

Dictamen Núm. 89/2022

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 28 de abril de 2022, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. Formuló voto particular, que se adjunta como anexo I, la Consejera doña María Isabel González Cachero, adoptando en relación con el mismo el Pleno del Consejo Consultivo, en la sesión celebrada el 12 de mayo de 2022, el acuerdo cuya certificación también se acompaña como anexo II:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 23 de noviembre de 2021 -registrada de entrada el día 3 de diciembre de 2021-, y una vez atendida por escrito de 5 de abril de 2022 -registrado de entrada el día 6 de ese mismo mes- la diligencia para mejor proveer, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños sufridos como consecuencia del fallecimiento de su familiar, que atribuyen a la deficiente asistencia prestada por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 6 de febrero de 2020, los interesados presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial en el registro de la Administración del Principado de Asturias por los daños derivados del fallecimiento de su hija y hermana, respectivamente, que achacan a la atención sanitaria recibida.

Exponen que la menor, de 18 meses de edad, falleció el día 14 de marzo de 2013 tras "haber sido dada de alta en los días previos sin haber procedido a la práctica de una broncoscopia y por tanto con un cuerpo extraño en el interior de las vías respiratorias".

Señalan que varios días antes de la defunción, el 9 de marzo de 2013, "se encontraban en su domicilio en compañía de sus" dos hijos menores de edad "cuando, en un momento dado en torno a las 11:30 horas de la mañana, se percataron de que su hija" había "cogido una bolsa de palomitas de la noche anterior que contenía restos y estaba comiendo, comenzando a toser. Ante esta situación la madre cogió a la menor intentando que expulsara el grano que le provocaba la tos sin conseguirlo". Describen las maniobras realizadas al efecto (opresión del vientre, golpes en la espalda), que llegaron a provocar el vómito de la niña "sin conseguir que expulsara el grano de maíz, hecho que fue comprobado por la madre". Ante el cambio de coloración de la menor se dirigieron al Centro de Salud, que se encontraba cerrado, motivo por el cual acudieron al domicilio particular del médico, quien se desplazó junto con ellos a dicho centro, donde auscultó a la niña y "manifestó a los padres que `respiraba bien de un pulmón, pero que hipoventilaba del derecho´, dejando reflejado en el historial (...) `paciente con cuadro de posible cuerpo extraño en bronquios, la madre dice que posiblemente se tragó un grano de maíz. Exp.: hipoventilación en campo pulmonar derecho, sibilancias. Hemicampo izquierdo bien ventilado. Resto anodino. Se solicita valoración". Acudieron entonces al

Hospital "X", en el que se le realiza auscultación y exploraciones complementarias (radiografía de tórax) y se sugiere su traslado al Hospital "Y" para -según afirman- la realización de una broncoscopia, prueba que no puede efectuarse en el primer hospital por carecer de medios para ello.

Indican que la menor ingresa en el Hospital "Y" pero que la prueba no fue practicada, lo que implica una desatención de "las mínimas reglas de la *lex artis*" pese a la insistencia de los padres. Reseñan que en el informe de alta de 10 de marzo de 2013 únicamente se recomienda acudir al pediatra habitual a los 15 días y atención a la sintomatología, y que dada la intranquilidad que sentían consultaron en el centro de salud los días 11 y 13 de marzo. En la exploración efectuada esos días la doctora "observó que la niña seguía hipoventilando del pulmón derecho, achacando esto a la existencia de moco o vómito, manifestando a la madre que creía que no tenía el grano de maíz dentro sino que lo habría expulsado". El día 14 de marzo de 2013 la niña inicia un episodio de tos y dificultad respiratoria que se agravó con rapidez, por lo que se requirió la presencia de la médica, quien "determina trasladarla al centro de salud" en el que se le practican maniobras de reanimación que resultan infructuosas para evitar el fallecimiento.

Manifiestan que la autopsia certificó que el óbito fue "accidental, siendo la causa inmediata (...) anoxia encefálica por insuficiencia respiratoria aguda, y la fundamental (...) obstrucción mecánica de las vías aéreas (tráquea) por cuerpo extraño (compatible con grano de maíz)".

Explican que los hechos dieron lugar a la incoación de diligencias en el Juzgado de Instrucción N.º 1 de Cangas del Narcea, seguidas posteriormente ante el Juzgado de Instrucción N.º 2 de Oviedo, y que finalizan con la Sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 1 de Oviedo de 11 de diciembre de 2017, en la que se condena a una de las facultativas del Hospital "Y" -médica adjunta del Servicio de Cirugía Pediátrica- "como autora de un delito de homicidio imprudente por imprudencia grave profesional a la pena de 1 año de prisión,

con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo durante la condena, además a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de médico por tiempo de tres años (...), debiendo indemnizar conjunta y solidariamente con (la) aseguradora (...), esta como responsable civil directa, y respondiendo de forma subsidiaria el Servicio de Salud del Principado de Asturias”.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación y revocada por sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo que adquirió firmeza el día 7 de marzo de 2019, absolviéndose a la acusada y a los responsables civiles, “sin perjuicio de la valoración de los hechos que podría efectuarse en otros órdenes jurisdiccionales a los efectos de una eventual responsabilidad patrimonial por un posible error de diagnóstico referente a la etiología de la hipoventilación de campo pulmonar”.

Manifiestan que “de forma paralela a la instrucción penal de la causa” el Servicio de Salud del Principado de Asturias “inició de oficio un procedimiento de información previa reservada que concluyó con el informe que emite el Inspector de Prestaciones Sanitarias” en el que se “propone la apertura de oficio de expediente de responsabilidad patrimonial”, que no se llevó a cabo al estar el “asunto en la jurisdicción penal”.

Citan diversos informes médicos forenses emitidos con ocasión del procedimiento judicial seguido cuyas conclusiones subrayan en cuanto que afirman la necesidad de la práctica de la broncoscopia, por lo que consideran que ha existido una pérdida de oportunidad determinante del fallecimiento de su familiar.

Solicitan una indemnización ascendiente a doscientos veinte mil euros (220.000 €) como “cantidad global” para los tres familiares.

Adjuntan diversa documentación entre la que se encuentra la acreditativa del parentesco invocado, las sentencias dictadas en relación con los hechos en el ámbito penal y diferentes informes médicos, destacando el

informe médico forense preliminar de autopsia de 14 de marzo de 2013, el informe médico forense de autopsia de 18 de marzo de 2013 y los informes médicos forenses de 23 de enero y 4 de febrero de 2014. Se aporta también documentación relativa a la información previa instruida por el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

2. Mediante oficio de 2 de marzo de 2020, el Gerente del Área Sanitaria II remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica de la paciente obrante en Atención Primaria.

Dos días después, una responsable del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le envía una copia de la historia clínica de la paciente.

Con fecha 1 de julio de 2020, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales del Servicio de Salud del Principado de Asturias le traslada una "copia del procedimiento de información previa iniciado de oficio por la Dirección de Servicios Sanitarios./ Respecto de la copia completa del procedimiento abreviado (...), se informa que el Servicio de Salud del Principado de Asturias se personó en el procedimiento penal como responsable civil subsidiario en un momento procesal posterior", por lo que habrá de solicitarse al Juzgado correspondiente.

3. Previa petición realizada al efecto, el letrado de los reclamantes presenta el 4 de agosto de 2020 una copia de las actuaciones seguidas ante el Juzgado de lo Penal N.º 1 de Oviedo.

4. Obran en el expediente, a continuación, las alegaciones formuladas por un representante de la compañía aseguradora de la Administración el día 31 de mayo de 2021. En ellas destaca que los hechos han sido objeto de un procedimiento penal "en el que se analizó en profundidad la actuación médica

de la doctora" del Hospital "Y" "que decidió el alta de la niña al considerar que no estaba indicada la realización de la broncoscopia, acordándose finalmente la absolución de dicha doctora", del Servicio de Salud del Principado de Asturias y de "mi representada, estas últimas en su condición de responsable civil subsidiaria y directa, respectivamente". Por ello, considera que se dispone no solo de la historia clínica del Servicio de Salud del Principado de Asturias, "sino también (de) toda la profusa prueba médica practicada en el procedimiento penal que permitió, tras una primera sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal N.º 1 de Oviedo, la absolución de la doctora investigada con todos los pronunciamientos favorables"; prueba que, a su juicio, "ha sido prácticamente omitida en la reclamación presentada en vía patrimonial".

Así, se detiene especialmente en los aspectos consistentes en "la sospecha o certeza de aspiración de cuerpo extraño" y en "la existencia o no de proceso catarral", analizando la asistencia prestada en Atención Primaria y en Atención Especializada. Razona que "no estaba indicada la broncoscopia al no concurrir los tres elementos necesarios para ello" y detallados en "la literatura médica:/ Historia clínica positiva (...). Examen físico positivo o altamente sospechoso (...). Hallazgos radiológicos positivos"; extremos que deben relacionarse "con los riesgos y características de esta prueba", para cuyo estudio se remite "a los informes periciales que constan en las actuaciones" emitidos en su "mayor parte" por "especialistas (...) con experiencia clínica en este campo", concluyendo todos ellos la contraindicación de realizar en este caso la broncoscopia, salvo sorprendentemente por los forenses", que de manera inexplicable "minimizaron sus riesgos".

Adjunta los informes elaborados por la Jefa del Servicio de Pediatría del Hospital Universitario de Cabueñes en el momento de producción de los hechos, por el Jefe del Servicio de Pediatría del Hospital Universitario Central de Asturias, por el Presidente de la Asociación Española de Pediatría, por el Presidente de la Sociedad Española de Cirugía Pediátrica y Jefe del Servicio de

Cirugía Pediátrica del Hospital Universitario Donostia de San Sebastián y por un especialista en Medicina Legal y Forense. Acompaña asimismo el informe pericial emitido, a instancias de la compañía aseguradora, por dos especialistas, uno de ellos también en Medicina Legal y Forense y el otro en Pediatría y Neonatología.

5. Mediante oficio notificado a los interesados el 7 de junio de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándoles una copia de los documentos obrantes en el expediente.

El día 27 de ese mismo mes, un letrado -que manifiesta actuar prestando "asistencia" a los reclamantes- presenta un escrito de alegaciones en el que expresa su "absoluta oposición" a las formuladas por la compañía aseguradora, y considera que "el informe de los forenses es el único informe libre, cuyo coste ha sido afrontado por la Administración de Justicia y no por las partes de la defensa".

Sostiene que la realización de la broncoscopia "venía pautada por la *lex artis*, las guías clínicas y los protocolos médicos", y procede a argumentar en contra de diversas afirmaciones vertidas en las alegaciones presentadas por la entidad aseguradora.

Solicita, "a efectos probatorios", que se incorporen al expediente, previo requerimiento al Servicio de Salud del Principado de Asturias, "los protocolos que existan en el Hospital 'Y' respecto a actuaciones en caso de atragantamiento para los Servicios de Pediatría y Cirugía Pediátrica".

6. En respuesta a dicha solicitud, una responsable del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el día 25 de agosto de 2021 un

escrito al que adjunta los informes emitidos por el Jefe del Servicio de Cirugía Pediátrica y por la Jefa de la Sección de Urgencias de Pediatría.

En el primero de ellos se indica que no “consta que en el año 2013 existiese un `protocolo de actuación en atragantamiento con posible implicación de la vía aérea´ en el Servicio de Cirugía Pediátrica del Hospital `Y´”, especificando que “no era responsable de este Servicio en la fecha indicada y que ninguno de los facultativos de esta especialidad que se citan en la reclamación continúa trabajando en este centro en el momento actual”.

La Jefa de la Sección de Urgencias de Pediatría informa que dicha Unidad “se adhiere en el momento actual a las recomendaciones de la Sociedad Española de Urgencias de Pediatría”.

7. Mediante oficio notificado a los interesados el 15 de septiembre de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas les comunica la apertura de un segundo trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándoles una copia de los nuevos documentos incorporados al expediente.

Con fecha 14 de octubre de 2021, el letrado que asiste a los interesados presenta un escrito de alegaciones en el que afirma adjuntar el “protocolo obrante en la página web” de la Sociedad Española de Urgencias de Pediatría “en el año 2013”, destacando que en el mismo se señala, entre otros aspectos, que “` aunque el paciente esté asintomático la sospecha clínica de aspiración de un cuerpo extraño es por sí misma una indicación de exploración broncoscópica´, así como que `el retraso en su realización es un hecho que aumenta el riesgo de complicaciones probablemente más que cualquier otro factor”.

En apoyo de la preceptividad de la broncoscopia alude también al informe forense obrante en las actuaciones, subrayando que el facultativo

declaró en el juicio penal que la anamnesis, el historial y los hallazgos exigían “obligatoriamente hacer una broncoscopia”.

Figura a continuación un documento del Hospital Donostia de San Sebastián denominado “Cuerpos extraños en la vía respiratoria”, en cuyo encabezamiento de las páginas pares se reseña que se trata de los “Protocolos diagnóstico-terapéuticos de Urgencias Pediátricas SEUP-AEP”.

8. Con fecha 21 de octubre de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella, con base en las consideraciones recogidas en los informes periciales “obrantes en el expediente administrativo, realizados por especialistas en Pediatría del Servicio actuante y de otros hospitales con experiencia clínica, así como de la Sociedad Española de Pediatría y especialistas en Medicina Legal y Forense”, concluye que “la decisión de alta hospitalaria con fecha de 10-03-2013 tras periodo de observación de 24 horas, con los datos clínicos y diagnósticos disponibles en ese momento, ha sido adecuada a la *lex artis ad hoc*”, sin que estuviera indicada en ningún caso la realización de una broncoscopia.

Señala que la reclamación se basa en “periciales forenses de parte, incluidas en las actuaciones del procedimiento abreviado, que minimizan los riesgos de la broncoscopia, en contraposición a la literatura médica, que exige como indicaciones para la misma el cumplimiento de ciertas condiciones”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de noviembre de 2021, 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.

Requerida la incorporación al expediente de la fecha de notificación de la sentencia que adquirió firmeza, el 6 de abril de 2022 se recibe en este órgano la contestación de la Administración, que adjunta un escrito de los reclamantes en el que se razona que se actúa en plazo y se acompaña de la diligencia de 1 de marzo de 2019 de notificación de firmeza de la sentencia.

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, pudiendo actuar los padres (a tenor de las fotocopias del Libro de Familia que obran en el expediente) en representación de su hijo menor de edad reclamante, según lo establecido en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 6 de febrero de 2020, y, si bien los hechos de los que trae causa se remontan al 14 de marzo de 2013 -fecha del fallecimiento de la menor-, debemos tener en cuenta que, tal y como consta en el expediente, los padres de la niña -ahora reclamantes junto a su otro hijo- ejercieron la acusación particular en el procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Penal N.º 1 de Oviedo por homicidio imprudente frente a la pediatra del Hospital “Y”. Dicho procedimiento culminó con la Sentencia de 11 de diciembre de 2017, revocada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 11 de enero de 2019, figurando en el expediente, respecto a su notificación, únicamente el Auto del Juzgado de lo Penal N.º 1 de Oviedo de 6 de marzo de 2019 que declara su firmeza.

Al respecto, el artículo 37.2 de la LRJSP establece -al igual que disponía el artículo 146, apartado 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- que “La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para

la fijación de la responsabilidad patrimonial". El Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 23 de enero de 2001 -ECLI:ES:TS:2001:337-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) ha declarado que "la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa debe reconocerse en aplicación de la doctrina sentada por la jurisprudencia consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos (...), de tal suerte que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido", añadiendo que su "adecuada interpretación (...) exige considerar que la interrupción de la prescripción por iniciación del proceso penal se produce en todos aquellos casos en los cuales dicho proceso penal versa sobre hechos susceptibles en apariencia de ser fijados en el mismo con trascendencia para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración".

En el supuesto examinado, existe coincidencia en los sujetos intervinientes y en los hechos enjuiciados en los órdenes penal y administrativo, por lo que no cabe duda de la eficacia interruptiva de las acciones penales.

El plazo de un año ha de computarse, en suma, desde el término de esas actuaciones. Para la fijación precisa del *dies a quo* el Tribunal Supremo vino estimando en diversos pronunciamientos referidos a la nulidad de licencias (por todos, Sentencia de 10 de julio de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:2774-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) que, "como regla general, debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria (...) la que determina el inicio del plazo anual previsto para la reclamación de responsabilidad patrimonial". Este criterio se sustenta en "una jurisprudencia reiterada e histórica de esta Sala (...) -asentada desde que comenzó a interpretarse la (...) Ley 30/1992-" que sitúa

“en la firmeza de la sentencia de anulación el comienzo del cómputo del año”, considerando que así se concretaba a través del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial. En efecto, el artículo 4.2 de esa disposición reglamentaria señalaba que el plazo se computa “desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme”. Ahora bien, no puede obviarse que la LPAC deroga el mencionado Reglamento y explicita, sin consideración ya a la firmeza de la sentencia, que el derecho a reclamar “prescribirá al año de haberse notificado” la sentencia definitiva (artículo 67.1). Esto es, la referencia a la firmeza de la decisión judicial, acogida en el derogado Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, no encuentra reflejo en la vigente Ley, que acude a la fecha de notificación de la sentencia definitiva. En este contexto, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:3534- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) fija como doctrina casacional -ya a la luz de la nueva normativa- que “si el interesado estuviera personado en el procedimiento, habrá que estar a la fecha en que le fuera notificada la sentencia firme anulatoria que le afectaba y, en caso de que no estuviera personado en aquel, a la fecha en que conoció o razonablemente pudo conocer el contenido de dicha sentencia”. Referida esta doctrina a los supuestos de responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de un acto administrativo, se estima que la determinación del *dies a quo* no ha de diferir cuando se trata del cómputo de un plazo que trae su causa u origen de una decisión judicial, aunque sea del orden penal, pues la diversidad de criterio ni encuentra soporte alguno ni ofrece provecho en términos de certeza o seguridad jurídica para los interesados.

En el supuesto examinado, personados los reclamantes en las actuaciones penales, el referente sería la fecha de notificación de la sentencia

firme -el 1 de marzo de 2019, tal como estos aportan tras el requerimiento efectuado por este Consejo para despejar dicho extremo-, por lo que se estima que la reclamación presentada el 6 de febrero de 2020 se interpone en plazo.

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 audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución. Por su parte, la incorporación de informe del servicio afectado se suple por la del conjunto de informes periciales sustanciados en el marco del proceso penal seguido por el fallecimiento de la menor, y que o bien son invocados expresamente por los reclamantes -como ocurre con los suscritos por los forenses-, o son aportados por la compañía aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Dado su contenido, especialización y mayor proximidad al momento en el que se producen los acontecimientos analizados -que no cabría, a nuestro juicio, superar mediante la emisión de un nuevo informe en el marco del actual procedimiento de responsabilidad patrimonial-, entendemos que satisfacen plenamente el objeto del informe del servicio afectado; aspecto objeto de reiterada atención por este Consejo tanto en los propios dictámenes como en el capítulo de "Observaciones y sugerencias" de la Memoria correspondiente al ejercicio 2019. Asimismo, los informes obrantes en el expediente permiten, como se expondrá en la consideración sexta, atender suficientemente las alegaciones formuladas por los interesados en los sucesivos trámites de audiencia concedidos.

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; exceso en el que no parece haber influido significativamente la suspensión de plazos durante la tramitación del procedimiento determinada por la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19, hasta la reanudación de los plazos interrumpidos el 1 de junio de 2020, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. En este sentido, advertimos que el procedimiento se paraliza sin aparente causa justificada entre el día 19 de agosto de 2020, fecha en la que se remite el expediente a la correduría de seguros de la Administración a fin de recabar el informe pericial de la compañía aseguradora, y el 31 de mayo de 2021, momento en el que esta última satisface dicho trámite. No obstante, ello no impide la adopción de la resolución, 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 “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

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

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

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por los familiares -padres y hermano menor de edad- de una niña fallecida por asfixia ocasionada por atragantamiento, tras ingerir un grano de maíz y haber recibido asistencia sanitaria tanto por parte de los

servicios de Atención Primaria, como de dos centros hospitalarios públicos de la Comunidad Autónoma.

Queda acreditado en el expediente el fallecimiento de la menor, de 18 meses de edad, por lo que resulta indiscutible que estos familiares han sufrido un daño moral cuya precisa valoración realizaremos en el caso de que concurran los requisitos para declarar la responsabilidad pretendida.

Acreditada la efectividad del daño padecido a la vista de la documentación obrante en las actuaciones, debemos reparar en que la mera constatación 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, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que los interesados no tuvieran el deber jurídico de soportar.

Al respecto, y como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, 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 eventualmente pueda sufrir el paciente con ocasión de la atención recibida, 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 concretos.

Por tanto, para poder apreciar que los daños alegados por los reclamantes son jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos

por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento. El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que un defectuoso diagnóstico ni un error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes.

También ha subrayado este Consejo (por todos, 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 esos 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.

En el presente supuesto, los reclamantes describen en su escrito inicial una prestación irregular, por deficiente y tardía, del servicio sanitario, manifestando así su convicción sobre la necesidad de realizar una broncoscopia, lo que hubiera evitado el fallecimiento de la niña al permitir detectar el cuerpo extraño (un grano de maíz) ingerido por ella y cuya presencia en las vías respiratorias no fue apreciada en las sucesivas asistencias sanitarias, provocando su muerte por asfixia cinco días después del episodio inicial de atragantamiento.

En defensa de su pretensión aducen principalmente las conclusiones del médico forense, profesional del Instituto de Medicina Legal de Asturias al que se refieren como "único profesional independiente y sin intereses en la resolución del asunto". En su informe de autopsia, pericial judicial practicada en el proceso penal seguido frente a la médica responsable del alta en el Hospital "Y" al que la menor había sido trasladada a fin de ser examinada el día 9 de marzo de 2013 -fecha del mencionado episodio inicial de atragantamiento-, se señala que la "causa inmediata del fallecimiento (...) es debida a anoxia encefálica por insuficiencia respiratoria aguda, y la fundamental (...) a obstrucción mecánica de las vías aéreas (tráquea) por cuerpo extraño (compatible con grano de maíz)", formulándose en el informe de 23 de enero de 2014 como conclusiones médico legales que "concurren en el presente caso aspectos médicos que aconsejaban por sospecha de aspiración de cuerpo extraño la práctica de una broncoscopia exploratoria (...). Que con dicha técnica se podría haber extraído el material broncoaspirado". Citan también los reclamantes el informe emitido por dicho facultativo el día 31 de enero de 2014 y sostienen, con base en los mismos, que concurre "tanto un error de diagnóstico referente a la etiología de la hipoventilación de campo pulmonar (...), como una pérdida de oportunidad al no habersele practicado la broncoscopia, dilatando un proceso sin intervención alguna hasta que finalmente la niña murió asfixiada por el grano de palomita", por lo que

consideran que existió una infracción de la *lex artis ad hoc*. Del informe forense de 31 de enero de 2014 los interesados destacan, en particular, que “el cuadro clínico de la niña (anamnesis y exploración) aportó datos médicos que debieron (...) hacer sospechar la posible existencia de broncoaspiración y derivado de eso la necesidad de una exploración endoscópica”.

En las alegaciones formuladas con ocasión del primer trámite de audiencia los reclamantes abundan, por un lado, en que el motivo por el que se derivó a la niña al Servicio de Urgencias Pediátricas del Hospital “Y” fue para la práctica de una broncoscopia, dado que en el Hospital “X” se carecía de los medios necesarios para realizar esta prueba, y, por otro, en negar que existiera el proceso catarral que esgrimen las periciales aportadas por la Administración y su compañía aseguradora y que habría perturbado la confirmación de la aspiración de un cuerpo extraño, subrayando que los datos obrantes en las sucesivas asistencias sanitarias no refieren otra clínica asociada ni advierten de otras incidencias, sino que aluden al resto de la exploración física de la menor como “anodino” o “exploración física normal”.

Con posterioridad, en las alegaciones formuladas durante el segundo trámite de audiencia aportan el “Protocolo obrante en la página web de la SEUP (Sociedad Española de Urgencias de Pediatría) y la AEP (Asociación Española de Pediatría) en el año 2013”, que a su juicio describe “a la perfección las fases que llevaron al fallecimiento de la menor” y del que destacan particularmente que, “aunque el paciente esté asintomático, la sospecha clínica de aspiración de un cuerpo extraño es por sí misma indicación de exploración broncoscópica” y que “el retraso en su realización es un hecho que aumenta el riesgo probablemente más que cualquier otro factor”, añadiéndose que “una radiografía normal no descarta, pues, la presencia de un cuerpo extraño en la vía aérea, por lo que en caso de historia de atragantamiento se debe realizar una broncoscopia, que es la que, por visualización directa, confirmará el diagnóstico”.

Antes de analizar las cuestiones de fondo controvertidas que plantea este asunto procede advertir que, habiéndose desarrollado actuaciones penales por los mismos hechos, las periciales obrantes en el proceso penal pueden tener eficacia de prueba documental en el procedimiento administrativo, y que los hechos declarados probados en el proceso penal constituyen base fáctica inexcusable para la resolución del procedimiento, en reconocimiento de la primacía de ese orden jurisdiccional (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre -ECLI:ES:TC:1983:77-), pues unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. De ahí que el artículo 77.4 de la LPAC disponga, a efectos sancionadores, que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien. Ahora bien, el Tribunal Supremo ha señalado, a propósito del diferente régimen jurídico entre la responsabilidad penal y la patrimonial de la Administración, que “la acción que en el proceso penal se ejercita y la responsabilidad que en él se trata de depurar son distintos a los que dan lugar al procedimiento de responsabilidad patrimonial que, con fundamento en un funcionamiento normal o anormal de un servicio público, permite ventilar una responsabilidad patrimonial, directa y objetiva, de la Administración, distinta tanto de la penal como de la civil *ex delicto*”, añadiendo que en la responsabilidad patrimonial se prescinde “del elemento tradicional de ilicitud o culpa para articularse como una responsabilidad puramente objetiva, en la que la Administración responde de toda lesión que los particulares sufran siempre que sea a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” (Sentencia de 10 de abril de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:1219-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª). Por ello, la vinculación a la declaración de hechos probados en el proceso penal exige considerar que “los hechos enjuiciados mediante la acción que se ejercita en el proceso penal (existencia o no de delito) y la responsabilidad que en él se trata de depurar

son distintos a los que dan lugar al procedimiento de responsabilidad patrimonial” (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:4561-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). Tales consideraciones implican, en el caso aquí examinado, que la Sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Oviedo de 11 de enero de 2019, en el proceso penal seguido frente a la facultativa del Servicio de Cirugía Pediátrica del Hospital “Y” que cursó el alta de la niña el día 9 de marzo de 2013 sin haberle practicado la prueba broncoscópica -en la que se declara que “no resulta acreditado que la actuación de la acusada fuera contraria a la *lex artis*, coincidiendo todos los peritos en sus respectivos dictámenes que el desenlace producido no era previsible y que no había criterios claros para hacer una broncoscopia”- no puede erigirse en una suerte de automatismo excluyente de la responsabilidad patrimonial. A este fin, ha de examinarse la asistencia sanitaria prestada a la menor por los sucesivos servicios intervinientes desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración por el funcionamiento de sus servicios, y no puede obviarse que la referida sentencia concluye singularizando expresamente que el fallo absolutorio se formula “sin perjuicio de la valoración de los hechos que podría efectuarse en otros órdenes jurisdiccionales a los efectos de una eventual responsabilidad patrimonial por un posible error de diagnóstico en lo referente a la etiología de la hipoventilación de campo pulmonar derecho”.

En consecuencia, procede examinar sucesivamente las cuestiones controvertidas de fondo que arroja el caso examinado, a saber: si existió o no un error diagnóstico en lo referente a la etiología de la hipoventilación de campo pulmonar derecho y si puede sostenerse que se produjo una quiebra de la *lex artis* en la asistencia dispensada en su conjunto, o una pérdida de oportunidad vinculada a un seguimiento deficiente o la denunciada omisión de la práctica de una broncoscopia en uno u otro momento del proceso asistencial,

atendidos los riesgos inherentes a esa prueba y el contexto en el que se prescinde de ella, pero también la persistencia de los síntomas.

Con relación a la primera cuestión relativa al origen de la hipoventilación del campo pulmonar derecho de la menor, los datos obrantes en la historia clínica revelan, de una parte, que este síntoma estuvo presente y fue diagnosticado en las cinco asistencias sanitarias que se le prestaron, y que en todas ellas fue asociado principalmente a la sospecha de aspiración de un cuerpo extraño de carácter orgánico (grano de maíz). Y, de otra, que según concluyó el informe forense de autopsia “la causa inmediata del fallecimiento” de la niña “es debida a anoxia encefálica por insuficiencia respiratoria aguda, y la fundamental (...) a la obstrucción mecánica de las vías aéreas (tráquea) por cuerpo extraño (compatible con grano de maíz)”.

En efecto, en el informe sobre la primera atención que recibió la menor por parte del médico de su centro de salud, tras referir los padres el episodio de atragantamiento al encontrarla sentada con una bolsa de palomitas en las piernas con síntoma de obstrucción al observar dificultad respiratoria, tos perruna e irritativa y posterior vómito, se establece el diagnóstico de “paciente con cuadro de posible cuerpo extraño en bronquios”, con “hipoventilación en campo pulmonar derecho, sibilancias. Hemicampo izquierdo bien ventilado. Se solicita valoración”. Remitida al Hospital “X” y examinada por un especialista en Pediatría, tras practicársele una radiografía de inspiración y expiración se reitera el juicio diagnóstico de “sospecha de aspiración de cuerpo extraño” y se detecta en la auscultación “hipoventilación en campos medios e inferiores derechos”, presentando durante su estancia en dicho centro episodios ocasionales de tos perruna, si bien “sin dificultad respiratoria”, y la presencia de “moco en cavum”. Derivada la menor al Hospital “Y”, queda ingresada para observación, apreciándose al ingreso “buena ventilación bilateral, salvo discreta hipoventilación basal derecha”, pautándosele dieta absoluta y advirtiéndose a los servicios de Anestesia y UVI por si su evolución hiciera necesaria la práctica

de una broncoscopia. Descartada esta a la vista de la mejoría de la menor tras la administración de broncodilatadores, un nuevo estudio radiológico que no habría revelado hallazgos patológicos y la segunda opinión de un especialista en Pediatría que consideró que la clínica respiratoria era mínima, es dada de alta con el diagnóstico de “asimetría auscultatoria con hipoventilación en base pulmonar derecha” y la recomendación de “control por su pediatra en 15 días presentando este informe (...). Control de la temperatura y en caso de fiebre acudir a su pediatra”. Al día siguiente, 11 de marzo de 2019, en una nueva valoración de la niña por la médica del centro de Atención Primaria se recoge como resultado de la auscultación nuevamente “una leve hipoventilación en base pulmonar derecha”, síntoma que se reseña también en la consulta del día 13 de marzo, cuando la menor vuelve a ser valorada en el mismo centro de salud por “persistencia (de) hipoventilación en base derecha. No roncus ni sibilancias ni crepitantes./ No episodios de tos durante la consulta”. Los datos obrantes en la historia clínica, probados en sede judicial, acreditan por tanto que desde la primera atención sanitaria fue apreciada una hipoventilación pulmonar derecha en la menor, y a la vista del informe forense no puede dudarse de la relación del cuerpo extraño con el proceso de asfixia.

Ahora bien, el error diagnóstico no comporta *per se* una infracción de la *lex artis*. A estos efectos debe ponderarse que los diferentes especialistas en Pediatría que comparecieron en el proceso penal, según recoge el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial, coinciden en afirmar que “la clínica que presentaba la paciente no era la sintomatología habitual de un cuadro de aspiración de cuerpo extraño en vía aérea”, y que “no existían síntomas ni signos externos que avalaran la presencia de un cuerpo extraño a nivel bronquial y que hicieran aconsejable la realización de una broncoscopia”. Por su parte, el informe forense señala -según consta en la referida sentencia- que “la ulterior persistencia en el tiempo de anomalías en la ventilación del pulmón derecho (hipoventilación) (...) representa un hallazgo anormal en el examen

físico de la niña”, lo que, “a su juicio, hacía aconsejable la práctica de un estudio endoscópico (broncoscopia) con la finalidad de confirmar o descartar la existencia de un cuerpo extraño alojado en (las) vías respiratorias y en su caso la posterior extracción”. En el informe médico forense de 23 de enero de 2014 se describen puntualmente tres fases en la evolución de los procesos de atragantamiento por cuerpo extraño. Una situación inicial de asfixia que puede resolverse con tos violenta y esfuerzos respiratorios que expulsan el objeto, una obstrucción completa que provoca la asfixia o, “como en el (...) caso que nos ocupa”, que “el cuerpo extraño tras la inspiración profunda propiciada por el reflejo de la tos profundice su avance por el interior de las vías respiratorias donde va a permanecer alojado causando obstrucción parcial al paso del aire”. En la segunda fase (silente o asintomática) la clínica resulta muy variada, “no siendo infrecuente que se limite a manifestaciones clínicas leves o incluso la ausencia de estas -aparente normalidad clínica y radiográfica-. En esta fase hay a veces el riesgo de retrasar el diagnóstico dado que lo poco llamativa que la clínica llega a ser en ocasiones conduce (...) a actitudes expectantes. Pero a destacar que en todo momento el material aspirado puede cambiar de localización y por ende sus manifestaciones clínicas”. Finalmente, en caso de no resolución del problema (la no extracción del material aspirado) se produce una tercera fase que se explica por la reacción infecciosa-inflamatoria generada por cuerpo extraño, “fase de complicaciones que puede manifestarse desde unos minutos a varios meses tras el episodio”.

Pues bien, en este contexto, de un examen conjunto de las periciales obrantes en el expediente se deduce, desde la sana crítica, que las conclusiones de unas y otras no son inconciliables al efecto que aquí nos atañe. No se cuestiona por el forense que, tal como aprecian los pediatras, “la clínica que presentaba la paciente no era la sintomatología habitual de un cuadro de aspiración de un cuerpo extraño en vía aérea”, toda vez que aquel alude a una fase “silente o asintomática” en la que no son infrecuentes “manifestaciones

clínicas leves o incluso la ausencia de estas". La afirmación de los pediatras se refiere a un momento preciso del proceso asistencial en el que "no existían síntomas ni signos externos que avalaran la presencia de un cuerpo extraño a nivel bronquial y que hicieran aconsejable la realización de una broncoscopia", mientras que el forense deduce la procedencia de esa prueba de "la ulterior persistencia en el tiempo de anomalías en la ventilación del pulmón derecho (hipoventilación)"; extremo que "hacía aconsejable la práctica de un estudio endoscópico (broncoscopia) con la finalidad de confirmar o descartar la existencia de un cuerpo extraño alojado en (las) vías respiratorias".

Junto a esa persistencia del síntoma no resuelto se aprecia, como concluye el forense, una "minusvaloración del episodio de atragantamiento de aspiración de cuerpo extraño", que condujo a la derivación y a la sospecha adecuada en las dos primeras asistencias dispensadas a la niña y que debió después ponderarse, permitiendo acaso salvar la confusión en lo referente a la etiología de esta menor ventilación de campos pulmonares derechos, achacada a un proceso infeccioso. Esos antecedentes, junto a la evidencia de que el atragantamiento es un proceso "evolutivo" y de riesgo, conforme describe pormenorizadamente el forense, pugnan con un alta con remisión a Atención Primaria "a los 15 días", pues aunque en la misma se indique que ha de prestarse atención a "la sintomatología" no debe obviarse que el centro de salud no disponía de medios adecuados para abordar la eventual asfixia -de ahí la remisión al hospital-, y en este caso el domicilio de la menor se hallaba muy distante del centro llamado a practicar la endoscopia.

Conviene aclarar que, aunque la hipoventilación pulmonar derecha podía aparentemente vincularse a un proceso infeccioso/catarral -explicación aducida por los especialistas en Pediatría durante el proceso penal-, en ninguna de las tres primeras asistencias sanitarias se pauta medicamento alguno para atajar esa supuesta infección, y de hecho en el alta del Hospital "Y" no se prescribe antibiótico ni mucolítico a tal efecto, manteniéndose el diagnóstico de

hipoventilación pulmonar derecha. Tampoco consta en la revisión por el médico de Atención Primaria al día siguiente del alta hospitalaria la pauta de un tratamiento adecuado para atajar la posible afección respiratoria de haberse tratado de un proceso catarral. Antes bien, en las sucesivas asistencias sanitarias se hace referencia, en la exploración física de la menor, a su situación afebril, "sin enfermedades previas" y con una exploración "anodina" o "sin otra clínica asociada". Debe observarse, además, que de haberse asociado la hipoventilación con un proceso catarral lo consecuente hubiera sido la administración de algún tratamiento para el mismo y no la derivación, primero, al hospital de "X" para valoración y, después, de este al Hospital "Y" para continuar con la observación y, en particular, a los efectos de la posible práctica de una broncoscopia. En cualquier caso, tras las contundentes conclusiones del examen forense no puede requerirse de los reclamantes una ulterior prueba acerca de la etiología de la hipoventilación, pues ello entrañaría ya una suerte de *probatio diabólica*.

Respecto a la causa de la derivación de la menor al Hospital "Y", el informe librado por el Director de Servicios Sanitarios en el seno del expediente informativo interno abierto por el Servicio de Salud del Principado de Asturias para aclarar lo sucedido refiere expresamente que tras la valoración de la paciente en el Servicio de Urgencias del Hospital "X" "es derivada al Servicio de Cirugía Pediátrica del Hospital 'Y' con el objetivo de realizar estudios complementarios (broncoscopia) que no es posible realizar en el hospital de 'X'". En este escenario, la posible existencia de un proceso catarral en la menor como causa explicativa de la hipoventilación pulmonar derecha no concuerda ni con el motivo de la consulta en las dos primeras asistencias sanitarias ("sospecha de aspiración de un cuerpo extraño"), ni con la prestada en el Hospital "Y", al que acuden los padres con la niña a fin de persistir en la observación de la misma y ante la eventualidad de tener que realizar una prueba endoscópica que no podía efectuarse en el hospital de "X". De hecho,

por este motivo la menor queda ingresada en observación y se le pauta dieta absoluta, avisándose a los servicios de Anestesia y UVI por si su evolución hiciera necesaria la práctica de la referida prueba.

También debe repararse, en relación con la administración de broncodilatadores durante el ingreso en Urgencias en el Hospital "Y", en que el informe forense de 31 de enero de 2014 puntualiza, respecto a la "mejoría" descrita en el cuadro ventilatorio tras el tratamiento con broncodilatador, que "esta solo puede explicarse ante cuadro espástico o ante cuadro de algo que obstruye y por ende causa disminución de luz aérea, si se provoca dilatación bronquial".

No debe tampoco soslayarse que, tal como apuntan los especialistas, el forense infravalora los riesgos de la práctica de una broncoscopia. En rigor, no los pondera -sin que pueda prescindirse aquí de su valoración- pero, acreditada la sospecha inicial de ingestión de "un grano de maíz" y a la luz del cuadro evolutivo de la menor, se evidencia que la endoscopia hubiera procedido en uno o en otro momento del proceso asistencial -en el instante en que los beneficios rebasaran aquellos riesgos-, radicando así la mala praxis no en un concreto acto médico sino en la deficiente atención dispensada a lo largo de un proceso de sintomatología persistente y que requería de una singular vigilancia.

En suma, analizadas las diversas periciales en su conjunto, se aprecia una minusvaloración del cuadro clínico que presentaba la niña cuya exploración aportó datos que, ante la persistencia de la hipoventilación y la sospecha fundada de atragantamiento con un cuerpo orgánico -invisible en las radiografías-, debieron haberse ponderado de otro modo.

Si bien la actitud expectante hacia la evolución de la menor a la vista de su clínica y los resultados de su exploración radiológica durante las primeras asistencias sanitarias resulta plenamente acorde con la *lex artis*, sorprende especialmente que, recomendándose al alta en el Hospital "Y" "control auscultatorio por parte de su pediatra en 15 días (...). En caso de persistencia

de hipoventilación repetir Rx tórax (...). Control de la temperatura y en caso de fiebre acudir a su pediatra”, ante la constatación al día siguiente -11 de marzo- en su centro de Atención Primaria de la “leve hipoventilación en base pulmonar derecha” y el aviso telefónico de la madre de una temperatura de 37,7 °C la indicación médica se limitara a que “no le dé nada y que controle la temperatura, que si hace 38-38,5 °C la derivamos al hospital”. Y que con posterioridad, apenas día y medio después, en una nueva consulta en el centro de salud, en la que la madre refiere “episodio de pequeño vómito” se reitera la persistencia de la “hipoventilación en base derecha. No roncus ni sibilancias ni crepitantes. No episodios de tos durante la consulta”. Todo el proceso asistencial revela, por tanto, una actitud precavida y diligente de los padres de la menor, atendiendo las pautas y recomendaciones de observación y seguimiento, pero también una atención sanitaria excesivamente expectante a pesar de que durante cinco visitas médicas la sospecha del diagnóstico inicial no varió, sin que se apreciase un proceso catarral merecedor de una atención singular, manteniéndose constante la hipoventilación pulmonar derecha, con dos episodios de ligera febrícula que podían asociarse razonablemente al inicio de un proceso infeccioso ligado a la presencia de un cuerpo orgánico (grano de maíz) alojado en las vías aéreas. No puede obviarse que tras cinco consultas asistenciales sucesivas persistían dos de las tres situaciones que la literatura médica contempla para la práctica de una broncoscopia: de una parte, una historia clínica positiva referida a la aspiración/ingestión de un cuerpo extraño, en tanto que el episodio de atragantamiento se describe por los padres tras oír toser a la niña con dificultad respiratoria y encontrarla sentada con una bolsa que contenía restos de palomitas, lo que revela con un alto grado de probabilidad una historia sugestiva de aspiración del grano de maíz; de otra, un examen físico positivo o altamente sospechoso, en tanto que desde el primer momento se aprecia una hipoventilación pulmonar derecha que, si bien presenta carácter leve, es continuamente advertida en todas las asistencias

sanitarias y no puede asociarse causalmente con un proceso catarral que no se diagnostica ni se trata.

En el infradiagnóstico de esta situación ciertamente pudo contribuir el conocimiento de los riesgos asociados a la práctica de una broncoscopia en niños de 18 meses, dado su carácter invasivo y la necesidad de anestesia general para su realización, circunstancias todas ellas manifestadas por los peritos que comparecieron en el proceso penal -una especialista en Pediatría, otra en Cirugía Pediátrica, el Presidente de la Asociación Española de Pediatría, el Presidente de la Sociedad Española de Cirugía Pediátrica y dos especialistas en Medicina Legal y Forense y otro en Pediatría y Neonatología-. Partiendo del consenso científico acreditado de que la realización de una broncoscopia requiere el cumplimiento de tres criterios ("que el episodio de penetración del cuerpo extraño en la vía aérea esté claramente documentado o, al menos, exista un alto grado de sospecha"; que concurren "signos clínicos o síntomas claramente sugestivos de que se ha producido la aspiración y/o alguno de los signos radiológicos que habitualmente aparecen tras la aspiración de un cuerpo extraño a la vía aérea, como son la hiperinsuflación del hemitórax afecto y la presencia de atelectasias" -informe del Presidente de la Sociedad Española de Cirugía Pediátrica-), y descartada la hipoventilación como sugestiva de presencia de cuerpo extraño por el antecedente catarral, procede efectuar referencia a otro de los criterios clínicos que los especialistas consideran dudoso, la sospecha de la aspiración, y que en consecuencia interpretan de forma distinta a la realizada por los interesados. Tal y como explican, existe una clara diferencia entre la constatación presencial del episodio y la sospecha, cuestión que no implica dudar de la versión de los padres, sino que, como bien señala uno de los especialistas en Cirugía Pediátrica (folio 325), constituye "la evidencia del suceso" (como se denomina "en la terminología anglosajona") y, por tanto, se trata de un concepto técnico que otorga un "valor importante a la hora de tomar decisiones terapéuticas graves (junto con el resto de datos

exploratorios y de imagen), como sería el decidir realizar una broncoscopia de urgencia”, razonando que “el no haberlo presenciado le resta valor decisorio (puesto que podía no haber pasado a vía respiratoria, sino a digestivo, tras el acceso de tos”), sin perjuicio de su mantenimiento como “valor de sospecha”, a tener en cuenta junto con los restantes parámetros.

Sin embargo, frente a tales consideraciones, en el informe del médico forense de 31 de enero de 2014, aparte de referir los dos tipos de broncoscopios (rígido y flexible) que pueden utilizarse para la práctica de esta prueba, se hace constar que “el retraso en la realización de la endoscopia es *per se* un hecho que aumenta el riesgo de complicaciones, probablemente más que cualquier otro factor (por ejemplo de las que potencialmente se puedan derivar de la ejecución de la broncoscopia)”; esto es, que el riesgo de no realizar la broncoscopia ante la sospecha de aspiración de un cuerpo extraño es mayor que el asumido con su realización. Y en la misma línea, de conformidad con los datos recogidos por la Sociedad Española de Urgencias Pediátricas, la ingesta/aspiración de un cuerpo extraño constituye la tercera causa de muerte en los menores de 15 años, siendo la principal causa de morbilidad y mortalidad, especialmente por debajo de los tres años.

Ciertamente, los estudios radiológicos de la menor no arrojaron resultados positivos confirmatorios de la presencia de una obstrucción de las vías aéreas, pero no puede obviarse que se trataba de un cuerpo orgánico, radiopaco y que durante su ingreso hospitalario la niña presenta una ligera febrícula (37,2 °C), que al día siguiente tras el alta se eleva a 37.7 °C, mostrando de forma intermitente “tos perruna” y pequeños vómitos; esto es, un conjunto de síntomas significativamente reveladores de la aspiración de un cuerpo extraño de carácter orgánico. Al respecto, las indicaciones que constan en los protocolos de la Sociedad Española de Urgencias Pediátricas -cuyo seguimiento por los servicios sanitarios en el caso examinado no se despeja con nitidez a la vista de la documentación obrante en el expediente- con relación a

la ingesta-aspiración de un cuerpo extraño en los que el diagnóstico es incierto o en los casos en los que se confirma la aspiración pero no se localiza el cuerpo extraño, son las siguientes: “Si exploración física o radiológica sugestiva de aspiración, aunque no se recoja el antecedente asfíctico./ Todo paciente asintomático con alta sospecha de aspiración de CE, aunque la exploración física y la radiología no sean concluyentes o sean negativos (en estos se puede valorar realizar TC previamente”. En este contexto, si bien la clínica de la menor no era clara ni concluyente a los efectos de asumir los riesgos de realizar una broncoscopia y, desde la perspectiva penal, a la vista de la sentencia de la Audiencia Provincial “el desenlace producido no era previsible y (...) no había criterios claros para hacer una broncoscopia”, el acreditado “error de diagnóstico en lo referente a la etiología de la hipoventilación de campo pulmonar derecho” al que apunta ya el referido fallo judicial, unido a la deficiente asistencia en un proceso que -por su origen y sus riesgos- requería de una atención singular, permite apreciar una pérdida de oportunidad indemnizable como consecuencia del inadecuado seguimiento o la no realización, en uno u otro momento, de la prueba endoscópica.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha estimado incluso en algunos de sus pronunciamientos que la pérdida de oportunidad se ha configurado “como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio”, señalando que “en este supuesto el daño viene propiciado por el hecho de que, si bien a tenor de la prueba no cabe apreciar un tratamiento médico contrario a los cánones aceptados en cada momento por la ciencia médica, es lo cierto que de haber existido un tratamiento diferente, que no es ajeno a la propia medicina, existe la duda de si se habría producido el resultado lesivo, exigencia de esa probabilidad sobre la que se pone la nota de la pérdida de oportunidad por la jurisprudencia” (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de

febrero de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:352-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). Tal doctrina ha sido acogida por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en la Sentencia de 7 de febrero de 2022 -ECLI:ES:TSJAS:2022:364-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), señalando que “la pérdida de oportunidad constituye un supuesto de reproche moderado o intermedio, porque se ocasiona cuando, producido el daño, la experiencia y el estado de la ciencia médica permite acoger la probabilidad de que un diagnóstico o tratamiento diferente al que fue correcto, podría haberlo evitado. En la situación (...) presente que asumen los facultativos frente a la sintomatología del paciente, deben tomar decisiones a la luz de sus conocimientos y según los medios disponibles, pero nada impide que posteriormente, ante la existencia de un daño o perjuicio, pueda concluirse (...) que a la vista de aquellos síntomas podría haberse dado otro dictamen y tratamiento que probablemente habría evitado el daño o lo habría podido disminuir”.

En el supuesto ahora examinado -sin obviar la “evolución fatal es excepcional”, la mejoría auscultatoria tras el periodo de observación, la persistencia de normalidad radiológica y la movilización del cuerpo extraño “desde el lóbulo inferior derecho” hacia “una vía aérea principal ocluyendo la misma en su totalidad”- se estima que la probabilidad de un diagnóstico diferencial, referido a la presencia de un cuerpo extraño orgánico que obstruía parcialmente las vías respiratorias ocasionando una persistente hipoventilación pulmonar derecha, hubiera conducido a una vigilancia más intensa y, acaso, a la práctica de la prueba broncoscópica que, no estando exenta de riesgos, hubiera despejado en un grado altamente significativo la obstrucción respiratoria. Aunque los reclamantes centran su imputación en la asistencia prestada en el Hospital “Y” y, por tanto, en la clínica existente durante la estancia en dicho centro, es relevante la evolución mostrada por la paciente tras el alta hospitalaria -con un pico de fiebre, una persistencia de la

hipoventilación pulmonar, tos ocasional y referencia a pequeños vómitos-, que debió abocar a que se extremaran las cautelas y cuidados, procediendo bien a una vigilancia intensa o bien a una nueva una derivación hospitalaria para la práctica de una prueba broncoscópica, ponderándose en las decisiones del servicio la lejanía de la residencia familiar de un centro sanitario idóneo para la eventual atención de urgencia de una obstrucción respiratoria.

SÉPTIMA.- Apreciada la concurrencia de los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, en lo referente a las consecuencias indemnizatorias, y dada la dificultad de cuantificar la valoración diagnóstica en un proceso asistencial tan controvertido como el aquí examinado, tomadas en consideración las distintas circunstancias que confluyen en este supuesto -incertidumbre o dificultad diagnóstica, prestación asistencial continuada, edad de la menor y riesgos asociados a la práctica de la prueba que hubiera despejado la clínica pulmonar que presentaba-, este Consejo estima adecuada una indemnización en la cuantía de 50.000 € para cada uno de los progenitores y de 30.000 € para el hermano de la fallecida, de conformidad con la compensación que puntualmente se fija en el seno del proceso penal (Sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 1 de Oviedo de 11 de diciembre de 2017, estimatoria en primera instancia de los daños aquí analizados).

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, estimando parcialmente la reclamación presentada por, indemnizarles en los términos establecidos en el cuerpo de este 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.-

ANEXO I

“VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA –VOCAL DEL CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS DOÑA MARÍA ISABEL GONZÁLEZ CACHERO AL DICTAMEN MAYORITARIO RECAÍDO EN EL EXPEDIENTE NÚMERO 288/2021

La Consejera que suscribe disiente del texto del dictamen mayoritario aprobado por el Pleno del Consejo Consultivo el día 28 de abril de 2022, que dictamina que “procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, estimando la reclamación presentada indemnizarle en los términos establecidos en el cuerpo de este dictamen” por las razones que se exponen a continuación:

PRIMERO.- CUESTIONES FORMALES

1.- El expediente a que se contrae el presente dictamen tuvo entrada en el Consejo Consultivo del Principado de Asturias con fecha 3 de diciembre de 2021. Se designó Letrada y se atribuyó a quien suscribe la Ponencia.

Con fecha 28 de febrero, y de conformidad con lo dispuesto al artículo 37.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio (en adelante Reglamento), a través de la Presidencia del Consejo, se solicitó documentación para mejor proveer, documentación que tiene entrada en el Consejo Consultivo con fecha 6 de abril de 2021.

Incorporado al expediente la documentación requerida, como Ponente se somete al Pleno de 21 de abril de 2021 proyecto de Dictamen que asumiendo el estudio, preparación y redacción de la Letrada informante se concluye que “no procede declarar la responsabilidad solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por el reclamante”.

En la reunión de Pleno de dicha fecha queda desechado el proyecto no aceptando quien suscribe el cometido de modificar el dictamen por lo que procede, de conformidad con el Reglamento, nombrar una ponencia especial singular como esta Consejera ya ha tenido ocasión de manifestar en la motivación de mi voto en contra frente al Dictamen 151/2021 por el que se acordó la procedencia de revisar de oficio y declarar la nulidad del acuerdo de Pleno de 2 de julio de 2010, por el que se aprobó la adquisición por mutuo acuerdo del Palacio de Valdecarzana.

En efecto, el artículo 31 del Reglamento establece que “los proyectos de dictamen desechados se devolverán a quien hubiera desempeñado la ponencia, si aceptase el cometido. En otro caso, por la Presidencia se nombrará una Ponencia especial que redacte el dictamen y lo presente a una nueva sesión de Pleno”.

Las ponencias especiales se encuentran reguladas en el artículo 39 del Reglamento. En virtud de dicho precepto “de acuerdo con el Pleno del Consejo Consultivo, quien desempeñe su Presidencia podrá constituir ponencias especiales permanentes o singulares. En cada caso, designará a los Vocales que deban formar parte de ella y, cuando no asuma personalmente la presidencia, a quien deba presidirla de entre sus componentes”...En el apartado 3 c), aplicable al caso que analizamos, se contempla la constitución de ponencias especiales singulares “para el estudio y preparación de los asuntos para su despacho

cuando el proyecto de dictamen hubiera sido desechado conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del presente Reglamento”.

En aplicación de dicho precepto resulta necesario, por tanto, de acuerdo del Pleno del Consejo, que la Presidencia proceda a constituir la ponencia especial singular y designe a los Vocales que formen parte de la misma y a su presidencia. Dicha ponencia especial redactará el dictamen “alternativo” y lo presentará a una nueva sesión de Pleno.

Pues bien, en vez de seguir el procedimiento reglamentariamente establecido, lo que hace la Presidenta en el caso que se somete a consideración como ya hiciera en el anteriormente citado (dictamen 151/2021 Palacio de Valdecarzana) es atribuirse el asunto, designarse Ponente, y proponer ella misma el nuevo proyecto de dictamen al Pleno, poniendo en cuestión y desnaturalizando, a mi juicio, el carácter colegiado del órgano y su objetividad.

En consecuencia, y dado que no se ha constituido la ponencia especial singular encargada de redactar el proyecto de dictamen es evidente que el acuerdo por el que se procede a su aprobación ha sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento reglamentariamente establecido.

2.- Por otra parte, y como consta en las actuaciones, el acuerdo por el que se aprueba el proyecto de dictamen 288/2021 tampoco se ajusta a lo establecido en el artículo 23 del Reglamento. El proyecto de dictamen elaborado por la Presidenta se envía a los Vocales el miércoles 27 de abril de 2022 por correo electrónico a las 12 horas 27 minutos para analizarlo en el Pleno que se celebrará al día siguiente a las 10.30 de la mañana en cuya convocatoria, cursada el lunes anterior, había sido incluido. Por tanto, entre la entrega del proyecto de dictamen y la celebración del Pleno no transcurren ni 24 horas lo

que impide, lógicamente, estudiar con rigor y exhaustividad un asunto de tanta trascendencia y que alcanzó gran interés mediático durante la tramitación del proceso penal previo.

La urgencia que, “in extremis”, invoca la Presidencia (artículo 23.1 del Reglamento) como ponente del dictamen estimatorio para su análisis en el Pleno de 28 de abril de 2022 y que trata de justificar en que ya se ha visto por el Pleno en tres sesiones no se ajusta a la realidad y, por tanto, no resulta de aplicación puesto que fue sometido únicamente al Pleno de la semana anterior (21 de abril de 2022) con una fundamentación y una conclusión desestimatoria que había sido puesta en conocimiento de los demás Vocales en tiempo y forma. Así mismo, procede recordar que estamos ante un asunto que se inició en el año 2013 por lo que resulta evidente que no puede calificarse de urgente máxime cuando con ello se hurta a los demás Consejeros de un estudio riguroso del proyecto de dictamen que sorpresivamente se pone en su conocimiento horas antes de ser analizado y aprobado en el Pleno.

SEGUNDO.- CUESTIONES MATERIALES. FONDO DEL ASUNTO

1.- Entiende el dictamen aprobado que en el expediente que se somete a consideración procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, estimando la reclamación presentada indemnizarle en los términos establecidos en el cuerpo de este dictamen.

Frente a dicha conclusión, la Consejera que suscribe mantiene que no procede declarar la responsabilidad solicitada por la razones que obran en el proyecto de dictamen desechado por el Pleno de 21 de abril de 2022 que se da íntegramente por reproducido.

Procede, no obstante, traer a colación y reproducir literalmente en este momento, la consideración jurídica sexta donde se concluye, tras un exhaustivo estudio del expediente administrativo, de las periciales obrantes en el mismo, del proceso penal previo y de las alegaciones de los reclamantes, que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada.

"SEXTA.- Se somete a nuestra consideración la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por los familiares, padres y hermano menor de edad, de una niña fallecida tras haber recibido atención sanitaria tanto por parte de los servicios de atención primaria, como por dos centros hospitalarios públicos de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias.

Resulta acreditado en el expediente el fallecimiento de la paciente, de 18 meses de edad, por lo que resulta indiscutible que los indicados familiares han sufrido un daño moral, cuya precisa valoración realizaremos en el caso de que concurren los requisitos para declarar la responsabilidad pretendida.

Ahora bien, la mera constatación de un daño 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 el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Al respecto, y como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, 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 eventualmente pueda sufrir el paciente con ocasión de la atención recibida, 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 concretos.

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

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

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

En el presente supuesto, los reclamantes exponen, en su escrito inicial, su convicción sobre la necesidad de realizar una broncoscopia, que hubiera evitado el fallecimiento de la niña al permitir detectar el cuerpo extraño (un

grano de maíz) ingerido por ella, y cuya presencia en las vías respiratorias pasó desapercibida, provocando su muerte por asfixia varios días después del episodio inicial de atragantamiento.

En defensa de su pretensión aducen una de las pruebas periciales llevada a cabo en el proceso penal seguido frente a la doctora responsable del alta hospitalaria en el Hospital "Y", centro al que la menor había sido trasladada, a fin de ser examinada, el día 9 de marzo de 2013 – fecha del mencionado episodio inicial de atragantamiento, descrito en los antecedentes-. En concreto, la defendida durante la vista por el médico forense que identifican, perteneciente al Instituto de Medicina Legal de Asturias, al que consideran "único profesional independiente y sin intereses en la resolución del asunto". Señalan que aquél "afirmó con absoluta rotundidad que `con el contexto y los antecedentes clínicos existentes, habría que haberle hecho una broncoscopia a la niña´(...)", "prueba" que "le habría salvado la vida". Citan también los informes emitidos por dicho facultativo los días 23 y 31 de enero de 2014, transcribiendo las conclusiones del primero, y sostienen, con base en los mismos, que concurre "tanto un error de diagnóstico referente a la etiología de la hipoventilación de campo pulmonar", como una "pérdida de oportunidad" al no haberse "practicado la broncoscopia dilatando un proceso sin intervención alguna hasta que finalmente la niña murió", por lo que considera que existió infracción de la lex artis ad hoc. Del segundo informe (de fecha 31 de enero de 2014), los interesados destacan que "el cuadro clínico de la niña (anamnesis y exploración) aportó datos médicos que debieron hacer sospechar la posible existencia de broncoaspiración y derivado de eso la necesidad de una exploración endoscópica".

En las alegaciones formuladas con ocasión del segundo trámite de audiencia aportan un documento que califican como "Protocolo obrante en la página web de la SEUP (Sociedad Española de Urgencias de Pediatría) y la AEP

(Asociación Española de Pediatría) en el año 2013, que, a su juicio, describe “a la perfección las fases que llevaron al fallecimiento de la menor (...)”.

A efectos probatorios, constatamos que la parte reclamante no presenta en este procedimiento de responsabilidad patrimonial diversas publicaciones de “cirugía pediátrica” que sí fueron aportadas por la acusación durante el proceso penal, y respecto de las cuales obra en el expediente un informe específico (folio 344) emitido en relación con las mismas, en el que se concluía su “escasa utilidad real (...) puesto que sus conclusiones ya están referidas en la exposición global de nuestro informe pericial e incluso alguno de ellos incluido en la bibliografía correspondiente”.

El análisis del soporte pericial esgrimido por la parte reclamante exige, como primera observación a realizar respecto a los informes elaborados por los médicos forenses señalados (emitidos en el mes de enero de 2014), la referente a que la propia transcripción que realizan los interesados evidencia, en su literalidad, su formulación en términos de probabilidad. Así, el forense expresa, en el primero de los informes citados, que “siendo tal vez los motivos de la no realización de la broncoscopia diagnóstica en el presente caso: 1. La posible minusvaloración del episodio de atragantamiento – aspiración de cuerpo extraño dado que es referido por los padres a los médicos y no presenciado por los médicos. / 2. La posible minusvaloración clínica de la persistencia de hipoventilación pulmonar derecha, en niña con buen aspecto general y sin signos externos de dificultad respiratoria. / 3. Así como tal vez un error en lo referente a la etiología de esta menor ventilación de campos pulmonares derechos al ser achacado a proceso infeccioso. En todo caso al alta en este último centro asistencial” (en referencia al Hospital ‘Y’) “no se le prescribe ni tratamiento antibiótico ni para tratar la eventual presencia de secreciones en vías respiratorias”. Como “conclusiones médico legales”, alcanza las de “que concurren en el presente caso aspectos médicos que aconsejaban por sospecha de aspiración de cuerpo extraño la práctica de una broncoscopia exploratoria”,

así como la de “que con dicha técnica se podría haber extraído el material broncoaspirado”.

Sin embargo, frente a tales afirmaciones, realizadas en términos de hipótesis, se alza el contenido de los diversos informes periciales presentados tanto por la defensa de la doctora imputada, como por las del Sespa y la aseguradora de la Administración, y suscritos por una especialista en Pediatría; un especialista en Cirugía Pediátrica; un Catedrático de Pediatría de la Universidad de Oviedo (Presidente de la Asociación Española de Pediatría); otro especialista (Presidente de la Sociedad Española de Cirugía Pediátrica), y dos especialistas en Medicina Legal y Forense. Tal circunstancia nos obliga a recordar que, según pero venimos indicando también de forma reiterada (por todos, Dictamen Núm. 56/2019) los informes suscritos por médicos especialistas revisten un cualificado valor probatorio que debe considerarse en caso de confrontación con otros que se hayan incorporado al expediente.

También advertimos en relación con dichos informes que, si bien los interesados oponen, en las alegaciones formuladas con ocasión del trámite de audiencia, que “el informe de los forenses es el único informe libre”, lo cierto es que los peritos de la defensa no fueron recusados durante el proceso penal por la acusación, resultando, además, que todos ellos invocan expresamente el artículo 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus informes, por lo que no cabe objetar la imparcialidad de sus valoraciones y conclusiones.

Sentado lo anterior, resulta que todos ellos son, también, taxativos al afirmar no solo que la actuación fue acorde a la *lex artis*, sino que incluso afirman que la realización de la broncoscopia, “ante el buen estado general en que se hallaba” la menor “y con la clínica que presentaba, era contraria a *lex artis*”, afirmación esta última efectuada (folio 363) por un especialista en Cirugía Pediátrica (y Presidente de la Sociedad Española de Cirugía Pediátrica) en el que concurre, además, la consideración de “especialista en broncoscopia”

(– según recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial, en terminología que consideramos en su acepción de “especializado en broncoscopia”-).

Los informes comparten, además, un detalle en las explicaciones y abundancia en la bibliografía aportada del que carecen los suscritos por el forense, el cual se refiere de forma somera a los riesgos de la prueba controvertida, dato capital cuya omisión subrayan buena parte de los peritos citados.

Tampoco podemos desconocer, en este punto, que la Sentencia de la Audiencia Provincial afirma, con base precisamente en dichos informes, que “en el presente supuesto no resulta acreditado que la actuación de la acusada fuera contraria a la ‘lex artis’”, pues todos los peritos intervinientes coincidían “en sus respectivos dictámenes” en “que el desenlace producido no era previsible y que no había criterios claros para hacer una broncoscopia”.

La imputación realizada se centra en dos aspectos interrelacionados, la valoración del episodio catarral que padecía la menor como responsable de la hipoventilación apreciada durante la estancia hospitalaria, a efectos de realizar la demandada broncoscopia. Cuestión a la que se refieren los reclamantes al citar la mención a “un posible error de diagnóstico en lo referente a la etiología de la hipoventilación de campo pulmonar derecho” que efectúa la Sentencia de la Audiencia Provincial en su fundamento de derecho séptimo.

La controversia resulta especialmente suscitada en las alegaciones formuladas durante el segundo trámite audiencia, en el que los interesados subrayan que la paciente no padecía catarro o bronquiolitis. Pero, al respecto, resulta también que el relato de hechos probados recogido en el antecedente tercero de la Sentencia de la Audiencia Provincial refleja como tales que “entre sus antecedentes personales figura que la menor presentaba un cuadro catarral residual de una bronquiolitis, que había padecido, habiendo seguido tratamiento con” un medicamento mucolítico “durante la última semana”,

apreciación que no cabe desconocer y que corrobora la documentación clínica obrante en el expediente.

Respecto a los antecedentes personales de la menor, resulta de especial interés la explicación proporcionada en el informe pericial emitido por el especialista en Cirugía Pediátrica obrante en el folio 316 y siguientes, en el que se recopilan las consultas realizadas por la menor desde su nacimiento (22, “todas por procesos respiratorios”), “incluyendo 2 por un cuadro respiratorio claro el 17 y 21 de febrero de 2013 (15 días antes de su urgencia vital) y las 6 derivadas del episodio objeto de este juicio)”, considerando que “este proceso respiratorio mantenido ha tenido una trascendencia clínica importante en este caso, al sumarse su sintomatología con la derivada del accidente doméstico”, destacando que se trata de “datos clínicos de gran importancia” que “prácticamente no han sido tenidos en cuenta en el informe médico – forense, centrado fundamentalmente en una visión *ex post y no ex antes* (...)”. En el mismo sentido, la especialista en Pediatría informante (folio 313) refleja que el proceso catarral previo “dificulta no” atribuir la clínica compatible “a la coexistencia de un síndrome disneizante del lactante con posibles tapones de moco que justificarían la presencia de hipoventilación y algunas sibilancias”.

Partiendo del consenso científico acreditado existente sobre que la realización de broncoscopia requiere el cumplimiento de tres criterios (“que el episodio de penetración del cuerpo extraño en la vía aérea esté claramente documentado o, al menos, exista un alto grado de sospecha”; que concurren “signos clínicos o síntomas claramente sugestivos de que se ha producido la aspiración y/o alguno de los signos radiológicos que habitualmente aparecen tras la aspiración de un cuerpo extraño a la vía aérea, como son la hiperinsuflación del hemitórax afecto y la presencia de atelectasias” -informe del especialista en Cirugía Pediátrica y Presidente de la Sociedad Española de Cirugía Pediátrica, folio 360-), y descartada la hipoventilación como sugestiva de presencia de cuerpo extraño por el antecedente catarral, procede efectuar

referencia a otro de los criterios clínicos que los especialistas consideran dudoso, la sospecha de la aspiración, y que en consecuencia interpretan de forma distinta a la realizada por los interesados. Tal y como explican, existe una clara diferenciación entre la constatación presencial del episodio y la sospecha, cuestión que no implica dudar de la versión de los padres, sino que, como bien explica uno de los especialistas informantes (folio 324), constituye “la evidencia del suceso” (según denominación “en la terminología anglosajona”) y, por tanto, se trata de un concepto técnico que otorga un “valor importante a la hora de tomar decisiones terapéuticas graves (junto con el resto de datos exploratorios y de imagen), como sería el decidir realizar una broncoscopia de urgencia”, razonando que “el no haberlo presenciado le resta valor decisorio (puesto que podía no haber pasado a vía respiratoria, sino a digestivo, tras el acceso de tos)”, sin perjuicio de su mantenimiento como “valor de sospecha”, a tener en cuenta junto con los restantes parámetros.

Despejada la cuestión de la valoración del antecedente catarral – sin que ofrezca discusión la falta de concurrencia de los otros dos criterios -, procede prestar especial atención a la naturaleza de la prueba cuya omisión se reprocha. El propio forense informante, cuyo criterio esgrimen los reclamantes, reconoce que la técnica del broncoscopio rígido “no se halla exenta de complicaciones (edema laríngeo, laceración laríngea, hemoptisis, espasmos de vía, bronquiectasias, fístula traqueo – esofágica etc)” (folio 72) y propone al efecto utilizar un broncoscopio flexible para localización y el rígido para extracción. Sin embargo, la lectura de los informes emitidos por los especialistas revela, por una parte, tanto las limitaciones del instrumental de broncofibroscopia disponible en ese centro hospitalario (folio 319) a efectos diagnósticos, como su aptitud para provocar “las complicaciones descritas en el curso de toda broncoscopia (arritmias, sangrado, hipoxemia ...)”. Pero, singularmente, destacan, en base a la literatura científica que citan, las “graves complicaciones” asociadas a la broncoscopia rígida, designada de forma

unánime como técnica de elección para la extracción, complicaciones que llevan aparejada “una mortalidad de entre el 0,2 y el 0,9 %”, e incluso, “entre el 0,80 y el 0,21%”, cifras estas últimas que llevan al perito informante a calificarlo como “el más peligroso de los procedimientos diagnóstico – terapéuticos en Pediatría” (folio 361), y a las que han de añadirse las derivadas de la anestesia requerida para su empleo. Otros cuadros descritos son los de “bradicardia, laringoespasmó, hemorragia, neumotórax, neumomediastino, laceración laríngea, estenosis bronquial o fístula traqueoesofágica”, con cifras variables según los estudios citados. Ello lleva a concluir la “absoluta” justificación de “la actitud de no hacer la broncoscopia”, afirmación que asume el pronunciamiento judicial absolutorio en el orden penal, al declarar la ausencia de “criterios claros para hacer una broncoscopia” (fundamento jurídico séptimo).

Sentado lo anterior, no puede dejar de destacarse también lo extraordinario y fatídico del caso que nos ocupa, cuya “evolución fatal excepcional” y escasez de precedentes reseñan los peritos, al haberse producido la movilización del cuerpo extraño “desde el lóbulo inferior derecho, único dato de su situación a posteriori por la persistencia de hipoventilación en esta zona”, “hacia una vía aérea principal ocluyendo la misma en su totalidad” y produciendo la muerte de forma prácticamente instantánea en ese último momento. En este sentido, destacan como aspectos inusuales la existencia de “mejoría auscultatoria tras el periodo de observación y con tratamiento broncodilatador (en lugar del empeoramiento como se indica en la literatura)”, indicador que “hace disminuir el grado de sospecha de un cuerpo extraño aspirado, incrementando la misma hacia otras causas”, del mismo modo que “la mejoría exploratoria y la persistencia de normalidad radiológica” sugieren una reducción drástica de “la probabilidad de encontrar un cuerpo extraño en la broncoscopia”. Dicha normalidad de las sucesivas placas era relevante no ya porque no mostraran el cuerpo extraño aspirado, sino porque tampoco evidenciaban signos de inflamación, “granulación” o infección derivada de su

alojamiento Por otra parte, y aunque los reclamantes centran su imputación en la asistencia prestada en el Hospital "Y" y, por tanto, en la clínica existente durante la estancia en dicho centro, resulta relevante que la evolución mostrada por la paciente tras el alta hospitalaria se muestra, de acuerdo con la bibliografía médica citada, muy poco compatible con la presencia de un cuerpo extraño endobronquial, siendo además llamativo para los expertos tanto el intervalo de tres días transcurrido entre el alta y el súbito fallecimiento (durante el cual fue valorada en dos ocasiones por un facultativo del Centro de Salud), como el tiempo que media entre episodio inicial y el fallecimiento. Es decir, aunque los reclamantes centren la falta de realización de la broncoscopia en un único momento temporal – el ingreso en el Hospital "Y" –, no cabe desconocer que la aparición de sintomatología adicional durante esos últimos tres días hubiera permitido tomar esa decisión – previa, claro está, la oportuna derivación hospitalaria-.

Debemos, por último, referirnos a la documentación presentada con ocasión del segundo trámite de audiencia, calificada por los reclamantes como "Protocolo obrante en la página web de la SEUP (Sociedad Española de Urgencias de Pediatría) y la AEP (Asociación Española de Pediatría) en el año 2013". Dicho documento, titulado "Cuerpos extraños en la vía respiratoria", fue objeto de un dictamen pericial específico emitido por un Catedrático de Pediatría (Presidente de la Asociación Española de Pediatría), puesto que dicho documento había sido presentado por la acusación durante el proceso penal. En concreto, el dictamen se pronunciaba sobre si la actuación desplegada en el Hospital "Y" había sido "acorde o disonante con el contenido del artículo 'Cuerpos extraños en la vía respiratoria'", elaborado por los mismos autores que el presentado durante el trámite de audiencia, "así como si este documento es un protocolo de obligado cumplimiento o si es considerado un texto orientativo respecto a la atención en la urgencia en los servicios de pediatría". Al respecto, el perito informante afirma que no halla "discordancia alguna entre

el contenido del artículo de revisión” aportado “y la actuación sanitaria” de la pediatra del Hospital “Y” “en el presente caso”. Reseña que dicho “artículo” fue “publicado en 2010 dentro de la serie `Protocolos de Urgencias de la Asociación Española de Pediatría (AEP)`”, y “refleja exclusivamente la posición de sus autores, ya que no ha sido sometido a la preceptiva revisión por pares anónimos e independientes”, siendo su “objetivo”, según “la propia introducción”, “`revisar los problemas derivados de la aspiración de un objeto – cuerpo extraño – y su alojamiento en la laringe, la tráquea o en los bronquios´”, por lo que no puede considerarse una Guía de Actuación Clínica (GAC) de obligado seguimiento. La consideración de GAC exige una metodología específica que no se ha seguido en la serie `Protocolos de la AEP`”. En consecuencia, y al margen de otros aspectos del artículo que el perito discute, no cabe compartir la aplicación al mismo que sostienen los reclamantes.

Atendiendo a todo lo expuesto, este Consejo se suma a la conclusión alcanzada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo en su Sentencia de 11 de enero de 2019, ya transcrita, afirmando que “en el presente caso no resulta acreditado que la actuación de la acusada fuera contraria a la `lex artis´, coincidiendo todos los peritos en sus respectivos dictámenes que el desenlace producido no era previsible y que no había criterios claros para hacer una broncoscopia”. Sin que, en suma, se haya acreditado la existencia de infracción de lex artis en el proceso asistencial seguido por la paciente por el episodio de atragantamiento que culmina con tan fatal desenlace.

Todo lo razonado nos impide apreciar la concurrencia de nexo causal entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público sanitario, por lo que la reclamación debe ser desestimada.”

2.- Entrando a analizar el dictamen aprobado por mayoría, lo primero que cabe destacar es que la conclusión alcanzada, rebasa o supera la imputación efectuada por los propios reclamantes, puesto que no se puede perder de vista

que ésta se centra, únicamente en la realización de la broncoscopia mientras que el dictamen cuestiona la totalidad del proceso asistencial.

Se alude de forma inexacta a la "historia clínica positiva referida a la aspiración/ingestión de un cuerpo extraño", con desconocimiento de la explicación técnica facilitada por uno de los especialistas informantes (folio 324 del expediente), pese a que, incurriendo en incoherencia, se transcribe la misma en reproducción literal del proyecto desechado, que por su interés procede incluir: " Tal y como explican" los especialistas "existe una clara diferenciación entre la constatación presencial del episodio y la sospecha, cuestión que no implica dudar de la versión de los padres, sino que, como bien explica uno de los especialistas informantes (folio 324), constituye `la evidencia del suceso´ (según denominación `en la terminología anglosajona´) y, por tanto, se trata de un concepto técnico que otorga un ``valor importante a la hora de tomar decisiones terapéuticas graves (junto con el resto de datos exploratorios y de imagen), como sería el decidir realizar una broncoscopia de urgencia´, razonando que `el no haberlo presenciado le resta valor decisorio (puesto que podía no haber pasado a vía respiratoria, sino a digestivo, tras el acceso de tos)´, sin perjuicio de su mantenimiento como `valor de sospecha´, a tener en cuenta junto con los restantes parámetros". Tal reproducción ilustra, a mi juicio, de forma ineludible sobre la diferencia entre "sospecha" y "certeza" de aspiración, que el dictamen aprobado desconoce.

Alcanzada tal conclusión, resulta igualmente imprecisa y genérica la afirmación sobre la "omisión de la práctica de una broncoscopia, en uno u otro momento del proceso asistencial", que destaca el proyecto aprobado frente a la absoluta determinación que realizan los reclamantes de cuál consideran era el momento necesario para ello (durante el ingreso en el Hospital "Y"), abocando, en definitiva, el supuesto a una cadena de hipótesis inciertas. Recuérdese a este respecto que ya en el apartado primero de la reclamación se indica claramente

lo siguiente: "los dicentes son padres y hermanos de la menor quien resultó fallecida el día 14 de marzo de 2013, en su domicilio, al haber sido dada de alta los días previos sin haber procedido a la práctica de una broncoscopia y por tanto con un cuerpo extraño en el interior de las vías respiratorias"

En definitiva, considera quien suscribe que el dictamen va mucho más allá de la reclamación formulada en vía administrativa puesto que examina e imputa genéricamente responsabilidad a la Administración sanitaria "por los sucesivos servicios intervinientes", por "la asistencia dispensada en su conjunto" cuando, se insiste, solo se reclama por no haber practicado la broncoscopia en el ingreso en Hospital "Y". El propio dictamen reconoce expresamente esa extralimitación cuando dice, textualmente, en la pagina 31 lo siguiente; "aunque los reclamantes centran su imputación en la asistencia prestada en el Hospital `Y` y, por tanto, en la clínica existente durante la estancia en dicho centro....".

El Consejo Consultivo se extralimita, por tanto, al añadir una tesis nueva a la imputación de los reclamantes, vulnerando, a mi modo de ver, todos los principios de responsabilidad patrimonial puesto que se propone indemnizar por una imputación genérica creada ex novo por el propio Consejo a todo un proceso asistencial y no determinar de forma indubitada en qué momento se produjo el daño individualizado creando una relación de causalidad ficticia entre el genérico proceso asistencial y el fallecimiento de la menor. Así pues, esa construcción genérica de la imputación que hace el dictamen aprobado con la única finalidad de estimar la responsabilidad solo puede calificarse de una opinión infundada puesto que carece de toda prueba sustentada en informes técnicos que obran en el expediente.

A mayor abundamiento, considera quien suscribe que el proyecto aprobado mayoritariamente trata de basar su conclusión estimatoria en la apreciación de un error diagnóstico que no se fundamenta en criterio técnico alguno.

En efecto, se afirma (página 22) la existencia de “error diagnóstico” “en lo referente a la etiología de la hipoventilación de campo pulmonar derecho” – expresión aparentemente tomada en su literalidad de la formulada, en términos exclusivamente probabilísticos, por la Sentencia de la Audiencia Provincial obrante en el expediente- y no argumenta con criterios científicos o técnicos tal afirmación.

Por otra parte, llama especialmente la atención el razonamiento expuesto (página 24) en cuanto a la necesidad de prescripción de medicamentos para el tratamiento del calificado, según el relato de hechos probados recogido en el antecedente tercero de la Sentencia de la Audiencia Provincial, “cuadro catarral residual de una bronquiolitis, que había padecido” la menor, quien había “seguido tratamiento con” un medicamento mucolítico “durante la última semana”.

Aparentemente, tal deducción podría haberse extraído a partir de un mención del informe forense (folio 65) que, en términos hipotéticos, planteaba que “tal vez los motivos de la no realización de la broncoscopia” fueron, entre otros, el de que “tal vez” (existió) “un error en lo referente a la etiología de esta menor ventilación de campos pulmonares derechos al ser achacado a proceso infeccioso. En todo caso al alta en este último centro asistencial no se le prescribe ni tratamiento antibiótico, ni para tratar la eventual presencia de secreciones en vías respiratorias (mucolíticos)”. Pero lo cierto es que en el dictamen aprobado no aclara el fundamento técnico de este razonamiento, sin que la propia parte reclamante enuncie un argumento semejante, que debe

rechazarse tanto por la ausencia de soporte científico que la sustente – en un procedimiento dotado de abundante material probatorio- como por no ajustarse a la práctica habitual en menores de edad con clínica respiratoria, de frecuente abordaje a través de broncodilatadores como los que fueron administrados a la menor (a mayor abundamiento, no se alcanza a comprender la mención a la prescripción de “antibiótico” dada su limitación de uso a infecciones de origen bacteriano). Por tanto, la afirmación de que “de haberse asociado la hipoventilación con un proceso catarral lo consecuente hubiera sido la administración de algún tratamiento del mismo” resulta contraria a los hechos, pues sí existió tratamiento adecuado para aquella manifestación clínica; de hecho, y en apreciable incongruencia, así se recoge en el propio dictamen en la página 26.

Tampoco posee, a mi modo de ver, un mínimo respaldo argumental la afirmación de que “la posible existencia de un proceso catarral en la menor como causa explicativa de la hipoventilación pulmonar derecha no concuerda ni con el motivo de la consulta en las dos primeras asistencias sanitarias” “ni con la asistencia prestada en el Hospital ‘Y’”, pues claramente desconoce la influencia del episodio de atragantamiento en la adopción de tales decisiones.

3.- Finalmente, y como argumento de gran relevancia, debe destacarse que el dictamen aprobado carece de toda fundamentación técnica pues se basa exclusivamente en un informe médico forense de 23 de enero de 2014, y omite prácticamente en su totalidad cualquier referencia a los emitidos por especialistas en Pediatría, que destacan por su detalle y en los que se basa, precisamente, el sentido desestimatorio del proyecto desechado. En este sentido, llama la atención la referencia a “las conclusiones contundentes del examen forense”, sin mención alguna a las conclusiones contundentes de los

restantes peritos y su cualificado valor probatorio según reiterada doctrina de este Consejo.

Pese a que el dictamen aprobado se alude a la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a que las periciales obrantes en el proceso penal pueden tener eficacia de prueba documental en el procedimiento administrativo así como que los hechos declarados probados en el proceso penal constituyen base fáctica inexcusable para la resolución del expediente, en reconocimiento de la primacía de ese orden jurisdiccional, lo cierto es que no tiene en cuenta el conjunto de las periciales obrantes en el expediente y se limita a fundamentar todo su estimación en un único informe desechando todos los demás.

En efecto, a quien suscribe le parece especialmente grave y relevante que no se tenga en cuenta la inequívoca afirmación recogida en el folio 363 del expediente, realizada por un especialista en Cirugía Pediátrica (y Presidente de la Sociedad Española de Cirugía Pediátrica) en el que concurre, además, la consideración de “especialista en broncoscopia” (– según recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial, en terminología que consideramos en su acepción de “especializado en broncoscopia”-), perito que sostiene que la realización de la broncoscopia, “ante el buen estado general en que se hallaba” la menor “y con la clínica que presentaba, era contraria a lex artis”. Ello implica que el proyecto aprobado sustente, paradójicamente, una suerte de “pérdida de oportunidad” en el seguimiento de la lex artis, abocando a una extraña construcción carente, a mi modo de ver, de todo rigor técnico apoyándose en afirmaciones sobre la existencia de “un examen conjunto de las periciales obrantes en el expediente” o la de que la minusvaloración del cuadro clínico se deduce “apreciadas las diversas periciales en su conjunto” sin que se haga referencia a la totalidad de los informes obrantes y la consecuente omisión de las detalladas explicaciones que ofrecen algunos de ellos.

De forma específica, resulta reseñable y sorprendente la utilización del contenido del informe del forense y el silencio sobre su “formulación en términos de probabilidad”. Así, debe destacarse que pese a su literalidad (en la que se alude en todo momento a “la posible minusvaloración del episodio del atragantamiento”, a la “posible minusvaloración clínica de la persistencia de la hipoventilación pulmonar derecha” y a la existencia “tal vez” de un “error en lo referente a la etiología de esta menor ventilación”), el dictamen aprobado transforma tales hipótesis en certezas pese a la ausencia de sustento técnico adicional. Con carácter residual, tampoco puede dejar de reprocharse una sucinta y superflua mención a la existencia “dos tipos de bronoscopios”, que contendría el informe forense, sustrayendo a la autoridad consultante el dato de que existían “limitaciones del instrumental de broncofibroscopia disponible en ese centro hospitalario (folio 319) a efectos diagnósticos”, así como “su aptitud para provocar `las complicaciones descritas en el curso de toda broncoscopia (arritmias, sangrado, hipoxemia ...)`”.

No se puede compartir de ningún modo la circunstancia de que el dictamen aprobado no tenga en cuenta las referencias de los especialistas informantes cuando destacaban “en base a la literatura científica que citan, las `graves complicaciones` asociadas a la broncoscopia rígida, designada de forma unánime como técnica de elección para la extracción, complicaciones que llevan aparejada `una mortalidad de entre el 0,2 y el 0,9 %`, e incluso, `entre el 0,80 y el 0,21%`, cifras estas últimas que llevan al perito informante a calificarlo como `el más peligroso de los procedimientos diagnóstico – terapéuticos en Pediatría` (folio 361), y a las que han de añadirse las derivadas de la anestesia requerida para su empleo”, elemento de juicio que solo someramente contempla en el dictamen aprobado cuando se refiere de forma genérica a “los riesgos asociados a la práctica de una broncoscopia”, sin detalle alguno sobre su peligrosidad, crucial en el parecer técnico de los especialistas.

Frente a la construcción que efectúa el dictamen aprobado, lo cierto es que del expediente se colige, sin lugar a dudas y así lo manifiesta la Audiencia Provincial, que todos los facultativos que han declarado y que tienen un conocimiento directo de los hechos por haber intervenido y reconocido en algún momento a la menor o por haber examinado las pruebas radiológicas, así como todos los especialistas en cirugía pediátrica y en pediatría que han comparecido en la vista ratificando los informes periciales obrantes en autos sometidos a contradicción en el plenario coinciden en que no se incurrió en vulneración de la "lex artis" ya que no había criterios claros para hacer una broncoscopia, dado que la clínica que presentaba la paciente no era la sintomatología habitual de un cuadro de aspiración de cuerpo extraño en vía aérea, destacando que del estado clínico y radiológico de la menor durante su ingreso en el Hospital "Y" y la evolución que cursó durante el tiempo que estuvo en observación, no existían síntomas ni signos externos que avalaran la presencia de un cuerpo extraño a nivel bronquial y que hiciera aconsejable la realización de una broncoscopia al tratarse de una prueba invasiva que puede originar graves complicaciones, máxime siendo la paciente una menor de los años, lo que aumentaría el riesgo".

En definitiva, y a mi juicio, se ha empleado todos los medios adecuados para el diagnóstico y tratamiento de la menor habiéndose actuado, en todo momento, con la diligencia debida y conforme a la "lex artis" sin que la teoría sobre la "pérdida de oportunidad" que construye el proyecto de dictamen pueda ser aplicable al caso que se somete a consideración.

4.- El dictamen mayoritariamente aprobado finaliza con una cláusula indemnizatoria sorprendente que no puede ser compartida por quien suscribe. Resulta, a mi juicio, totalmente desacertado prescindir de realizar una

valoración específica del daño consistente, parece ser, en una pérdida de oportunidad aunque matizada para, posteriormente, copiar la indemnización acordada por el Juzgado de instancia en un procedimiento penal en el que se condenaba por un homicidio imprudente por imprudencia grave profesional, condena que fue revocada por la Audiencia Provincial en el correspondiente recurso de apelación.

Es evidente que, pese a lo que se indica en la cláusula séptima, el dictamen no valora el daño que considera provocado por la supuesta pérdida de oportunidad tomando en consideración las distintas circunstancias que concurren en el supuesto que se somete a consideración y “tratando la pérdida de oportunidad como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido”, puesto que fija la indemnización en la cuantía reseñada por el Juzgado que aludía a una clara vulneración de la lex artis por ser ésta uno de los elementos que integran el tipo penal junto con la inobservancia del deber objetivo de cuidado, conducta negligente por falta de previsión para evitar el resultado producido

En definitiva, resulta evidente que la cuantía de indemnización que se propone carece de la mínima objetividad, se contradice con todo lo manifestado en el cuerpo del dictamen respecto a lex artis y la supuesta o aparente pérdida de oportunidad y, en fin, se aparta, por completo, de los criterios que sigue el Consejo Consultivo para cuantificar las indemnizaciones.

En base a lo expuesto queda formulado el presente Voto Particular, contrario a la estimación de la reclamación de responsabilidad planteada, en coherencia

con lo argumentado en la sesión plenaria del Consejo Consultivo que aprobó el dictamen y con el máximo respeto a la opinión del resto de los vocales.”

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ANEXO II

Dictamen Núm. 89/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
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 12 de mayo de 2022, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente acuerdo en relación con el voto particular formulado en el expediente núm. 288/2021:

“Visto el informe de la Secretaría General expresivo del pleno cumplimiento por el Consejo Consultivo de las normas de procedimiento en el expediente referido, el Pleno asume por unanimidad de sus miembros presentes las consideraciones de ese informe e insta a la autora del voto particular a que retire del mismo el apartado de ‘cuestiones formales’ en el que se reprocha la omisión del procedimiento reglamentariamente establecido para la emisión del dictamen.

Asimismo (...), se acuerda la notificación inmediata por medios electrónicos del presente Acuerdo a fin de que en el plazo de cinco días hábiles, comunique al Secretario General su decisión al respecto. Transcurrido dicho

plazo, de no haberse atendido la solicitud de rectificación, se acuerda la incorporación a la certificación que ha de remitirse a la autoridad consultante de la certificación de este Acuerdo, por el que el Pleno suscribe en su totalidad el informe de la Secretaría General que deja constancia del pleno cumplimiento del procedimiento en la emisión del dictamen.”

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º
LA PRESIDENTA,