



Roj: **STS 2448/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2448**

Id Cendoj: **28079130052018100273**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **27/06/2018**

Nº de Recurso: **1333/2016**

Nº de Resolución: **1097/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ MU 511/2016,**  
**STS 2448/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 1.097/2018**

Fecha de sentencia: 27/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1333/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: T.S.J.MURCIA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1333/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 1097/2018**

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde



D. Octavio Juan Herrero Pina  
D. Juan Carlos Trillo Alonso  
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy  
D. Jose Juan Suay Rincon  
D. César Tolosa Tribiño

En Madrid, a 27 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación número 1333/2016 interpuesto por D. Jose Pablo y D.<sup>a</sup> Herminia , representados por el procurador Sr. Vázquez Guillén y defendidos por el letrado D. Pedro Alfonso García-Valcárcel Escribano contra la sentencia núm. 174/2016, de 4 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso contencioso-administrativo nº 294/2005 . Han comparecido como recurridos Zurich Insurance PLC, representada por la procuradora Sra. Centoira Parronda y defendida por el letrado D. Eduardo Asensi Pallarés y la Comunidad Autónoma de Murcia, bajo la dirección letrada de D. Javier Gómez Izarra.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida de fecha 4 de marzo de 2016 contiene la parte dispositiva del siguiente tenor literal :

<<Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Jose Pablo y Dña. Herminia contra la resolución desestimatoria presunta de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por daños derivados de asistencia sanitaria, por ser dicho acto conforme a derecho; sin costas.>>

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de D. Jose Pablo y D.<sup>a</sup> Herminia , presentó escrito ante la Sala de instancia preparando el recurso de casación contra la misma. La Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la representación procesal de D. Jose Pablo y D.<sup>a</sup> Herminia , se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, fundamentado en un único motivo, al amparo del artículo 88.1º.d), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , en la redacción aplicable al presente recurso, por el que se denuncia que la sentencia de instancia infringe lo establecido en los artículos 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 218.2º de la Ley de Enjuiciamiento **Civil** . En la fundamentación del motivo se alega que se hace una ilógica y arbitraria valoración de las pruebas aportadas al proceso, estimando que la Sala sentenciadora concluye la inexistencia de responsabilidad exigida de una valoración de la asistencia sanitaria prestada al menor, contraria a lo que resulta de dichas pruebas; de acuerdo con las exigencias de los mencionados preceptos invocados en el motivo.

Se termina suplicando a la Sala que <<[...] en mérito a lo expuesto casarla y dejarla sin efecto, y entrando a resolver sobre nuestra demanda se acepten las peticiones indemnizatorias del actor.>>

**CUARTO.-** Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación, se emplazó a la representación procesal de los recurridos, para que en el plazo de treinta días, formalicen escrito de oposición, lo que realizaron, oponiéndose al recurso de casación y suplicando por la representación de Zurich Insurance PLC: [...] inadmita el recurso de casación por defectuosa formulación e inadecuación de los pretendidos motivos casacionales bien, de forma subsidiaria, desestime el recurso interpuesto por la recurrente y por la Comunidad Autónoma de Murcia se solicita que se desestime el recurso de casación, con imposición de las costas a los recurrentes.

**QUINTO.-** Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia el día 19 de junio de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO. Objeto del recurso y motivos.-**

Se interpone el presente recurso de casación número 1333/2016 por la representación procesal de D. Jose Pablo y D.<sup>a</sup> Herminia , contra la sentencia núm. 174/2016, de 4 de marzo, dictada por la Sección Primera de la



Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso contencioso-administrativo número 294/2005, que había sido promovido por los mencionados recurrentes, en impugnación de la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación efectuada al Consejo Murciano de Salud, de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad Autónoma de Murcia, sobre indemnización de los daños y perjuicios que se habían ocasionado al hijo de los recurrentes, Cayetano, por la asistencia sanitaria que le fue prestada por el mencionado Servicio, fijándose dicha indemnización en la demanda en la cantidad de 856.491 €.

La sentencia de instancia desestima el recurso y confirma la resolución impugnada, de acuerdo con los razonamientos que se contienen, en lo que interesa al presente recurso, en los fundamentos tercero y siguientes en los que, tras exponer en el segundo los presupuestos que, conforme a la jurisprudencia, requiere la responsabilidad de las Administraciones, en concreto, en el ámbito de la prestación de los servicios sanitarios; se declara:

<<[...] Pese a lo extenso de la demanda y de las contestaciones se han resumido las alegaciones de las partes, puesto que al examinar los numerosos informes obrantes en las actuaciones y los dictámenes aportados se hará referencia a los concretos hechos expuestos y cuestiones planteadas.

Conviene precisar de antemano que por los demandantes se interpuso querrela por la aportación al presente procedimiento por el Letrado de la Comunidad Autónoma de documentos supuestamente falsos. La incoación de diligencias penales determinó la suspensión de este recurso contencioso-administrativo, finalizando aquéllas con auto de sobreseimiento provisional dictado en fecha 26 de octubre de 2013 por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Murcia, confirmado en apelación por el de la Audiencia Provincial de 22 de abril de 2015. Por tanto, todas las alegaciones que en la demanda se hacen sobre manipulación de documentos o gráficas han de ser rechazadas, y deben valorarse por ello todos los documentos obrantes en las actuaciones para resolver las cuestiones planteadas en el presente procedimiento.

Al folio 97 del expediente obra informe de alta de 4 de enero de 2003 del servicio de Cuidados Intensivos Pediátricos del HOSPITAL000, en el que constan los siguientes datos:

"MOTIVO DE **INGRESO**: Paciente de 1 mes y medio de edad que ingresa procedente de Puerta de urgencias por presentar síndrome Apneico secundario a Bronquiolitis.

EVOLUCIÓN:

-RESPIRATORIO: Se inicia tratamiento con Adrenalina nebulizada, precisando intubación a las 6 horas del **ingreso**, por agotamiento respiratorio. Mejoría posterior, sin requerir parámetros ventilatorios elevados inicialmente, aunque presenta empeoramiento días 24 a 26.12.02. Permaneció conectado a ventilación mecánica durante 14 días, dado el cuadro de status epiléptico posterior, permitiendo extubación programada sin problemas. En el momento del alta no precisa oxígeno suplementario, pautándose adrenalina nebulizada.

(...)

-NEUROLÓGICO: Tras iniciar reducción de sedación con Midazolam con el propósito de iniciar destete del respirador, se evidencia muy escasa actividad espontánea y respuesta a estímulos. En EEG practicada el día 20-10-02 presenta signos irritativos focales y crisis electroclínicas clónicas repetitivas de miembros inferiores más evidentes en el lado izquierdo, traducéndose clínicamente en movimientos clónicos de ambos miembros inferiores y de miembro superior derecho. Se inicia tratamiento con Fenitoína sin respuesta inicial, asociando entonces Fenobarbital, cediendo crisis, aunque reapareciendo posteriormente. (...) En TAC cerebral presenta discreto aumento de surcos corticales dudosa hipodensidad generalizada de la sustancia blanca. (...) Actualmente en profilaxis anticomicial...

DIAGNÓSTICO:

BRONQUIOLITIS VRS POSITIVA

NEUMONÍA NEUMOCOCICA

STATUS CONVULSIVO

SIADH"

En informe emitido por la Dra. Paula, con el V.Bº del Dr. Saturnino, Jefe Clínico de dicho servicio, se hace constar:

"... estando de **guardia** en la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos la noche del 19-12-2002, fui requerida desde la "puerta de Urgencias" para valorar al niño Cayetano de 1,5 meses de edad, con crisis de apneas y disminución del nivel de conciencia, mirada perdida, hipotonía axial y de miembros, sin respuesta a estímulos



dolorosos, con ROT simétricos pero débiles, y con una gasometría preocupante por lo que incluso pedimos tóxicos en sangre y en orina -analítica no usual-. Colaboré en el tratamiento inicial, que incluía Oxígeno lo que hizo que mejorara rápidamente, e indiqué su **ingreso** en UCIP dada su patología y la necesidad de una vigilancia continua de su evolución -aunque en la hoja de Urgencias el problema que pone es de parada cardiorrespiratoria, evidentemente no había sufrido parada cardíaca-.

A los niños en la UCIP no se les pasa visita se está con ellos, por lo que estuve toda la noche a <pie de cama> tratando a este y a otros niños y si bien la actuación médica y de enfermería no se recoge de forma continua en algún soporte, es fácil reconstruirla mediante el análisis de la gráfica de la noche del **ingreso**, sabiendo que los cambios de medicación y las prácticas de extracciones sanguíneas para análisis solo se hacen por indicación médica, vemos:

(...)

MONITORIZACIÓN:

(...)

Frecuencia respiratoria: al **ingreso** a las 03, 04, 05, 06 y 07 horas. Estable entre 20-25 y aumenta a 40 a las 07 horas. Representado por un cuadrado que se une por una línea horariamente. En ningún momento consta parada respiratoria.

Saturación de O2 (parte inferior de la gráfica) Al **ingreso** y a las 03, 04, 05, 06 y 07: Variando entre 94 y 100%.

Si bien al **ingreso** del niño en UCIP, con oxígeno, ya experimenta una mejoría y todos los datos analíticos evolutivos, y como es de ver en los análisis y recogidos tanto en la hoja de Análisis como en la de Asistencia respiratoria indicaban evidente mejoría progresiva del niño, no ocurría así con el trabajo respiratorio que iba en aumento -... no es identificable agotamiento con parada respiratoria, si bien esta puede ser consecuencia de aquel pero no de forma obligada- por lo que decido intubarlo y conectar al respirador. Si no tuviera gran cansancio se continuaría con la vigilancia y tratamiento por si pudiera <escaparse> sin someterlo a la agresión que supone el respirador.

Para intubarlo se relaja al niño con un relajante muscular (...) que indudablemente le produce parada respiratoria, atropina para inhibirle reflejos y se añade un sedante - Midalozan- para que el niño no sea consciente de la parálisis muscular que le produce, este último fármaco, al igual que los otros, se administra a una dosis estándar según peso... lo ventilo con mascarilla bolsa y O2 e intubo conectándolo al respirador, siendo esta técnica habitual en la Unidad y sin que en ningún momento hubiera sufrido anoxia y el consiguiente sufrimiento cerebral.

(...)"

Por la Dra. María Angeles , Inspectora Médica, se emitió informe en fecha 21 de octubre de 2005. Puesto que en el mismo hacía referencia a las gráficas resumen de cuidados de enfermería en UCI pediátrica, no constando en el expediente, así como tampoco el informe de urgencias a que se hacía referencia en el informe de dicho servicio, en Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia de 14 de enero de 2008 se consideró necesario que se completara el expediente con esas actuaciones, que debían formar parte del expediente y de la historia clínica. Igualmente se consideró que debía completar el informe en relación con la asistencia prestada al menor en el Servicio de Urgencias de Atención Primaria de DIRECCION000 , y sobre si la intubación estaba indicada antes del momento en que efectivamente se produjo.

Nuevamente se emitió informe por la Inspectora Médica en fecha 24 de junio de 2010, señalando respecto de las gráficas que estuvieron a su disposición desde el 20 de septiembre de 2005 en que el fueron remitidas desde la Asesoría Jurídica del Hospital, pero no fue remitida desde la Inspección a la Instrucción por lo que no se incorporó al expediente. Y añadía que en septiembre de 2007 al solicitarle información sobre esa documentación el expediente consultado fue el proporcionado por la Instrucción, por lo que consideró que había cometido un error tipográfico.

En este informe de la Inspección se añade que esa documentación se encuentra en el expediente, folios 471-506, y efectivamente así es.

Sobre la asistencia al paciente en el SUAP de DIRECCION000 , manifestó la Inspectora Médica que <<el médico interviniente, tras una valoración adecuada de la grave situación clínica del niño <cianótico desde esta tarde. Desvanecimiento y atonía general>, informa al padre de <que debía verle un pediatra urgente>, tras lo que gritó y se fue de dicho servicio sin dar opción al médico de realizar otras intervenciones (ajustadas a protocolo) y organizar el transporte sanitario.

Se añade en el informe lo siguiente:



"La bronquiolitis es una enfermedad común del tracto respiratorio provocada por una infección vírica que afecta las diminutas vías respiratorias, denominadas <bronquiolos>, que llevan a los pulmones. A medida que estas vías respiratorias se inflaman, se hinchan y se llenan de mucosidad, resulta difícil respirar.

Afecta sobre todo a lactantes y niños menores de 2 años. Es una enfermedad de diagnóstico clínico. Tanto el diagnóstico como la gravedad de la enfermedad deben basarse en la historia clínica y el examen físico:

(...)

En los casos graves, un niño con bronquiolitis grave puede cansarse por el trabajo de respirar y tener poca entrada y salida de aire en los pulmones debido al taponamiento de las pequeñas vías respiratorias. La piel puede tornarse azulada (<cianosis>), lo cual es muy notorio en los labios y uñas....

La mayoría de los casos de bronquiolitis son leves y sólo requieren medicamentos para bajar la fiebre y mucolíticos para disminuir la viscosidad del moco y mejorar la ventilación pulmonar. Si presentan obstrucción de la vía aérea superior, lavado o aspiración de secreciones, especialmente previo a las tomas o al sueño (tratamiento instaurado por el SUAP de DIRECCION000 el día 17-12-02 (...)) La observación del niño y el control de su evolución por el pediatra de zona hubieran alertado del empeoramiento clínico.

Los lactantes con problemas para respirar... necesitan ser hospitalizados para ser controlados de cerca, recibir líquidos y oxígeno húmedo. Sólo, en los casos muy graves, se coloca a los bebés en respiradores hasta que comienzan a mejorar.

Como vemos la gravedad de la bronquiolitis se instaura progresivamente, los protocolos de actuación indican entonces, el **ingreso** hospitalario para garantizar la monitorización, una buena hidratación y oxigenación".

En cuanto a la cuestión de si a la vista de los datos obrantes en la historia clínica y, singularmente, por las gasometrías, la intubación del niño estaba indicada antes del momento en que se produjo, informa lo siguiente:

"Tras el **ingreso** en el hospital, a los niños con bronquiolitis se les debe monitorizar con un pulsioxímetro, y garantizar una buena oxigenación e hidratación.

La saturación arterial de oxígeno (SaO2) es una importante ayuda en los servicios de pediatría con fines diagnósticos y como elemento para decidir el manejo de niños con diferentes problemas de salud.

La pulsioximetría es la medición no invasiva del oxígeno transportado por la hemoglobina en el interior de los vasos sanguíneos.

El pulsioxímetro mide la saturación de oxígeno en los tejidos...

La correlación entre la saturación de oxígeno y la PaO2 viene determinada por la curva de disociación de la oxihemoglobina.

(...)

La pulsioximetría mide la saturación de oxígeno en la sangre, pero no mide la presión de oxígeno (PaO2), la presión de dióxido de carbono (PaCO2) o el pH. Por tanto, no sustituye a la gasometría en la valoración completa de los enfermos respiratorios. Sin embargo supera a la gasometría en rapidez y en la monitorización de estos enfermos".

Y teniendo en cuenta los datos del paciente, concretamente su frecuencia cardiaca, y respiratoria, las saturaciones según pulsioximetría y gasometría, concluye lo siguiente:

"-Los controles analíticos muestran una estabilización del niño y saturaciones de oxígeno adecuadas. Permanece aún la acidosis, consecuencia del grave estado acidótico con el que **ingresó**: Ácido Láctico= 18 (V.N. hasta 3)

-Folio 505 (62 de Ampliación documentación clínica): a partir de las 7,00 horas, clínicamente se observó un aumento del trabajo respiratorio (en la gráfica: frecuencia respiratoria de 6 a 7 horas de 20 a 40), por lo que se decidió la intubación y conexión al respirador.

Se decidió la intubación al observar el aumento del trabajo respiratorio (aumento de la frecuencia respiratoria) para mantener una adecuada oxigenación y no por empeoramiento de los datos analíticos en las gasometrías"

En otro informe emitido por los Dres. Bartolomé y Saturnino, del Servicio de Cuidados Intensivos Pediátricos, se señala:

"La sedación se mantiene hasta que se comprueba que la causa que motivó la ventilación mecánica ha desaparecido o mejorado. En el caso de Cayetano se comprueba durante la mañana siguiente al **ingreso** que no precisaba una asistencia respiratoria elevada y que la gasometría se había normalizado. Al tratarse además de





una bronquiolitis VRS positivo, a priori un proceso autolimitado en el tiempo (pocos días), la actuación médica... encaminada a la retirada de la ventilación mecánica lo más precozmente posible.

Cuando se procede a disminuir la sedación se busca que el paciente inicie movimientos espontáneos y vaya asumiendo el control de su ventilación, con el propósito, efectivamente, de iniciar el destete del respirador. La disminución de la sedación por lo tanto está totalmente justificada, ya que no existe como puede comprobarse en la gráfica ningún episodio, que pueda ser la causa de daño cerebral desde su **ingreso**.

Se describe desde su llegada al servicio de urgencias una exploración neurológica anormal con "mirada perdida, hipotonía axial y de miembros, sin respuesta a estímulos dolorosos, pupilas mióticas escasamente reactivas, ROT rotulianos presentes y simétricos pero débiles", es decir, el niño presentaba una disminución tal del nivel de conciencia que incluso motivó la petición de tóxicos en sangre y orina en el servicio de urgencias. Consta asimismo que aunque presenta mejoría, persiste la disminución del nivel de conciencia a su **ingreso** en UCI, con tendencia a la somnolencia y respuesta únicamente a estímulos dolorosos. Esta exploración puede ser inicialmente atribuible a la insuficiencia respiratoria, pero dado que tras la estabilización respiratoria y la disminución de la sedación no se obtiene la respuesta esperada, sumada a los antecedentes de exploración neurológica anormal desde la llegada a este hospital, es por lo que se solicita la práctica de un Electroencefalograma -no indicado para una bronquiolitis sin complicaciones- la misma mañana del día 19, efectuándose el día 20 manifestando la anormalidad existente".

Obran también en el expediente las dos asistencias (la primera a las 30:45 horas del día 17 de diciembre y la segunda a la 1:16 horas del día 19 siguiente) en el Servicio de Urgencias de Atención Primaria de DIRECCION000 , así como los informes emitidos por los facultativos que atendieron al niño. El primero de ellos, Dr. D. Alejandro informa:

"Como Antecedentes Personales (AP): ... Lo único que refleja el familiar a cargo del niño, ante mis preguntas, es que presenta un hábito intestinal estreñido.

A la exploración observo: está Consciente y Orientado (...), presenta Buen Estado General (...) y está afebril. Presenta un Catarro de Vía Alta (CVA) no presentando a la auscultación ni estertores, ni roces, ni soplos (silibancias o pitos). El signo del trago es negativo. No presenta Faringo Amigdalitis Aguda (FAA), ni presenta signos meníngeos.

El tratamiento aplicado fue:

Bisolbón gotas...

Lavados nasales con suero fisiológico-

Observación.

Se le remite a su médico de zona (en este caso su pediatra) para que siga el control y tratamiento del paciente sin tardanza.

... En ningún caso observé: mal estado general que hiciese preciso otro tratamiento".

En el segundo informe, emitido por el Dr. D. David , se hace constar:

"Este paciente fue visto por mi en el SUAP de DIRECCION000 ... aquejado de un cuadro de tos y atonía generalizada. Había sido visto antes en este servicio y remitido a su pediatra de zona al cual no lo llevaron. Desde hacía horas notaban que había empeorado.

Tras ser explorado por mi valoro que este paciente debe ser visto por el Servicio de Pediatría de HOSPITAL000 de manera urgente por su clínica aunque sus constantes vitales eran normales como así se corroboraron al llegar a la ciudad sanitaria.

Al decirle al padre que debía verlo un pediatra urgente se puso a gritar cogió a su hijo y se fue del servicio, no dándome opción a plantearle posibilidad de transporte por este servicio de urgencias extrahospitalario.

En este servicio los cuadros de ausencias o convulsiones febriles que no tienen un compromiso vital, y se remiten al servicio de pediatría, realizan el transporte los padres".

... Con la demanda aportaron los recurrentes dictamen emitido por el Dr. D. Manuel , Especialista en Cirugía Cardiovascular. En las consideraciones médico-legales señala lo siguiente:

"1ª.- El informado, sin antecedentes personales ni familiares de interés, debutó el día 19 de Diciembre de 2002 con un cuadro de bronquiolitis severa que comenzó con una importante insuficiencia respiratoria aguda que se puso de manifiesto en el Servicio de Urgencias de DIRECCION000 . En estas dependencias no se administró al menor

tratamiento alguno para la insuficiencia respiratoria (oxígeno, broncodilatadores, humidificación, adrenalina, etc...).

2ª.- El menor fue remitido al Servicio de Pediatría del HOSPITAL000 . El traslado se efectuó en el automóvil del padre, sin tratamiento alguno.

3ª.- En el Servicio de Urgencias del HOSPITAL000 , el menor presentó una parada respiratoria derivada de la insuficiencia respiratoria aguda. Posteriormente, fue ingresado en la UCI en donde permaneció con una severa insuficiencia respiratoria e hipoxia mantenida - según datos reflejados en las gasometrías- entre las 02:45 horas y las 08 horas en que el paciente fue finalmente intubado y conectado a un respirador.

4ª.- Tras la intubación, y entre las 08 horas y las 11:30 horas, el menor continuó severamente hipóxico.

5ª.- Existe, a mi juicio, una clara relación de causalidad entre la hipoxia mantenida desde el **ingreso** en el Servicio de Urgencias del HOSPITAL000 -y posiblemente desde la llegada del menor al Servicio de Urgencias de DIRECCION000 - hasta las 17 horas (pO<sub>2</sub> 139 mHg) del día 19 de Diciembre de 2002 y la encefalopatía del menor traducida en el status epiléptico analizado.

6ª.- Existe una clara relación entre la encefalopatía hipóxica y el grado de minusvalía declarado en el año 2004."

En conclusiones considera que la encefalopatía era previsible y evitable.

También aportó la parte actora dictamen sobre secuelas, emitido por el Dr. D. Jose Daniel , y otros documentos acreditativos de la evaluación del menor, de su estado, y de reconocimiento de minusvalía.

Por la parte demandada se aportó informe del Dr. D. Alexis , Jefe del Servicio de Pediatría del HOSPITAL000 , quien hace constar los siguientes extremos:

"1º El menor acude al HOSPITAL000 (en adelante DIRECCION001 ) en la madrugada del 19-12-2002 e ingresa en la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos (en adelante UCIP) con el diagnóstico de Síndrome Apneico secundario a Bronquiolitis aguda; (...) Esta infección, en recién nacidos y lactantes pequeños (...) puede manifestarse con Apnea, que es sinónimo de parada respiratoria. Esta manifestación puede ser tan grave que puede resultar letal si de esa parada respiratoria no se recupera de forma espontánea o mediante estimulación. No hay demostración, durante su estancia en Urgencias, de que además de la apnea, se produjera también parada cardíaca, circunstancia ésta que puede sobrevenir como consecuencia de la asfixia que se deriva de padecer una apnea suficientemente prolongada. Obviamente de producirse, la muerte habría sido inminente.

2º.- El paciente ingresa en UCIP en situación de insuficiencia respiratoria. Esta insuficiencia respiratoria se define por la hipoxia (disminución del contenido de oxígeno en sangre) de origen respiratorio. Se trata, por tanto de una situación en la que hay una menor incorporación de oxígeno desde los pulmones a la sangre.

La hipoxia se demuestra mediante la medida de la presión parcial de oxígeno en sangre arterial, lo que es difícil de realizar en niños tan pequeños debido al pequeño calibre de sus arterias y al hecho de que la punción de estas finas arterias puede significar su obstrucción y, consecuentemente el riego de infarto del territorio irrigado por esa arteria. Así pues, salvo en circunstancias muy especiales, esta medida no se realiza rutinariamente en niños. Las alternativas a la medida de la presión parcial de oxígeno arterial, son esencialmente dos: a) La medida de la presión parcial de oxígeno en sangre capilar. Esta medida se realiza obteniendo la sangre haciendo una punción en zonas ricas en capilares sanguíneos (...). Esa sangre no es arterial por lo que su interpretación depende de varias circunstancias que modifican el contenido de oxígeno en sangre tales como el frío, el estasis sanguíneo, la disminución de la presión arterial, la acción de la adrenalina, etc..., en resumen, todas aquellas circunstancias que modifican el flujo de sangre a través de los capilares y NO SOLAMENTE LA CANTIDAD DE OXIGENO QUE LOS PULMONES INCORPORAN A LA SANGRE. Otra posibilidad es medir la presión parcial de oxígeno en sangre venosa pero la relación de ésta con la presión parcial de oxígeno arterial es aún menor por lo que no sirve para evaluar la hipoxia. b) La segunda opción es evaluar la saturación de oxígeno (en adelante SatO<sub>2</sub>), es decir, el % de hemoglobina (...) que está saturada con oxígeno, cuya relación con la presión parcial de oxígeno es bien conocida. (...)

En el caso de Cayetano se realizaron determinaciones gasométricas en sangre capilar y venosa, pero no arterial, y la monitorización continua de la SatO<sub>2</sub>.

La gasometría capilar obtenida a su llegada a urgencias del DIRECCION001 muestra (...) De ella podemos decir que existe una acidosis mixta (el pH está bajo y hay un aumento de pCO<sub>2</sub> por lo que existe un componente respiratorio de esa acidosis y además una disminución de bicarbonato, aumento de ácido láctico y aumento negativo del exceso de bases que corresponde a un componente de acidosis metabólica). Respecto a la pO<sub>2</sub> - presión parcial de oxígeno- su valor para evaluar la hipoxia es escasa, ya que no es arterial... El convencimiento de que existía hipoxia en el momento de su llegada a Urgencias, se deriva del hecho de que hay acidosis con



aumento de ácido láctico lo que en ausencia de enfermedad metabólica (...) significa que el organismo ha puesto en marcha el metabolismo anaerobio, es decir el que se realiza en ausencia de oxígeno; esto es, si se ha iniciado el metabolismo que se realiza en ausencia de oxígeno es que había hipoxia. Además el componente metabólico de la acidosis consecuencia de la hipoxia indica que ésta ha sido importante.

Una vez ingresado en UCIP al paciente se le monitoriza de manera continua la SatO2 y ello porque es rutina constante en UCIP y porque hay anotaciones horarias de la misma en la historia clínica. Todas esas anotaciones son superiores al 93% lo que significa que desde ese momento NO HAY HIPOXIA y, en consecuencia, el organismo comienza a compensar el componente metabólico de la acidosis como demuestra el aumento del bicarbonato y la normalización del exceso de bases (...) y la elevación del pH hasta 7,20 que sigue siendo acidótico porque el componente respiratorio persiste (la pCO2 es 81 mmHg que es elevada). La sucesión de gasometrías muestran el proceso fisiológico por el que el organismo adecúa el pH a expensas de retener bicarbonato para compensar que la pCO2 siga elevada. La elevación del bicarbonato y el aumento de exceso de bases (en sentido positivo) NO SON POSIBLES EN SITUACIÓN DE HIPOXIA.

Así pues, el niño llegó a urgencias en situación de insuficiencia respiratoria con hipoxia e hipercapnia y acidosis mixta pero la hipoxia desapareció desde el momento en que se administró oxígeno y se normalizó la SatO2. Por tanto, no es cierto que ésta persistiera durante horas, como se recoge en el informe pericial emitido por el Dr. Pedro Miguel ... Esta es una interpretación errónea porque se equipara el valor de la gasometría capilar o venosa a la arterial en la evaluación de la hipoxia y este extremo ya he explicado que no es correcto. (...)

3º.- Otro de los aspectos discutidos es la adecuación en el momento de la intubación y la ventilación mecánica para el tratamiento de la insuficiencia respiratoria. Hemos de empezar por decir que la intubación endotraqueal y la ventilación mecánica no son, en absoluto, inocuas por lo que debe intubarse en indicaciones precisas. En el caso de la insuficiencia respiratoria las indicaciones son: a) la hipoxia que no mejora con la administración de oxígeno. Éste no fue el caso de Cayetano , pues como sea dicho previamente se obtuvo muy buena respuesta a la administración de oxígeno sin necesidad de intubar. b) Otra de las indicaciones es la hipercapnia que sí presentaba Cayetano . Suele recomendarse que se evalúe la intubación cuando la pCO2 supera los 60 mmHg que era el caso de Cayetano , pero esta no es una recomendación estricta y si la hipercapnia no se acompaña de acidosis grave o, como en este caso, la corrección de la hipoxia mejora el pH sin incremento de la pCO2, es razonable no intubar para comprobar si hay mejoría progresiva de la situación respiratoria, pero mantener un estricto control para decidirlo en caso de que cambien las circunstancias. c) La tercera de las indicaciones es clínica y se refiere precisamente a la causa por la que se decidió en este caso cual es, que el esfuerzo respiratorio que está realizando como consecuencia de la enfermedad respiratoria, pueda llegar a suponer un agotamiento tal que se pueda producir una parada respiratoria. En la historia clínica se recoge que, por un lado no hay mejoría de la enfermedad respiratoria (lo que es evaluado por el hecho de que la pCO2 no mejora) y además se aprecian signos clínicos de agotamiento, razones por las que se inició la ventilación mecánica. La decisión de cuando realizar la intubación basada en estos criterios clínicos son difícilmente objetivos porque dependen de la experta apreciación del intensivista para, por un lado, sopesar el riesgo de la intubación y ventilación mecánica y por otro, la inminencia del agotamiento del lactante que le lleve a un fracaso respiratorio aún mas grave e incluso a la parada respiratoria.

(...)"

Por la compañía de seguros codemandada se aportaron dictámenes emitidos por los Dres. Edmundo y Inocencio , Especialistas en Pediatría, el primero de ellos de 28 de enero de 2010 y el segundo, complementario del anterior, de 23 de marzo siguiente. En el primero se recogen las siguientes conclusiones:

"1. El niño Cayetano nació tras un embarazo no controlado, sin realización de controles analíticos ni ecografías durante la gestación. Comenzó con un cuadro catarral al mes y medio de vida valorado en el Servicio de Urgencias de DIRECCION002 (sic) (Murcia). Aunque se recomendó a los padres que acudiesen a revisión posterior por su pediatra, no realizaron ese control. Fue de nuevo llevado a Urgencias de DIRECCION002 (sic) un día y medio después, tras haber notado los padres durante las últimas horas decaimiento y cianosis. Al observar el mal estado que presentaba el paciente, se remitió de forma urgente al Servicio de Urgencias del Hospital de Murcia.

2. A su llegada a Urgencias el paciente estaba hipóxico, con dificultad respiratoria, hipotonía y escasa respuesta a estímulos y presentó una parada respiratoria. La analítica realizada mostró acidosis severa, hipoxemia, hipoglucemia e hiponatremia. De forma inmediata se inició tratamiento con oxígeno, sueroterapia y corrección de las alteraciones encontradas. Fue ingresado en Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos, monitorizado y estrechamente vigilado. Fue diagnosticado de bronquiolitis VRS positiva. La evolución inicial fue hacia la mejoría. En las primeras horas del **ingreso** se comprobó mejoría parcial de la oxigenación y ventilación, pero al aumentar la frecuencia respiratoria, y persistir alteraciones gasométricas, se decidió proceder a la intubación y ventilación mecánica.





3. En la evolución posterior del paciente se comprobó la existencia de un daño cerebral considerado como secundario a la hipoxia por bronquiolitis VRS positiva. Aunque no se puede asegurar cuándo se estableció la encefalopatía, el desarrollo de un daño cerebral secundario a hipoxia requiere un tiempo de evolución, no es un fenómeno instantáneo. Por ello, considerando que los padres notaron al niño en su domicilio cianótico e hipotónico... y que a su llegada al Hospital se comprobaron datos clínicos y analíticos de afectación severa, es probable que la hipoxia causante del daño cerebral se iniciase ya antes de acudir a la consulta de DIRECCION002 (sic)".

En el informe ampliatorio se insiste en que cuando el niño llegó al centro de salud ya estaba hipóxico, y se añade que la asistencia prestada en el hospital fue inmediata "y las medidas terapéuticas adoptadas: administración de oxígeno, adrenalina nebulizada, estabilización del paciente, monitorización de sus constantes, aplicación de un pulsioxímetro para medición continua de la saturación transcutánea de oxígenos (con valores normales), hace que sea muy improbable considerar que fue precisamente durante su ingreso cuando el paciente desarrolló la encefalopatía, teniendo en cuenta todo el tiempo transcurrido previamente, durante el cual, obviamente, no podemos conocer la situación exacta respiratoria que presentaba, pero un dato muy importante a tener en cuenta es la severidad de la acidosis a su llegada al Hospital (pH 7.04). Este dato refleja una situación de insuficiencia respiratoria mantenida, que conduce a un metabolismo anaerobio y desarrollo de grave alteración metabólica. Por otra parte, fue justamente el pH el dato que mejor evolucionó al iniciar el tratamiento del paciente".

En período de prueba comparecieron, entre otros testigos-peritos, los Dres. Paula , Bartolomé y Saturnino , de la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos del HOSPITAL000 , quienes ratificaron en su caso los informes emitidos y contestaron a las preguntas que les fueron formuladas. Igualmente compareció el Dr. Donato , pediatra que atendió al menor en la puerta de urgencias del hospital, y Dra. Inocencio , una de las autoras del dictamen aportado por la codemandada.

La Dra. Paula manifestó que en la puerta de urgencias el niño estaba hipóxico y fue mejorando al administrarle oxígeno, oxigenando bien a partir de ese momento y desapareciendo la hipoxia. Explicó como se valoran las gasometrías. Hacia las 7 de la mañana el niño respiraba más rápido de lo normal y decidió la intubación para que no hiciera una parada respiratoria. Aclaró que en UCI la vigilancia es continua y se está todo el tiempo con los pacientes. Lo mismo manifestaron la Dra. Carla y el Dr. Saturnino , que aclararon que las lesiones neurológicas no se manifiestan de inmediato, sino que se van instaurando de forma progresiva, y los daños neurológicos padecidos son los producidos por una falta de oxígeno prolongada. Explicaron las razones por las que a un niño de tan corta edad no se le hacen gasometrías arteriales, y que sólo se hacen cuando se ha canalizado una arteria por otras razones y se aprovecha esa vía. El Dr. Saturnino también explicó la diferencia entre hipoxia e hipercapnia. El Dr. Donato describió el estado del menor a la llegada a la puerta de urgencias, señalando que no presentaba apneas ni parada respiratoria, pero una saturación baja de oxígeno y un mal estado neurológico. Por las apneas que había tenido y por el resultado de la gasometría decidió avisar a la UCIP, donde quedó ingresado. Señaló igualmente que la hipoxia se le produjo antes de llegar al hospital, y preguntado si es posible que en urgencias de DIRECCION000 tuviera cianosis peribucal y en el hospital palidez contestó que sí, puesto que son pasos sucesivos, indicativos de haber tenido una hipoxia, lo que además confirmaba la importante acidosis que tenía.

Por último, la Dra. Remedios ratificó su dictamen, explicó como han de valorarse las gasometrías y la razones de no hacerlas arteriales en niños de corta edad. Aclaró que cuando ingresó el niño presentaba insuficiencia respiratoria pero una vez administrado el oxígeno comenzó a normalizarse la saturación, no produciéndose apnea en ningún momento. Estaba eliminando CO<sub>2</sub> y su saturación de oxígeno era adecuada por lo que no estaba indicada la intubación. Al observar que la frecuencia respiratoria aumentaba se decidió su intubación para prevenir una parada respiratoria.

... Centra la parte actora en conclusiones los motivos por los que entiende que hubo una incorrecta praxis en la asistencia sanitaria prestada al hijo de los demandantes. Considera, en primer lugar, que cuando éstos acudieron con el menor a urgencias del Centro de Salud de DIRECCION000 el niño ya manifestaba una hipoxia, y, no obstante, el facultativo que le atendió no aplicó tratamiento alguno dirigido a paliar tal situación, remitiéndole al hospital por sus propios medios. En segundo lugar, una vez en el hospital, y ante el estado cada vez peor del niño no se procedió a intubarlo, dando lugar con ello a que se produjera una hipoxia de tal intensidad que le causó un daño cerebral irreparable.

Ninguna de estas alegaciones puede ser acogida, pues carecen de apoyo probatorio alguno. Así, omiten los demandantes -y su perito- que el niño ya fue visto en urgencias del Centro de Salud de DIRECCION000 el día 17 de diciembre, y que el facultativo le diagnosticó según los síntomas y signos que presentaba e indicó la consulta con pediatra. No acudieron los padres al pediatra, sino que a los dos días, el 19 de diciembre, se personaron de madrugada en el mismo servicio estando el niño en tal estado que se le hizo saber a los padres que debían verlo en el servicio de pediatría del HOSPITAL000 ". Claramente consta en el informe de asistencia que el



*paciente estaba "cianótico desde esta tarde con atonía". Entiende la parte actora que la cianosis se apreció en ese momento, y que lo que estaba presente desde la tarde era la atonía, pero teniendo en cuenta que en el informe de urgencias de la Arrixaca constan los signos neurológicos que presentaba el menor, y que según declaró en las diligencias penales y ahora en este recurso el pediatra que le atendió, la posible causa de afectación neurológica era la insuficiencia respiratoria no sólo en ese momento sino "durante las horas previas", se concluye que ese grave estado neurológico fue el apreciado en urgencias del centro de salud. Por otra parte, tampoco hubo lugar a que el médico de urgencias de DIRECCION000 aplicara tratamiento alguno pues según expresa en su informe y no ha sido desvirtuado el padre empezó a gritar y se llevó al niño, realizando el traslado en su propio vehículo.*

*En segundo lugar, las afirmaciones de la parte actora de que el niño debió ser intubado antes de las ocho horas del día 20 son contradichas por todos los facultativos que declararon, así como por la Dra. Remedios que emitió el dictamen pericial aportado por la codemandada. Frente a las exhaustivas explicaciones que se recogen en tales informes, basados en datos objetivos como son los que ofrecía el pulsioxímetro aplicado al niño y las distintas gasometrías que se le iban haciendo, la parte demandante insiste en mantener que debió intubarse al niño a las 7 horas en que se advirtió un aumento de la frecuencia respiratoria. Esta alegación no pasa de ser una opinión de la parte, sin apoyo probatorio alguno, pues precisamente lo que se destaca es que el niño estaba oxigenado y se intentaba que siguiera eliminando por sí mismo el CO<sub>2</sub>, como venía haciendo durante la noche. Al observar un agotamiento producido por esa necesidad de eliminación se le intubó, siendo conscientes en la UCIP que se trataba de una medida invasiva y no exenta de riesgos, pero indicada precisamente para evitar una apnea o una parada respiratoria.*

*También insiste la parte en las gasometrías arteriales, cuando por todos los facultativos se ha explicado hasta la saciedad que no es posible hacerlas en niños de corta edad y no se hacen pues tienen grandes riesgos, salvo supuestos excepcionales que no constaban en este caso. Igualmente explicaron que la gasometría venosa no informa sobre el oxígeno sino sobre el CO<sub>2</sub>, y por ello es necesario el pulsioxímetro, que en este caso el niño llevó durante todo el tiempo, estando monitorizado de forma constante. La información que ofrece este aparato (O<sub>2</sub>) y la gasometría (CO<sub>2</sub>) permiten una correcta valoración de la función respiratoria. Por último, la referencia a las 8 de la mañana es aproximada, como se manifestó en las declaraciones, pues la intubación no es inmediata desde que se decide, hay que administrar al paciente una medicación previa y hacer los preparativos necesarios.*

*Frente al rigor de los distintos informes, emitidos por especialistas en la materia, la parte actora ha aportado un dictamen -no ratificado a presencia judicial y de las partes- emitido por un médico especialista en Cirugía Cardiovascular.*

*El dictamen además omite datos que son relevantes, como es la asistencia del día 17 de diciembre, haciendo constar por el contrario que el paciente no presentaba antecedentes personales de interés. Igualmente señala que el menor fue remitido al hospital y el traslado se hizo en el vehículo del padre, pero no refleja lo que se informa por el facultativo del servicio de urgencias de DIRECCION000 que atendió al menor. Señala por otra parte que en UCI pediátrica estuvo con una hipoxia mantenida, lo que no es cierto pues las gráficas demuestran la mejoría experimentada desde su **ingreso**. En cuanto a las gasometrías, consideramos que en los informes aportados por la codemandada, en el emitido por el Jefe de Servicio de Pediatría de la Hospital, y en las declaraciones de los distintos facultativos se explica de modo claro y con todo detalle cómo deben interpretarse y valorarse los resultados de esa prueba.*

*Pero lo determinante es que, al contrario de lo que informa el perito de la parte actora, cuando el niño fue llevado a urgencias del centro de salud de DIRECCION000 ya presentaba síntomas de haber sufrido la hipoxia que le produjo el daño neurológico, síntomas que fueron observados por los propios padres y puestos de manifiesto ante el facultativo que atendió al menor, motivando la indicación por éste de traslado al hospital. En definitiva, no solo no ha quedado acreditado que podía haberse evitado la hipoxia, sino que con toda probabilidad ya la había sufrido, con el consiguiente daño neurológico, cuando **ingresó** en el hospital. Por tanto, ese daño no es imputable al funcionamiento del servicio público.>>*

A la vista de la fundamentación y la decisión de la Sala de instancia se interpone el presente recurso que, como ya se dijo, se funda en un único motivo, por la vía del "error in iudicando" del artículo 88.1º.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su redacción aún aplicable al presente recurso, por el que se denuncia que la sentencia de instancia vulnera lo establecido en los artículos 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 218.2º de la Ley de Enjuiciamiento **Civil**.

Ha comparecido y se oponen al recurso la Administración Autonómica de la Región de Murcia y la aseguradora "Zurich Insurance PLC" que suplican la desestimación del mismo, si bien la defensa de la aseguradora suplica, con carácter preferente, la inadmisibilidad del mismo.

**SEGUNDO. Inadmisibilidad. Inexistencia del juicio de relevancia.-**



Como ya se dijo antes, se opone por la defensa de la aseguradora de la Administración, la compañía "Zurich Insurance PLC", la declaración de inadmisibilidad del presente recurso, por estimar que en el mismo se omite la exigencia que venía impuesta en el artículo 9.2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su redacción aplicable al presente recurso de casación, conforme al cual, cuando el recurso se interponga contra una sentencia dictada por la Sala de un Tribunal Superior de Justicia, deberá *<<justificarse que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia>>*. Se considera por la defensa de la recurrida que en el presente caso no se ha cumplido dicha exigencia, por lo que procede declarar su inadmisibilidad, conforme a lo que venía declarando la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, de la que se deja cita concreta.

Suscitado el debate en la forma expuesta hemos de comenzar por recordar que el requisito formal del juicio de relevancia antes señalado debía realizarse en el escrito de preparación del recurso de casación, de conformidad con lo que se establecía en el mencionado artículo 89. Pues bien, en el caso de autos debe señalarse que en el escrito de preparación se contienen una suficiente justificación de por qué, a juicio de la defensa de los recurrentes, es determinante el precepto en que se funda el motivo, el artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a los efectos de la exigencia formal mencionada.

Se compartirá o no la pretendida vulneración del precepto invocado, pero está suficientemente motivada en el escrito de preparación la relevancia del mencionado precepto en la sentencia de instancia. Y es que lo reprochado en el óbice formal al recurso no es propiamente el deficiente juicio de relevancia, que es correcto, sino que el único motivo del recurso esté referido a una crítica a la valoración de la prueba que se hizo por la Sala de instancia, lo cual, se afirma, está excluido del recurso de casación, el cual es un debate que no afecta, en sí mismo considerado, a la exigencia del juicio de relevancia, que se trata, como se ha dicho, de una cuestión bien diferente.

Por todo lo expuesto procede rechazar la inadmisibilidad del recurso que se suplica por la parte recurrida.

### **TERCERO. Único motivo del recurso. Existencia del daño imputable a la Administración sanitaria.-**

Como ya se dijo, el presente recurso de casación se funda en un único motivo, por la vía del "error in iudicando" del párrafo d) del artículo 88.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su redacción aplicable al presente recurso, por el que se denuncia que la sentencia de instancia vulnera lo establecido en los artículos 139.1º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aun aplicable al presente supuesto, y 218.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No obstante la invocación de los mencionados preceptos, no exentos de contradicción a la vista del motivo a que se acoge el recurso, es lo cierto que el grueso de la argumentación del motivo se centra en la valoración de la prueba que se hace por la Sala sentenciadora, en relación con los presupuestos de la responsabilidad patrimonial exigida; es decir, sobre la inexistencia de mala praxis ad hoc en el tratamiento sanitario prestado al menor a que se refiere la pretensión, excluyendo la antijuridicidad del daño, en el sentido de que no pueden imputarse a la asistencia sanitaria que se presta en los términos correctos y propios de la lex artis.

Por el contrario, se sostiene en el motivo que, a juicio de la defensa de los recurrentes, existen prueba en contra de la apreciación de los hechos que hace el Tribunal de instancia, estimando que esos elementos probatorios son suficientes para apreciar la deficiente asistencia que le fue prestada al menor.

Para un adecuado tratamiento de las cuestiones que se suscitan en este único motivo del recurso es conveniente hacer referencia lo que al respecto se declara en la sentencia recurrida.

En efecto, es decisivo a los efectos del debate, lo razonado por la sentencia de instancia en el fundamento quinto en el que, tras haber realizado en los anteriores una exposición razonada del contenido de los diversos informes que obran en las actuaciones y los fundamentos de la pretendida mala praxis en que se fundaba la reclamación pretendida, se declara:

*<<Centra la parte actora en conclusiones los motivos por los que entiende que hubo una incorrecta praxis en la asistencia sanitaria prestada al hijo de los demandantes. Considera, en primer lugar, que cuando éstos acudieron con el menor a urgencias del Centro de Salud de DIRECCION000 el niño ya manifestaba una hipoxia, y, no obstante, el facultativo que le atendió no aplicó tratamiento alguno dirigido a paliar tal situación, remitiéndole al hospital por sus propios medios. En segundo lugar, una vez en el hospital, y ante el estado cada vez peor del niño no se procedió a intubarlo, dando lugar con ello a que se produjera una hipoxia de tal intensidad que le causó un daño cerebral irreparable.*





Ninguna de estas alegaciones puede ser acogida, pues carecen de apoyo probatorio alguno. Así, omiten los demandantes -y su perito- que el niño ya fue visto en urgencias del Centro de Salud de DIRECCION000 el día 17 de diciembre, y que el facultativo le diagnosticó según los síntomas y signos que presentaba e indicó la consulta con pediatra. No acudieron los padres al pediatra, sino que a los dos días, el 19 de diciembre, se personaron de madrugada en el mismo servicio estando el niño en tal estado que se le hizo saber a los padres que debían verlo en el servicio de pediatría del HOSPITAL000 ". Claramente consta en el informe de asistencia que el paciente estaba "cianótico desde esta tarde con atonía". Entiende la parte actora que la cianosis se apreció en ese momento, y que lo que estaba presente desde la tarde era la atonía, pero teniendo en cuenta que en el informe de urgencias de la Arrixaca constan los signos neurológicos que presentaba el menor, y que según declaró en las diligencias penales y ahora en este recurso el pediatra que le atendió, la posible causa de afectación neurológica era la insuficiencia respiratoria no sólo en ese momento sino "durante las horas previas", se concluye que ese grave estado neurológico fue el apreciado en urgencias del centro de salud. Por otra parte, tampoco hubo lugar a que el médico de urgencias de DIRECCION000 aplicara tratamiento alguno pues según expresa en su informe y no ha sido desvirtuado el padre empezó a gritar y se llevó al niño, realizando el traslado en su propio vehículo.

En segundo lugar, las afirmaciones de la parte actora de que el niño debió ser intubado antes de las ocho horas del día 20 son contradichas por todos los facultativos que declararon, así como por la Dra. Remedios que emitió el dictamen pericial aportado por la codemandada. Frente a las exhaustivas explicaciones que se recogen en tales informes, basados en datos objetivos como son los que ofrecía el pulsioxímetro aplicado al niño y las distintas gasometrías que se le iban haciendo, la parte demandante insiste en mantener que debió intubarse al niño a las 7 horas en que se advirtió un aumento de la frecuencia respiratoria. Esta alegación no pasa de ser una opinión de la parte, sin apoyo probatorio alguno, pues precisamente lo que se destaca es que el niño estaba oxigenado y se intentaba que siguiera eliminando por sí mismo el CO<sub>2</sub>, como venía haciendo durante la noche. Al observar un agotamiento producido por esa necesidad de eliminación se le intubó, siendo conscientes en la UCIP que se trataba de una medida invasiva y no exenta de riesgos, pero indicada precisamente para evitar una apnea o una parada respiratoria.

También insiste la parte en las gasometrías arteriales, cuando por todos los facultativos se ha explicado hasta la saciedad que no es posible hacerlas en niños de corta edad y no se hacen pues tienen grandes riesgos, salvo supuestos excepcionales que no constaban en este caso. Igualmente explicaron que la gasometría venosa no informa sobre el oxígeno sino sobre el CO<sub>2</sub>, y por ello es necesario el pulsioxímetro, que en este caso el niño llevó durante todo el tiempo, estando monitorizado de forma constante. La información que ofrece este aparato (O<sub>2</sub>) y la gasometría (CO<sub>2</sub>) permiten una correcta valoración de la función respiratoria. Por último, la referencia a las 8 de la mañana es aproximada, como se manifestó en las declaraciones, pues la intubación no es inmediata desde que se decide, hay que administrar al paciente una medicación previa y hacer los preparativos necesarios.

Frente al rigor de los distintos informes, emitidos por especialistas en la materia, la parte actora ha aportado un dictamen -no ratificado a presencia judicial y de las partes- emitido por un médico especialista en Cirugía Cardiovascular.

El dictamen además omite datos que son relevantes, como es la asistencia del día 17 de diciembre, haciendo constar por el contrario que el paciente no presentaba antecedentes personales de interés. Igualmente señala que el menor fue remitido al hospital y el traslado se hizo en el vehículo del padre, pero no refleja lo que se informa por el facultativo del servicio de urgencias de DIRECCION000 que atendió al menor. Señala por otra parte que en UCI pediátrica estuvo con una hipoxia mantenida, lo que no es cierto pues las gráficas demuestran la mejoría experimentada desde su **ingreso**. En cuanto a las gasometrías, consideramos que en los informes aportados por la codemandada, en el emitido por el Jefe de Servicio de Pediatría de la Hospital, y en las declaraciones de los distintos facultativos se explica de modo claro y con todo detalle como deben interpretarse y valorarse los resultados de esa prueba.

Pero lo determinante es que, al contrario de lo que informa el perito de la parte actora, cuando el niño fue llevado a urgencias del centro de salud de DIRECCION000 ya presentaba síntomas de haber sufrido la hipoxia que le produjo el daño neurológico, síntomas que fueron observados por los propios padres y puestos de manifiesto ante el facultativo que atendió al menor, motivando la indicación por éste de traslado al hospital. En definitiva, no solo no ha quedado acreditado que podía haberse evitado la hipoxia, sino que con toda probabilidad ya la había sufrido, con el consiguiente daño neurológico, cuando **ingresó** en el hospital. Por tanto, ese daño no es imputable al funcionamiento del servicio público.>>

Es indudable, a la vista de lo expuesto, que no puede concluirse que la sentencia de instancia vulnera, conforme a los razonamientos expuestos, ni la exigencia de la motivación, que es a lo que se refiere el artículo 218.2º que se invoca en el motivo --que no puede ser invocado por la vía casacional elegida, sino por la del "error in procedendo"--, ni, menos aún, que se haya vulnerado lo establecido en el artículo 139.1º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto se considere





que concurren los presupuestos de la responsabilidad patrimonial porque, sabido es, se deja constancia en la misma sentencia, que en el supuesto del servicio sanitario, esa responsabilidad aparece vinculada a la apreciación de una mala praxis, lo cual remite el debate a los hechos en que se prestó la mencionada asistencia, habida cuenta de que la finalidad de dicha asistencia sanitaria no comporta el derecho a la curación, que no es una posibilidad siempre posible conforme al estado de la ciencia médica, sino a la prestación de la asistencia más acorde al estado de la ciencia. Y conforme a dicha configuración de esta responsabilidad, la Sala de instancia, dando por probado los hechos reflejados en el fundamento transcrito de la sentencia, concluye en la correcta asistencia sanitaria al menor, por lo que no puede aceptarse la vulneración del mencionado precepto.

No obstante lo anterior debe señalarse que todo el motivo del recurso, pese a acogerse a la vulneración de los mencionados preceptos, es lo cierto que en su desarrollo, sin hacer referencia a precepto alguno referido a la valoración de la prueba, lo que se critica permanentemente es que la Sala de instancia hace una valoración arbitraria de los informes tomados en consideración, de los que concluye la existencia de una correcta asistencia cuando, a juicio de la defensa de los recurrentes, de las mencionadas pruebas cabe concluir lo contrario, estimando que la Sala hace una valoración arbitraria de la prueba. Y si bien es lo cierto que esa fundamentación no se corresponde con la invocación de los preceptos en que se funda el motivo, lo cual comportaría ya su rechazo, es lo cierto que tampoco referido el debate en relación con los mencionados reproches, el motivo puede prosperar.

En efecto, sabido es que en el recurso de casación, por tener una naturaleza de recurso extraordinario y hacer abstracción de los datos de mero hecho, en cuanto su finalidad es el examen de la aplicación que se hace por los Tribunales de instancia de las normas y jurisprudencia que fueran aplicables al caso de autos, no pueden suscitarse cuestiones de mero hecho ni sobre valoración de la prueba y nunca ha sido la errónea valoración de la prueba uno de los motivos del recurso. Se ha sostenido en justificación de esa **exclusión**, además de lo señalado, en que estando la actividad procesal probatoria regida por el principio de inmediación, son los Tribunales de instancia los que están en mejores condiciones para realizarla.

Ahora bien, es cierto también, y nada de esto se razona en el motivo, que a instancias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha declarado por este Tribunal Supremo que, cuando sea apreciable que los Tribunales realizan una valoración arbitraria, ilógica o que conduzca a resultados inverosímiles, lo que se estaría afectando no es propiamente las normas sobre valoración de la prueba, excluidas de la casación, sino el mismo derecho fundamental a la tutela judicial, en su vertiente de derecho a la prueba, por lo que se estaría vulnerando el artículo 24 de la Constitución –que no se invoca como infringido en el presente recurso–, siendo revisable en casación por la vía del "error in iudicando". Sin embargo, es lo cierto que esa misma línea jurisprudencia ha venido declarando que, en cuanto se trata de una excepción a la regla general de **exclusión** de ese debate en el recurso, es la parte que invoca tan extremos defectos de valoración la que tiene la carga de aportar elementos suficientes para concluir en esos defectos de valoración.

Sentado lo anterior, debe concluirse que lo que se pretende por la asistencia de los recurrentes en el motivo del recurso, aun con las deficiencias formales ya apreciadas, es pretender hacer prevalecer una conclusión de los hechos bien diferente de las propuesta por la Sala de instancia, acogiendo una examen del material probatorio del que se hacen unas conclusiones en cuanto a su valoración que se pretenden imponer sobre la valoración más objetiva del Tribunal de instancia u que, conforme cabe concluir de su transcripción, aparecen extensamente justificada por lo que se debe mantenerse.

En ese sentido, frente a la coherente y fundada conclusión a que llega la Sala sentenciadora en el transcrito fundamento quinto sobre cómo ocurrieron los hechos y la asistencia que le fue prestada al menor, con una prolija conclusión sobre los informes que la Sala valora y da por preferentes, lo que se pretende es poner de manifiesto detalles particulares que en nada desmerecen esa versión de los hechos de los que se concluye en la correcta asistencia. Y para mayor contradicción, con una imputación de falsedad de los documentos aportados al proceso, que ha sido archivada por el Orden Penal, al que se remitió su tramitación, e incluso con base a unos informes periciales aportados a estos autos que, practicados a instancias de la misma parte, no se han ratificado ni sometido a contradicción de la parte contraria; cuestiones estas a las que hace referencia, como se ha visto, en la sentencia recurrida como criterio de valoración y que ha de llevar al rechazo de arbitrariedad que en dicha valoración se reprocha en el motivo. Y no puede desconocerse, en esa labor de valoración de la prueba, el largo lapso temporal entre la asistencia sanitaria por el servicio público y la concreción de los pretendidos efectos sobre el menor, que se pretenden vincular a aquel tratamiento sobre la base de unos informes elaborados a instancia de los mismos recurrentes sobre una documentación clínica que se examina con criterios de probabilidad objetiva, en contra de los informes en que se funda la sentencia, coetáneos a aquella asistencia.

Las razones expuestas comportan la desestimación del recurso.

**CUARTO. Costas procesales.-**

La desestimación íntegra del presente recurso de casación determina, en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, la imposición de las costas del mismo a los recurrentes, si bien la Sala haciendo uso de las facultades reconocidas en el párrafo tercero del mencionado precepto y atendidas las circunstancias del caso, señala en cuatro mil euros (4.000 €.), más IVA, la cantidad máxima a repercutir por todos los conceptos y para cada una de las partes que han comparecido y se han opuesto al recurso.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido No ha lugar al presente recurso de casación número 1333/2016 interpuesto por D. Jose Pablo y D.ª Herminia, contra la sentencia número 174/2016, de 4 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso contencioso-administrativo número 294/2005; con expresa imposición de las costas a los recurrentes, hasta el límite señalado en el último fundamento.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez Rafael Fernandez Valverde

Octavio Juan Herrero Pina Juan Carlos Trillo Alonso

Wenceslao Francisco Olea Godoy Jose Juan Suay Rincon

César Tolosa Tribiño

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.