madre del menor “estaba sola en casa y somos vecinas del mismo edificio. La acompañé al centro de salud y cuando llegamos no había nadie en el mostrador. Otras veces que acudí a urgencias normalmente siempre hay alguien. Esperamos un rato y como no apareció nadie fuimos a la consulta del médico, la puerta estaba abierta” y el facultativo “en ningún momento se levantó para atender al niño. Dijo que era un catarro, que siguiese dándole lo que estaba tomando y que lo llevara a su pediatra”.

9. Mediante oficio de 17 de abril de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas, ante la invocada consulta del domingo 3 de julio, “sobre las 9:00 horas”, solicita a la Gerencia del Área Sanitaria IV que se constate “si existen registros de otros pacientes en ese entorno horario y si consta que el médico haya accedido a la historia clínica (...), aunque ya sabemos que no escribió nada en ella”. Asimismo, interesa conocer si el médico “dejó constancia de la asistencia (...) prestada a los pacientes que ese día atendió”.

Por otro lado, se dirige a la doctora que asistió al menor durante la mañana del 4 de julio a fin de que informe “si recuerda (...) que la madre del paciente la haya referido que estuviera con el niño el domingo en urgencias”.

El día 25 de abril de 2018, la pediatra del menor señala que “creo recordar, aunque dado el tiempo transcurrido (2 años) no lo podría afirmar fehacientemente, que la madre me comentó que había sido visto el niño el día anterior por el médico de guardia del centro”. Añade que “la primera valoración clínica del niño muestra fallo circulatorio y respiratorio”.

Los registros informáticos remitidos señalan una correspondencia entre los pacientes atendidos el día 3 de julio de 2016 y el acceso a sus historias clínicas, apareciendo también los realizados para otros pacientes por el doctor

al que se imputa la desatención, sin rastro alguno de la asistencia prestada al menor fallecido.

10. Citada por el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas la persona encargada del registro de pacientes en el centro de salud cuestionado, comparece esta el 18 de junio de 2018 y responde en presencia del letrado de los interesados. Sobre “la posibilidad de que efectivamente pueda haber acudido al centro” la madre con el pequeño señala que “no lo recuerdo (...), el apellido me suena, aunque no el nombre completo. De todas formas entre las 8:00 horas y 10:00 horas saco los listados de curas de atención continuada y los domicilios que hay que realizar y los llevo al despacho de la enfermera de atención continuada programada, por lo que me ausento del lugar donde se registran los pacientes que acuden a urgencias”. Aclara que trabaja los fines de semana, e interrogada nuevamente sobre si “considera entonces posible que haya podido acudir”, contesta que “sí, pasan muchas veces pacientes, incluso estando yo, y los tengo que avisar para registrarlos, incluso los propios médicos y enfermeras les mandan pasar a registrarse”.

11. Evacuado el trámite de audiencia mediante oficio notificado a los reclamantes el 22 de junio de 2018, consta en el expediente que los interesados obtienen copia del mismo, comunicando el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas a la correduría de seguros el transcurso del plazo sin que se hayan recibido alegaciones.

12. Con fecha 3 de septiembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido “parcialmente” estimatorio. Asume que la consulta del día 3 de julio tuvo lugar a la luz de la prueba practicada, y considera singularmente revelador el hecho de que “el padre del menor, dos días después de su

fallecimiento (...), se haya dirigido al Centro de Salud pidiendo los datos identificativos del médico que atendió incorrectamente a su hijo. Se da la circunstancia de que ese día había dos médicos, uno mujer que estaba haciendo avisos domiciliarios y otro hombre que estaba pasando consulta”.

Admitido también que el menor no fue atendido correctamente, se repara en que “ha de tenerse en cuenta la dificultad diagnóstica”, pues “de haberse realizado una auscultación pulmonar se podría no haber sospechado una neumonía”, estando “extensamente descrita en la literatura médica la elevada frecuencia de `neumonías silentes´; es decir, neumonías a veces muy extensas y con derrame pleural asociado en las que la auscultación pulmonar es absolutamente normal”.

Se concluye que “cabe considerar que debe aplicarse una pérdida de oportunidad y (...) un elemento corrector de disminución de un 20 % en base a la mortalidad del síndrome del shock tóxico estreptocócico (...), de tal manera que la indemnización debería establecerse en el 80 % de la cuantía total, lo que supone 140.640,00 € para ambos progenitores”.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 14 de septiembre de 2018, 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), están los interesados activamente legitimados 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, consta el fallecimiento del menor el día 4 de julio de 2016, habiéndose presentado la reclamación con fecha 30 de junio de 2017, 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 de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, 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”.

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.

SIXTA.- Reclaman los interesados -padres del fallecido- el resarcimiento del daño derivado de la pérdida del hijo menor que imputan al anormal funcionamiento del servicio público sanitario, pues la neumonía por *Streptococcus* que conduce al fatal desenlace se desencadena o agrava después de que hubieran acudido a su centro de salud, donde el médico “no exploró al menor en ningún momento, ni tan siquiera lo desvistió”, y “afirmó que el niño tenía simplemente un catarro”.

Queda acreditado el hecho del fallecimiento -que conduce a presumir un padecimiento moral en los progenitores que aquí reclaman- tras un ingreso hospitalario por shock séptico, tal como obra en la historia clínica.

Este Consejo estima también probada, como se razona en la propuesta de resolución, la consulta realizada “el domingo 3 de julio de 2017 en torno a

las 9:00" horas, conforme sostienen los reclamantes. En efecto, las testigos examinadas se manifiestan recta y coherentemente sobre dicha consulta, el resto de la documentación obrante en las actuaciones avala la verosimilitud de su relato fáctico y la presentación de un escrito de queja dirigido a identificar al facultativo que les recibió aquella mañana, dos días después del óbito del menor, solo se compasa con la realidad de la misma a la que se anuda el fatal error diagnóstico.

En este contexto, la Administración sanitaria propone la estimación "parcial" de la reclamación formulada sin cuestionar el relato fáctico de los perjudicados, admitiendo así que el desenlace -consecuencia incontrovertida de la crisis infecciosa- era evitable en la hipótesis de haberse detectado la neumonía el día anterior, cuando la madre acude con el menor y no se le ausculta. Compartida esa apreciación, dos extremos quedan por despejar: el alcance de esa pérdida de oportunidad terapéutica -la probabilidad de que el pequeño hubiese superado el trance de ser diagnosticado un día antes- y, con carácter previo, la concurrencia de un presupuesto de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de la asistencia sanitaria, como es la infracción de la *lex artis* y su relación de causalidad -siquiera hipotética o probabilística- con el resultado dañoso.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, para apreciar que el daño alegado por los reclamantes es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. 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 retraso en el diagnóstico entrañe *per se* una vulneración de la *lex artis*.

En el supuesto analizado, una vez admitido que los padres acudieron con el menor al centro de salud, pese a que no fue registrado ni consta consulta alguna a su historial clínico, deviene obligado asumir -revelándose también coherentes las afirmaciones sobre la somera atención recibida- que se omitió por el servicio público sanitario la práctica de las comprobaciones comunes o protocolarias a la luz del estado del enfermo, singularmente la auscultación pulmonar que podría quizás haber objetivado una sospecha de neumonía. La valoración conjunta de la prueba, en el seno de un episodio en el que la Administración descuida el debido registro de la asistencia dispensada y el paciente se encuentra al día siguiente en estado crítico, no permite alcanzar otra conclusión, sin que pueda tampoco obviarse que una ulterior exigencia al esfuerzo probatorio de parte -ya considerable- entrañaría una suerte de *probatio diabolica* de un hecho negativo frente al positivo del que debió dejar constancia la Administración sanitaria.

Acreditada la mala praxis -la omisión del examen del paciente-, se advierte que no es pacífico, dada la reconocida dificultad diagnóstica de la patología, que aquella praxis viciosa encierre un error diagnóstico trascendente; esto es, no se objetiva si con la auscultación pulmonar omitida se hubiera detectado la sepsis, directa o indirectamente, para poder anticipar su abordaje. En la pericial aportada por los interesados se soslaya la complejidad diagnóstica, indicándose que si el doctor hubiera explorado al pequeño con el fonendoscopio "hubiera lógicamente auscultado la neumonía que, dada la imagen radiográfica del día siguiente, debía sin duda estar presente en esos momentos y produciría alteración en la auscultación pulmonar (...), habiéndose iniciado tratamiento antibiótico el mismo día 03-07-16". Razona así el perito de los reclamantes que "el 4-07-2016 se evidenció mediante radiografía que (...) padecía una grave neumonía, y teniendo en cuenta que dichas alteraciones no

aparecen de manera súbita, sino que precisan un tiempo antes de llegar a ese punto, se puede considerar que el día 3-7-16 podían haberse evidenciado dichas alteraciones en la auscultación pulmonar”.

Frente a ese criterio se alzan las periciales libradas a instancia de la Administración y su compañía aseguradora, que reparan en aquella dificultad diagnóstica. En el informe emitido por el Servicio de Pediatría, elaborado por el Director del Área de Gestión Clínica de Pediatría y un Médico Adjunto, se constata que “la evolución de un shock séptico puede ser fulminante, como es el caso. Dicha evolución puede llevar a un desenlace fatal en minutos u horas, y muy raramente en días (...). El derrame pleural drenado a su ingreso en el (Hospital) puede evolucionar en horas. No es infrecuente encontrar un derrame pleural en una radiografía teniendo una previa normal realizada 12 o 24 horas antes. Por tanto, no podemos de forma inequívoca afirmar que la realización de pruebas complementarias ni que los signos ni síntomas clínicos extraídos de una exploración física hubiesen ofrecido datos de la existencia de una neumonía con derrame. Y no es correcta la afirmación que se realiza en la reclamación” de que “una neumonía y un derrame pleural como el presentado por el menor no aparecen en 24 h de evolución, pudiéndose sospechar la existencia de dicha patología en una exploración física básica mediante auscultación pulmonar”.

En el mismo sentido, en el informe elaborado por los especialistas en Pediatría se observa que el paciente retorna al centro de salud al siguiente día por “fiebre de 12 horas de evolución y vómitos”, razonándose que “no es correcto (...) que de haberse realizado una auscultación pulmonar se podría haber sospechado una neumonía”, pues “está extensamente descrita en la literatura médica la elevada frecuencia de `neumonías silentes´; es decir, neumonías a veces muy extensas y con derrame pleural asociado en las que la auscultación pulmonar es absolutamente normal. De hecho, cuando este paciente acude al (centro de salud) al día siguiente y es valorado” por la doctora “consta en la exploración realizada por ella `auscultación pulmonar

normal´”. Se concluye que “no se puede afirmar, de ninguna forma, que se podría haber establecido el diagnóstico con anterioridad”. El técnico que elabora la propuesta de resolución comparte también estas apreciaciones, advirtiendo que “de haberse realizado una auscultación pulmonar se podría no haber sospechado una neumonía”, estando extensamente descrita en la literatura médica la elevada frecuencia de “neumonías silentes”.

Ahora bien, tanto los peritos que informan a instancias de la compañía aseguradora como el técnico que suscribe la propuesta de resolución asumen implícitamente, al valorar la pérdida de oportunidad, que de haberse auscultado al menor su evolución hubiera sido distinta. No cabe orillar que, por un lado, es el irregular proceder de la Administración sanitaria -al omitir todo registro de la asistencia dispensada- lo que impide conocer los exactos síntomas que el pequeño presentaba al tiempo de la primera demanda asistencial -y con ello si se incurrió o no en un error diagnóstico derivado de la mala praxis-, sin que en estas condiciones proceda oponer a los perjudicados la genérica “dificultad diagnóstica” de la enfermedad, pues su evidencia pivota precisamente sobre aquella sintomatología cuya puntual constancia se les sustrae. Por otro lado, debe repararse en que la presencia de signos de patología debe presumirse en quien acude de urgencia a los servicios médicos (un domingo de madrugada), y se compasa en este caso con el precario estado del enfermo al día siguiente y la fulminante evolución de la dolencia. A su vez, el primer informe remitido por la entidad aseguradora revela que “uno de los factores de riesgo descritos (...) es la infección previa por varicela”, que el menor había sufrido; extremo este en el que ni siquiera se indaga en la asistencia controvertida y que induce también a considerar que un examen pausado del enfermo -que el facultativo que le atiende desecha por su “enorme carga de trabajo”- hubiera conducido a la detección precoz de la sepsis.

Resta valorar la pérdida de oportunidad terapéutica; esto es, la probabilidad de que el menor hubiese superado el trance de haber sido efectivamente diagnosticado un día antes. Al respecto, la pericial aportada por

los interesados -en la que se aprecia que el retardo “cambió radicalmente el pronóstico vital del pequeño”- se ve avalada por el primer informe traído al expediente por la aseguradora de la Administración, en el que se aplica una “pérdida de oportunidad (del) 100 %”. Sin embargo, se advierte que en la pericial de parte no se tasa ese cambio “radical” ni se incorpora literatura médica que sirva de soporte a lo allí afirmado, y aquel primer informe de la compañía aseguradora es parco, se suscribe únicamente por una especialista en Medicina Interna al servicio de la correduría de seguros y no se acompaña de referencias o estadísticas que justifiquen el criterio adoptado. Frente a ello, en el segundo informe librado a instancias de la compañía aseguradora -más detallado y suscrito colegiadamente por cuatro especialistas en Pediatría- se objetiva, con cita de literatura médica, que “la mortalidad de estos cuadros, de difícil diagnóstico, continua siendo muy elevada, oscilando entre un 20 y un 60 % en niños”, evidenciándose también que ante la evolución “rápida y tórpida del shock” resulta determinante el momento exacto del diagnóstico, lo que se traduce en aquella horquilla (20-60 %) que no alcanza a reducirse a otros márgenes.

Procede, pues, la estimación parcial de la reclamación a la luz de la elevada probabilidad de supervivencia en caso de pronto diagnóstico que se recoge en este último informe.

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

Como ha señalado este Consejo en anteriores ocasiones (por todos, Dictamen Núm. 73/2015), en los casos de fallecimiento del paciente, en los que la solicitud de indemnización suele ser formulada por sus familiares cercanos, el daño causado no es propiamente la pérdida de la oportunidad de sobrevivir, sino el daño moral que esos allegados padecen como consecuencia de saber que una atención adecuada habría aumentado sus posibilidades de supervivencia, aunque no pueda establecerse con precisión en qué medida. Por

ello, podríamos presumir en estos casos la existencia de dos daños morales de diferente etiología: por una parte, el que se produce como consecuencia de la muerte del ser querido, que no sería indemnizable por la Administración por no existir prueba cierta del nexo causal, y, de otra, el que se origina en el entorno familiar al conocer que una actuación más acertada de la Administración sanitaria podría haber evitado ese resultado, formulado al menos como una probabilidad que las estadísticas sanitarias suelen precisar en forma de porcentaje. Este daño moral es el que ha de indemnizarse en el asunto sometido a nuestra consideración, puesto que es el único sobre el que podemos establecer un nexo causal con la actuación del servicio público, y siempre que el mismo esté vinculado a un resultado dañoso cierto y ocasionado con infracción de la *lex artis*.

A la vista de ello, y pese a las evidentes dificultades que encierra la valoración de un daño moral, este Consejo entiende que para la determinación del resarcimiento de los daños que -presumimos- se han ocasionado al entorno familiar cercano ante la constatación de que el fallecimiento acaso pudo haberse evitado cabe acudir como punto de partida, por su carácter objetivo, al baremo establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y modificado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las Personas en Accidentes de Circulación, que si bien no es de observancia obligatoria viene siendo generalmente utilizado como referencia, tal como permite el artículo 34.2 de la LRJSP.

Los interesados se limitan a solicitar una compensación global que cifran, sin soporte ni argumentación alguna, en 950.000,00 €, debiendo entenderse, habida cuenta de que el daño moral es necesariamente personal, que se reclama la mitad de esa cuantía para cada uno de los progenitores del fallecido.

La Administración del Principado de Asturias propone, de conformidad con el segundo informe aportado por la compañía aseguradora, la

indemnización resultante de la aplicación del baremo reducida en un 20 %, toda vez que “cabe considerar que debe aplicarse una pérdida de oportunidad y (...) un elemento corrector de disminución de un 20 % en base a la mortalidad del síndrome del shock tóxico estreptocócico (...), de tal manera que la indemnización debería establecerse en el 80 % de la cuantía total, lo que supone 140.640,00 € para ambos progenitores”.

Ahora bien, tal como razonamos en la consideración sexta, el segundo informe remitido por la entidad aseguradora -detallado y suscrito colegiadamente por cuatro especialistas en Pediatría- merece una consideración prevalente sobre otros, carentes de referencias precisas o de apoyo en literatura médica. Se objetiva allí que “la mortalidad de estos cuadros, de difícil diagnóstico, continua siendo muy elevada, oscilando entre un 20 y un 60 % en niños”, sin que ese grado de indeterminación deba pesar del lado reclamante, habida cuenta de que, junto a la dificultad diagnóstica, es la conducta omisiva de la Administración -al prescindir del registro de la asistencia- la que impide cerrar la horquilla, por desconocerse el puntual estado del enfermo en el momento en que acudió a los servicios sanitarios.

No se ignora que aunque las respuestas no son uniformes existe en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado una tendencia a fijar dos parámetros: uno de elevada probabilidad estadística de curación, a partir del cual la Administración asume la compensación íntegra del resultado dañoso que sigue a la pérdida de oportunidad, y otro correlativo de probabilidad escasa, por debajo del cual el daño se anuda únicamente a la patología de base sin que la praxis médica llegue a integrar una concausa merecedora de compensación. Sin embargo, en el supuesto planteado la probabilidad de supervivencia que se postula (80 %) se alcanza en mérito a elementos objetivos unidos a meras consideraciones hipotéticas que encierran ya una valoración a favor de los perjudicados, pues la estadística que se incorpora se limita a la fijación de una horquilla inusitadamente amplia (entre el 80 y el 40 % de supervivencia) que conduciría en sí misma a un punto intermedio -extraño a la compensación

íntegra del daño-, sin perjuicio de que en atención a las reseñadas omisiones del servicio público deba aquí tomarse en consideración el porcentaje más elevado, tal como se acoge en la propuesta de resolución.

En consecuencia, estimamos que el daño moral infligido a los progenitores del menor merece, a la luz de la pérdida de oportunidad de supervivencia una compensación de 70.320,00 € para cada uno de ellos.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos expuestos en el presente dictamen.”

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.