

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima

C/ Génova, 10 - 28004

33009750

NIG: 28.079.33.3-2010/0145895



Procedimiento Ordinario 38/2010

Demandante: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA

LETRADO: ÁLVARO SARDINERO GARCÍA

Demandado:

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

SENTENCIA Nº 864/13

Presidente:

D./Dña. Mª DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

D./Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D./Dña. Mª JESUS VEGAS TORRES

D./Dña. CARMEN ALVAREZ THEURER

En la Villa de Madrid a cuatro de diciembre de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo número 38/2011 seguido ante la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interpuesto por don..., en su propio nombre y en nombre y representación de su hijo menor, representados por la Procuradora doña **Paloma Solera Lama** y dirigidos por el Letrado don **Álvaro Sardinero García**, contra la desestimación, por silencio administrativo, de reclamación de responsabilidad patrimonial.

Ha sido parte demandada, representada y dirigida por la Letrado de sus Servicios Jurídicos doña representada por el Procurador don Francisco José Abajo Abril y dirigida por el Letrado don Ramiro Nieto Santiago.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso contencioso administrativo, se reclamó el expediente administrativo y siguiendo los trámites legales se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que hizo alegación de los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y terminó solicitando que se dictara sentencia declarando la responsabilidad patrimonial, y condenándola a indemnizar a los recurrentes en la cantidad de 480.000 euros, más intereses desde la fecha de la reclamación administrativa, por los daños y perjuicios sufridos, con imposición de costas.

SEGUNDO.- contestaron y se opusieron a la demanda de conformidad con los hechos y fundamentos que invocaron, terminando por solicitar que se dictara sentencia que desestimara el recurso contencioso administrativo.

Habiéndose recibido el proceso a prueba, se practicaron los medios probatorios propuestos y admitidos con el resultado que obra en autos, presentando posteriormente las partes sus respectivos escritos de conclusiones.

TERCERO.- Finalizada la tramitación del proceso, se señaló para votación y fallo del recurso el día 17 de abril de 2013, fecha en que se acordó la práctica de diligencias finales. El nuevo señalamiento se efectuó para el día 20 de noviembre de 2013, fecha en que tuvo lugar la deliberación y fallo.

En la tramitación del proceso se han observado las reglas establecidas por la Ley.

Ha sido Magistrado Ponente doña Francisca María Rosas Carrión, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don, en su propio nombre y en nombre y representación de su hijo menor, han interpuesto el presente recurso contencioso administrativo contra la desestimación, por silencio administrativo de la Comunidad de Madrid, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 20 enero 2009, solicitando una indemnización de 320.000 euros, por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su respectiva hija y hermana, de 14 años de edad, por mala praxis del y de la Pediatra de su Centro de Salud, entre los días 31 de mayo y 9 de junio 2008.

En el escrito de demanda solicitan los recurrentes una indemnización de 480.000 euros con base en las siguientes alegaciones fácticas:

El día 31 mayo 2008 la menor acudió al Servicio de Urgencias aquejando un fuerte dolor de cabeza –que se había iniciado días antes pero que se hizo más intenso en ese día- y dolor de espalda, cuello rígido, vómitos, manchas rojas en el cuerpo, y adormecimiento de los brazos y las piernas.

En el hospital se le hizo una mínima exploración física, sin exploración neurológica, así como una radiografía, concluyéndose que presentaba probable migraña y escoliosis.

El 1 de junio de 2008, habían empeorado los síntomas y la paciente presentaba una importante parestesia en el cuerpo derecho, por lo que, la volvieron a llevar al Servicio de Urgencias, donde se llevó a cabo un TAC craneal que no mostró alteraciones.

Tampoco en esta ocasión se llevó a cabo una exploración neurológica ni se valoró el caso por el Servicio de Neurología, dándose el alta sin diagnóstico, al no haberse determinado el origen de la intensa cefalea y de la parestesias, náuseas y vómitos, ni el origen del dolor y de la rigidez en el cuello.

El 2 de junio, permanecía en idéntica situación y, como tenía cita con su Pediatra del Centro de Salud, le explicó los síntomas sin que la Pediatra la explorarse, limitándose a solicitar una analítica para investigar el origen de la cefalea.

El día 3 de junio la Pediatra solicitó los resultados analíticos sin observar ninguna anomalía, aunque, pese a que ya era evidente que padecía una patología grave que requería actuación y tratamiento urgentes, no la remitió a ningún centro hospitalario.

El día 5 de junio, la paciente se encontraba encamada y sin posibilidad de moverse; ante estas circunstancias, la madre acudió a la Pediatra solicitando que fuera a verla o que enviaran una ambulancia, a lo que la Pediatra no accedió.

A las 16:15 horas, cuando su padre regresó al domicilio familiar, se encontró a su hija postrada en la cama, con mayor rigidez de cuello y nuca, desviación de la comisura bucal, caída del párpado, parálisis en el ojo y hemicara derecha, con intensísimo dolor de cabeza y con la zona cervical rígida, por lo que la llevó de nuevo al Servicio de Urgencias del, donde a su ingreso se determinó una situación grave.

El informe de Urgencias describe una cefalea intensa craneal, adormecimiento de extremidades inferiores, parálisis del lado derecho de la cara, desviación de comisura labial derecha y decaimiento intenso; presentaba una leucocitosis de 19.000.

Se le efectuó un TAC craneal y una punción lumbar y, a la vista de que no mejoraba, a las 21 horas se la derivó a la UCI.

El día 6 de junio entró en coma. El diagnóstico fue de encefalitis aguda diseminada con edema cerebral, el cual quedó evidenciado en TAC craneal de 7 de junio. Entonces diagnóstico ya era de muerte encefálica.

El día 9 de junio de 2008 falleció con un diagnóstico de: encefalomiелitis aguda diseminada vs. variante atípica de polineuropatía desmielinizante inflamatoria aguda.

Se afirma en la demanda la existencia de los siguientes actos médicos reprochables:

Indebidas altas médicas los días 31 de mayo y 1 de junio, al no haberse efectuado una exploración neurológica adecuada e infravalorado el cuadro clínico.

Actuación negligente de la Pediatra, cuya desidia y falta de preocupación permitió el avance de la enfermedad, no habiendo explorado a la paciente ni remitido inmediatamente a un centro hospitalario.

Denegación de asistencia médica domiciliaria injustificada por parte de la Pediatra el 5 de junio de 2008, que tampoco puso los medios para que la paciente fuera trasladada en ambulancia a un hospital.

Demora diagnóstica y terapéutica inexcusable por haberse efectuado una exploración neurológica tardía, al no haberse llevado a cabo hasta el ingreso de 5 de junio de 2008, lo que permitió el avance de la enfermedad.

Ausencia de diagnóstico diferencial en esa valoración neurológica, porque la paciente presentaba síntomas propios de varias patologías graves, que se dejaron evolucionar, por lo que la enfermedad continuó avanzando hasta que provocó el fallecimiento.

Con base en lo anteriormente expuesto y afirmando que en el caso concurren los presupuestos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, los recurrentes solicitan en la demanda una indemnización de 480.000 euros, argumentando que esa cantidad se ha determinado por el fallecimiento de la paciente y daños morales complementarios, dadas las circunstancias del caso y, en especial, sufrimiento ocasionado la familia, que convivía en el mismo domicilio, no sólo por el fallecimiento sino también por la forma en que se produjo, con todo el desgaste y el dolor que ello conllevó, haciéndose indicación asimismo de que, a efectos de la indemnización, se ha tenido en cuenta, de forma orientativa, el baremo de la Ley de Tráfico, así como en la cantidad solicitada se ha desglosado de la siguiente forma: a cada uno de los padres: 160.000 euros en total 320.000 para los mismos; al hermano menor de 160.000 euros.

han solicitado la desestimación del recurso contencioso administrativo, si bien la codemandada se opone, en cualquier caso, a la pluspetición indemnizatoria contenida en la demanda respecto de lo solicitado en vía administrativa, por considerar que esa variación comporta un hecho nuevo, tesis que la Sala no comparte por cuanto que no se está ante un elemento fáctico no alegado en la reclamación administrativa ni ante una pretensión no recogida en la misma, sino en presencia de un elemento accidental de la pretensión formulada a la Administración en su momento –cuyos elementos constitutivos esenciales son la solicitud de indemnización de los daños y perjuicios causados por mala praxis en la asistencia sanitaria prestada que puede quedar inicialmente indeterminada y mantenerse así a lo largo del proceso, hasta el punto de que el artículo 65.3 de la Ley de esta Jurisdicción permite al demandante pedir, en el acto de la vista, o en el escrito de conclusiones, solicitar que la sentencia formule pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios de cuyo resarcimiento se trate, si constasen ya probados en autos, de manera que

es jurídicamente admisible que dicha determinación quede incluso diferida a la fase de ejecución de sentencia.

SEGUNDO.- Para resolver las cuestiones litigiosas planteadas en este proceso conviene recordar que el artículo 106.1 de la Constitución Española dispone que los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; esta previsión constitucional tiene su desarrollo normativo en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el que se establece: *"1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (...)"*.

En interpretación de esta normativa en asuntos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de asistencia sanitaria, la doctrina jurisprudencial -por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008- tiene declarado que *<<(…) el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no impide que para su exigencia, como señala la sentencia de 7 de febrero de 2006, sea imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. A tal efecto, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración (Ss. 14-10-2003 y 13-11-1997). La concepción del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que se mantiene por*

la parte recurrente no se corresponde con la indicada doctrina de esta Sala y la que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, según la cual: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar" (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003)>>.

Se ha de precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la "lex artis" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico – sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, con cita de la de 22 de diciembre de 2001-.

En el mismo sentido, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012 se declaraba:

"(...) debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios

razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004 , con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año).

Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la lex artis (...)".

Por último, dado que en la demanda se acciona por la pérdida de la oportunidad de haber evitado el fallecimiento de la menor mediante el oportuno diagnóstico y tratamiento de la enfermedad que padecía, conviene citar también la doctrina declarada, entre muchas otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero y de 3 de diciembre de 2012, en las que, remitiéndose a la de 27 septiembre de 2011, se recuerda que aquélla definía la doctrina de la pérdida de la oportunidad en los siguientes términos:

<<Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009:

"La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose 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. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad

de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente". (FD 7º)>> .

También la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008 se refería a la doctrina de la pérdida de la oportunidad por indebido retraso en dispensar al paciente, en las mejores condiciones posibles, el tratamiento que necesitaba, lo que le privó de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud; en ella se declaraba que *“(…) esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la «pérdida de oportunidad» [sentencias de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01, FJ2º) y 26 de junio de 2008 , ya citada, FJ6º], constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una «falta de servicio»”.*

TERCERO.- Tal y como se desprende de los términos en que se ha planteado el debate, y puesto que, frente a lo sostenido por los recurrentes, sostienen la correcta actuación de los servicios sanitarios públicos, resulta preciso determinar si en este proceso se ha acreditado el defectuoso funcionamiento de dichos servicios por no haber empleado los medios debidos y a su alcance para diagnosticar y tratar la enfermedad de y evitar su muerte, para lo cual hemos de examinar los elementos probatorios aportados al proceso y valorarlos en su conjunto y según las reglas de la sana crítica -puesto que en nuestras leyes procesales no rige el principio de prueba tasada-, y efectuar dicha valoración a la luz de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al que corresponde a la parte demandante *“la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”*, y corresponde a la parte demandada *“la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”*, si bien ha de

señalarse que las precitadas reglas generales han de matizarse al hilo de lo dispuesto en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se *“deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”*.

Precisamente, este es un caso en que la parte actora sostiene, tanto en el escrito de conclusiones como en el de alegaciones a las diligencias finales, la procedencia de alterar las mencionadas reglas sobre la carga de la prueba, al haberle impedido la Administración el acceso a los elementos probatorios que los recurrentes necesitaban para acreditar los presupuestos fácticos de la acción.

Pese a lo acontecido en el proceso, la Sala no comparte esta opinión, por las siguientes razones:

El expediente administrativo se remitió en dos documentos electrónicos sucesivos y complementarios, en los que no obra informe de la Inspección Sanitaria, que declinó su emisión por razones de organización interna, pero sí un informe que, ante tal circunstancia, la Comunidad de Madrid solicitó a una consultora privada.

Por escrito presentado en el Registro General el 7 de junio de 2010, los recurrentes solicitaron la ampliación del expediente administrativo, en concreto que se aportaran: Placas de imagen; TAC craneal; RMN; y resto de placas de imagen.

Se accedió a la ampliación solicitada mediante providencia de 14 de junio de 2010.

En cumplimiento de la misma el Servicio de Salud, mediante oficio datado el 22 de septiembre de 2010, aportó la documentación reclamada añadiendo: *“Dado que las placas imagen, el TAC craneal, RMN y el resto de placas de imagen son documentos originales, rogamos la devolución de las mismas para que el Hospital pueda proceder a su archivo”*.

Obra en autos diligencia de ordenación de 4 de octubre 2010 que comienza así: *“Recibido complemento del expediente solicitado, únase a los autos de su razón (...)”*, y en ella se acordó emplazar a la parte actora para que formalizara la demanda en el tiempo que le restaba.

A continuación, aparece en el procedimiento una diligencia de entrega a la Procuradora señora Solera Lama, cuya fecha es de 8 de octubre, en la que se recoge que *“le*

hago entrega del expediente administrativo presentado en su día (...)”; al haberse remitido posteriormente otra parte del expediente administrativo en soporte digital, se le entregó a la dictada Procuradora con fecha de 18 de octubre, para que formalizara la demanda en el tiempo que quedaba.

En ninguna de esas diligencias, ni tampoco en el escrito de demanda, se hace protesta, ni mención, de que a la parte actora no se le hubiesen entregado las placas de imagen, el TAC craneal, la RMN y el resto de placas de imagen objeto del complemento del expediente administrativo que la misma parte actora había reclamado. Cuando ésta devolvió el expediente administrativo y se dio traslado del mismo a la Comunidad de Madrid para que contestara a la demanda, la Administración demandada tampoco opuso objeciones a lo entregado. Y lo mismo aconteció con el traslado para el mismo trámite, siendo de significar, no obstante, que en autos no aparece ninguna diligencia verificando el contenido del expediente administrativo devuelto por cada una de las partes.

Con motivo de que en el informe pericial emitido a propuesta de la parte actora se hacía mención de la circunstancia de no haber dispuesto de dos pruebas de TACs, aunque sí de sus respectivos informes, y como quiera que ello guardaba cierta relación con algún extremo de su dictamen, y que el perito designado por la codemandada tampoco las había mencionado en el apartado de fuentes de su informe, la Sala acordó la práctica de diligencias finales para que les entregaran a los peritos las placas de imagen, TAC craneal, RMN y resto de placas de imagen correspondientes a las pruebas diagnósticas que se le efectuaron, a fin de que, a la vista de ellos, ratificaran, ampliaran o modificaran sus respectivos dictámenes.

Ello no fue posible porque, cuando el día 16 de mayo de 2013, compareció en Secretaría el perito judicial, don ...manifestó que: *“una vez examinadas las placas que obran adjuntas al presente procedimiento, comprueba que no se encuentra ninguna placa de TAC ni de resonancia magnética (solamente son placas de ecografía) de ninguna de las fechas cuyo resultado sí se halla en los respectivos informes del expediente administrativo, en base a los cuales se realizó por el dicente el informe pericial”*.

A la vista de lo anterior el día 21 de mayo de 2013, la Sala acordó remitir un oficio al Servicio de Salud para que se remitiera los TACs y la resonancia magnética, reiterando el oficio el día 3 de julio.

Con fecha de entrada en el Registro General de 26 de septiembre, el Servicio de Salud remitió un oficio contestando que “las pruebas originales remitidas a la Sala en aquel 22 de septiembre de 2010 incluían las dos ahora solicitadas, como demuestran no sólo la remisión que nos había hecho a este Servicio el Hospital el 2 de agosto de 2010, detallando el contenido de los remitido, sino también nuestro propio oficio de 22 de septiembre de 2010 al Tribunal, que también detallaba que ambas se encontraban entre los placas originales que se mandaba (les adjuntamos copia de los dos oficios de remisión citados)”, con lo cual la Sala dio por concluidas las diligencias finales, previa solicitud de alegaciones a las partes.

Por todo lo expuesto, concluimos que en caso presente no puede considerarse acreditado que la Administración demandada haya distraído elementos probatorios, porque las actuaciones no lo revelan así, sin que, en consecuencia, proceda alteración de la carga probatoria dado que, a estas alturas del proceso, no puede descartarse que los TACs y la RMN hayan podido ser extraviadas por cualquiera de las partes o por este órgano jurisdiccional.

CUARTO.- En este proceso, y a instancia de la parte actora, se ha practicado prueba pericial judicial. El perito insaculado, Doctor don ..., es Médico Especialista en Neurología, en Medicina Interna y en Pediatría, y presentó su informe en el Registro General de esta Sala el 9 de julio de 2012.

En el apartado de fuentes documentales clínicas, además de reflejar las utilizadas, el perito judicial efectúa una detallada relación de los datos más importantes de la historia clínica, que consideramos conveniente tener en cuenta a los efectos de dilucidar que aconteció exactamente entre los días 31 de mayo a 9 de junio de 2008, por lo que se transcribe a continuación:

“3. FUENTES DOCUMENTALES

a. Clínicas

•31/05/08. 22h31. Informe de urgencias. Hospital. "...desde hace 7 días presenta cefalea periorbitaria D (derecha) pulsátil con nauseas que mejora con paracetamol y con el sueño. También tiene dolor periescapular derecho mecánico y dolor cervical y dolor de

espalda... PPCC (pares craneales) normales, meníngeos (-), fuerza, tono y sensibilidad normal. Marcha normal Rx senos paranasales (normal). Diagnóstico: Probable Migraña. Escoliosis. Ibuprofeno 400 mg/8h. control por su MDP (medico de primaria) y neurólogo de zona. Si empeora volver".

•01/06/08. 09h55. Informe de urgencias. Hospital. "... cefalea periorbitaria y hemicraneal derecha... esta noche nauseas y vómitos. Esta mañana parestesias en hemicuerpo derecho... exploración neurológica: Glasgow 15, PC (pares craneales) normales, fuerza y sensibilidad normal, no signos meníngeos, Romberg (-), no disimetría, ni disidiadocinesia... solicito TAC craneal: sin alteraciones intracraneales agudas... cefalea probablemente migrañosa, sin datos de potencial urgencia en el momento actual con TAC normal...

•02/06/08. (136) Centro de salud "Cefalea desde hace 15 días hemicraneal dcha hacia occipital con vómitos... aunque apenas come... ayer TAC craneal normal... sibelium... neobrufen..."

•03/06/08. (136) Centro de salud. "ha dormido bien al parecer desde ayer sin vómitos, aunque hoy tenía un examen y no ha ido así como analítica. cito para mañana recoger resultados".

•05/06/08. 16h25. Informe de urgencias. "... se queja de cefalea hemicraneal derecha... desde hace 3 días... parestesias en hemicuerpo derecho... adormecimiento de ambas piernas... se queja que no puede mover el lado derecho de la cara... se queja de decaimiento intenso y no poder permanecer en pie... SNC: pupila derecha midriática sin responder a la luz. Comisura labial derecha desviada hacia el mismo lado. Parálisis de la musculatura del tercer par con ptosis palpebral... hiporreflexia patelar izda... no babinski... Hemograma: leucocitos: 19400. Neutrofilos 86,9%..."

18h50: reevaluada, se queja de dolor lumbar, cefalea moderada y rash cutáneo eritematoso... SNC: aparece rigidez de nuca marcada con Kernig y Brucinski (+). Se pide TAC craneal para descartar hipertensión intracraneal y realizar PL (punción lumbar)... TAC: sin hallazgos significativos... sistema ventricular ligeramente prominente... punción lumbar: aumento de presión. Líquido... (resto ilegible)

•05/06/08. TAC craneal. Hospital "... sin hallazgos significativos ni cambios valorables con respecto al TAC craneal previo del 01/06/08..."

•06/06/08. RNM craneal y medular. Hospital. "...ventriculomegalia tetraventricular... a nivel intracraneal se aprecia afectación leptomenígea de forma segmentaria con realce nodular de las cisternas... múltiples lesiones intramedulares con afectación leptomenígea en canal raquídeo y craneal... dada la evolución habría que descartar que se trate de un proceso infeccioso-inflamatorio (encefalomielitis aguda diseminada con leptomeningitis, TBC (tuberculosis) u otras sarcoidosis..."

•07/06/08. TAC craneal. Hospital. edema cerebral difuso el IV ventrículo se encuentra colapsado, al igual que la cisterna magna (no observados en el estudio) y compresión del III ventrículo y laterales. Comparativamente con TAC previo de 5 de Junio se comprueba la reducción de tamaño por compresión..."

•09/06/08. Informe de UCI. Hospital. Exitus. "Ingreso 06/06/08. ... acude de nuevo a urgencias la tarde del 05/06/08... cefalea holocraneal con predominio en el lado derecho, midriasis derecha arreactiva con parálisis de la musculatura ocular dcha e hiporreflexia generalizada... TAC craneal sin cambios respecto al del 01/06/08... leucocitosis de 19000... se realiza nueva exploración neurológica, con empeoramiento desde su llegada, alternando somnolencia con agitación motriz y rigidez de nuca... se realiza punción lumbar: presión subjetivamente elevada, glucosa 55mgr/dl, proteínas 85mgr/dl. Hematíes 350, leucocitos 0. Exploración: somnolienta. Glasgow 13/14. Pupilas anisocóricas con midriasis arreactiva derecha...parálisis del III y VI par derecha... ptosis palpebral derecha y desviación de la comisura bucal por parálisis facial derecha ... disminución de fuerza en MMII, mas marcada en MII (2-3/5), hipotonía generalizada con disminución/ausencia de reflejos osteotendinosos. Reflejo cutáneo-plantar indiferente. Rigidez de nuca y signos menígeos positivos... evolución: se decide iniciar tratamiento con ceftriaxona, aciclovir y corticoides ante posibilidad infecciosa o polineuropatía desmielinizante inflamatoria aguda atípica... mala evolución desde el ingreso... deterioro neurológico con empeoramiento del estado de conciencia y movimientos tónico-clónicos... por lo que se decide intubación orotraqueal previo sedo-relajación... en la RNM se evidencian múltiples lesiones intramedulares y craneales ... dada la mala evolución se decide aumentar la dosis de corticoides a 10 mgr/Kg/4h... e iniciar plasmaferesis... el 07/06/08 ... se realiza TAC urgente... edema

cerebral difuso... se realiza exploración neurológica completa que es compatible con muerte encefálica... se habla de nuevo con la familia reiterando el mal pronóstico a corto plazo... éxitus a la 14h00 del día 09/06/08... Juicio clínico: encefalomiелitis aguda diseminada vs variante atípica de polineuropatía desmielinizante inflamatoria aguda. Menos probable: encefalitis herpética vs poco posible meningoencefalitis bacteriana... EXITUS".

•16/09/08. (137) Centro de salud. "paciente de 14 años fallecida en el mes de Junio... acuden porque en el H. han solicitado RNM y pruebas de imagen y se les dice que necesitan informe de su pediatra... informo que acudan a atención al paciente..."

Seguidamente, el perito judicial efectúa una serie de consideraciones etiopatológicas, basadas en la guía para la práctica de la medicina de urgencias del Servicio de Urgencias del Hospital General Universitario, relativas a la evaluación de las cefaleas en Urgencias, a fin de diferenciar las cefaleas primarias y las secundarias para poder identificar aquellas que amenazan la vida, insistiendo en que la clave para diagnosticar adecuadamente una cefalea radica, fundamentalmente, en una anamnesis correcta y detallada -explicando cuál debe ser el procedimiento para la anamnesis que ha de efectuarse en una cefalea- y en una correcta exploración neurológica, y explicando también cuál es procedimiento adecuado y la pruebas complementarias que en su caso se deben solicitar.

A continuación, el perito judicial pasa a contestar a las preguntas planteadas por la parte que propuso este medio probatorio, haciéndolo en los siguientes términos:

“5. CONTESTACIONES A LAS PREGUNTAS

•1a, 2a, 3a.- Los síntomas referidos en el informe de urgencias del Hospital del 31/05/08 son: "cefalea periorbitaria D (derecha) pulsátil con nauseas que mejora con paracetamol y con el sueño. También tiene dolor periescapular derecho mecánico y dolor cervical y dolor de espalda".

La cefalea es un síntoma neurológico que puede corresponder a múltiples procesos, algunos de ellos no neurológicos. Tanto las nauseas como el dolor periescapular, cervical y de espalda son también síntomas inespecíficos que pueden corresponder a diversas causas, pero su coincidencia en el enfermo y el cumplimiento de las normas básicas del diagnóstico, que obligan a buscar un origen común de los síntomas, sugieren que tanto la cefalea como

las nauseas y el dolor cervical (que habitualmente se acompaña de contractura antiálgica), periescapular y de espalda podrían estar causados por un aumento de la presión intracraneal, por lo que en este caso habría que considerar su origen como neurológico, al igual que los referidos en el informe de urgencias del Hospital del 01/06/08, que muestran un proceso en evolución al añadirse las parestesias a los síntomas anteriores.

•4a, 5a.- Hubiera sido conveniente aunque no obligatorio. Lo importante es hacer bien las cosas independientemente de quien las haga.

Ante una cefalea, la primera idea que tiene el médico, sea o no neurólogo, es descartar que sea un síntoma de un proceso grave, que pueda requerir tratamiento inmediato y, una vez descartado puede dirigir al paciente a atención primaria o a las consultas externas de neurología, según el caso.

Por tanto, en mi criterio, no es adecuado considerar un diagnóstico que permite realizar un diagnóstico diferencial sin prisas en la consulta, antes de haber descartado otros posibles procesos graves que cursan con aumento de la presión intracraneal.

•6ª, 7ª, 8ª, 12ª.- No consta en las notas de asistencia del centro de salud que los días 2 y 3 de junio se realizase a la niña ninguna exploración neurológica. Es cierto que la Pediatra podría haberla realizado en la consulta, pero al haber sido examinada en el hospital dio por hecha la exploración.

Tampoco constan los resultados de la analítica que se realizó en el centro de salud. En mi criterio la actitud correcta de la Pediatra hubiera sido, ante la persistencia de los síntomas (más de 15 días), remitir a la niña al hospital para que se vigilase su evolución y se considerase la necesidad de hacer una exploración neurológica más completa, con examen del fondo de ojo, pruebas de imagen, etc.

No es correcto, en ningún caso, que la Pediatra se niegue a visitar o atender de algún modo a la paciente, pero se trata de versiones contradictorias.

•9ª, 10ª, 11ª.- El primer día (31 de Mayo) que consulta en urgencias, se trata de una cefalea de nueva presentación, que se acompaña de nauseas y de dolor cervical y de espalda. La extensión del dolor al cuello y a la espalda es muy significativa ya que, siendo la cefalea un síntoma inespecífico, los síntomas acompañantes tienen gran valor

diagnóstico. El dolor y la rigidez del cuello es sugestivo de aumento de la presión intracraneal que se transmite al espacio aracnoideo de la médula cervical y dorsal y, cuando aparecen, deben descartarse los procesos neurológicos que cursan con elevación de esta presión. Dada la edad de la niña: hemorragia cerebral o subaracnoidea, infección del SNC: meningitis o meningoencefalitis, tumor e hidrocefalia.

Este día y el siguiente (1 de Junio), se realiza exploración física, y exploración neurológica básica. Dato importante hubiera sido el examen del fondo de ojo, exploración obligada que hubiera aportado los datos necesarios para valorar la pertinencia de realizar otras pruebas (TAC, RNM) o más agresivas, como la punción lumbar.

El 1 de Junio la exploración neurológica es más completa que la realizada el día 31, pero tampoco incluye el examen de fondo de ojo. La normalidad de la TAC descarta la hemorragia cerebral o aracnoidea y el tumor cerebral, pero no la meningitis ni meningoencefalitis. Estamos ante una cefalea prolongada con aumento de los síntomas neurológicos y lo correcto hubiera sido pedir consulta a neurología (de hecho se envía al neurólogo de zona), porque con las pruebas y exploraciones realizadas no se han descartado aún varios procesos graves como las infecciones del SNC, que tendrían que haber sido especialmente tenidas en cuenta al aparecer en el hemograma leucocitosis de 19000 con neutrofilia del 87%.

•13a, 14a, 15a, 16a, 17a, 18a.- Valorando la actuación de los servicios sanitarios en las diferentes consultas realizadas a urgencias, debe admitirse que hasta el día 5 de Junio no se realizó una exploración neurológica propiamente dicha, aunque tampoco se examinó el fondo de ojo, exploración sencilla que da información importante, entre otros aspectos, sobre la tensión intracraneal, dato que interesaba conocer dados los síntomas de cefalea, cervicalgia y dolor de espalda que presentaba la niña.

Es cierto que los síntomas que presentaba la enferma, con claros déficits neurológicos: cefalea hemicraneal derecha, parestesias en hemicuerpo derecho, paresia de MMII, parálisis facial derecha y astenia intensa del III par, eran más evidentes que los que mostraba el día 31 de Mayo y 1 de Junio, pero solo el hecho de que la cefalea fuera de nueva aparición, que se hubiera mantenido continua durante dos semanas y que se acompañara de dolor de cuello y de espalda hacía necesario realizar un diagnóstico diferencial que descartara la existencia de hipertensión intracraneal, con un examen

neurológico más completo y atento que incluyera el fondo de ojo, realizando pruebas de neuroimagen y de otro tipo (analítica, punción lumbar), que fueran necesarias para descartar procesos que cursen con hipertensión intracraneal.

La TAC realizada el día 5 de Junio (que no se ha aportado) se interpretó como "sistema ventricular ligeramente prominente, sin hallazgos significativos, ni cambios valorables con respecto al TAC craneal previo del 01/06/08" (que tampoco se ha aportado), lo que quiere decir que también en este TAC el sistema ventricular era ligeramente prominente (aumentado de tamaño).

Este aumento de tamaño ventricular se interpreta como una posibilidad de síndrome de Dandy-Walker, malformación congénita que cursa con aumento del tamaño del cuarto ventrículo e hipoplasia del vermis cerebeloso.

Sin embargo en la RNM y en el TAC, realizados los días 6 y 7 de Junio (que tampoco se han aportado), no se menciona en absoluto la existencia de este tipo de malformaciones, a pesar de que es la RNM la prueba que mejor y más claramente las muestra, lo que significa que esta posibilidad diagnóstica (Dandy-Walker) planteada por la TAC, no se confirmó con la RNM y que el aumento de tamaño ventricular mostrado por la TAC el 1 de Junio, era debido a un aumento de la presión intracraneal, lo que concuerda perfectamente con los síntomas referidos de dolor cervical y de espalda que presentaba la niña ese día en urgencias.

El día 5, con un tamaño ventricular similar al observado el día 1, se comprueba el aumento de la presión intracraneal por el aumento de la presión del LCR al realizar la punción lumbar.

Por tanto, las pruebas diferidas al día 5 (analítica y punción lumbar), debieron realizarse el día 1 o, como mucho el 2, porque ya estaban presentes los síntomas de hipertensión intracraneal y las pruebas (TAC), confirmaban la causa de estos síntomas.

Tras 15 días de infección, la analítica mostraría leucocitosis y neutrofilia también el día 1 y, por lo mismo, el LCR también mostraría un aumento de las proteínas, sin pleocitosis. Es decir que desde el día 1 ya se disponía de los datos necesarios para un diagnóstico de infección del SNC, al que no se llegó por no utilizarse los medios humanos y

materiales disponibles para ello: sospecha diagnóstica, exploración neurológica y pruebas de imagen (que se realizó el día 2, pero no se interpretó correctamente).

El pronóstico de las infecciones del SNC es actualmente razonablemente bueno si se comienza precozmente el tratamiento con el/los antibiótico/s adecuados. Para ello necesitamos conocer el germen causante de la infección y los antibióticos adecuados para este germen.

Habitualmente, cuando se sospecha la existencia de una infección del SNC, antes de conocer el germen y los antibióticos necesarios, se cubren varios frentes, con tratamiento para bacterias, virus y, a veces, también hongos. El tratamiento para bacterias debe cubrir tanto bacterias gram+ y gram-, como acido-alcohol resistentes (tuberculosis).

De hecho, en este caso, se utilizó antibióticos para bacterias (ceftriaxona) y para virus (aciclovir), así como corticoides, por la posibilidad (muy poco frecuente) de encefalomiелitis aguda diseminada.

Esta última posibilidad diagnóstica no es una infección sino un ataque de anticuerpos sobre las estructuras del SNC del propio individuo, es decir es una rara enfermedad auto-inmune, secundaria a infecciones o vacunaciones ocurridas semanas antes, con muy pocas posibilidades, dada la alta leucocitosis con desviación a la izda (que sugiere una infección bacteriana) y la ausencia de células en el LCR, de ser la causa de los síntomas de la niña. Su diagnóstico se realiza tras un diagnóstico diferencial donde se incluyen infecciones bacterianas del SNC.

No es la hipertensión intracraneal lo más sobresaliente de la encefalomiелitis aguda diseminada, sino las crisis epilépticas y su curso es subagudo, no suele causar la muerte. La recuperación completa oscila entre el 50% (Coyle PK. Infectious Disease of the Nervous System. Butterworth-Heinemann. Oxford. 2000: 84-108) y el 90% de los casos (Aml Apak R. J Child Neurol 1999; 14: 198-201), según las series y puede ocurrir incluso en pacientes en coma (Káiman B., Lublin FD. Current Therapy in Neurologic Disease. Mosby. Missouri. 1997: 175-8). Actualmente los corticoides, la inmunoterapia y la plasmaféresis han mejorado considerablemente la morbomortalidad.

Por tanto, la rareza de su presentación, la clínica atípica, la presencia de leucocitosis con desviación a la izda, la ausencia de células en el LCR, el curso tan fulminante con ausencia de respuesta a corticoides y plasmaféresis y la mayor probabilidad de otras patologías, hacen muy improbable que el fallecimiento se deba a la encefalomiелitis aguda diseminada.

Más probable, atendiendo a la presentación, curso clínico y resultado de pruebas realizadas es la tuberculosis, que presenta como síntoma más relevante el aumento de la presión intracraneal y la afectación de los pares craneales. El LCR con proteinorraquia y sin pleocitosis es también típico de la tuberculosis y las imágenes de la RNM, sin ser patognomónicas de ningún proceso, son compatibles, como consta en el informe (no he podido examinar las placas, porque no se han aportado) de "TBC (tuberculosis) u otras sarcoidosis".

El factor más importante para la prevención de secuelas y la mortalidad en la encefalomiелitis tuberculosa es el inicio temprano del tratamiento (Postinfectious encephalomyelitis, In: Davis L., Kennedy P. (Eds). Coyle PK. Infectious Disease of the Nervous System. Butterworth-Heinemann. Oxford. 2000: 84-108).

Los medicamentos de 1ª línea son: Isoniazida, Rifampicina, Pirazinamida, Etambutol y Estreptomycin. Los de 2ª línea etionamida, ácido paraaminosalicilico, cicloserina, amikacina, kanamicina, viomicina y capreomicina, que en este caso no se administraron, por lo que el fallecimiento es posible que se deba a la evolución natural, sin tratamiento de una tuberculosis del SNC.

Su diagnóstico exigía el cultivo en medio adecuado y la inoculación al cobaya, que no se realizó.

Otras posibilidades, menos probables por la ausencia de crecimiento en los cultivos, son infecciones del SNC por otros organismos no sensibles a los antibióticos administrados por administración muy tardía del tratamiento".

QUINTO.- Los argumentos y conclusiones del perito judicial insaculado se contraponen al informe aportado por la codemandada, efectuado por el perito de su elección,

Doctor do..., Especialista en Pediatría, que comienza exponiendo las fuentes del informe y un resumen de la historia clínica en términos compatibles con el informe del perito judicial insaculado. A continuación desarrolla consideraciones médico periciales generales sobre la meningitis, su tratamiento, pronóstico y complicaciones, así como sus secuelas; siguen consideraciones médico periciales generales relativas a la encefalitis / encefalomiелitis / meningoencefalitis, ofreciendo sus respectivos concepto e informando sobre su epidemiología, su etiología, su patogenia, sus manifestaciones clínicas, pronóstico, complicaciones y tratamiento. Después desarrolla consideraciones médico periciales generales sobre la cefalea en general, con referencia a la cefalea en la infancia, la clasificación de las cefaleas y los criterios de anamnesis. Luego explica el concepto de migraña y concluye esta parte del informe haciendo referencia a los signos de alarma de procesos infecciosos y a las pruebas complementarias que han de realizarse.

En los apartados IV, V y VI del informe del perito de la parte codemandada, se dice lo siguiente:

“IV.- ANÁLISIS MÉDICO-PERICIAL DEL CASO

Tras la revisión de la documentación aportada y de la bibliografía destacable sobre este tema, se pueden realizar las siguientes precisiones:

1º.- Se valora la asistencia médica realizada sobre la niña MSG por parte de los servicios médicos del Centro de salud y de las urgencias del Hospital. Dicha paciente, de 14 años de edad, y sin antecedentes personales destacables en relación con el caso que nos ocupa, acudió inicialmente al servicio de urgencias del Hospital (31/V/2008) por referir cuadro de cefalea pulsátil periorbitaria, de siete días de evolución y que aparentemente mejoraba tras la ingesta de paracetamol y del sueño, refiere también asociación de nauseas ocasionales, dolor cervical y periescapular de características mecánicas. En dicha exploración se encuentra afebril, no refiere fiebre previa, y no muestra otra alteración a destacar en la exploración física (excepto desviación escoliótica de columna) y neurológica (signos meníngeos negativos). Tras la realización de radiología de senos paranasales (normal) se da de alta con los diagnósticos probables de cefalea migrañosa y escoliosis y se indica tratamiento sintomático (Ibuprofeno) y se recomienda control por su médico y neurólogo, debiendo volver a urgencias si empeorase.

Al día siguiente (1/VI/2008) regresa a dicho centro hospitalario por persistir nauseas y vómitos y asociar parestesias en hemicuerpo derecho, sigue afebril: la exploración física

realizada no evidencia alteraciones generales ni neurológicas. Se pauta tratamiento analgésico, antiemético y protección gástrica y se indica TAC craneal que resulta normal.

Al día siguiente (2/VI/2008) acude al Centro de salud por persistencia de cefalea hemicraneal derecha desde hace unos quince días y nauseas/vómitos desde hace cuatro-cinco días; sigue sin referir fiebre ni otra alteración compatible con proceso infeccioso. Regresa a las 24 horas de nuevo a consulta refiriendo ausencia de vómitos y haber "dormido bien" y se indica control analítico que queda pendiente de resultados (aparentemente normales).

A los dos días (5/VI/2008) acude de nuevo al servicio de Urgencias de por referir persistencia del cuadro aunque sin vómitos; asocia malestar general, parálisis facial derecha y sensación de "adormecimiento" de ambas piernas (especialmente la izquierda). Sigue sin referir fiebre ni otro síntoma de patología infecciosa. A la exploración refiere decaimiento estado general y destaca parálisis facial derecha con ptosis palpebral y afectación del tercer par craneal derecho, con midriasis areactiva derecha; resto de exploración normal excepto hiporreflexia patelar izquierda. Se indica analítica sanguínea que muestra leucocitosis y neutrofilia y se realiza EKG que resulta normal; se mantiene en observación durante dos horas y a la reevaluación clínica se objetiva la presencia de dolor lumbar, cefalea, erupción cutánea eritematosa (rash) fugaz, intermitente y pruriginoso, destacando la aparición de signos meníngeos positivos y rigidez de nuca. Ante esta nuevos hallazgos clínicos se indica realización de nuevo TAC craneal que no muestra hallazgos significativos y punción lumbar con salida de LCR patológico (presión elevada, proteinorraquia; hematíes sin leucocitos y glucorraquia normal). La referida aparición de nuevos signos neurológicos, asociada a inicio de cuadro febril (38°C), justifica el ingreso en UCI donde ingresa y se indica tratamiento con corticoides, antibióticos y antivíricos (aciclovir), estableciéndose como posibles diagnósticos la infección meningoencefálica o una polineuropatía desmielinizante inflamatoria aguda típica. Desde entonces se refiere mala evolución, destacando deterioro neurológico con alteración del nivel de conciencia y movimiento tónico-clónicos que precisa indicación de tratamiento antiepiléptico y ventilación mecánica. Se realiza al día siguiente RMN craneal (6NI/2008) que objetiva múltiples lesiones con afectación leptomeníngea sugestivas con proceso inflamatorio (encefalomielitis aguda diseminada con leptomeningitis; tuberculosis, sarcoidosis u otras) sin poder descartarse proceso tumoral primario o metastásico. Evolución posterior negativa, con persistencia de afectación neurológica y hemodinámica y signos clínicos y radiológicos (TAC) de edema cerebral refractario que conduce finalmente al éxitus de la

paciente (muerte cerebral; 9NI/2008). No se autoriza estudio necrópsico, siendo los datos microbiológicos negativos. Los juicios clínicos de sospecha tras el exitus fueron de encefalomiелitis aguda diseminada versus variante atípica de polineuropatía desmielinizante inflamatoria aguda, como otra posibilidad de menor consistencia se postula la meningoencefalitis herpética versus poco posible meningitis bacteriana.

2°.- En la práctica médica habitual la valoración de una cefalea persistente constituye un reto diagnóstico, con el objetivo inicial de evitar exploraciones innecesarias al paciente (algunas dolorosas y no carentes de riesgo como la punción lumbar) sobre todo dada la bien reconocida mayor prevalencia de las cefaleas primarias o inespecíficas (hasta un 90%) sobre las secundarias a proceso infeccioso o tumoral subyacente. En este sentido resulta fundamental objetivar, como también se recogen en los protocolos de práctica clínica y como resulta en el caso que nos ocupa, la ausencia de hallazgos patológicos a la exploración general o neurológica (irritación meníngea, afectación del nivel de conciencia o focalidad, entre otros) o de clínica infecciosa (especialmente fiebre, dato éste prácticamente constante). Como ya se ha referido en las consideraciones generales, la ausencia de signos de alarma, y por tanto de una sospecha diagnóstica concreta no justifica la indicación de exploraciones complementaria; si bien y en este caso se realizaron estudio analítico sanguíneo y neuro-radiológico (TAC, ante la aparición de parestesias) que no mostraron alteraciones según se refiere. La cefalea referida, hemicraneal y sin signos de focalidad neurológica, aguda episódica y no recurrente, que cede con analgésicos habituales y en un paciente con náuseas y/o vómitos pero afebril, resulta compatible con el diagnóstico de cefalea primaria/migraña. Será la mencionada aparición de sintomatología infecciosa específica asociada a las citadas alteraciones en la exploración neurológica las que, como en este caso, justificarán la realización de exploraciones complementarias pertinentes.

Se debe mencionar que en este caso, y aún tras el éxitus, no se pudo establecer un diagnóstico de certeza, siendo tal y como se refiere las posibilidades más aceptadas la de encefalomiелitis aguda diseminada o la de polineuropatía desmielinizante inflamatoria aguda atípica y las de menor peso como posibilidad etiológica la de meningitis bacteriana o meningoencefalitis herpética (las únicas en las que el tratamiento etiológico es posible). De igual manera se debe destacar la enorme atipicidad de la enfermedad sufrida por esta paciente en cuanto a su expresividad clínica, con la aparición tardía de clínica neurológica específica y su tórpida y refractaria evolución que resulta muy infrecuente tal y como se

recoge en la revisión bibliográfica aportada y en las que el pronóstico global suele ser favorable.

V.- CONCLUSIONES GENERALES

La niña de catorce años de edad, fue atendida en varias ocasiones, en un período de tres-cuatro días, en el Servicio de Urgencias y en el Centro de Salud por referir cuadro de unos días de evolución de cefalea hemicraneal que cedía con analgesia habitual y nauseas/vómitos ocasionales; la exploración general y neurológica resultó normal, sin signos meníngeos, de focalidad o de alteración en nivel de conciencia, tampoco se objetivaron signos o síntomas de enfermedad infecciosa (afebril).

La aparición posterior de clínica de afectación del estado general y de focalidad neurológica, justificó la indicación de pruebas complementarias específicas que se realizaron acorde a los protocolos actuales de práctica médica. La evolución posterior resultó imprevisible y excepcionalmente tórpida, sin diagnóstico final concluyente de certeza incluso tras el éxitus.

VI.- CONCLUSIÓN FINAL

En consecuencia se ha de concluir a juicio de este perito que, tras la valoración de la documentación aportada, no se puede detectar defecto en la actuación médica realizada que pudiera asociarse causalmente con el desgraciado desarrollo posterior de la enfermedad presente en esta paciente. Siendo la atención prestada a la paciente en relación con la atención médica acorde a la Lex Artis ad hoc, y no hallándose indicios de conducta negligente ni mala praxis por parte del personal asistencial”.

SEXTO.- A efectos de la valoración de la prueba, señalaremos que el informe de la consultora privada WILLIS que obra a los folios 171 a 200 del expediente administrativo, al que la Comunidad de Madrid se remite tan ampliamente en su escrito de contestación a la demanda únicamente puede considerarse prueba documental, porque la Administración demandada no propuso más que dicha prueba, limitándose a pedir que se diera por reproducido el expediente administrativo, pese a que en el mismo no se emitió informe de la Inspección Sanitaria.

Así las cosas, le atribuimos mayor valor de convicción a los informes periciales practicados en el proceso, si bien la discrepancia de los peritos actuantes acerca de la conformidad a la “lex artis” de la asistencia prestada por los servicios públicos sanitarios a la menor es decir, si la paciente fue atendida según el estado de los conocimientos científicos o

técnicos en el nivel más avanzado y empleando los medios diagnósticos y terapéuticos disponibles, nos lleva a decidir cuál de ellos debemos escoger para dirimir la cuestión, teniendo en cuenta que la fuerza probatoria de los informes periciales aportados reside en gran medida en la cualificación técnica de los peritos, en la fundamentación y coherencia interna de sus informes, y en su lejanía respecto a los intereses de las partes.

Pues bien, atendiendo a los criterios expuestos, consideramos que el informe del perito judicial es el que más nos aproxima a la realidad de los hechos: un dato que consideramos relevante es el de la más amplia especialización de este perito y el hecho de haber sido nombrado por insaculación; otro, la exhaustiva explicación de las definiciones y conceptos utilizados en su informe, y la pormenorizada exposición de los datos recabados para basar sus conclusiones, que ha explicado en detalle; y otro, que no siempre observamos paralela motivación en los datos y explicaciones del informe del perito elegido por la codemandada.

Nos referimos, en especial, a un momento decisivo para determinar si en el caso litigioso se produjo, o no, una pérdida de oportunidad en la asistencia dispensada a: desde el día 31 de mayo hasta media tarde del día 5 de junio 2008, tanto por el Hospital como la Pediatra de su Centro de Salud.

Hemos de adelantar que las referencias del perito judicial a la historia clínica, en el apartado de fuentes documentales de su informe, no acreditan la absoluta fidelidad de la narración fáctica de la demanda a lo realmente acontecido en el período que hemos acotado, y nos referimos tanto a los síntomas que presentaba la paciente en cada momento, como a la concreta asistencia médica que recibió, lo cual no obsta a que el antedicho informe pericial nos lleve a concluir que, fundamentalmente, en ese espacio temporal se produjo la pérdida de oportunidad de supervivencia de la paciente, porque ya en la asistencia a Urgencias del día 31 de mayo aparecían síntomas sugestivos de que tanto la cefalea como las náuseas y el dolor cervical, periescapular y de espalda podrían estar causados por un aumento de la presión intracraneal, que se transmitía al espacio aracnoideo de la médula cervical y dorsal, lo que hacía obligado eliminar la posibilidad de que se estuvieran produciendo graves procesos neurológicos, susceptibles de aparecer a los 14 años y que pudieran requerir tratamiento inmediato, que cursan con elevación de esa presión. Y otro tanto cabe predicar de la asistencia dispensada en Urgencias el día 1 de junio, en que además de los anteriores síntomas, aparecían las parestesias y, aunque es cierto que este último día se efectuó una

exploración física y una exploración neurológica, también lo es que no se examinó el fondo de ojo, que en tales circunstancias es una exploración obligada y que, dados los resultados del TAC, habría podido aportar datos necesarios para valorar la pertinencia de realizar otras pruebas, puesto que el TAC descartaba la hemorragia cerebral o aracnoidea y el tumor cerebral, pero no la meningitis y la mingoencefalitis, posibilidades que deberían haberse tenido en cuenta a la vista de la analítica, de donde concluye la inadecuación de que, hasta el día 5 de junio no se realizara una exploración neurológica tan completa como exigían los síntomas y signos de la enferma, dado que los existentes los días 31 de mayo y 1 de junio eran suficiente para que entonces se efectuara un diagnóstico diferencial por existir una cefalea de nueva aparición, mantenida continuamente durante más de una semana y acompañada de vómitos y de dolor de cuello y de espalda, a lo que añade que no se confirmó la posibilidad de que la ligera prominencia del sistema ventricular no se debiera a una malformación –siendo que la misma no se menciona en los informes de la RNM y del TAC realizados los días 6 y 7 junio- sino a un aumento de la presión intracraneal, tal y como se puso de manifiesto cuando se efectuó la punción lumbar.

Frente a tan exhaustivas explicaciones, el informe pericial aportado por la codemandada adolece de defecto de motivación en relación a las decisivas visitas a Urgencia del día 31 de mayo y 1 de junio, respecto de las que solamente indica, de forma muy genérica, que en tales ocasiones la paciente no mostraba alteración neurológica porque estaba afebril y no había referido fiebre previa, y que sus signos meníngeos fueron negativos en ambas ocasiones, habiendo resultado normal el TAC craneal, por lo que, al no existir signos de alarma ni, por tanto, una sospecha diagnóstica concreta, no era necesario efectuar exploraciones complementarias puesto que los síntomas y los signos resultaban compatibles con el diagnóstico de cefalea primaria/migraña. Consideramos que en este informe pericial no se ha tenido en cuenta que la cefalea era, cuando menos, de 7 días de evolución, que sólo había cedido con analgésicos algunas veces y, en concreto, antes de la primera visita a Urgencias, ni tampoco hace referencia en su informe a que el día 31 de mayo la paciente tenía ya dolor periescapular, cervical y de espalda así como náuseas, por lo que no se pronuncia sobre el valor diagnóstico que tienen estos síntomas cuando aparecen conjuntamente.

El perito judicial no reprocha a la Pediatra que no explorara a la paciente el día 2 de junio, porque considera adecuado que la diera por hecho en el Hospital, pero crítica que no la remitiera al hospital a la vista de la persistencia de los síntomas.

En definitiva, atribuyendo mayor fuerza de convicción al informe del perito judicial, por las razones que hemos expuesto, la Sala comparte su conclusión de que las pruebas diferidas al día 5 de junio debieron realizarse el día 1 o, como mucho, el día 2, porque ya estaban entonces presentes los síntomas de hipertensión intracraneal y las pruebas confirmaban las causas, puesto que desde el día 1 se contaba con analítica para un diagnóstico de infección SNC, no obstante lo cual no llegaron a utilizarse los medios disponibles, y si bien se efectuó una prueba de imagen el día 2 no se interpretó correctamente.

Estando ambos peritos de acuerdo en que el pronóstico de las infecciones del SNC es razonablemente bueno, si se comienza precozmente el tratamiento adecuado, es claro que se produjo unas iniciales y sucesivas desasistencias que no fueron remediadas por la Pediatra en los días siguientes y que, cuando volvió a Urgencias del Hospital el día 5 de junio, ya era tarde para salvar su vida, como lo demuestran los hechos, que habrían sido muy distintos de haberse dado una asistencia adecuada desde el principio, siendo irrelevante para la pérdida de la oportunidad que no se hubiera establecido un diagnóstico de certeza después de su muerte, porque las posibilidades barajadas suponen, en cualquier caso, procesos infecciosos gravísimos que se podía haber atajado a tiempo.

SÉPTIMO.- La indemnización que en este caso corresponde a los demandantes no depende directa e inmediatamente del daño causado a la menor, por una doble razón. La primera es que la privación de expectativas que la jurisprudencia denomina “pérdida de oportunidad”, es un daño antijurídico indemnizable conforme a los criterios indemnizatorios del daño moral.

Así se declara, entre otras, en la sentencia Tribunal Supremo 3 noviembre 2012, con cita de la de 27 de septiembre de 2011 que, a su vez, se remitía a la de 24 de noviembre de 2009, a que anteriormente hemos hecho referencia y transcrito en parte, en las que queda claro que para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se

indemniza por el daño directamente causado, sino por la pérdida de oportunidad sufrida. La segunda razón es que en el caso que nos ocupa quienes reclaman la indemnización son los padres y el hermano de la paciente, por lo que su derecho no surge "iure hereditatis", por lo que la pérdida de la vida, como un daño sufrido por la víctima, no determina que se transmita el derecho indemnizatorio "mortis causa", sino que estamos ante un derecho originario y propio de las personas perjudicadas por el fallecimiento, fundamentalmente por razón de los lazos afectivos que mantenían con la víctima, aunque en otros casos pudieran también concurrir causas de dependencia económica.

En estas circunstancias, el resarcimiento del daño moral indemnizable padecido por los recurrentes carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que, como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo, dadas las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1997), sin perjuicio de lo cual la doctrina jurisprudencial (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 1997) no excluye la utilización de algún baremo objetivo, siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante.

Los criterios orientativos que en este concreto supuesto litigioso tenemos en consideración para determinar el importe de las indemnizaciones son los siguientes:

En primer lugar, que conforme a la resolución de 21 de enero de 2013, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, la indemnización básica correspondiente a los padres que convivieran con una víctima menor de 65 años, sin cónyuge ni hijos ascendería a 105.133,53 euros; y a cada hermano menor de edad en convivencia con la víctima, la de 19.115,19 euros. En ambos casos con aplicación del factor de corrección del 10%, lo que supone un total de 136.473,59 euros.

En segundo término, y dando por supuesto que son múltiples y variados los criterios que pueden derivarse de la jurisprudencia, consideramos adecuado al caso el criterio proporcional que deducimos de una de las sentencias del Tribunal Supremo 3 de diciembre de 2012, y de las sentencias de 27 y 5 de noviembre de 2012. En esencia son estos:

En la sentencia de 3 de diciembre de 2012 a que aludimos, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, en un caso en que la Sala de instancia había

otorgado a la esposa una indemnización de 120.000 euros, por pérdida de la oportunidad de supervivencia de su marido, el Tribunal Supremo redujo la indemnización a 80.000 euros, lo que supone aproximadamente el 71% de la indemnización correspondiente al baremo del año 2012.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012 se desestimó el recurso de casación deducido contra una sentencia en que se había acordado una indemnización equivalente al 50% del baremo, en un caso de parto prematuro con graves secuelas para el niño, siendo de significar que se considero que los fundamentos de la Sala de instancia estaban motivados y eran razonables, y que la indemnización concedida ascendió a la cantidad de 314.267 euros.

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2012, puedes estimatoria de un recurso deducido contra sentencia en que se había acordado una indemnización de aproximadamente el 70% del baremo del año 2012, en un caso en que la víctima era la propia recurrente, por grave retraso en el diagnóstico de un cáncer.

En tercer lugar, también tenemos en cuenta en este concreto caso, la edad de 14 años de la víctima, que en el primer día, y definitivamente en el segundo día de visita al Servicio de Urgencias existían síntomas y signos de infección neurológica, y que se podría haber evitado la muerte de la menor, si se le hubiera efectuado a tiempo un adecuado examen neurológico y se le hubiera dado el tratamiento que necesitaba, así como la rapidísima secuencia de los hechos entre la primera asistencia y el fallecimiento.

Con base en lo anterior llegamos a la conclusión de que la indemnización que prudencialmente procede acordar a favor de los recurrentes en su conjunto ha de ascender a la cantidad de 95.531,51 euros, actualizada a la fecha de la presente resolución, cantidad que hemos determinado en conjunto a la vista de que en la demanda se solicitan iguales indemnizaciones para todos los recurrentes y que, salvo error u omisión, representa un 70% de suma de las indemnizaciones básicas y del factor de corrección del 10% establecidos en la resolución de 21 de enero de 2013, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, lo que determina la estimación parcial del presente recurso contencioso administrativo.

OCTAVO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, no ha lugar a formular condena al pago de las costas causadas en este proceso.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por don, y su hijo menor contra la desestimación, por silencio administrativo de la Comunidad de Madrid, de la reclamación de responsabilidad patrimonial a que este proceso se refiere, y declaramos la responsabilidad patrimonial, a la que condenamos a que indemnice a los demandantes en la cantidad total de 95.531,51 euros, más los intereses legales que se devenguen desde la fecha de esta sentencia hasta su completo pago. No se formula condena en costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con indicación de que contra la misma no procede recurso de casación de conformidad con el artículo 86 de la Ley de esta Jurisdicción.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente D./Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.