



**Universidad
Zaragoza**

Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por **Alba Martínez Espina**

Con objeto de

Negligencia médica en la medicina privada

Directora

Marina Pérez Monge

Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza

2023

ÍNDICE

I.- ABREVIATURAS	2
II.- INTRODUCCIÓN	3
III.- ANTECEDENTES DE HECHO	4
IV.- CUESTIONES QUE SE PLANTEAN	7
V.- NORMATIVA APLICABLE.....	8
VI.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS	9
1.- APROXIMACIÓN A LOS SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA	9
2.- LEGITIMACIÓN	13
2.1) Legitimación activa	13
2.2) Legitimación pasiva	17
3.- RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	19
3.1) Teoría de la opción o concurso de acciones	19
3.2) Elementos de la responsabilidad civil extracontractual	21
4.- CARGA DE LA PRUEBA	24
4.1) Procedimiento probatorio	25
4.2) Insuficiencia o ausencia del Historial clínico	35
5.- CULPA Y LEX ARTIS	38
5.1) Protocolos médicos	42
5.2) Deber de realización de todas las pruebas diagnósticas necesarias	44
6.- RELACIÓN DE CAUSALIDAD	49
6.1) Criterio de adecuación	51
6.2) Teoría de la Pérdida de Oportunidad	53
7.- VALORACIÓN DEL DAÑO	58
7.1) Cuantificación del daño según el «baremo de tráfico»	58
7.2) El daño según la teoría de la pérdida de oportunidad	65
VII.- CONCLUSIONES	65
VIII.- BIBLIOGRAFÍA	68
IX.- ANEXO	75

I.- ABREVIATURAS

Art: Artículo

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

DR: Doctor

HIC: Hipertensión Intracraneal

LCS: Ley de Contratos de Seguro

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LCU: Ley de Consumidores y Usuarios

NÚM: Número

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

SRA: Señora

SS: Siguietes

TAC: Tomografía Axial Computerizada

TS: Tribunal Supremo

UCI: Unidad de Cuidados Intensivos

II.- INTRODUCCIÓN

El presente dictamen aborda el estudio desde una perspectiva práctica y teórica de la responsabilidad civil extracontractual en el ejercicio privado de la medicina, cuando un particular ha concertado un contrato de asistencia sanitaria con una entidad aseguradora.

De manera concreta, nos detendremos en los supuestos en los que los facultativos en la asistencia médica han incurrido en un error de diagnóstico e inadecuación de tratamiento que dan lugar al fallecimiento de la paciente. El análisis de los dos conceptos (diagnóstico y tratamiento), nos lleva a exponer la teoría sobre la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia ubicada dentro de la relación de causalidad, así como el criterio de adecuación para atribuir dicha responsabilidad.

Asimismo, contextualizaremos el supuesto de hecho dentro de los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria y analizaremos quiénes son los legitimados para interponer la acción -legitimación activa- y frente a quién se ejercita la misma -legitimación pasiva-. Igualmente, examinaremos la responsabilidad extracontractual, partiendo de los elementos que la configuran y la facultad de elección sobre la responsabilidad contractual en la teoría de la opción o concurso de acciones.

En otro orden de cosas, nos detendremos en la valoración de la prueba donde es primordial que el actor deba probar el daño, y por ello, expondremos detenidamente la prueba testifical y su práctica en el acto del juicio, así como la contrariedad de la inadmisión del informe pericial propuesto por la representación de los familiares de la víctima, y mencionaremos la cuestión acerca de la ausencia de la historia clínica relacionándola con la teoría de la facilidad probatoria.

El reproche culpabilístico como manifestación de la negligencia médica así como el calibrar la diligencia profesional conforme a la *lex artis* son cuestiones esenciales en este dictamen y que se desarrollarán a continuación, y concluyendo finalmente con la valoración conjunta del daño cuando se presuponen los anteriores elementos configuradores de la responsabilidad.

III.-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dña. Isabel Sánchez, de 70 años de edad el día 22 de noviembre de 2017, sufrió una caída accidental en su domicilio, y ante dicha situación, sus hijos decidieron trasladarla de urgencia al HLA Grupo Hospitalario “Clínica Montpellier” de Zaragoza.

Una vez la paciente ingresó en el Hospital orientada y por su propio pie, se decide el ingreso en Urgencias ya que presentaba un cuadro hemorrágico inicial, a consecuencia del golpe en la cabeza provocado por la caída en su domicilio.

SEGUNDO.- Se hace constar los antecedentes médicos de Dña. Isabel Sánchez consistentes en trastornos de coagulación y toma de medicación habitual como es “Sintrom”, un fármaco que pertenece al grupo de medicamentos denominados anticoagulantes, y que en determinadas circunstancias, facilita o favorece el sangrado espontáneo.

Posteriormente, se le decide realizarle una analítica de sangre y un TAC. El resultado del TAC muestra la presencia de «hemorragia subaracnoidea no traumática», en principio «asintomática» con una *fractura lineal craneal*.

En la analítica, el resultado del IRN (indicador utilizado para el control de los pacientes en tratamiento con «Sintrom») el resultado fue de 3,70 informando el Laboratorio del Hospital que la analítica practicada demostraba un «trastorno de coagulación», encontrándose la paciente en ese momento por encima del rango adecuado.

Pese a los resultados, el facultativo que le atendió en Urgencias, siguiendo las instrucciones del neurocirujano Dr. González Prieto, le había pautado como tratamiento su medicación habitual, incluido el «Sintrom», y «Nolotil» para el dolor. Y dichos medicamentos le fueron administrados en Urgencias por el mismo facultativo, siguiendo las instrucciones del médico.

TERCERO.- Se acuerda su ingreso en planta, sin embargo, no se le realiza un seguimiento de la evolución de la paciente durante toda la noche que permanece ingresada, ya que no consta ningún parte o informe de Enfermería relativo a la paciente, desde las 21:22 h del día 23 de noviembre de 2017, hasta las 7:31 h del día siguiente, informando éste último la ausencia de incidencias. Por tanto, no consta ningún control por parte de Enfermería que determine una agravación del proceso.

A las 9:22 h del 23 de noviembre de 2017, parientes de la paciente informan a enfermería que la Sra. Sánchez se encuentra muy dormida y le cuesta respirar. En ese momento pasa visita el Dr. González Prieto, quien indica realizar un TAC urgente, siendo la primera vez que el facultativo examina a la paciente desde las 19 horas del día anterior.

La Enfermería informa que a las 9:30 horas del 23 de noviembre se le realiza un TAC craneal y en su Informe Resumen a las 11:56 horas, se informa que «la paciente ingresa en UCI procedente de planta por cuadro de Hemorragia cerebral, al ingreso la paciente se encuentra en coma, pupilas medias reactivas, no atiende a la llamada y no reacciona a estímulos».

CUARTO.- Ya en la UCI, y a la vista de nuevo estudio hematológico y de coagulación, estando los valores igualmente alterados, el Dr. Miguel Moreno pauta a partir de las 13:10 del 23 de noviembre, tratamiento con “*Konnakion*” (*Vitamina K* para hemorragias).

No es, pues, hasta 21 horas después de la caída padecida sufriendo una hemorragia subaracnoidea no traumática, cuando se le retira el tratamiento con Sintrom (anticoagulante) y se indica la administración de su inhibidor (*Vitamina K*).

QUINTO.- Durante el día 23 de noviembre, la paciente no presenta mejoría, mostrando reflejos negativos, bradicardia, alteración neurológica, informando el Dr. González Prieto de que no se puede operar por la situación en la que se encuentra D^a Isabel Sánchez, de manera que tras hablar con la familia, el día 24 de noviembre a las 13:45 se procede a desentubar a la paciente y fallece de forma inmediata.

SEXTO.- El informe emitido por el Doctor Martí Ponz, perteneciente a la clínica Montpellier y profesional perteneciente a la UCI de dicho centro, hace constar: «(...) tras

valorar prueba de imagen del Dr. González Prieto decide ingreso de la paciente en UCI pese al mal pronóstico neurológico de la paciente, con contraindicación de intervención quirúrgica. Comentado el caso con el neurocirujano se decide IOT+VM (intubación orotraqueal y ventilación mecánica) pese a su incongruencia».

SÉPTIMO.- Ante estos hechos, Dña. Esther Urdiel, hija de la fallecida presentó denuncia ante el Juzgado de Guardia de Zaragoza.

Se inicia el procedimiento de Diligencias Previas tramitado en el Juzgado de Instrucción N° 10 en el que recae Auto de 10 de diciembre de 2017 decretando el sobreseimiento provisional de la causa, por no aparecer debidamente justificada la perpetración del delito.

Ante dicho Auto, se interpone Recurso de Reforma solicitando que se abra la causa e interesando la práctica de pruebas, dictándose nuevamente Auto de fecha 30 de diciembre de 2017 e indicando la no existencia de imprudencia médica y ordenando el archivo provisional de las actuaciones.

Contra su desestimación, se interpone Recurso de Apelación y finalmente, la cuestión es resuelta mediante el Auto de fecha 16 de enero de 2018 en el que la Sala de la Audiencia Provincial acuerda desestimar el recurso de apelación, compartiendo así la decisión de sobreseimiento.

OCTAVO.- El expediente de ingreso y el historial clínico de la Sra. Sánchez no ha sido facilitado por parte de la Clínica hasta la celebración del acto de conciliación del día 16 de marzo de 2018 en el Juzgado de Primera Instancia N°17 de Zaragoza, pese haber sido solicitado de manera extrajudicial por los familiares de la paciente y no aportado tampoco en la causa penal.

NOVENO.- El 9 de abril de 2019 los familiares de la Sra. Sánchez interponen demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual contra el Grupo Hospitalario Montpellier y contra su aseguradora Mapfre Seguros para que abonen en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos, 60.000 euros y,

además se condene a su aseguradora al interés del artículo 20 LCS y a todos ellos al interés legal.

DÉCIMO.- El 15 de abril de 2021 recayó sentencia estimatoria procediendo la indemnización por daños y perjuicios morales a los parientes de la fallecida la cantidad de 60.000 euros.

UNDÉCIMO.- La Clínica Montpellier planteó el recurso de apelación contra la sentencia de instancia a lo que la Audiencia Provincial de Zaragoza desestima el recurso interpuesto, imponiéndose a la parte apelante las costas causadas en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 42/2022 de 16 de febrero de 2022.

DUODÉCIMO.- Nuevamente la Clínica Montpellier interpuso recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo contra la sentencia recaída en la Audiencia Provincial, estando a la espera de su resolución.

IV.-CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

1. En el ámbito del ejercicio privado de la medicina, la naturaleza jurídica de las relaciones que rigen entre el asegurador y el asegurado, así como en el seguro de responsabilidad civil del primero.
2. Los sujetos legitimados activamente para la interposición de la acción y al mismo tiempo, aquellos sujetos frente a los cuales se dirige la misma.
3. El alcance de la responsabilidad civil extracontractual, y su yuxtaposición con la responsabilidad contractual en la denominada Teoría de la opción o concurso de acciones.
4. La valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzador de Instancia.
5. El reproche culpabilístico de la actuación del facultativo bajo los criterios de la *lex artis*, y los protocolos médicos.

6. Parámetros jurisprudenciales para determinar la pérdida de oportunidad en el tratamiento y diagnóstico.
7. La valoración del daño en vistas a la indemnización por daños y perjuicios causados a los perjudicados del fallecimiento

V.- NORMATIVA APLICABLE

- **Constitución Española de 29 de diciembre de 1978**, Artículo 24 y 118.
- **Código Civil**, Artículos 1089, 1104, 1106, 1902, 1903
- **Ley de Enjuiciamiento Civil**, Artículo 217, 283, 285, 287, 336
- **Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica**, Artículo 18.
- **Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.**
- **Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados en las personas en accidentes de circulación**, Disposición Adicional Tercera
- **Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro**, Artículos 73, 76, 105, 106
- **La ley 44/2003, de 21 de noviembre de ordenación de las profesiones sanitarias**, Artículo 46

VI.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- APROXIMACIÓN A LOS SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA

El supuesto ante el que nos encontramos es el ejercicio privado de la medicina al margen del sector público, cuando una persona que ha concertado un contrato de prestación de asistencia sanitaria con una entidad aseguradora – lo que usualmente se conoce como seguro médico- y acude a un médico del cuadro ofrecido por la aseguradora a que le atiendan. En este supuesto, la Sra. Sánchez tiene suscrito un contrato de asistencia sanitaria con la Clínica Montpellier, y es el día 26 de noviembre de 2021 fruto de un grave accidente cuando la paciente acude al servicio de urgencias de la citada clínica, encargado de prestar el servicio de primeros auxilios.

Por ello, en primer lugar conviene contextualizar la naturaleza jurídica del contrato convenido entre las partes, debido a que desde el momento en que la Sala de lo Civil se concentra en casos de asistencia sanitaria privada se aprecia un mayor empeño en precisar y concretar las relaciones obligatorias que vinculan a las partes sobre todo en las que interviene una entidad aseguradora¹.

Dentro de los tres tipos o modalidades de seguros de salud² en función del tipo de cobertura pactada, que son los seguros de libre elección o reembolso (seguro de enfermedad tradicional en su modalidad de reembolso de gastos, también conocido como seguro médico de reembolso), los seguros tradicionales de asistencia sanitaria (seguros de asistencia sanitaria

¹ En este sentido es muy significativa la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 1210/2008, de 19 de diciembre de 2008 (RJ 2009/536) que resuelve la cuestión sobre el concurso de acciones: por responsabilidad en el incumplimiento del contrato concluido con la aseguradora y por responsabilidad extracontractual respecto de los profesionales médicos intervinientes. Más reciente es la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 36/2017, de 20 de enero de 2017 (RJ 2017/44), que analiza las condiciones generales del seguro de reembolso de gastos por tratamiento médico-quirúrgico a consecuencia de enfermedad o accidente, y que determina la relación contractual del mismo porque el paciente dispone de libertad de elección absoluta y sin limitación alguna del facultativo que le atiende.

² GALÁN CORTÉS, J.C., Responsabilidad civil médica [libro electrónico], 6ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018 [consultado 5 de enero de 2023]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F135751660%2Fv6.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=df86cd678cc146c815dd73d08efc8a02&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>

propiamente dichos o seguros médicos con lista, guía o cuadro médico propio) y los seguros mixtos, híbridos y combinados, nos detendremos en el segundo de ellos, el seguro tradicional de asistencia sanitaria en el cual la entidad aseguradora, dentro de los límites pactados, se obliga habitualmente, mediante el cobro de una prima, a la prestación de los servicios médico-quirúrgicos que precise el asegurado, abonando directamente su coste. Se encuentra regulado junto al seguro de enfermedad, dentro de la categoría de seguros de personas, en los arts. 105 y 106 de la Ley de Contrato de Seguro.

El art. 105 de la Ley de Contrato de Seguro dispone que «cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica. Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan». Además de la prestación directa, la aseguradora también debe «garantizar la corrección e idoneidad de los medios personales y materiales empleados (...) dándose asistencia correspondiente al padecimiento (enfermedad o lesión) del asegurado, sino también la más segura y eficaz», tal como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 438/2009, de 4 de junio (RJ 2009, 3380).

El inciso segundo del art. 105 de la LCS, es interpretado, de forma pacífica por la doctrina³, en el sentido de que la entidad aseguradora asume o se compromete a tal prestación asistencial organizando y gestionando los medios humanos y materiales necesarios a tal efecto, los cuales pueden ser propios, como el caso que nos ocupa, esto es, a través de facultativos y centros sanitarios integrados en su propia estructura empresarial, o ajenos, es decir, recurriendo a facultativos y centros concertados previamente mediante un contrato de arrendamiento de servicios habitualmente, en el que pacta unos emolumentos concretos en función del tipo de acto médico o prestación dispensada (tabla de honorarios).

Y es que la responsabilidad que asume la aseguradora en el supuesto de hecho es el resultado de **«la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o**

³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 544/2021, de 19 de julio de 2021 (RJ 2021,3608), STS núm. 336/2012, de 24 de mayo de 2012, STS de 4 de octubre de 2004, 17 de noviembre de 2004, Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 10 de julio de 2019 (RJ 2019, 2828) al disponer que «la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica con apoyo en los precedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues en las mutuas e igualas no existía separación entre la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica».

profesionales, **como auxiliares de las mismas** en el ámbito de la prestación contractualmente convenida».⁴

Cuando los asegurados acuden a centros sanitarios titularidad de la misma entidad aseguradora, y padecen daños o perjuicios por el funcionamiento defectuoso del servicio sanitario o por negligencias u errores de los facultativos que trabajan en dichos centros, existen varios argumentos para reconocer la responsabilidad civil de la entidad aseguradora⁵. La valiosa Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 1242/2007 de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008\251), analiza, con excepcional detalle y rigor, toda la problemática que se plantea en relación con la **responsabilidad civil de las entidades aseguradoras** de la asistencia médico-sanitaria, fijando con claridad los distintos criterios de imputación que deben ser objeto de consideración, en donde nos vamos a detener en el apartado a) al c) de dicho fundamento relativo a la naturaleza contractual de la obligación. Declara al respecto, lo siguiente:

«a) El título más frecuentemente invocado ha sido el de la **responsabilidad por hecho de otro** dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903 I y IV CC. Este título ofrece la dificultad de conciliarlo con la naturaleza contractual que reviste la relación del asegurado con la aseguradora, la cual ha sido salvada, implícita o explícitamente, mediante la doctrina de la llamada unidad de la culpa civil o mediante la aplicación analógica de normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual a la contractual (v. gr., STS núm. 922/1999, de 2 noviembre (RJ 1999, 7998), recurso de casación núm. 742/1995).

La existencia de una relación de dependencia no parece ofrecer duda en aquellos casos en los cuales la relación de los médicos con la aseguradora de asistencia médica es una relación de naturaleza laboral. Sin embargo, en la mayoría de los casos **esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios**, según la califica habitualmente la jurisprudencia, en la Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de febrero de 1990 (RJ 1990\677) y núm. 923/1999, de 10 de noviembre (RJ 1999,8057).

b)En otras ocasiones, cuando el criterio de la dependencia se revela como insuficiente, la jurisprudencia ha puesto el acento en la **naturaleza contractual de la**

⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 554/2021, de 19 de julio de 2021 (RJ 2021,3608).

⁵ CARBAJO CASCÓN, F., La Responsabilidad Civil del Asegurador de Asistencia Sanitaria, Fundación MAPFRE, Madrid, 2012.

responsabilidad que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica. Este criterio, en puridad, embebe el anterior. Las consideraciones para su aplicación se basan normalmente en asumir, más o menos explícitamente, que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre de 2004 y núm. 1108/2004, de 17 noviembre)⁶.

c) En otras ocasiones, este deber de prestación se infiere de la forma de actuación de los facultativos, en virtud del principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores (caso contemplado en la STS núm. 922/1999, de 2 noviembre [RJ 1999, 7998] , en la cual se afirma que «el seguro se contrató en atención a la 'garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía', con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial», y también en la STS de 4 de octubre de 2004 [RJ 2004, 6066] , en la que se toma en consideración que se garantizaba expresamente una correcta atención al enfermo)».

En todos estos casos, **los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora**⁷ y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga como consecuencia del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual, pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora y sin perjuicio de la acción de regreso de ésta contra su auxiliar contractual⁸.

⁶ Esta orientación jurisprudencial tiene su apoyo en los precedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues en las mutuas e iguales no existía separación entre la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica.

⁷ En este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 669/2010, de 4 de noviembre (RJ 2010, 7988), STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 1242/2007 de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 251) y a Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 438/2009, de 4 de junio de 2009 (RJ 2009/3380).

⁸ CARBAJO CASCÓN, F., *La Responsabilidad Civil del Asegurador de Asistencia Sanitaria*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2012.

El asegurado que acude a los centros concertados por la aseguradora, vendría a concertar -siquiera tácitamente- un nuevo contrato de prestación de servicios médico-asistenciales con el centro en cuestión. Por eso, en principio los servicios sanitarios deben ser prestados por la misma aseguradora, esto es, en cuanto tal persona jurídica propietaria o titular de centros sanitarios y empleadora o arrendadora de servicios u obra del personal facultativo y profesional que trabaja en dichos centros; actuando así en una doble condición de aseguradora de asistencia sanitaria y prestadora efectiva de servicios sanitarios. En estos casos, la aseguradora responde directamente precisamente, por su condición de prestadora de servicios sanitarios defectuosos, fruto de errores o negligencias médicas o por el mal funcionamiento de instalaciones sanitarias de su propiedad.

En conclusión, nos encontramos por un lado, el contrato de seguro de asistencia sanitaria entre la entidad aseguradora y el asegurado, por medio de la cual la entidad, a cambio de una prima se compromete a ofrecer cobertura asistencial sanitaria al asegurado en régimen de libre elección; Y por otro lado, un contrato de prestación de servicios médicos, diagnósticos u hospitalarios entre el profesional o centro sanitario y el asegurado que requiere sus servicios, con la particularidad de que tales servicios serán abonados por la entidad aseguradora⁹.

2.- LEGITIMACIÓN

Una vez sentadas las bases sobre la relación jurídica existente entre la Clínica Montpellier y la Sra. Sánchez, pasaremos a determinar previamente los sujetos legitimados para el ejercicio de la acción pretendida, y en segundo lugar, pasaremos a determinar frente a quién o quiénes se debe interponer dicha acción, en orden a decidir los sujetos responsables.

2.1. Legitimación activa

A la vista del fallecimiento de la Sra. Sánchez el 28 de noviembre de 2021, nos plantearemos si sus tres hijos mayores de edad y, aunque no dependían económicamente de la

⁹ CARBAJO CASCÓN, F., *La Responsabilidad Civil del Asegurador de Asistencia Sanitaria*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2012

causante, pueden ostentar la legitimación para interponer la acción de reclamación de cantidad frente la aseguradora por los daños sufridos a consecuencia de la deficiente prestación sanitaria prestada.

Como punto de partida, cabe distinguir entre víctima y perjudicado sobre la base de considerar víctima a quien padece el daño de manera directa y, en un sentido más amplio, perjudicado a todo el que padece un perjuicio a resultas del hecho dañoso, sea de forma directa (el perjudicado sería entonces la propia víctima), sea de manera mediata o como efecto indirecto del daño o mal inmediatamente irrogado a otro, por lo que se habla de víctima secundaria y de daños indirectos, reflejos, mediatos o por rebote. Efectivamente, algunos perjudicados lo son precisamente como consecuencia del perjuicio que otro -la víctima- sufre. Por ello, el perjudicado es quien ocupa la posición activa en la relación jurídica nacida de la causación del daño resarcible¹⁰. Es, por haber sido sujeto pasivo de la acción u omisión de la que el daño deriva, el acreedor de la reparación y «el sujeto pasivo del daño civil indemnizable o el titular del interés directa o indirectamente lesionado por el ilícito civil generador de obligaciones»¹¹.

Pues bien, siendo que la Sra. Sánchez falleció, debemos plantearnos si sus tres hijos están legitimados activamente para interponer la acción -que estudiaremos posteriormente- para ser resarcidos por los daños y perjuicios sufridos.

Partimos de que los daños originados en el ámbito del patrimonio económico de una persona pueden ser no sólo patrimoniales, sino también morales¹²; Lo que pretendemos que se indemnice son los llamados daños no patrimoniales que son «aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de las personas y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica»¹³.

¹⁰ CLEMENTE MEORO, M., «Problemas sobre la legitimación activa en la reparación del daño por fallecimiento» en Revista Justicia y Derecho [revista electrónica], n. 2, 2019 [consultado 15 de enero de 2023]. Disponible en: <https://revistas.uautonoma.cl/index.php/rjyd/article/view/280/274>

¹¹ STS (Sala 2.ª) 18 enero 1980 (RJ 1980, 104).

¹² CANO CAMPOS, T., «La transmisión mortis causa del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la Administración» en Revista de Administración Pública [revista electrónica], n. 191, 2013 [consultado 6 de enero de 2023]. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40279>

¹³ STS de 27 de julio de 2006.

La doctrina y la jurisprudencia consideran de forma casi unánime que la muerte en sí misma considerada no se indemniza (a quien la sufre), sino que lo que se indemniza es la pérdida neta que sufren aquellas personas que dependían económicamente de los ingresos de la víctima (daño patrimonial), así como el dolor, sufrimiento, aflicción, la pérdida de la compañía, de proyectos conjuntos, etc., que produce a los familiares y allegados la muerte de un familiar (daño no patrimonial).

«La muerte no se indemniza a quien muere, sino a quienes sufren los daños morales o patrimoniales por tal fallecimiento»¹⁴. Ello es así, dado que no existe propiamente daño resarcible para el muerto, desde la esfera del derecho de daños, sino privación irreversible del bien máspreciado con el que contamos como es la vida, que extingue nuestra personalidad (art. 32 CC). La muerte no genera, por sí misma, perjuicio patrimonial ni no patrimonial a la víctima que fallece y, por lo tanto, en tal concepto, nada transmite vía hereditaria. En este sentido, señala la sentencia 246/2009, de 1 de abril (RJ 2009, 4131) , que «es doctrina pacífica que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable *ex iure proprio*, al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del "de cuius"». De la misma manera, se niega mayoritariamente que «[...] la pérdida en sí del bien "vida" sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible "mortis causa" a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales "iure hereditatis"»¹⁵.

Con arreglo a este planteamiento, la jurisprudencia ha establecido algunas reglas sobre quién puede reclamar indemnización por el daño moral que le produce la muerte de un ser querido.¹⁶

a) Están legitimados en primer lugar el cónyuge y los hijos del difunto, quienes pueden concurrir en la pretensión resarcitoria (STS de 19 de mayo de 2008). Los hijos tienen derecho a ser indemnizados por la muerte de su progenitor también si son mayores de edad y

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 141/2021 de 15 de marzo de 2021 (RJ 2021,1641).

¹⁵ En el mismo sentido la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 246/2009 de 1 de abril de 2009 (RJ/2009/4131), la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 1055/1996 de 14 de diciembre de 1996 (RJ/1996/8970), STS (Sala de lo Civil, Sección Única), núm. 636/2003 de 19 de junio de 2003 (RJ/2003/4244), STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 636/2003, de 19 de junio (RJ 2003, 4244).

¹⁶ CLEMENTE MEORO, M., «Problemas sobre la legitimación activa en la reparación del daño por fallecimiento» en Revista Justicia y Derecho [revista electrónica], n. 2, 2019 [consultado 15 de enero de 2023]. Disponible en: <https://revistas.uautonoma.cl/index.php/rjyd/article/view/280/274>.

no convivían ni dependían económicamente de él, sin perjuicio de que tales circunstancias resulten relevantes a la hora de fijar la cuantía de la indemnización.

b) En ausencia de cónyuge e hijos, los padres del fallecido pueden reclamar indemnización por daño moral *ex iure proprio* (STS 19 de diciembre de 1986); incluso se ha admitido su legitimación en concurrencia con el cónyuge del fallecido o con su pareja de hecho; y también con los hijos de la víctima.

c) En ausencia de hijos, cónyuge y padres, se ha admitido la legitimación de los nietos; e incluso en concurrencia de los nietos con los hijos sobre la base de considerar que representan a su padre premuerto, con evidente confusión entre herederos y perjudicados.

d) En esas mismas circunstancias, esto es, en ausencia de hijos, cónyuge y padres, también se ha admitido la legitimación de los abuelos en concurrencia con los hermanos de la víctima (STS de 14 de diciembre de 1996)

e) También se han considerado legitimados a los hermanos que no concurrían con familiares más próximos, entre ellas la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil, Sección 28ª), núm. 5/2018, de 8 de enero de 2018.

f) En la medida en que convivían con la víctima y no había familiares más próximos se ha considerado activamente legitimados a los tíos (STS de 29 de marzo de 2000).

g) Más allá del círculo de los familiares se ha admitido la legitimación activa de algunas personas especialmente allegadas a la víctima, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sala de lo Civil, Sección 4ª), núm. 351/2015 de 16 de junio de 2015 (AC 2015,1420) y en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 141/2021, de 15 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1641).

Por todo cuanto antecede, debemos afirmar que en el caso que nos ocupa, los tres hijos de la Sra. Sánchez sí que se encuentran legitimados *iure proprio* para la interposición de la acción, debido a que han resultado perjudicados moralmente por el fallecimiento de su madre y les corresponde su resarcimiento en los términos previstos en la ley.

Cuestión distinta es la posibilidad de transmisión a los herederos del fallecido del derecho de crédito por el perjuicio corporal sufrido *-iure hereditaris-* así como la compatibilidad con la reclamación de los herederos por la muerte posterior del causante *-iure proprio-*.¹⁷ Si bien el daño personal antes del fallecimiento debe estar perfectamente

¹⁷ Posibilidad que fue reconocida expresamente por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 535/2012, de 13 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 11071)

determinado para admitir su ejercicio conjunto, «dado que no son acciones incompatibles o que se excluyan mutuamente»¹⁸

2.2 Legitimación pasiva

Una vez sentadas las bases sobre legitimación activa y estableciendo que los sujetos legitimados para el ejercicio de la acción pretendida son los hijos de la Sra. Sánchez, pasamos a determinar los sujetos responsables del fallecimiento de la paciente.

Nos encontramos en el supuesto de una prestación sanitaria que se desenvuelve a través de una relación triangular, entendida por aquella en la que intervienen tres referencias subjetivas: sería la prestación de asistencia médica a través de una entidad aseguradora.

Ya hemos adelantado en el primer apartado que nos adentramos en el campo del seguro de asistencia sanitaria, donde la Clínica Montpellier presta sus servicios a favor de terceros, prestación a que se obliga como consecuencia del contrato frente al asegurado.

En esta situación, la relación que une a la Sra. Sánchez con la Clínica Montpellier es de naturaleza contractual, porque la aseguradora asume directamente el deber de asistencia médica convenida con su paciente. Más adelante, estudiaremos entonces la naturaleza de la responsabilidad civil.

Por tanto, **el primer legitimado pasivamente para responder por los daños y perjuicios causados será la Clínica Montpellier** en virtud de la deficiente prestación de los servicios médicos que fueron consecuencia del fallecimiento de la Sra. Sánchez.

Nos debemos detener en el análisis de la intervención de los médicos que atendieron a la paciente. Ya habíamos adelantado en el primer punto objeto del dictamen que los facultativos actúan como auxiliares de la aseguradora y le corresponde a la misma asumir la responsabilidad contractual que se deriva de sus actuaciones. Sin embargo, se faculta para el perjudicado un concurso de acciones¹⁹: por responsabilidad contractual concluido con la

¹⁸ Artículo 71.2 LEC en consonancia con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 535/2012, de 13 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 11071)

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 478/2015, de 14 de septiembre de 2015 (RJ 2015,3719)

Clínica Montpellier y por responsabilidad extracontractual respecto de los profesionales que no contrató y que se muestran en el cuadro médico de la aseguradora y que atendieron a la Sra. Sánchez. Esto es, dentro de los tres médicos que asistieron a la paciente, como el facultativo de urgencias, el neurocirujano y el médico de la UCI, probablemente sea el neurocirujano quien observando los resultados de las pruebas practicadas -o su inobservancia- prescriba un tratamiento inadecuado, y por tanto, posea una mayor responsabilidad que los anteriores fruto de un defectuoso tratamiento y diagnóstico.

Sin embargo, lo más conveniente económicamente para nuestros clientes es que los mismos ejerciten la acción únicamente frente a la Clínica y su Aseguradora, puesto que en el hipotético caso que se desestimasen todas sus pretensiones, el juez haría un pronunciamiento en costas e impondría las mismas a los demandantes, que deberían de abonar las causadas en su instancia, además de las de la parte contraria y que incluirían por tanto, los honorarios de tal representación.

Por otra parte, nos encontramos ante el seguro de responsabilidad civil que posee la Clínica Montpellier con su aseguradora Mapfre. La ley 44/2003, de 21 de noviembre de ordenación de las profesiones sanitarias impone la obligación en su artículo 46 de concertar un seguro de responsabilidad civil «a los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios».

Siendo por tanto, obligatorio el seguro de responsabilidad civil incluso en las personas jurídicas, los tres hijos de la Sra. Sánchez, en segundo lugar, **podrían dirigir directamente la acción contra la Aseguradora Mapfre** en virtud del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro²⁰.

Nos encontramos por consiguiente, con dos personas jurídicas legitimadas pasivamente para responder de la indemnización por daños y perjuicios derivada del hecho

²⁰ El artículo 76 LCS dispone que «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido».

ilícito, por lo que la Clínica Montpellier y su aseguradora Mapfre serán responsables solidariamente frente a los hijos de la Sra. Sánchez que actúan como perjudicados, y los mismos dispondrán de la facultad de poder demandar a ambos conjunta o individualmente en una misma acción. En esta línea se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sala de lo Civil, Sección 3ª), en su sentencia núm. 222/2014 de 29 de septiembre de 2014 (JUR 2015\8510), determinando que «De forma que el tercero perjudicado, cuando ese causante del daño está asegurado, tiene **dos derechos** a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones que no se confunden: la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76) (STS 14-12-2006, rec. 922/2000)».

3.- RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Comenzamos a desarrollar a continuación uno de los apartados centrales objeto del dictamen, pues nos vamos a dirigir hacia la responsabilidad extracontractual y sus elementos configuradores, analizando al mismo tiempo la problemática que surge con la distinción respecto del plano contractual cuando se produce un incumplimiento del deber de no causar daño a otro.

3.1 Teoría de la opción o concurso de acciones

La diferencia entre el ámbito contractual y el extracontractual no es siempre tan clara, en el ámbito de responsabilidad civil médica. En esta materia, se puede asistir a una mezcla de los planos contractual y extracontractual, en base a razones como las que siguen, un hecho dañoso puede implicar la violación de un deber contractual, y, al mismo tiempo infringir el genérico deber de *naeminem laedere* - no dañar a otro-. Y por otro lado, el hecho de que los daños afecten a la salud, a la vida, o a la integridad física, implica que se están viendo afectados derechos de la personalidad, cuya reparación se puede entender que deben seguir la vía de la responsabilidad extracontractual.

Queda patente la existencia de una confusión entre el plano contractual y el extracontractual debido a que resulta difícil desentrañar las relaciones obligatorias entre los sujetos implicados, de modo que a veces no se aclara si se trata de un ámbito u otro de responsabilidad.²¹ En la ocasión donde interviene una aseguradora y suscribe un contrato con el asegurado-paciente para la prestación de servicios médicos, nos encontramos ante la responsabilidad contractual referida, y al mismo tiempo extracontractual, ésta última en relación a la actuación del médico en su tratamiento al enfermo, ya que tal y como afirma la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 922/1999 de 2 de noviembre de 1999 (RJ\1999\7998) «concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual (...) actuando la extracontractual completando a la contractual».

Es por tanto, que aunque ambas responsabilidades parten de la identidad del concepto recogido en el art. 1104 Cc²², la extracontractual representa o se anuda con la producción de un daño causado con independencia de cualquier relación jurídica procedente entre las partes, mientras que la contractual presupone una relación preexistente, en este supuesto un contrato de asistencia sanitaria, entre la Clínica Montpellier como autora del daño y el que lo ha sufrido, esto es, la Sra. Sánchez.

En cuanto a la conducta de los auxiliares que se integran en la aseguradora, se deriva una infracción siquiera levemente culposa del deber objetivo de cuidado que debe llevarse a cabo en el procedimiento médico, pues fruto de un error de diagnóstico, se le privan a la paciente de unas expectativas de curación o supervivencia, y que merecen una especial protección porque como es sabido, el artículo 15 de la Constitución española, hace referencia al derecho a la vida y a la integridad física y moral, derecho que se considera como el primero de los derechos fundamentales y que se encuentra en consonancia con el principio general del derecho que prohíbe causar perjuicio a los demás, a la vez que impone el máximo respeto a la persona.

²¹ Sobre esta cuestión se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 655/2005, de 19 de julio de 2005 (RJ 2005\5341).

²² GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R., «Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas» en Anuario Jurídico y Económico Escorialense [revista electrónica], n. 46, 2013 [consultado 4 de enero de 2023]. Disponible en: <https://dialnet-unirioja-es.cuarzo.unizar.es:9443/servlet/articulo?codigo=4182108>.

Por ello, se debe desprender una responsabilidad extracontractual por culpa o negligencia, cuasi objetiva, en la prestación de los servicios médicos de la Clínica Montpellier, y de las que han de derivarse las consecuencias correspondientes.

Al encontrarnos en el supuesto de la concurrencia o yuxtaposición de los aspectos contractual y extracontractual, descansando este último desde la idea del principio *naeminem laedere*, se viene a admitir la compatibilidad de ambas normas, facultando al perjudicado la elección por una u otra acción al incurrir en el incumplimiento de una obligación contractual y el deber de no causar daño a otro²³, en virtud del principio general de congruencia y respondiendo al principio común de derecho y su finalidad reparadora.

Este planteamiento²⁴ se conoce como la teoría de la opción o el concurso de acciones²⁵ y es el fundamento en el que se basa la demanda para ejercitar la reclamación sobre responsabilidad extracontractual por culpa o negligencia que incurre la Clínica Montpellier.

3.2 Elementos de la responsabilidad civil extracontractual

En virtud de la concurrencia de la responsabilidad extracontractual, se ha producido un resultado lesivo con ocasión de fallecimiento en la asistencia médica prestada a la Sra. Sánchez, y por ello, comenzamos a precisar los elementos necesarios para llevar a cabo dicha responsabilidad.

²³ STS de 16 de diciembre de 1986, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 655/2005, de 19 de julio de 2005 (2005,5341), sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 1210/2008 de 19 de diciembre de 2008 (RJ 2009\536), STS de 4 de abril de 1991, sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 7 de febrero de 1990, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 607/2010, de 7 de octubre de 2010 (RJ 2010\7314).

²⁴ PARRA SEPÚLVEDA, D., *La responsabilidad civil del médico en la Medicina Curativa*, [tesis de doctorado], Universidad Carlos III, Madrid, 2014, [consultado 13 de enero de 2023]. Disponible en: <https://dialnet-unirioja-es.cuarzo.unizar.es:9443/servlet/tesis?codigo=88315#?>.

²⁵ Como partidarios de esta tesis, en España podemos citar entre otros a REGLERO CAMPOS, F., *Conceptos generales y elementos de delimitación*, p. 160; ORTI VALLEJO, A., *La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios*, pp. 42 a 52; GARCÍA VALDECASAS, G. «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español» /en/ Revista de Derecho Privado, Tomo XLVI, 1962, pp. 833 y ss., y con ciertas matizaciones, CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal*, pp. 135 y ss.

En el Derecho vigente, la regla básica de la responsabilidad extracontractual se encuentra en el art. 1902 Cc; precepto que se ubica en el Título XVII, «De las obligaciones que se contraen sin convenio», y abre, dentro de él, el Capítulo II, «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia», haciendo referencia a una de las fuentes de las obligaciones ya anunciada con carácter general en el art. 1089 Cc: «Las obligaciones nacen (...) de los actos u omisiones (...) en que intervengan cualquier género de culpa o negligencia».

Como se desprende de la lectura del art. 1089 Cc y en particular de la dicción del art. 1902 Cc., «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado», la regla general de atribución de la responsabilidad se basa en la culpa del agente.

En la actualidad, la regla general que establece el art. 1902 Cc sigue siendo el centro del sistema de lo que denominamos «responsabilidad extracontractual» «responsabilidad civil o aquiliana» (haciendo referencia a la *Lex Aquilia* del Derecho romano) o «responsabilidad cuasi delictual», ya que rige en todos los demás ámbitos no sujetos a régimen especial e incluso porque estos regímenes especiales de responsabilidad presuponen el conocimiento de este régimen jurídico (concepto de acción, causalidad, imputación, etc.)²⁶

El TS señala cuatro elementos (supuestos de hecho del art. 1902 Cc) que desencadenan la obligación de reparar el daño causado y son: **i) la acción u omisión ii) el daño, iii) la relación de causalidad** (entre la acción u omisión y el daño) y **iv) la culpabilidad**; junto a ellos, tanto la doctrina como la jurisprudencia, añaden **la antijuricidad del daño**.

Comenzamos por la **acción u omisión**; El art. 1902 Cc imputa la responsabilidad a la persona que «por acción u omisión causa daño a otro». La acción u omisión que desencadena el daño puede ser *propia*, y a ella se refieren los preceptos mencionados, pero también de aquellas personas de las que se debe responder, a la que se denomina *responsabilidad por hecho ajeno*. En el supuesto que nos ocupa, es la aseguradora la que asume el deber de prestación directa de la asistencia sanitaria, y actuando los facultativos como auxiliares de la misma, despliegan un comportamiento humano, positivo o negativo

²⁶ SERRANO GARCÍA, J.A. y BAYOD LÓPEZ, M. C., Lecciones de Derecho Civil: obligaciones y contratos, 2ª ed., Kronos, Zaragoza, 2018.

como es seguir pautándole a la paciente el tratamiento anticoagulante desde que ingresa en Urgencias, y en segundo lugar, no revertir su efecto con la Vitamina K. Al mismo tiempo, en realidad podríamos calificar la conducta de no pautar la vitamina K como una conducta omisiva, al igual que no llevar a cabo una adecuada monitorización de la paciente durante el ingreso, que se considera de la misma forma como presupuesto de responsabilidad. Y como una conducta activa, el hecho de no retirar el Sintrom, pues a tal resultado se llega porque a la vista de las pruebas practicadas el Dr. González Prieto toma la decisión de seguir pautando una medicación habitual, ya que la acción a la que hace referencia el artículo 1902 Cc equivale a una decisión médica que ocasiona el daño.

En segundo lugar, el **daño** es el presupuesto necesario de toda responsabilidad: sin daño no hay responsabilidad. Es evidente que el resultado lesivo es el fallecimiento de la Sra. Sánchez por la deficiente actuación del personal médico, y a su vez, el padecimiento psicológico de sus tres hijos por las circunstancias en las que se produjo dicho fallecimiento. Se ha inobservado la *lex artis ad hoc* en el supuesto que nos encontramos por no tener en cuenta las circunstancias personales de la paciente, que además de haber sufrido un traumatismo craneoencefálico, toma de manera habitual y diaria tratamiento anticoagulante, por lo que se debería haber valorado de qué manera puede influir dicha medicación en la evolución de la Sra. Sánchez, para evitar un fatal desenlace, que efectivamente se produjo, por lo que puede hablarse en consecuencia, de la existencia de daño real y efectivo.

En tercer lugar, la **relación de causalidad** ya que el art. 1902 Cc establece la necesidad de que entre la conducta del agente y el daño a la víctima exista una relación de causalidad. Lo que se llega a cuestionar es si el tratamiento instaurado por el médico a la vista del diagnóstico que presentaba la paciente era el adecuado, y si como resultado de las pruebas practicadas existió, asimismo, un retraso y error en el diagnóstico de inobservancia de la gravedad de su estado, pues la paciente ingresó en planta para observación y no se adoptó ninguna decisión médica relativa al uso de medicación (acerca de la Vitamina K o el Sintrom) atendiendo a sus circunstancias personales, sino que no se adoptaron las medidas adecuadas o necesarias para evitar que la situación evolucionara de la forma que lo hizo. Desarrollaremos sobre este extremo en el apartado 6.- dedicado específicamente a la relación de causalidad.

4.- CARGA DE LA PRUEBA

Desde principios de la segunda mitad del siglo pasado se inició en el ordenamiento español un proceso de transformación jurisprudencial de la responsabilidad civil que dirigió sus pasos hacia la objetivación de la responsabilidad por culpa²⁷. Sin embargo, dicha evolución excepcionalmente no ha tenido los mismos efectos respecto de la llamada responsabilidad médico-sanitaria, siendo doctrina consolidada que en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba²⁸.

Al apartar, teórica y jurisprudencialmente, la responsabilidad civil médica de la tendencia objetivadora que pareciera marcar el actual derecho de daños, la conclusión a la que se llega es que en materia de prueba el onus probandi indefectiblemente ha de recaer en el perjudicado-demandante, es decir, en el paciente o sus herederos²⁹.

En otras palabras, al no ser admitida una inversión de la carga de la prueba ni, mucho menos, una posible presunción de culpabilidad del médico, necesariamente deberán aplicarse las normas generales que rigen en materia probatoria –artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–, las cuales entregan al **actor la carga de probar el daño, la relación de causalidad y la infracción de la lex artis ad hoc**.

²⁷ PARRA SEPÚLVEDA, D., *La responsabilidad civil del médico en la Medicina Curativa*, [tesis de doctorado], Universidad Carlos III, Madrid, 2014, [consultado 13 de enero de 2023]. Disponible en: <https://dialnet-unirioja-es.cuarzo.unizar.es:9443/servlet/tesis?codigo=88315#?>

²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil, Sección 4ª), núm. 20/2020 de 27 de enero de 2020 (JUR 2020\54594), Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 755/2022 de 9 noviembre de 2022 (JUR 2023\13294), Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sala de lo Civil, Sección 2ª), núm. 387/2022 de 25 octubre de 2022 (JUR 2023\12249), Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 208/2019 de 5 abril de 2019 (RJ 2019\2487)

²⁹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica*, p. 25; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica) pp. 60 a 69; LUNA YERGA, Á., *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*» pp. 145 y ss.; LLAMAS POMBO, E., *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba* pp. 303 y ss.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba*, pp. 15 y ss.

Por tanto, comenzaremos a analizar las pruebas propuestas por la representación de la Sra. Sánchez en la Audiencia Previa, las que han sido admitidas con su práctica en el acto del juicio, y posteriormente expondremos su valoración por la juzgadora de instancia.

4.1. Procedimiento probatorio

A) DR. PONS COSTA (Médico que la atendió en Urgencias)

Manifiesta que se encontraba de guardia el día del ingreso, donde la Sra. Sánchez entra por su propio pie y tiene un pequeño sangrado según TAC, y firma el informe de alta de urgencias donde se refleja un IRN de 3,70 (resultados de la analítica de coagulación), que no hay riesgo de hemorragia (minuto 10.40), que está coagulada y justo en el rango (10.41). Sin embargo, más adelante dice que con Sintrom el rango es entre 2,50 y 3,50.

Que traslada los resultados de la analítica al neurocirujano por teléfono, Sr. González Prieto y éste le indica que siga tomando Sintrom y que ya valoraría al día siguiente (10.42). No se le pautó tratamiento (10.44).

Se le pregunta cómo se encontraba la paciente, si estaba grave a lo que responde que no estaba grave y que **no había gravedad extrema** (10.45).

También expresa que la pauta de tratamiento no le atañe, él no puede tomar determinaciones, su costumbre es ponerse en contacto con el especialista (10.47). Al igual que la pauta de la Vitamina K, que la decide el neurocirujano (10.45).

Dice que pase a planta y que el control nocturno es a través de enfermería, y por la noche a él no le llaman para nada. Si no le llaman, no sabe si hay control, entiende que la evolución es normal y deja dicho que se le haga un TAC. Afirma «lo que pasara del ingreso hasta aquí yo no te puedo decir nada, no me llamaron».

A las nueve de la mañana se va, que no sabe si se le hace una prueba al día siguiente y se entera a las once, que estaba en consulta, de lo sucedido porque se lo dijeron. (10.54).

B) DR. GONZÁLEZ PRIETO (Neurocirujano)

Manifiesta el Sr. González que ese día estaba de guardia, pero que no se hacen guardias en presencia, que resuelve por teléfono. Dice «comprenderá que la Clínica no está preparada para una hemorragia cerebral urgente, para esto están otros hospitales»

«Que la Señora ingresa a las cuatro y según el médico de guardia iba andando por su propio paso, no perdió el conocimiento». Asimismo, le hacen un análisis e ingresa en planta andando por su propio pie, cuando le llaman a esa hora y le dijeron que todo estaba normal neurológicamente, y el escáner presentaba una pequeña hemorragia.

Traslada que si tiene dolor debe tomar algún analgésico y al día siguiente a las 8:00 de la mañana se le realice un TAC (11.07). Se le pregunta si se le hizo alguna prueba más durante la noche y manifiesta: «pues mire no lo sé, yo llegue a las ocho y media / ocho cuarenta y cinco y lo que me encontré es que no le habían realizado el escáner y yo subí a ver a la enferma encontrándomela, pues como pone, casi muerta, en un coma y entonces hubo que hacerle un escáner para ver qué es lo que pasaba, **la situación era ya irreversible, no había justificación de operar**».

Cuando se le pregunta si tuvo conocimiento por traslado en la conversación por el médico de guardia (de urgencias) del resultado de la analítica indica que no, como le dijo que todo estaba bien, pues traslado **que siguiera con Sintrom** (11:10). Manifiesta igualmente que si hubiese sabido los resultados de la analítica, habría llamado al **hematólogo**, y desde luego que de saber los resultados de la analítica **no habría pautado el Sintrom**.

Indica que **el protocolo es revertir y pautar Vitamina K**, y que si hubiese estado presente, habría pautado la Vitamina K porque es lo que dicen los libros (11:13) y que habría llamado a un hematólogo.

Se le vuelve a insistir en el tratamiento y dice «si usted ve una hipercoagulabilidad, y está tan clara como la vida misma, pues **pones Vitamina K**». Se le pregunta sobre si es el caso concreto y dice «sí».

C) DR. MIGUEL MORENO (médico de UCI)

Indica que bajan a la paciente en muerte cerebral. La exploración clínica neurológica era catastrófica, sin respirar. Es en ese momento cuando hablan con la familia y le trasladan la situación. Previamente habla con el neurocirujano y ambos entienden que no hay nada que hacer pero siguiendo las instrucciones del mismo y contra lo recomendable (así se hace constar en su informe) se ingresa en UCI.

Afirma que **ya no había posibilidad de revertir la hemorragia en ese momento**. Indica a su vez que **el escáner es catastrófico**, la clínica, solo tenía medio latido cardiaco.

Se le pregunta su opinión como médico sobre la analítica de la paciente al ingreso en Urgencias (10.58) y si hubiese sido posible revertir antes con el fármaco indicado como la Vitamina K, y manifiesta que **sí**.

Se le pregunta sobre si con los datos y el sangrado que presentaba no habría sido adecuado pautar la vitamina K desde el principio y no un día después, a lo que manifiesta «Sí, ante ese sangrado lo más prudente es hablar con hematólogo y neurocirujanos, **yo particularmente lo habría suspendido, yo Miguel Moreno**.

Se le insiste si hubiese estado en Urgencias le habría dicho a la familia que no le diesen el Sintrom, y contesta **sí** (11:00). **Es lo que dice el protocolo médico y la sugerencia universal con hemorragia cerebral**, pero la decisión del facultativo es lo que se impone. Se le pregunta la situación desde su ingreso en planta, y contesta que le indicaron en ese momento que se le había pautado el Nolotil y que su administración había coincidido con la hemorragia. Pero le preguntan de nuevo que lo que está claro es que no se le había revertido la hemorragia, ¿es así?: «**Está claro que no, tenía más**» (hemorragia).

Además se practicaron otras dos testificales en el acto del juicio:

1. Testigo perito Dra. PÉREZ, ratifica que la hija de la fallecida tuvo que asistir a terapia profesional por las circunstancias en las que se desarrolló el fallecimiento de su madre

2. SOFÍA SOLER, sobrina de la fallecida que hizo un relato firme y verosímil de lo que presenció en el Hospital. Del mismo se pueden extraer las conclusiones de que al

momento del ingreso, se les trasladó que todo estaba normal y que iba a pasar a observación y que al día siguiente le darían el alta. Y al día siguiente le avisan de que está muriendo su tía, y es entonces cuando se entera de que le han estado dando el Sintrom, lo que no entiende dado que es enfermera desde hace veinticinco años y sabe que lo primero que hay que realizar es revertir el efecto con Vitamina K y retirar el Sintrom.

De toda la prueba practicada se deduce lo siguiente;

1. Resulta corroborado por los doctores que han declarado en el acto del juicio que el fármaco Sintrom conlleva una mayor facilidad hemorrágica. Por ello su administración oral, conlleva un aumento del riesgo de hemorragia cerebral tras un traumatismo craneoencefálico.
2. En urgencias se le realiza un TAC que muestra un pequeño sangrado parietal derecho y una analítica que muestra unos resultados fuera de rango para un paciente anticoagulado
3. Por causa bien de falta de personal -como un hematólogo- o bien por falta de coordinación/comunicación entre el médico de urgencias y el neurocirujano, éste último decide no retirar su medicación habitual.
4. No se revierte el efecto del Sintrom con Vitamina K.
5. Ingresó en planta a la espera del TAC al día siguiente que no se había realizado y sin controles rutinarios para observar su evolución.
6. A la mañana siguiente, el estado es gravísimo e irreversible y se decide ingresar en UCI sin posibilidad de supervivencia.

Como razona la juzgadora de instancia «Desde luego ningún diagnóstico refiere que el estado fuese grave e irremediable, ni nadie informó a la familia de una situación de extrema gravedad e irreversible. Al contrario, se decidió su ingreso en planta y un nuevo TAC y no fue hasta entonces, contrariamente a lo que parece deducirse de las afirmaciones del perito, cuando se le ingresó en la UCI. La paciente pasó la noche entera en planta, y por cierto, según declaró su familiar en el acto del juicio, sin vista ni control o asistencia sanitaria alguna».

La carga de prueba es por tanto, la regla de decisión o de juicio que permite al juzgador resolver la controversia. Las reglas sobre la carga de la prueba esencialmente proporcionarían un criterio jurídico que permitiría evitar el *non liquet* cuando el juzgador, al final del proceso, alberga dudas sobre la verdad o falsedad de los hechos que constituyen la prueba³⁰. Por ello, las partes pueden valerse de distintos medios de prueba para hacer valer sus pretensiones, y en este sentido, dado el carácter eminentemente técnico de los actos sanitarios, las alegaciones sobre una eventual negligencia médica deben acreditarse con medios técnicos idóneos, como son las pruebas periciales médicas³¹ y estas deben señalar no sólo cualquier valoración del daño resultante, sino los criterios de la *lex artis ad hoc* que se consideren infringidos y como, en el episodio cuestionado la infracción de los mismos condujo a una asistencia defectuosa y además relevante para producir el daño que se alega³².

Estos dictámenes, en el anterior orden procesal, se acompañaban habitualmente por las partes con la demanda y con la contestación a la demanda, como documentos fundamentadores de sus argumentaciones de naturaleza técnica o especializada»

Pues bien, mención especial debemos hacer respecto a la inadmisión de la prueba pericial del Doctor D. Abel Gago González en la audiencia previa propuesta por la representación de la Sra. Sánchez, quién no la ha podido acompañar en el momento de presentación de la demanda, disponiendo que el informe sería aportado para su traslado a la parte contraria, tan pronto como se disponga del mismo, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario de acuerdo con el art. 337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En nuestro ordenamiento jurídico, no existen más límites a la inadmisibilidad de prueba en el proceso que los derivados de la potestad judicial de inadmitir los medios de prueba propuestos por las partes: (art. 285 LEC), inadmisión que ha de basarse en alguno de

³⁰ LUNA YERGA, A., *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Civitas Ediciones, Madrid, 2004.

³¹ En este sentido, entre otras, cabe citar la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 10ª de 22 de Junio de 2010, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil, Sección 4ª), núm. 20/2020 de 27 de enero de 2020 (JUR 2020\54594).

³² HURTADO-DÍAZ GUERRA, I., *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

los siguientes motivos: la ilicitud del medio de prueba propuesto (art. 287 LEC), su impertinencia (art. 283.1 LEC) o su inutilidad (art. 283.2 LEC)³³.

La juzgadora en este caso determinó que la parte demandante había dispuesto del suficiente tiempo para preparar un informe pericial siendo la misma la que ejercitaba la acción, al ser la parte demandante. Sin embargo, su no incorporación junto con la demanda tuvo la causa, en la dificultad para que un médico emita un informe perjudicial para otro compañero. Así se muestra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996 (Ponente Sr. Almagro Nosete) dada «la dificultad de encontrar profesionales médicos que emitan un informe que pueda como en algunos casos, ser negativo para otro profesional de su misma clase».

A tal fin, solo se practicó la prueba pericial propuesta por la parte demandada, así se pronuncia la juzgadora «En el presente caso y por causas de índole procesal, la parte actora no pudo valerse del informe pericial en que fundamentaba su pretensión, siendo que la única prueba pericial médica que se ha practicado es la llevada a cabo a instancia de la parte demandada», quien se ratifica en su informe y afirma en el acto del juicio:

D) SR. GONZÁLEZ (Perito de la parte contraria)

Manifiesta que ha tenido acceso a la historia clínica y a la causa del fallecimiento por el informe de la autopsia, por ello se le pregunta si ha observado el historial clínico, los resultados de pruebas analíticas y los niveles de IRN que arrojaban los resultados, a lo que declara que **no lo recuerda**.

Que la señora sufrió un accidente con traumatismo craneoencefálico, e indica que a la vista de ello era una muerte segura (9:58), así como que no existe pérdida de oportunidad porque no existe opción de revertir el tratamiento, al estar anticoagulada con riesgo de mayor hemorragia. Por ello **el desenlace final es por la medicación que tenía**.

Se le insiste si 3,70 de IRN es estar fuera de rango, a lo que dice que **si en una persona anticoagulada**. Después se le pregunta su opinión sobre el tratamiento pautado y

³³ LUNA YERGA, A., La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria, Civitas Ediciones, Madrid, 2004.

expone que (10.08), tenía dos opciones: a) programar una cirugía urgente y hacer un orificio en el cráneo, inyectar plasma fresco para revertir el anticoagulante con plaquetas, es decir, una transfusión, o b) si se rechaza, porque no es viable la operación, ofrecer un tratamiento de soporte vital, entonces se le traslada a la UCI para intentar controlar la hemorragia. Por ello **ante una muerte segura, hay que aplicar tratamiento de soporte y esperar a que la hemorragia se autocontrole**, poniendo en la balanza riesgo beneficio.

Posteriormente, se le pregunta sobre la pertinencia de pautar la Vitamina K, veintiuna horas después de su ingreso, y dice que no es un medicamento que se pone en urgencias (10.09), «que puede ser una decisión que tomas en ese momento o cuando sabes la evolución, **pero que el resultado iba a ser el fallecimiento**, y que habría sido **mejor que no hubiese sufrido un traumatismo como el que sufrió**» (10.11).

Se le pregunta entonces si a la llegada a urgencias y teniendo en cuenta su opinión, se le tendría que haber trasladado a la familia que no había solución ninguna, a lo que responde que se le ingresa en UCI para ver que pasaba porque no tenía opciones y ofrecerle un soporte dado que **no tiene solución quirúrgica, es imposible salvarle la vida**.

Lo que se recoge en la sentencia respecto de su informe es lo siguiente «Refiere que en esta paciente concurrían dos circunstancias de extrema gravedad, por una parte, la hemorragia cerebral severa y por otra el tratamiento anticoagulante, que en el caso de traumatismo produce una hemorragia, en el caso de hemorragias intracraneales, produce mortalidad con casi total seguridad.

Afirmó que la praxis fue correcta, a pesar del fallecimiento que viene determinado por la severidad de la hemorragia intracraneal y por los mecanismos fisiopatológicos. Concluye que se pusieron los medios necesarios para su estabilización incluso el ingreso en UCI aunque dadas las características de la paciente no era necesario puesto que no habría cambiado el pronóstico; no hubo pérdidas de oportunidad, puesto que no había opciones quirúrgicas en este caso.

En conclusión, lo que viene a reconocer dicho perito, es que la Sra. Sánchez desde que ingresa en urgencias no tiene opciones de supervivencia, al ser una paciente anticoagulada y con un traumatismo craneoencefálico. Parece que determina que cualquier

persona que sufra una caída y posterior golpe en la cabeza, bajo los efectos de un fármaco anticoagulante, se ve privado de la posibilidad de cualquier maniobra neuroquirúrgica, puesto que ya está asegurado su fallecimiento.

Es decir, en lo único que coincide con el resto de profesionales, es que efectivamente **era una muerte segura**, pero no en el mismo lapso temporal en el que se desarrollaron los acontecimientos. Pues, quizás la administración de la Vitamina K en el momento oportuno-en el momento de su ingreso- hubiera cambiado el pronóstico de la paciente y con ello, la afirmación a la que llegan cada uno de los facultativos que intervinieron en el procedimiento.

Y es cierto lo que se recoge en la sentencia y la interpretación por parte de la juzgadora de instancia, «Pues bien, parte de las referidas conclusiones son correctas e incuestionables: el ingreso en UCI en el momento en que se produjo no suponía posibilidad alguna de supervivencia, y su ingreso en UCI no hubiera cambiado dicho pronóstico. En ello coinciden todos los doctores.

Ahora bien, este perito -Sr. González- **omite todo lo ocurrido** desde la llegada de la paciente a urgencias hasta la situación irreversible de la que parte para alcanzar sus conclusiones (...) parece que dicho Doctor efectúa su informe a partir de lo ocurrido en la mañana del 27 de noviembre, cuando la paciente ya había entrado en un estado irreversible.

De sus afirmaciones parece deducirse que la paciente entró en la clínica en el mismo estado que presentaba a la mañana siguiente y que **su estado era irreversible desde el principio**. Desde luego ninguno de los Doctores implicado diagnosticó una lesión hemorrágica inicial tan grave como de la que parte este perito médico, afirmando incluso el médico de Urgencias, que entró orientada, hablando y por su propio pie. Sin embargo, para el doctor González cuando llegó a la clínica parece ser que la situación ya era irreversible.

Y ello no es así, desde luego».

Asimismo también se pronuncia la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 42/2022 de 16 de febrero de 2022, sobre el citado informe pericial: «No es obstáculo para alcanzar esta conclusión el informe forense. Y ello por la sencilla razón de que tal informe, no afronta, para nada, esta problemática derivada de la no

prescripción de las medidas adecuadas para revertir el índice de coagulación, con lo que tal informe ni quita ni añade nada para el esclarecimiento de lo que aquí se dilucida»

Entonces, cabría preguntarnos cómo valora el juez de instancia la prueba practicada, para determinar la posible existencia o no de negligencia médica, partiendo del hecho de que al encontrarnos ante una «cuestión eminentemente técnica y generalmente, los tribunales carecen de conocimientos técnico-médicos necesarios³⁴, por lo que la valoración de los informes periciales ha supuesto una de las «principales innovaciones introducidas por la nueva LEC. Al permitirse, por los artículos 336 y SS. LEC, la prueba a través de dictámenes elaborados por peritos designados por las partes, se otorga naturaleza probatoria a los llamados dictámenes periciales extrajudiciales, producidos fuera del proceso, que las partes acostumbran a acompañar a sus escritos de alegaciones, adaptándose la prueba pericial a la realidad de nuestro foro»³⁵.

Tal como recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil, Sección 9ª), núm. 567/2016 de 4 noviembre de 2016 (AC 2017\153) sobre la valoración de los dictámenes periciales «En la valoración de los dictámenes periciales según las reglas de la **sana crítica** (art.348 LEC), el tribunal debe apreciar más que otras circunstancias:(a) el rigor de su método, (b) la veracidad de sus premisas (...) .La fuerza probatoria de los dictámenes radica en su mayor o menor fundamentación y razón de ciencia, debiendo tener, por tanto, como prevalentes, en principio, aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una superior explicación racional (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) del 11 de marzo de 1995 Y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 894/1998 de 5 de octubre de 1998 (RJ 1998\8367).

Además, se otorga especial relevancia a (d) la vinculación del perito con las partes: (...) (e) La cualificación de quien prestó los informes, y, por lo tanto, su especialización sobre el tema del que se informa. (f) El criterio de la mayoría coincidente (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª de 11 de mayo de 1981, RJ 1981, 2167), conforme al

³⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Burgos (Sala de lo Contencioso, Sección 2ª), núm. 2/2019, de 11 de enero de 2019 (ECLI:ES:TSJCL:2019:251).

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 566/2015 de 23 octubre de 2005 (RJ 2015\4901), Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección4ª), núm. 2029/2012 de 10 abril 2014 (RJ 2014\2607), Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil, Sección 4ª), núm. 20/2020 de 27 de enero de 2020 (JUR 2020\54594).

cual el dictamen conteste o, al menos, vecino o sustancialmente coincidente, de varios técnicos es racional que prevalezca sobre el contradictorio de uno de ellos .

Como afirma la juzgadora de instancia en la sentencia mencionada «debe recordarse que los juzgadores no estamos obligados a someternos a la prueba pericial que, en definitiva, es un medio de prueba más, sujeto al **principio de libre valoración**, en relación con el criterio de la “**valoración conjunta de la prueba**” Y así puede el juez -sin perjuicio de examinarlo y analizarlo- prescindir o apartarse totalmente del dictamen pericial»

«El actual art. 348 de la Lec , como hemos dicho alude a la "**sana crítica**" que son unas reglas que han de ser entendidas como "las más elementales directrices de la lógica humana", es decir son reglas no codificadas pero que se derivan del pensamiento humano como pensamiento lógico. Se trata pues, de partir de las consecuencias sentadas por los peritos y a raíz de allí y utilizando el razonamiento lógico, sentar conclusiones»³⁶.

Todo ello evidentemente no quiere decir que a priori se tenga que dar más valor a algún informe pericial en detrimento de los demás. Ahora bien, hay que dejar claro que **el juez en esta actividad no solo no está vinculado por ninguno de estos informes, sino que puede discrepar de los mismos** siempre que lo haga de un modo fundado y utilizando las reglas de la sana crítica; como se deduce de la sentencia del TS de fecha 22 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9777) .

Y así efectivamente es como concluye la juzgadora en su fundamento cuarto relativo a la valoración de la prueba: «En definitiva, el médico perito propuesto por la parte demandada expone en sus conclusiones a partir del estado que presentaba la paciente a la mañana siguiente, sin tener en cuenta lo ocurrido desde el momento del ingreso ni cuál era entonces el estado de la paciente. Por ello **escaso valor pueden darse a sus conclusiones**».

Apartándose en definitiva de la única pericial médica llevada a cabo a instancia de la parte demandada, y otorgándole mayor consideración a la prueba testifical de los facultativos, tal como dispone «En este caso además reviste especial eficacia la prueba testifical de los doctores intervinientes (médico de urgencias, neurocirujano y médico de UCI), pues todos ellos tienen un importante grado de relación con el problema, siendo además que prestan sus

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil, Sección 9ª), núm. 567/2016 de 4 noviembre de 2016 (AC 2017\153)

servicios en la clínica demandada, lo que no impide en absoluto poder obtener de todo su conjunto un **resultado probatorio determinante a través de dicha prueba testifical, por encima incluso de la pericial practicada».**

Por todo lo expuesto, y como se ha podido comprobar, la prueba determinante que le ha permitido a la juzgadora el esclarecimiento de los hechos han sido las consideraciones que se han obtenido en la prueba testifical de los doctores intervinientes en la asistencia de la Sra. Sánchez. Se observa que la Juez se aparta de manera inequívoca del informe pericial de la parte contraria, pese a ser el único dictamen técnico admitido en el proceso, pues no significa que deba someterse únicamente al criterio de dicho profesional sino que debe ser ponderado como un elemento de juicio más en la valoración conjunta de la prueba. Por otro lado, es cierto que la hipotética admisión del informe pericial de la representación de la Sra. Sánchez hubiera expuesto con exhaustividad cada una de las actuaciones médicas que no se ajustaron a la *lex artis*, llevando a cabo un estudio pormenorizado de las mismas. Sin embargo, la conclusión a la que se llegaría no sería otra que la alcanzada por la juzgadora de instancia, como es la conveniencia de la retirada de la medicación anticoagulante y la administración de la vitamina K. En realidad, la inadmisión de dicho informe pericial no ha supuesto un grave perjuicio a la víctima, puesto que la negligencia médica queda patente en las declaraciones que realizan los facultativos ante las preguntas de los letrados, y que permiten deducir la existencia de una conducta que es inexcusable en cualquier profesional médico.

4.2) Insuficiencia o ausencia del Historial clínico³⁷

Es necesario, por otro lado hacer un apunte sobre el historial clínico de la Señora Sánchez, pues el mismo no fue aportado a la causa hasta el acto de conciliación de fecha 16 de marzo de 2018, pese a los reiterados requerimientos extrajudiciales instados por la representación de los hijos de la fallecida, ni fue incluso, facilitado durante la causa penal.

Ello nos lleva a hablar sobre la teoría de la proximidad o facilidad probatoria (también conocida como «teoría de las cargas probatorias dinámicas» o «*favor probationis*»),

³⁷ GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica* [libro electrónico], 6ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018 [consultado 5 de enero de 2023]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F135751660%2Fv6.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=df86cd678cc146c815dd73d08efc8a02&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>, p. 253-254

puesto que parece lógico y equitativo que quien disponga de la prueba la aporte, en tal forma que, si el médico tiene su poder las fuentes de prueba y se halla, por ende, en mejor disposición de acreditar unos hechos, pese sobre él la carga de su prueba.

La carga de la prueba, por tanto, pesa sobre la parte que esté en mejores condiciones procesales de aportarla, y ha sido incorporada, con sumo acierto en nuestro ordenamiento jurídico (en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil) en cuyo art. 217.7 relativo a la carga de la prueba, se establece que «el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y la facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

El citado artículo 217.7 de la LEC incorpora, por tanto, los principios de normalidad, disponibilidad y facilidad probatoria, permitiendo, de un modo indirecto, distribuir dinámicamente la carga de la prueba.

La responsabilidad médica es emergente de una obligación de medios³⁸, lo que si bien conduce a diferenciar el régimen probatorio, quedando a cargo del accionante la misma, no significa que el médico demandado no tenga que realizar una conducta procesa la activa de colaboración, ya que es quien tiene los conocimientos técnicos necesarios para explicar los hechos ocurridos y la vivencia directa de los mismos, siendo de su interés de mostrar su diligencia y la falta de causalidad necesaria entre el hecho de enunciado y el daño, por cuanto la carga de la prueba se desplaza hacia quien se encuentra en mejor posición en relación con las fuentes de prueba.³⁹

La teoría de la posibilidad de acceso a la prueba, cuando existe su disponibilidad por alguna de las partes, fue acuñada por nuestro Tribunal Constitucional, Sala 1ª, en su sentencia 227/1991, de 28 de noviembre de 1991 (Ponente: Sr. Leguina Villa), al señalar lo siguiente: «Pues bien, ante dicha situación, en la que las fuentes de pruebas se encuentran en poder de una de las partes, **la obligación constitucional de colaboración con los jueces y tribunales**

³⁸ En este sentido, ALONSO PÉREZ, M.T., «El paralelismo entre obligaciones de medios/resultado y los contratos de servicios/obra en las propuestas oficiales de modernización del Derecho español», en Revista de Derecho Civil [revista electrónica], n. 2, 2019 [consultado 2 de junio de 2023]. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/418/349>, p. 5.

³⁹ GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica* [libro electrónico], 6ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018 [consultado 5 de enero de 2023]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F135751660%2Fv6.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=df86cd678cc146c815dd73d08efc8a02&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>.

en el curso del proceso (art. 118 CE) determina como lógica consecuencia que, en materia probatoria, la parte emisora del informe esté especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba, ya que sería suficiente un informe omisivo o evasivo para que el juez no pudiera fijar la totalidad de los hechos probados en la sentencia.

Sin duda, dicha conducta es **contraria al principio procesal de igualdad** que ha de estar también presente en la fase probatoria como una de las garantías esenciales protegidas por el art. 24.2 CE (...) ha de obtenerse evitando las situaciones de supremacía o de privilegio y de alguna de las partes en la traída de los hechos al proceso o, lo que es lo mismo, garantizando la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio».

Como ha declarado la STS de 14 de septiembre de 1998, la carga de probar hay que combinarla con la facilidad para probar (*favor probationis*).

Es cierto que efectivamente fue necesario el auxilio judicial para que la Clínica Montpellier aportase la historia clínica que estaba en su poder para hacer posible el esclarecimiento de los hechos, por lo que siendo el Hospital quien disponía de dicha documentación que mostraba las actuaciones médicas llevadas a cabo por los facultativos que atendieron a la Sra. Sánchez, parece lógico que sean los demandados quienes aporten dicha historia clínica. Se puede examinar cómo los reiterados requerimientos extrajudiciales para solicitar su aportación, no fueron atendidos, incluso de cierta manera mostraban una actitud reticente a entregar la mencionada documentación, por lo que parece inducirse una práctica tendente a ocultar la *praxis* médica, e incluso de protección a sus propios trabajadores, que de ser así, frustra evidentemente la carga probatoria de la parte actora, pues se encuentra con la dificultad de no disponer de fuentes de prueba para acreditar el fallecimiento de la paciente, y al mismo tiempo, colisionando con el derecho de acceso a la historia clínica del paciente consagrado en el artículo 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la

autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁴⁰.

5.- CULPA Y *LEX ARTIS*

En este apartado determinaremos la culpa como fundamento de la responsabilidad civil médica así como el nivel de diligencia exigible del profesional médico que viene marcada asimismo, por el seguimiento de los protocolos como pautas de actuación con la finalidad de señalar si una actuación médica es conforme a la *lex artis*.

En el ámbito propio del Derecho civil la responsabilidad del personal médico-sanitario, sea del tipo que sea (contractual o extracontractual) ha de fundamentarse en un reproche culpabilístico, puesto que en la práctica de la medicina, confluyen demasiados elementos aleatorios como para que en su ámbito pueda llegar a fundamentarse una responsabilidad objetiva que, en último término, supondría una carga tan grande para los médicos y el resto del personal sanitario que les llevaría a ejercer un tipo de medicina defensiva que terminaría perjudicando al paciente en último término⁴¹.

Resulta por consiguiente imprescindible que a la relación causal, material o física, haya de sumarse el **reproche culpabilístico**, que puede manifestarse a través de la negligencia omisiva en la aplicación de un medio curativo (STS de 12 de septiembre de 2007) o, más generalmente, en la existencia de una acción culposa o negligente en tal aplicación⁴².

En la base de toda responsabilidad médica ha de existir una «culpa médica» y ésta, como «omisión de la diligencia» del art. 1104 Cc, equivale al incumplimiento o defectuoso

⁴⁰ Es derecho del paciente «al acceso con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo, a la documentación de la historia clínica y obtener copia de los datos que figuran en ella».

⁴¹ BELLO JANEIRO, D., Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, [libro electrónico], 1ª ed., Reus, Madrid, 2009 [consultado 1 de enero de 2023]. Disponible en: <https://elibro-net.cuarzo.unizar.es:9443/es/ereader/unizar/46372?page=4>

⁴² STSS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 1242/2007, de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008\251), núm. 508/2008, de 10 de junio de 2008 (RJ 2008\4246), núm. 854/1992, de 13 de octubre de 1992 (RJ 1992\7547), núm. 988/1997, de 10 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7867), núm. 122/1998, de 19 de febrero de 1998, (RJ 1998\634), núm. 942/2000 de 23 de octubre de 2000, (RJ 2000\9197), núm. 68/2001 de 5 de febrero de 2001, (RJ 2001\541), núm. 267/2004, de 26 de marzo de 2004, (RJ 2004\1668), 834/2004, de 19 de julio de 2004, (RJ 2004\5128), núm. 896/2004, de 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004\5890).

cumplimiento de la *lex artis*, concebida como «criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos y exógenos, para clasificar dicho acto como conforme o no con la técnica normal requerida»⁴³.

El Tribunal Supremo ha reiterado que «en tal forma que su responsabilidad se basará en una culpa incontestable, es decir, patente» (SSTS de 10 de febrero y 10 de diciembre de 1996, de 16 de abril de 2007, 23 de mayo de 2006, 5 de febrero, 23 de marzo y 10 de abril de 2001 y 25 de junio de 2003), en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo» (SSTS núm. 112/2018, de 6 de marzo de 2018 (RJ 2018\1066), núm. 33/2015, de 18 de febrero de 2015 (RJ 2015\340), núm. 475/2013, de 3 de julio de 2013 (RJ 2013\4380), 24 de noviembre de 2005, 10 de junio 2008 y 20 de noviembre de 2009).

El médico cumple con su obligación cuando desarrolla o despliega el conjunto de curas y atenciones, en la fase diagnóstica, terapéutica y recuperatoria, que son exigibles a un profesional o especialista normal. Y cumple aun cuando el paciente no cure, pues este resultado, la curación, es el fin de la prestación médica pero no entra en el contenido de su obligación. De modo y manera que la diligencia del deudor consiste en la prestación de una asistencia conforme a la «*lex artis*» (reglas del oficio), la cual se encamina a obtener el resultado útil de la curación del paciente, condición necesaria pero no siempre suficiente para obtener el resultado útil que, en definitiva, integra el interés del acreedor.

El punto de partida del TS en este ámbito, es el habitual de que la **obligación de los médicos es de actividad**, no de resultado razonando que la obligación del médico no es obtener, en todo caso, la recuperación del enfermo, sino hacer lo posible para aliviar, o eliminar la enfermedad, o más exactamente, proporcionarle los cuidados que requiera según el estado de la Ciencia.⁴⁴ El médico, pues, no está obligado a alcanzar un resultado

⁴³ CAMAS JIMENA, M., y GÓMEZ RIVERO, M.C., y SILLERO CROVETTO, B., y SUCH MARTÍNEZ, J., *Responsabilidad Médica*, [libro electrónico], Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013 [consultado 4 de enero de 2023]. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es:9443/cloudLibrary/ebook/show/9788490337011>

⁴⁴ BELLO JANEIRO, D., *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, [libro electrónico], Reus, Madrid, 2009 [consultado 1 de enero de 2023]. Disponible en: <https://elibro-net.cuarzo.unizar.es:9443/es/ereader/unizar/46372?page=4>.

enteramente positivo, pero sí que debe actuar siempre conforme a la *lex artis*, es decir, según una actuación profesional que sea normal en la especialidad de que se trate.⁴⁵

Las obligaciones de medios no comprometen la responsabilidad del deudor salvo que el acreedor pruebe su culpa, mientras que las obligaciones de resultado comprometen la responsabilidad del deudor por el mero hecho de la no obtención del resultado, sin que sea preciso probar ninguna culpa, en tal forma que el deudor sólo quedará liberado de responsabilidad si logra probar la existencia de caso fortuito o fuerza mayor.

En el ámbito profesional el estándar de comportamiento diligente que supone el del buen padre de familia se traduce en el estándar del buen profesional. El nivel de diligencia del profesional médico viene marcado por la *lex artis ad hoc*, es decir, lo que cualquier profesional haría ante una patología y unas circunstancias como las que se presentan en el caso concreto, teniendo en cuenta las características del facultativo actuante, el paciente y el medio, así como de otros factores relacionados. El comportamiento negligente del profesional médico va a consistir siempre en la infracción del nivel de diligencia que le es exigible en su trabajo, los comportamientos culposos no son sino manifestaciones concretas y específicas de la infracción de esa *lex artis*⁴⁶.

La *lex artis* constituye el elemento modulador de la responsabilidad más relevante introducido por la jurisprudencia⁴⁷ como estándar de las «prácticas mínimas de conducta que le son exigibles a los profesionales médicos, para determinar si ha infringido el deber objetivo de cuidado».⁴⁸

Por tanto, «no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica

⁴⁵ En la Sentencia de 23 de septiembre de 2004 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, se concluye la responsabilidad civil médica por actuación negligente en diagnóstico que provoca la muerte del paciente, razonándose que se trata de una obligación de medios y subjetiva, no de resultados y objetiva, declarándose procedente la responsabilidad ante la falta de práctica de las pruebas necesarias para establecer un correcto diagnóstico para detectar un tumor en mama que causó finalmente la muerte de la paciente.

⁴⁶ HURTADO-DÍAZ GUERRA, I., *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

⁴⁷ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), núm. 89/2008, de 23 de Septiembre de 2009 (RJ 2010\342), Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 896/2004, de 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004\5890).

⁴⁸ VILLAR ROJAS, F.J., *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, 1ª ed., Barcelona:Praxis, Barcelona, 1996., señala: «La inexistencia de criterios normativos sobre el funcionamiento de la sanidad tiene una excepción» que se encuentra en la *lex artis*», págs.130-131.

correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida de un enfermo, (...) de manera que si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado de saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría daño antijurídico».⁴⁹

El cumplimiento de la *lex artis* en el ámbito asistencial, se desglosa respecto del paciente, a su vez, en las siguientes obligaciones⁵⁰:

- Prestar al paciente y/o familiares una información adecuada sobre el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (con expresión de los riesgos).⁵¹
- Aplicación de los medios técnicos, humanos y materiales disponibles, en el tiempo y lugar de la asistencia, y adecuados al estado de la ciencia.
- Garantizar la continuidad e ininterrupción del tratamiento, hasta el alta médica, con advertencia del riesgo de abandonarlo.
- Información de la necesidad de cuidados o actuaciones posteriores para evitar el agravamiento o repetición de la dolencia en las enfermedades crónicas o evolutivas. Se ha incluido también el deber de custodia y conservación de la historia clínica.

La principal ventaja que implica acudir al criterio de la *lex artis* es que con ello se prescinde de la apreciación subjetiva, conduciendo a que la acción médica se compare con una conducta tipo o modelo que se toma como unidad de medida, presuponiendo que es como hubiese actuado un profesional prudente y conocedor de la ciencia y las técnicas exigibles en esas circunstancias en su profesión. Pero el criterio de la *lex artis* tiene trascendencia en orden a la apreciación del nexo de causalidad, ya que su infracción permite establecer la relación entre la asistencia y el daño.

¿Por tanto, cuál era el nivel de diligencia requerido en este caso, conforme a los actos médicos que han sido prestados a la Sra. Sánchez? En este sentido, hacer un seguimiento de la evolución del proceso y confirmar que éste sea acorde al diagnóstico de presunción, evaluando los síntomas y signos específicos del proceso y poder establecer un

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso, Sección 10ª), núm. 476/2014 de 23 de junio de 2014 (ECLI:ES:TSJM:2014:9696)

⁵⁰ Contenido que desglosa el Tribunal Supremo, entre otras, en la S. de 25 de Abril de 1994.

⁵¹ Dicha información ha de ser proporcionada de forma inteligible y suficiente para posibilitar la emisión, en su caso, del consentimiento.

criterio pronóstico que permita tratar adecuadamente una patología accidental y postraumática.

Es decir, había que tener en cuenta los antecedentes médicos de la paciente, tal como se detallan en su historia clínica, figurando el fármaco Sintrom como medicación habitual.

Recordemos que dicho fármaco disminuye la capacidad de coagular la sangre. Con lo cual, conlleva una mayor facilidad hemorrágica.

Además, era necesario realizar aquellas pruebas que permitieran emitir un diagnóstico adecuado a las circunstancias, por lo que en primer lugar, se hizo un TAC que mostraba una hemorragia subaracnoidea no traumática. En segundo lugar, se realizaron unos análisis de sangre que mostraron un IRN de 3,70, es decir, una alterada coagulación. Cuando el IRN está alto significa que la capacidad para coagular está reducida y si existe un sangrado (comprobado mediante TAC) es evidente que la toma de Sintrom incrementará el IRN siendo muy probable que sangre más.

Por ello, en este momento a la vista de los resultados observados se debe intervenir para evitar una agravación del proceso. La sugerencia universal es suspender y revertir el tratamiento anticoagulante inmediatamente cuando se detecte una complicación hemorrágica cerebral, en el momento del diagnóstico de la hemorragia.

Es importante enfatizar que la sola discontinuación del tratamiento anticoagulante no es suficiente, ya que la metabolización de la droga circulante conlleva varias horas. Por esta razón se debe iniciar un tratamiento activo para revertir el efecto de la anticoagulación.

Así pues, para enjuiciar si la concreta asistencia prestada a la paciente se ha adecuado a la *lex artis*, se recurre a su vez, a **los protocolos médicos**.

5.1. Protocolos Médicos

Como hemos visto, la apreciación de que la atención sanitaria se ajusta a *lex artis* se suele fundamentar en que se hayan seguido los protocolos del centro sanitario o de la sociedad científica de la especialidad médica de que se trate.

Dada la complejidad de la práctica médica y la necesidad de garantizar, en la medida de lo posible, que se desempeñe con la máxima seguridad, se han establecido por el colectivo médico distintos protocolos médicos (de procesos diagnósticos o terapéuticos) y Guías de Práctica Clínica (de enfermería, de urgencias, de enfermos coronarios, etc.), mediante los cuales se lleva a cabo una fijación pormenorizada de pautas de actuación, perfectamente descritas, para las distintas actuaciones asistenciales.

Estos criterios valorativos se han positivizado por medio de los protocolos médicos entendidos como cristalización escrita de criterios de prudencia, sin que constituyan verdades absolutas, únicas y obligatorias en su cumplimiento, pero que permiten definir lo que se considera, según el estado de la ciencia, como práctica médica adecuada y prudente ante una situación concreta, lo que equivale a codificar la *lex artis*⁵².

Es por tanto, protocolario, el **sopORTE vital**, donde todo paciente con hipertensión intracraneal (en adelante HIC) debe ser asistido en un hospital que cuente con unidad de ictus y UCI 24 horas al día. Si el paciente no requiere respiración asistida, las medidas de soporte deben llevarse a cabo en una unidad de ictus, siempre y cuando se disponga de la posibilidad de consulta de un neurocirujano y de traslado a una UCI las 24 horas del día.

Además, es necesario una **monitorización neurológica** debido a que un número considerable de pacientes se deteriora durante las primeras horas, debe realizarse una monitorización periódica al menos durante las 72 horas del nivel de consciencia y el déficit neurológico. Las escalas más recomendadas son la escala neurológica del Instituto de Salud Americano para el déficit neurológico y la GCS (Glasgow Coma Scale) para el nivel de consciencia, debido a su sencillez y fiabilidad.

Asimismo debe hacerse un **control de la presión arterial**, ya que en la mayoría de los pacientes con hemorragia intracerebral, las cifras de presión arterial están elevadas durante la fase aguda.

⁵² CAMAS JIMENA, M., y GÓMEZ RIVERO, M.C., y SILLERO CROVETTO, B., y SUCH MARTÍNEZ, J., Responsabilidad Médica, [libro electrónico], Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013 [consultado 4 de enero de 2023]. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es:9443/cloudLibrary/ebook/show/9788490337011>

Un control de la **hemostasia** también es determinante (facultad del organismo para mantener la sangre en los vasos sanguíneos en el momento en que ocurre alguna lesión), porque las alteraciones de la hemostasia, con el tratamiento de anticoagulantes orales, que conllevan un déficit de factores de la coagulación o anormalidades plaquetarias, pueden contribuir a un crecimiento de la hemorragia, condicionando un deterioro neurológico, por lo que es importante corregir estos factores lo más rápido posible, y es evidente que en este caso no se ha seguido el protocolo.

Por consiguiente, además de no ofrecerle un tratamiento adecuado partiendo de que la situación no era tan grave inicialmente para intentar revertir la misma, lo cierto es que tampoco se advirtió la evolución que tuvo porque no se le realizó ningún control en más de quince horas que estuvo ingresada, siendo primordial en este tipo de situaciones como marca el protocolo médico el control constante de la paciente durante las primeras 72 horas, pero nada se hizo.

Estas circunstancias conjuntas hicieron que a la llegada del neurocirujano al Hospital, el mismo se encuentre con una señora en estado de coma, sin que se le hubiesen realizado las pruebas pertinentes y sin que nadie se hubiese percatado de ello. Como determina la Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza núm. 42/2022 de 16 de febrero de 2022: «En esas condiciones es constatable la falta de una prestación médica adecuada a la praxis que era exigible».

Lo que nos lleva en el siguiente apartado, según las bases doctrinales, a determinar la cuestión de si la paciente desde su ingreso, recibió el tratamiento adecuado a la vista del diagnóstico que presentaba.

5.2. Deber de realización de todas las pruebas diagnósticas necesarias

El médico cumple con su obligación cuando desarrolla su actividad con todos los medios humanos, técnicos y saberes que tiene a su alcance en la fase de diagnóstico, terapéutica y recuperatoria del paciente. Esta afirmación ha sido reiterada en sucesivas ocasiones por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. «El médico no

queda obligado a curar al paciente, sino a suministrarle las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia».⁵³

Según reiterada jurisprudencia «La responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no sólo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención»⁵⁴. (...) «La toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica por tanto un doble orden de cosas»⁵⁵.

A tal fin, la historia clínica y la exploración física del paciente han de ser completas y minuciosas, debiendo complementarse, en su caso, con los exámenes especiales y pruebas de laboratorio adecuadas para proporcionar toda la información necesaria sobre la enfermedad que se estudia, para llegar a un diagnóstico de presunción⁵⁶.

En el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de «realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, en tal forma que sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del

⁵³Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 240/2016, de 12 de abril de 2016 (RJ 2016\1334), STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), núm. 2029/2012, de 10 de abril de 2014 (RJ 2014\2607), Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 905/2012, de 8 de enero de 2013 ((JUR 2013\25687) , STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), núm. 4201/2006 (RJ 2011\1472), (SSTS de 10 de febrero y 10 de diciembre de 1996, 10 de abril de 2001

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 635/2018, de 16 de noviembre (RJ 2018\5000), STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 524/2010 de 25 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1313), STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 403/2013, de 18 de junio de 2013 (RJ 2013\4376), Sentencias de 18 de febrero de 2015 (RJ 2015, 340) , núm. 173/2012 de 30 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4529) núm. 1342/2006, de 18 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 9172) y núm. 1324/2006 de 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5890)

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 679/2010, de 10 de diciembre de 2010 (RJ 2011\137).

⁵⁶ GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica* [libro electrónico], 6ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018 [consultado 5 de enero de 2023].

paciente o el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas puede servir de base para declarar su responsabilidad»⁵⁷.

La insuficiencia de las pruebas diagnósticas y la inadecuación del tratamiento han de afirmarse mediante una «valoración de todas las circunstancias concurrentes en el momento en que tuvieron lugar, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo» (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 217/2014 de 27 de marzo de 2014 (RJ\2004\2068) «y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal», de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 29/2006 de 27 de enero de 2006 (RJ 2006\615).

El problema radica como bien recoge la juzgadora en la sentencia de instancia en que «el traumatismo inicial provocó una hemorragia a la que no se le diagnosticó de grave, pues la paciente ingresó en planta para observación, pero la acumulación de sangre y extensión de la hemorragia cerebral fue consecuencia de la deficiente coagulación que presentaba la paciente, pues la sangre en los pacientes anticoagulados es más fluida y por tanto es necesario que se les retire la medicación y se revierta la anticoagulación».

Varias circunstancias pueden explicar el por qué se le diagnosticó a la Sra. Sánchez dentro de un diagnóstico de no grave, tal como apunta la Audiencia Provincial de Zaragoza «como advirtió el neurocirujano de referencia (de guardia no presencial) porque el Hospital no era el centro médico adecuado para afrontar ese grave cuadro. Parece necesario que un hematólogo valorara la reversibilidad de las condiciones de sangre de la accidentada. El propio estudio de la paciente a su ingreso, sin afección neurológica intensa, valiéndose por sí misma, y sin problemas de movilidad a los distintos espacios del Hospital, (...) pudo generar una confianza que no se correspondía a la que resultaba de la analítica.

También el resultado del primer TAC que se le practicó sobre las 18 horas, que no insinuaba un cuadro de la verdadera gravedad que tenía.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 508/2008, de 10 de junio de 2008, (RJ 2008\4246), núm. 127/2010, de 3 de marzo de 2010 (RJ 2010\3778), núm. 679/2010, de 10 de diciembre (RJ 2011, 137), núm. 173/2012, de 30 de marzo (RJ 2012, 4529), núm. 33/2015, de 18 de febrero (RJ 2015, 340), núm. 112/2018, de 6 de marzo de 2018 (RJ 2018\1066).

Ello pudo llevar al médico de urgencias a no hacer revisión ni representarse la gravedad del cuadro ni tener presente el riesgo añadido que suponía la medicación anticoagulante que tenía pautada la accidentada. Y esa impresión médica es la que transmitió al especialista, que nada objetó a que tomara una nueva dosis de anticoagulante, aunque en su descargo, manifestó que no se le transmitieron los datos de la analítica (que tampoco parece que pidiera).

Lo uno por lo otro lo cierto es que las medidas adecuadas al cuadro, que el propio cirujano confirmó, hubieran sido aquellas **encaminadas a contrarrestar el índice tan alto de coagulación** (entre las invocadas en el juicio, y en particular la indicada **Vitamina K.**)»

A la misma conclusión llega la Juzgadora de Primera Instancia cuando afirma que «no cabe duda a esta juzgadora que lo correcto hubiese sido **retirar el Sintrom**, en línea con el concepto de aumento de riesgo de sangrado intracraneal tras TCE (traumatismo craneoencefálico) y **administrar Vitamina K** para revertir sus efectos».

Por consiguiente, la calificación de una praxis asistencial como ajustada o desviada de la *lex artis* no debe realizarse por un juicio *ex post*, sino **ex ante**, es decir, con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento, a fin de poder considerarla como adecuada o no a la clínica que presenta el paciente. Como con sumo acierto declara la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 464/2007, de 7 de mayo de 2007 (RJ 2007\3553), en su fundamento de derecho tercero, «no puede cuestionarse el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen las leyes del razonamiento práctico».

No se trata, por tanto, cuando se está valorando una actuación médica, de realizar una vuelta atrás en el tiempo para, una vez conocido el desenlace, reconstruir cómo hubieran podido ocurrir las cosas de otro modo; se trata de saber si, con los síntomas o indicios que se presentaban, existía un deber objetivo de actuar de una determinada manera, conforme al estado ordinario de los medios y de la ciencia médica, y si esta actuación exigible hubiera evitado el resultado⁵⁸.

⁵⁸ GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica* [libro electrónico], 6ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018 [consultado 5 de enero de 2023]. Disponible en:

Como bien aclara la Juzgadora de Instancia «No se están juzgando las actuaciones médicas realizadas tan solo desde la perspectiva del resultado final de las mismas, sino desde el conocimiento del estado del paciente y la mala praxis de no retirar el sintrom y revertir su efecto, habida cuenta de que las posibilidades de que dicha hemorragia se produjera se incrementaron considerablemente en la situación en que se encontraba la paciente».

Así pues, según la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 504/2003, de 27 de mayo de 2003 (RJ 2003\3929) «la actividad de diagnosticar, como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateo de medios ni esfuerzos». Añade la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 415/2007, de 16 de abril de 2007 (RJ 2007\3552): «Existe, sin embargo, responsabilidad si para la emisión del diagnóstico el médico no se ha servido en el momento oportuno, siendo posible, de todos los medios que suelen ser utilizados en la práctica profesional, teniendo en cuenta las pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento con las que se facilita la concreción de la *lex artis* y la evolución y perfeccionamiento de los protocolos asistenciales y valorando las circunstancias de cada caso para decidir la prestación de asistencia».

Además, también existe una vulneración de la *lex artis* «cuando no se practican todas las comprobaciones y exámenes exigidos o exigibles»⁵⁹

En conclusión, como expone de nuevo la Juzgadora de Instancia «No se identificaron correctamente las analíticas, lo que les llevó a no suministrar los medios adecuados que la ciencia y la capacitación profesional les obligaba a suministrar (retirada de anticoagulante) y que se concretaban en identificar correctamente la situación de la paciente según TAC y análisis y administrar el tratamiento adecuado.

Todo ello, unido a la evolución de la Sra. Sánchez, pone de manifiesto la existencia de una hemorragia subcraneal inicial, en una fase inicial, que fue valorada adecuadamente en su levedad (o no) a la vista del TAC pero no se adoptó tratamiento adecuado a la paciente

<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F135751660%2Fv6.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=df86cd678cc146c815dd73d08efc8a02&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>, p. 287

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 33/2015, de 18 de febrero de 2015 (RJ 2015\340), STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 173/2012, de 30 de marzo (RJ 2012\4529), núm. 602/2008, de 20 de junio de 2008 (RJ 2008\4260), y núm. 174/2006 de 2 de marzo de 2006 (RJ 2006\919).

según sus circunstancias personales (edad y tratamiento con anticoagulante) a la vista del resultado del IRN, **incurriendo en un error de diagnóstico**, y a no adoptar las medidas adecuadas y necesarias para evitar que la situación evolucionara de la forma que lo hizo, y con el resultado que se produjo; y dicha actuación, en su conjunto, es de entidad suficiente para considerar que existió un **error notorio de tratamiento**».

Y resuelve la Audiencia Provincial de Zaragoza en la citada sentencia, núm. 42/2022 de 16 de febrero de 2022: «En esas condiciones es constatable la falta de una prestación médica adecuada a la praxis que era exigible».

6.- RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Cabe preguntarnos si la falta del tratamiento adecuado a la vista del diagnóstico inicial fue la causa del fallecimiento de la Sra. Sánchez. Para ello, nos vamos a centrar en el criterio de adecuación y en la teoría de la pérdida de oportunidad que es en lo que se fundamentan la sentencia de instancia y la Audiencia Provincial.

Entre el comportamiento del agente y el daño acaecido ha de existir una relación de causalidad, lo que constituye un presupuesto de la responsabilidad, en tal forma que la relación de causalidad ha de quedar probada. Como ha declarado, de forma pacífica y reiterada la Sala 1.^a del TS, « siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva (acción u omisión) del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse, por ser desconocida la causa generadora del evento dañoso »⁶⁰.

Ahora bien, la determinación de la relación de causalidad entre el acto u omisión reprochable al profesional de la medicina y el daño producido resulta especialmente complicada debido a dos causas o motivos. Por un lado, puede resultar difícil la afirmación

⁶⁰ GALÁN CORTÉS, J.C., Responsabilidad civil médica [libro electrónico], 6^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018 [consultado 5 de enero de 2023]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F135751660%2Fv6.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=df86cd678cc146c815dd73d08efc8a02&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>, p. 569

misma de la existencia del daño y, una vez probado éste, es preciso probar, a su vez, que el daño se debe a un acto médico y no a la evolución natural propia de la enfermedad. Nos encontramos ante un juicio de probabilidad cualificada que corresponde al Juez de Primera Instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a un criterio de legalidad o al buen sentido⁶¹.

Sobre la relación de causalidad declara, en su fundamento de derecho segundo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 866/2003 de 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6826) , lo siguiente:

«En cuanto a la necesidad de que se dé un nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido, (...) en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; queda así expresado que la causalidad, como en el caso debatido, es más bien un problema de imputación; esto es que los daños y perjuicios se deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión del que se hace dimanar». Por otra parte, la sentencia de 9 de octubre de 2002 dice que «el art. 1902 del Código Civil ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad social siempre cambiante (art. 3.1 del Código Civil) que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que se **subsume en la causa del daño la existencia de culpa**»; (...) siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse (sentencia de 3 de mayo de 1995 citada en la de 30 de octubre de 2002)»;

Sí que existe una relación de causalidad clara entre el error de diagnóstico y el tratamiento instaurado, y las lesiones y secuela mortal padecidas; y entre la tardía instauración del tratamiento adecuado y la paralización sensitivo-motora que se padece. Todo ello fue consecuencia de un retraso en el diagnóstico que favorece que no se pueda detener el

⁶¹ CAMAS JIMENA, M., y GÓMEZ RIVERO, M.C., y SILLERO CROVETTO, B., y SUCH MARTÍNEZ, J., Responsabilidad Médica, [libro electrónico], 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013 [consultado 4 de enero de 2023]. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es:9443/cloudLibrary/ebook/show/9788490337011>, p. 174.

desarrollo de una enfermedad, además de una falta de actuación precoz y con celeridad ante el riesgo de sangrado que es previsible y un error en la valoración de las pruebas de la analítica así como la omisión de controles y pruebas complementarios, como la realización de un segundo TAC al inicio de la mañana. Por tanto, no se ha hecho lo que se debió hacer, esto es, un tratamiento con Vitamina K precozmente y no pasadas 21 horas y una ubicación con control continuo y exhaustivo de la situación neurológica y constantes, así como el segundo TAC.

6.1. Criterio de adecuación

No se otorga la misma significación a todos los acontecimientos que hayan precedido a un daño, sino que se asocia el daño a aquel antecedente de este que sea su **causa directa e inmediata según el curso normal de los acontecimientos**, considerando que los demás son periféricos e irrelevantes. Se requiere, por tanto, una causa adecuada o normalmente generadora del resultado, efectuándose el juicio de imputación en abstracto, de acuerdo con criterios de regularidad o verosimilitud estadística.

Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una *conditio sine qua non*, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada, sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso, esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo, y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes, como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios, imprevisibles o netamente improbables⁶².

La célebre STS de 13 de julio de 1987 (Ponente: Sr. Santos Briz), dispone: «Ha de seguirse, como ha venido a hacer la Sala de apelación, la doctrina de la adecuación, que

⁶² GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica* [libro electrónico], 6ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018 [consultado 5 de enero de 2023]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F135751660%2Fv6.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=df86cd678cc146c815dd73d08efc8a02&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>

atiende por un lado, al postulado de la tipicidad o a la aptitud general de la causa para la producción de las consecuencias de la clase dada, es decir, a la denominada adecuación, y, por otro, a determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario queda fuera de este posible cálculo. Sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, está en relación causal con ella y ha fundamentado el deber de indemnizar».

El principio de causalidad adecuada exige, por consiguiente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo valorarse en cada caso concreto si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia aplicable al caso determina que «de tal manera que si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad, así como que la orientación jurisprudencial viene progresiva y reiteradamente decantándose por la aceptación de la teoría de la causalidad adecuada, consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre un antecedente -causa- una consecuencia -efecto-, también es de apreciar que tales doctrina y orientación jurisprudencial sólo afectan al módulo cuantitativo responsabilizador cuando la causa originaria alcance tal trascendencia que haga inoperante cualquier otra incidencia, así como ésta no sea generante de una causa independiente; deberá valorarse, en cada caso concreto si el acto es antecedente del que se presenta como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una interrelación de los acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba determinante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que se haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo».

Se entiende como consecuencia natural, «aquella propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados; y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el actor antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos, (...) Y esta necesidad de una cumplida justificación, no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o la inversión de la carga

de la prueba, aplicables en la interpretación de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, pues «el cómo y el porqué se produjo el accidente», constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso». ⁶³

Se puede concluir que se realizó una negligente actuación por parte de los facultativos de la Clínica Montpellier que atendieron a la Sra. Sánchez, debido a que pautaron medicación que no procedía como el Sintrom, al mismo tiempo, no pautando otra que si procedía, como es la Vitamina K, no realizando más pruebas diagnósticas correspondientes, es decir, un segundo TAC, a su vez, interpretando erróneamente el análisis de sangre con el IRN que se encontraba fuera de rango, sin tomar ninguna precaución o monitorizar a la paciente de una forma continua, porque como hemos advertido anteriormente en el apartado de los protocolos médicos, es vital controlar la presión arterial, constantes vitales, etc., que no se hizo, sino todo lo contrario, pues dejaron a la paciente en una habitación durante la noche, a su suerte, teniendo que ser la propia familia quien advirtiera a los médicos que su madre no respondía a los estímulos. Una actuación inexcusable por parte del personal sanitario que es adecuada para producir el desenlace final, esto es, el fallecimiento de la Sra. Sánchez.

Esta doctrina de la causalidad adecuada –sea de examen previo o de aplicación en defecto de otra pauta– pertenece al ámbito de la imputación objetiva, pues en ella predominan las valoraciones jurídicas sobre las materiales o fácticas referidas al caso concreto.

6.2) Teoría de la pérdida de oportunidad

Como aclara la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza traída al caso «solo en los casos en que se produce error o retraso de diagnóstico, con probabilidades serias -no llegando a constituir certeza- de que ha producido el agravamiento de la salud del paciente, se generará derecho por pérdida de oportunidad».

El grado de convicción de la prueba de la relación de causalidad puede ser un factor determinante, asimismo, de la cuantía indemnizatoria concedida al perjudicado, en función de las expectativas u oportunidades que de la misma se derivan.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 186/2000 de 2 de marzo de 2000 (RJ 2000\1304)

Cuando las probabilidades de causalidad no superan el umbral de certidumbre (50% en el *Common Law* o el 80% en la cultura jurídica europea continental, donde se encuentra nuestro Derecho)⁶⁴ cabe plantear una hipótesis de pérdida de oportunidad y, consecuentemente, minorar y modular la suma indemnizatoria (ya que en estos casos habrá de entenderse que el hecho ilícito no fue *condicio sine qua non* de la no obtención de la ventaja apetecida), por cuanto si alcanzan o superan tales barreras habrá de afirmarse la causalidad.⁶⁵

La teoría de la pérdida de oportunidad (*perte de chance*), ubicada en el ámbito de la causalidad material o física, constituye un remedio ante la incertidumbre causal. Es, como bien señala MEDINA ALCOZ⁶⁶, «un régimen especial de imputación probabilística que permite la reparación parcial de un daño eventual en supuestos en que las probabilidades de causalidad, sin ser despreciables o ilusorias (oportunidades genéricas) ni muy altas o cualificadas (oportunidades perfectas o superespecíficas), son insuficientes a los efectos de tener por cierto el dato causal».

Así, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, núm. 42/2022, «El inadecuado tratamiento médico constituye un supuesto de mala praxis médica, que llegado el caso pueden dar lugar o no a una **pérdida de oportunidad**. Lo anterior dependerá del grado de probabilidad o de certeza que exista respecto de la causa del agravamiento de la enfermedad o del fallecimiento del paciente».

El daño lo constituye, por consiguiente, esa oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, conforme a las máximas de experiencia, y no el perjuicio total que afecta a ese paciente. El nexo causal se ha de establecer respecto de un hecho cierto (la pérdida de la oportunidad), en vez de uno probable e incierto (la oportunidad perdida).

⁶⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil, Sección 10ª), núm. 441/2012, de 5 de julio de 2012 (ECLI:ES:APM:2012:13302)

⁶⁵ GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica* [libro electrónico], 6ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018 [consultado 5 de enero de 2023]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F135751660%2Fv6.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=df86cd678cc146c815dd73d08efc8a02&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>

⁶⁶ MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, 1ª ed., Civitas, Navarra, 2007.

Como dispone la Audiencia Provincial de Zaragoza «Son supuestos en los que por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificará el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo (...)»

En esta teoría no hay incertidumbre sobre lo que ocurrió, sino sobre lo que había ocurrido, esto es, no hay incertidumbre sobre el pasado, sino sobre el futuro. Hay incertidumbre en el perjuicio, pero certidumbre de probabilidad, resultando oportuno y necesario evaluar la mera probabilidad en sí, lo que siempre representa un valor. Se trata, por tanto, de un daño abstracto basado en un cálculo de probabilidad (causalidad probabilística).

La utilidad práctica de aplicar esta teoría radica, cuando no ha sido posible acreditar la concreta conexión causal entre la acción u omisión del agente y el daño efectivo sufrido por la víctima, en que se facilita la carga probatoria del demandante sobre la base de una causalidad aleatoria, esto es, una causalidad virtual, que permite presumir que el agente, con su acción u omisión, causó un daño abstracto del que debe responder.

En la misma línea, destaca con certeras palabras LLAMAS POMBO, que «la pérdida de oportunidad, es la pérdida de la posibilidad de obtener un resultado favorable o evitar un resultado desfavorable. Aunque no pueda determinarse si la víctima hubiera padecido tal o cual enfermedad (o hubiera obtenido tal o cual recuperación), se puede saber con certeza que al menos ha perdido alguna oportunidad de no sufrirla (o de recuperarse)»⁶⁷.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019 (Roj: STS 576/2019), así, afirma que se pueden distinguir tres franjas: (i) la franja superior engloba supuestos de certeza en la producción del daño, que conllevan su completa reparación; (ii) la franja inferior aglutina los casos en los que las oportunidades perdidas son meramente ilusorias y por tanto, no se permiten deducir que el agente causara un daño; y (iii) la franja central, entre las anteriores, en la que se sitúa la doctrina de pérdida de oportunidad, se identifica con aquellos supuestos en los que existe una probabilidad seria de causación del daño que, sin alcanzar el nivel máximo, supera el umbral mínimo de certidumbre.

⁶⁷ LLAMAS POMBO, E., «El daño por pérdida de oportunidad», en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 69, 2009, p.4.

Conlleva, en primer lugar, que solo sea exigible al médico la detección de la patología a partir del momento en que sea diagnosticable, en aplicación de los avances científicos del momento, las pruebas médicas pertinentes y la competencia del profesional. Y, en segundo lugar, que no solo se deba evaluar el diagnóstico en atención al momento de su emisión para saber si es tardío, sino que se deba analizar a la luz de los parámetros exigidos por la *lex artis ad hoc*.⁶⁸

Asimismo, Gallardo Castillo destaca que la observancia de la *lex artis* no se agota con el mero desarrollo de la asistencia médica, sino que requiere su realización a tiempo. En la mayor parte de los casos, su retraso supone «una aminoración considerable en las expectativas de vida o de curación del paciente». La detección temporánea de la enfermedad es deseable debido a que el diagnóstico está habitualmente basado en una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, las cuales serán de mayor utilidad cuanto más precozmente pueda identificarse la presencia de una patología. La razón estriba en que la mayoría de las enfermedades no son estáticas, por lo que no poseerán la misma gravedad en un momento más incipiente de su desarrollo que en otro más avanzado. Esto conlleva que el momento en el que se emite el diagnóstico se torne crucial.⁶⁹

Es fácilmente apreciable que la falta de recepción de un tratamiento para combatir tempranamente la afección del paciente como consecuencia del retraso en la emisión de diagnóstico producirá el padecimiento de sufrimiento físico y psicológico, el surgimiento de secuelas y como en este caso, el fallecimiento del afectado. En este marco, si otra hubiera sido la actuación del profesional sanitario, probablemente, el paciente se encontraría en mejor estado de salud, habría sido víctima de menores padecimientos o no habría fallecido. Es en este punto donde entra en juego la doctrina de la pérdida de oportunidad: al no haber aplicado con anterioridad un tratamiento al paciente por no haberse diagnosticado aún su enfermedad, se le ha privado de unas expectativas de curación o de haber sufrido un menor menoscabo sobre su salud psico-física. Esto implica, en ambos casos, un daño en sí mismo que deberá ser indemnizado.

⁶⁸ RAMOS MATEO, A., «Diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad» en Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid [revista electrónica], n. 41, 2020 [consultado 13 de enero de 2023]. Disponible en: <https://dialnet-unirioja-es.cuarzo.unizar.es:9443/servlet/articulo?codigo=7734365#?>

⁶⁹ RAMOS MATEO, A., «Diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad» en Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid [revista electrónica], n. 41, 2020 [consultado 13 de enero de 2023]. Disponible en: <https://dialnet-unirioja-es.cuarzo.unizar.es:9443/servlet/articulo?codigo=7734365#?>

En esta línea, LUNA YERGA denuncia la dificultad de la actividad probatoria cuando concurren daños pasivos, esto es, daños que suceden debido a errores de diagnóstico (o retrasos en el diagnóstico), que realmente no se conciben como una acción directa del facultativo, pero que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados. Estas dificultades se verían mitigadas gracias a la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. 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»⁷⁰.

Concluye por tanto la Audiencia Provincial de Zaragoza que «Se le privó a la paciente, al no pautarle las medidas adecuadas para la reversión del estado hematológico, se le **privó, se repite, de una oportunidad de que su lesión no evolucionara hacia el fallecimiento** (...) Representada aquí tal pérdida de oportunidad por la privación de un tratamiento adecuado que hubiera revertido su índice de coagulación y que hubiera, potencialmente, permitido evitar el fatal desenlace de la paciente».

Me gustaría traer a colación unos paralelismos en dos sentencias similares⁷¹ que se aportan como ANEXO, donde se reflejan las mismas circunstancias que el supuesto que nos ocupa, esto es, cuando el paciente ha sufrido un traumatismo -del tipo que sea- y no se ha tomado en consideración la medicación habitual anticoagulante, a pesar del aumento de riesgo de sangrado, y que finalmente, provoca el fallecimiento.

⁷⁰ CLEMENTE MEORO, M., «Problemas sobre la legitimación activa en la reparación del daño por fallecimiento» en Revista Justicia y Derecho [revista electrónica], n. 2, 2019 [consultado 15 de enero de 2023]. Disponible en: <https://revistas.uautonoma.cl/index.php/rjyd/article/view/280/274>.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10ª), núm. 476/2014, de 23 de junio de 2014 (ECLI:ES:TSJM:2014:9696) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Penal, Sección 6ª), núm. 609/2022, de 23 de noviembre de 2022 (JUR\2022\387134).

7.- VALORACIÓN DEL DAÑO

7.1. Cuantificación del daño según el «baremo de tráfico»

Nos encontramos ante el supuesto llamado daños indirectos o *per ricochet* (de rebote)⁷², donde si bien el daño principal es directamente sufrido por una persona concreta (el paciente que fallece, la Sra. Sánchez), ocasiona indirectamente consecuencias dañosas a otro u otros, como a sus tres hijos, pudiendo éstos reclamar por tales daños por derecho propio (in iure proprio), tal como vimos en el Apartado 2.-, es decir, por el perjuicio personal causado a quien se encontraba con el difunto vinculado con un lazo de «vínculos próximos de familia, afectos, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios derivados directamente de la muerte producida⁷³».

El daño es un elemento fundamental e imprescindible de la responsabilidad civil, que debe ser debidamente identificado y cuantificado en cada caso. Podemos definirlo como todo menoscabo que, a consecuencia de un determinado evento, sufre una persona en sus bienes naturales, en su propiedad o en su patrimonio.

La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral. La *restitutio in integrum* es entendida, por tanto, como la necesidad de que el perjudicado sea indemnizado de una forma total, tanto en el orden material como el moral, y tanto en lo que respecta al daño emergente, como al lucro cesante, de modo que se pretende restaurar el patrimonio del dañado y colocarlo en la situación que tendría de no haberse producido la lesión.⁷⁴ Es evidente que la indemnización será de carácter moral, pues ninguna indemnización puede restituir al estado anterior al hecho desgraciadamente, si bien dentro de

⁷² HURTADO-DÍAZ GUERRA, I., El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

⁷³ Así lo señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), núm. 141/2021 de 15 de marzo de 2021 (RJ 2021\1641). En el mismo sentido, entre otras muchas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sala de lo Civil, Sección 4ª), núm. 351/2015, de 16 de junio de 2015 (AC 2015\1420), Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), núm. 535/2012, de 13 de septiembre de 2012 (RJ 2012\11071), STS 4 de Noviembre de 1999 la STSJ de Navarra núm. 1089/2003, de 17 de Octubre de 2003.

⁷⁴ SERRANO GARCÍA, J.A. y BAYOD LÓPEZ, M. C., Lecciones de Derecho Civil: obligaciones y contratos, 2ª ed., Kronos, Zaragoza, 2018.

dicho concepto deben incluirse todas las consecuencias lesivas que traen causa del evento luctuoso.

El perjudicado ha de percibir, por consiguiente, el equivalente del daño efectivo sufrido, pues cualquier indemnización inferior o superior al mismo supondría un empobrecimiento o enriquecimiento injusto, respectivamente, y de lo que se trata es de resarcir no de enriquecer ni de empobrecer.

En el proceso, y como de forma reiterada ha señalado la Sala 1ª del TS, «la apreciación del daño a indemnizar, en su existencia y en su alcance es una cuestión de hecho reservada al juzgador de instancia»⁷⁵.

En materia sanitaria, en la actualidad, la única alusión que encontramos en nuestro derecho positivo es la que contiene la Ley 35/2015, de 22 de Septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación en su Disposición Adicional Tercera, al señalar que el sistema de valoración regulado en dicha Ley servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria. Sin embargo, a la espera de ese baremo sanitario que no llega, ha sido y es por tanto el **baremo de tráfico** el que se suele emplear para calcular las indemnizaciones⁷⁶. «El denominado **baremo** de tráfico o sistema legal de valoración del daño corporal incorporado al Anexo de la Ley 30/95 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, (...) es aplicable a otros sectores distintos de la circulación, como el de la responsabilidad médico sanitaria».⁷⁷

Con su entrada en vigor, se introducen grandes cambios en cuanto a la consideración del perjudicado. Se configuran los familiares en cinco apartados diferentes: cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y los allegados; considerándose que las personas encuadradas en dichos grupos tienen el mismo derecho a percibir una indemnización con total independencia de que existan más perjudicados. Es decir, no rige ya

⁷⁵ SERRANO GARCÍA, J.A. y BAYOD LÓPEZ, M. C., *Lecciones de Derecho Civil: obligaciones y contratos*, 2ª ed., Kronos, Zaragoza, 2018, p. 305.

⁷⁶ HURTADO-DÍAZ GUERRA, I., *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 84/2020, de 6 de febrero de 2020 (RJ 2020\445).

el criterio de exclusión o preferencia. Además, expresamente el baremo otorga la condición de perjudicado a quien, de hecho y de forma continuada, ejerce las funciones de dichos familiares, por incumplimiento o inexistencia de aquél (es decir, el que sin ser padre ejerce como tal ante la pasividad del padre verdadero, o el hijo, o el hermano... tendrá la misma condición que si lo fuera realmente).⁷⁸

« Así las cosas, a la hora de **valorar económicamente** las consecuencias dañosas derivadas de la mala prestación del servicio público viene siendo práctica habitual de los Tribunales -y también de esta Sala- seguir los criterios para la valoración del daño que recoge el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Dicha norma ofrece una serie de criterios para calcular las indemnizaciones y anualmente se actualiza el baremo que la misma contempla, lo que permite una actualización del valor del daño a la fecha en que se produce»⁷⁹.

Inicialmente hubo una especial reticencia a la aplicación del baremo previsto para la valoración de los daños corporales causados en accidentes de circulación de vehículos a motor en otros ámbitos diferentes, al considerarse que se trataba de situaciones diferentes a las que no cabía dar respuesta. Con posterioridad, los Tribunales fueron admitiendo y tomando, de forma progresiva y mayoritaria, este baremo de valoración de daños personales causados en accidentes de circulación para su aplicación con carácter orientativo, a otros ámbitos diferentes, entre ellos, en materia de responsabilidad médica⁸⁰.

En este sentido, «A la hora de fijar la cuantía indemnizatoria,(...) se considera adecuado partir como pauta de la que aporta el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que parte de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de seguros privados. Ahora bien, dado que el baremo de valoración del seguro de uso y circulación de vehículos de motor no ha de tener

⁷⁸ HURTADO-DÍAZ GUERRA, I., El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Burgos (Sala de lo Contencioso, Sección 2ª), núm. 2/2019, de 11 de enero de 2019 (ECLI:ES:TSJCL:2019:251)

⁸⁰ GALÁN CORTÉS, J.C., Responsabilidad civil médica [libro electrónico], 6ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018 [consultado 5 de enero de 2023]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F135751660%2Fv6.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=df86cd678cc146c815dd73d08efc8a02&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>.

carácter vinculante en la fijación de la indemnización (...) es perfectamente admisible que se tome como criterio orientativo y se ajuste seguidamente a las circunstancias del caso, que junto al carácter de deuda de valor de la indemnizatoria, aconseja y obliga a matizar el resultado cuantitativo que se deduce del indicado baremo»⁸¹.

En la actualidad, la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS, ya sin fisuras, admite la aplicación del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación⁸² (contenido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, antes en su anexo y ahora en su Título IV) a casos de responsabilidad civil ajenos al ámbito de la circulación de vehículos a motor, no ciertamente por analogía, puesto que no hay vacío legal, pero sí con carácter orientativo para reparar el daño conforme a criterios de equidad e igualdad, sin discriminación ni arbitrariedad.⁸³

La correcta aplicación del sistema requiere la justificación de los criterios empleados para cuantificar las indemnizaciones asignadas según sus reglas, con tratamiento separado e individualizado de los distintos conceptos y partidas resarcitorias para los daños tanto extra patrimoniales como patrimoniales⁸⁴.

De manera que en el caso que nos ocupa del fallecimiento de la Sra. Sánchez, se ha utilizado el denominado sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios a las personas,

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 597/2021, de 13 de septiembre de 2021 (RJ 2021\4051), Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 84/2020, de 6 de febrero de 2020 (RJ 2020\445), Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 517/2016 de 30 de mayo de 2018 (JUR 2018\158419), Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 580/2009, de 20 de julio de 2009 (RJ 2009\3161), Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), núm. 521/2003, de 21 de mayo de 2003.

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 597/2021 de 13 de septiembre de 2021 (RJ 2021\4051), Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 141/2021 de 15 de marzo de 2021 (RJ 2021,1641), Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 844/2018, de 28 de octubre de 2020 (JUR 2020\315353), Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 84/2020, de 6 de febrero de 2020 (RJ 2020\445), Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 33/2015, de 18 de febrero de 2015 (RJ 2015\340), núm. 284/2014, de 6 de junio de 2014 (RJ 2014\3395), y núm. 696/2012, de 14 de noviembre de 2012 (RJ 2012\10433)

⁸³ GALÁN CORTÉS, J.C., Responsabilidad civil médica [libro electrónico], 6ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018 [consultado 5 de enero de 2023]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F135751660%2Fv6.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=df86cd678cc146c815dd73d08efc8a02&eat=&pg=&ppl=&nvgS=false>

⁸⁴ HURTADO-DÍAZ GUERRA, I., El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

y por ello, se ha determinado la indemnización por causa de muerte referente a la Tabla 1.A que contiene el perjuicio personal básico de la Categoría 3: *Los descendientes*. Situamos la indemnización respecto de cada hijo mayor de 30 años, que alcanza una cuantía de 20.000.-euros a cada uno. Siendo tres los hijos de la Sra. Sánchez todos ellos mayores de 30, la reclamación total ascendió a 60.000.-euros.

ANEXO

Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación

Tablas

INDEMNIZACIONES POR CAUSA DE MUERTE TABLA 1.A

Perjuicio personal básico

Categoría 1. El Cónyuge viudo	
Hasta 15 años de convivencia, si la víctima tenía hasta 67 años	90.000 €
Hasta 15 años de convivencia, si la víctima tenía desde 67 hasta 80 años	70.000 €
Hasta 15 años de convivencia, si la víctima tenía más de 80 años	50.000 €
Por cada año adicional de convivencia o fracción con independencia de la edad de la víctima	1.000 €
Categoría 2. Los Ascendientes	
A cada progenitor, si el hijo fallecido tenía hasta 30 años	70.000 €
A cada progenitor, si el hijo fallecido tenía más de 30 años	40.000 €
A cada abuelo, sólo en caso de premoriencia del progenitor de su rama familiar	20.000 €
Categoría 3. Los Descendientes	
A cada hijo que tenga hasta 14 años	90.000 €
A cada hijo que tenga desde 14 hasta 20 años	80.000 €
A cada hijo que tenga desde 20 hasta 30 años	50.000 €
A cada hijo que tenga más de 30 años	20.000 €
A cada nieto, sólo en caso de premoriencia del progenitor hijo del abuelo fallecido	15.000 €
Categoría 4. Los Hermanos	
A cada hermano que tenga hasta 30 años.	20.000 €
A cada hermano que tenga más de 30 años	15.000 €
Categoría 5. Los Allegados	
A cada allegado	10.000 €

85

No se ha aplicado en este caso factor corrector alguno a las cantidades básicas antes expuestas y tampoco se incrementa la reclamación por daños morales a pesar de que ha existido. Ello se debe, a que la voluntad de los hijos de la Sra. Sánchez era que se dictase una sentencia condenatoria para el Centro Hospitalario Montpellier y se declarase su responsabilidad civil. Es decir, poner de manifiesto que ha existido una mala praxis por parte

⁸⁵ Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

de los facultativos que atendieron a su madre, y en virtud de ello, que asumieran las consecuencias relativas a su fallecimiento.

Una vez se obtiene la convicción de que procede jurídicamente la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, y tras la determinación del daño, llega el momento de fijar el valor de su resarcimiento.

7.2. El daño según la teoría de la pérdida de oportunidad

Dado que la determinación de la probabilidad debe servir de guía para determinar la indemnización, si reflejamos las ideas sobre la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad, se podrá concluir que, cuando la probabilidad sea nula o insignificante, la víctima no tendrá derecho a indemnización; y cuando la probabilidad sea tan alta que raye la certeza, la víctima deberá ser reparada por sus secuelas directa y totalmente, sin que pueda entrar en juego la doctrina de la pérdida de oportunidad. En consecuencia, la indemnización nunca podrá ser igual o mayor que el valor de la ventaja dejada de obtener, sino que debe ser siempre inferior a la que procedería por la pérdida de la ventaja, siempre y cuando el daño causado hubiera consistido efectivamente en esta pérdida.⁸⁶

En el presente caso, se han dado las circunstancias para considerar que ha existido una notable probabilidad que raya la certeza, de haber obtenido otro resultado distinto del fallecimiento de la paciente, de haberse seguido otro tratamiento, pautándose la Vitamina K, y que hubiera evitado un aumento de la hemorragia intracraneal que ya existía de manera leve, pero que se vio agravada fruto de no considerar la medicación habitual que tomaba la paciente en los antecedentes médicos que se encontraban recogidos en su historia clínica. La inobservancia del papel que jugaba el Sintrom en este supuesto, se puede considerar como uno de los factores determinantes para acreditar la responsabilidad civil médica de la Clínica Montpellier.

⁸⁶ RAMOS MATEO, A., «Diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad» en Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid [revista electrónica], n. 41, 2020 [consultado 13 de enero de 2023]. Disponible en: <https://dialnet-unirioja-es.cuarzo.unizar.es:9443/servlet/articulo?codigo=7734365#?>

De manera contundente señala la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza cuando finalmente concluye: «Habiéndose acreditado que en el resultado final pudo incidir de manera directa e inmediata la asistencia sanitaria, que fue contraria a la *lex artis*, por error en el diagnóstico que impidió dar el tratamiento adecuado, procede estimar la demanda.

Y determinada la concurrencia culposa de conductas derivadas de los actos médicos y de las deficiencias apreciadas, es preciso determinar la **indemnización por daños y perjuicios morales a los parientes de la fallecida.**

La justificación del fallecimiento del paciente no con base en la caída inicial y su inicial hemorragia sino en el gravísimo proceso provocado por el tratamiento incorrecto aplicado resulta, como se ha dicho, contrastado, debiéndose considerar, a estos efectos, la falta de oportunidad expresada en la posibilidad de un tratamiento adecuado. Esa pérdida de oportunidad fija el daño no en el correspondiente hecho acaecido, sino en la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral.

La cantidad reclamada (60.000.-euros para los tres hijos) se considera adecuada a la vista de los criterios tenidos en cuenta por parte de la actora para su cuantificación, siendo que no se ha impugnado de contrario».

En suma, la Audiencia Provincial de Zaragoza viene a confirmar la sentencia de Primera Instancia y añade «El juzgado y esta sala considera que las medidas para revertir el riesgo que suponía el grado de coagulación, incrementada por la circunstancia de que no solo ello, sino que además se le administró otra dosis de anticoagulante, hubiera, en la previsión ordinaria de las cosas, podido eludir el fallecimiento. (...) El tratamiento médico adecuado, pautar vitamina K y transfusiones de sangre, hubiera podido evitar el sangrado y el grave deterioro de su estado, evitando el fatal resultado que se produjo».

Fallo

Primero.- Se desestima el recurso de apelación interpuesto por HLA Grupo Hospitalario Montpellier y por Mapfre Seguros (...) ».

VII.- CONCLUSIONES

PRIMERA.- Para dar respuesta al interrogante sobre la naturaleza jurídica del contrato convenido entre la Sra. Sánchez y la Clínica Montpellier habrá que atender a las relaciones obligatorias del seguro de asistencia sanitaria que se desenvuelven en el marco de la medicina privada, en atención a los arts. 105 y 106 de la LCS.

El supuesto de hecho se encuadra, por tanto, dentro de una relación triangular, cuando intervienen tres referencias subjetivas, la primera, la Sra. Sánchez como paciente, la segunda, la entidad aseguradora y la tercera, los médicos intervinientes quienes actúan como auxiliares de la Clínica, pues ésta es la encargada de la asistencia directa de los servicios médicos y quirúrgicos que son requeridos por el paciente. En virtud de ello, la responsabilidad que asume la aseguradora es el resultado de la defectuosa ejecución de la prestación sanitaria correspondiente.

SEGUNDA.- Habida cuenta de que la Sra. Sánchez desgraciadamente falleció, se abre la vía para reclamar la indemnización por el daño moral que produce la muerte de un ser querido. Sus tres hijos ocupan la posición activa en la situación de ser perjudicados por el hecho dañoso y los perjuicios sufridos. Es por ello, que se faculta a los mismos para actuar como demandantes en la interposición de la acción de reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual al ostentar la legitimación activa *ex iure proprio*.

Por otro lado, los sujetos responsables para responder por daños y perjuicios serían en este supuesto, la Clínica Montpellier y Mapfre Seguros, pues sus consecuencias económicas se derivan de la naturaleza contractual que une a la paciente con la aseguradora en la que se asume la prestación directa de los servicios, y en segundo lugar, el seguro de responsabilidad civil convenido con Mapfre Seguros y que impone el art. 46 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre de ordenación de las profesiones sanitarias.

Asimismo, hemos advertido que sus hijos disponen de la facultad de poder demandar a ambos de manera conjunta en una misma acción o de manera individual, obedeciendo en este segundo caso a lo dispuesto en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

TERCERA.- En aras a declarar el tipo de responsabilidad, nos situamos ante una violación de un deber contractual, y al mismo tiempo, infringir el deber de no dañar a otro

-naeminem laedere-. La yuxtaposición de ambos aspectos se encuentra salvada gracias a la teoría de la opción o concurso de acciones, que viene a admitir la compatibilidad de ambas normas, facultando a los hijos de la fallecida la elección por una u otra acción, y que en el presente caso ha resultado ser la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 Cc. A razón de ello, hemos expuesto los cuatro elementos que configuran dicha responsabilidad y desencadenan la obligación de reparar el daño causado como son la acción u omisión, el daño, la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño y la culpabilidad.

CUARTA.- En lo que respecta en materia de prueba, el *onus probandi* ha de recaer en los hijos de la fallecida que ocupan la posición de demandantes donde necesariamente deberán aplicarse las normas generales que rigen en materia probatoria del artículo 217 LEC, las cuales entregan al actor la carga de probar el daño, la relación de causalidad y la culpabilidad, esto es la infracción de la *lex artis ad hoc*.

En la práctica de la prueba testifical de los doctores que asistieron a la fallecida, en suma vienen a reconocer que no se le pautó a la misma el tratamiento necesario que disminuyese el riesgo de sangrado a consecuencia de una lesión traumática, debido a que no se le retiró la medicación anticoagulante, y al mismo tiempo, tampoco se revirtieron los efectos con la administración de la Vitamina K que, en estas circunstancias, es decisiva. Efectivamente, su ingreso a la UCI no suponía opción alguna de supervivencia debido a que el acto médico necesario y adecuado se debería haber realizado en el momento del ingreso en planta, es decir, prácticamente 24 horas antes.

El tiempo jugó un papel fundamental para el desenlace final, y además, unido con la falta de control de la paciente por el servicio de enfermería durante la noche, produjo desgraciadamente su muerte.

QUINTA.- La culpa es el criterio de imputación de la responsabilidad civil, y en el presente caso entendemos que ha existido un defectuoso cumplimiento de la *lex artis ad hoc* en base a la inobservancia en el seguimiento de los protocolos médicos que han sido llevados a cabo en la asistencia de la paciente, así como en el deber de realizar todas aquellas pruebas que permitan emitir un diagnóstico completo y correcto para pautar un tratamiento adecuado.

SEXTA.- Entre el error de diagnóstico y tratamiento instaurado y la secuela mortal padecida ha de existir una relación de causalidad, que se encuentra justificada más concretamente con el criterio de adecuación y la teoría de la pérdida de oportunidad,

mediante la cual de no haber aplicado con anterioridad un tratamiento al paciente por no haberse diagnosticado correctamente su enfermedad, se le ha privado a la Sra. Sánchez de unas expectativas de curación y supervivencia.

SÉPTIMA.- Para la valoración de la correspondiente indemnización seguimos el Baremo del Real Decreto legislativo 8/2004, de 8 de octubre mediante el cual se ha determinado la indemnización por daños y perjuicios sufridos correspondiente en 20.000 euros a cada hijo, que en total alcanzaría la cuantía de 60.000 euros, ello sin aplicar factor corrector alguno por expresa voluntad de los hijos de la Sra. Sánchez.

Por todo lo expuesto, se procede a afirmar que ha existido una negligencia médica en la asistencia recibida por la paciente, fruto de un error de diagnóstico al no tener en cuenta el factor de la coagulación, y en consecuencia, no se han desplegado los medios curativos adecuados para la administración de la Vitamina K y que en el presente caso se torna como un elemento crucial para evitar el desenlace final.

Esta es la opinión que emitimos como dictamen y que sometemos a consideración de cualquier otra mejor fundada en Derecho.

Fdo.: ALBA MARTÍNEZ ESPINA

En Zaragoza, a 30 de junio de 2023.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M.T., «El paralelismo entre obligaciones de medios/resultado y los contratos de servicios/obra en las propuestas oficiales de modernización del Derecho español», en *Revista de Derecho Civil* [revista electrónica], n. 2, 2019 [consultado 2 de junio de 2023]. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/418/349>, p. 5.
- BELLO JANEIRO, D., *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, [libro electrónico], Reus, Madrid, 2009 [consultado 1 de enero de 2023]. Disponible en: <https://elibro-net.cuarzo.unizar.es:9443/es/ereader/unizar/46372?page=4>
- CAMAS JIMENA, M., y GÓMEZ RIVERO, M.C., SILLERO CROVETTO, B., y SUCH MARTÍNEZ, J., *Responsabilidad Médica*, [libro electrónico], Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013 [consultado 4 de enero de 2023]. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es:9443/cloudLibrary/ebook/show/9788490337011>
- CANO CAMPOS, T., «La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la Administración» en *Revista de Administración Pública* [revista electrónica], n. 191, 2013 [consultado 6 de enero de 2023]. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40279>.
- CARBAJO CASCÓN, F., *La Responsabilidad Civil del Asegurador de Asistencia Sanitaria*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2012.
- CLEMENTE MEORO, M., «Problemas sobre la legitimación activa en la reparación del daño por fallecimiento» en *Revista Justicia y Derecho* [revista electrónica], n. 2, 2019 [consultado 15 de enero de 2023]. Disponible en: <https://revistas.uautonoma.cl/index.php/rjyd/article/view/280/274>
- GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica* [libro electrónico], 6ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018 [consultado 5 de enero de 2023]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F135751660%2Fv6.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000158000ef32772fb2afa#sl=e&eid=df86cd678cc146c815dd73d08efc8a02&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>

- GALLARDO CASTILLO, M.J., *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, La ley Wolters Kluwer España, Madrid, 2011.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R., «Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas» en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense* [revista electrónica], n. 46, 2013 [consultado 4 de enero de 2023]. Disponible en: <https://dialnet-unirioja-es.cuarzo.unizar.es:9443/servlet/articulo?codigo=4182108>
- HURTADO-DÍAZ GUERRA, I., *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- LLAMAS POMBO, E., «El daño por pérdida de oportunidad», en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 69, 2009, p.4.
- LUNA YERGA, A., *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Civitas Ediciones, Madrid, 2004.
- LUNA YERGA, A., «Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria » en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* [revista electrónica], n. 2, 2005 [consultado 13 de enero de 2023]. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/79578/103786>
- MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, 1ª ed., Civitas Ediciones, Navarra, 2007.
- PARRA SEPÚLVEDA, D., *La responsabilidad civil del médico en la Medicina Curativa*, [tesis de doctorado], Universidad Carlos III, Madrid, 2014, [consultado 13 de enero de 2023]. Disponible en: <https://dialnet-unirioja-es.cuarzo.unizar.es:9443/servlet/tesis?codigo=88315#?>
- RAMOS MATEO, A., «Diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad» en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* [revista electrónica], n. 41, 2020 [consultado 13 de enero de 2023]. Disponible en: <https://dialnet-unirioja-es.cuarzo.unizar.es:9443/servlet/articulo?codigo=7734365#?>
- SERRANO GARCÍA, J.A. y BAYOD LÓPEZ, M. C., *Lecciones de Derecho Civil: obligaciones y contratos*, 2ª ed., Kronos, Zaragoza, 2018.
- VILLAR ROJAS, F.J., *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, 1ª ed., Barcelona:Praxis, Barcelona, 1996

Jurisprudencia:

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 141/2021 de 15 de marzo de 2021 (RJ 2021,1641).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 554/2021, de 19 de julio de 2021 (RJ 2021,3608).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 597/2021, de 13 de septiembre de 2021 (RJ 2021\4051).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 45/2020 de 22 de enero de 2020 (RJ 2020,81).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 84/2020, de 6 de febrero de 2020 (RJ 2020\445).
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 844/2018, de 28 de octubre de 2020 (JUR 2020\315353).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 208/2019 de 5 abril de 2019 (RJ 2019\2487).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 112/2018, de 6 de marzo de 2018 (RJ 2018\1066).
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 10 de julio de 2019 (RJ 2019, 2828).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 635/2018, de 16 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5000).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 36/2017, de 20 de enero de 2017 (RJ 2017\44).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 240/2016, de 12 de abril de 2016 (RJ 2016\1334)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 33/2015, de 18 de febrero de 2015 (RJ 2015\340).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 478/2015, de 14 de septiembre de 2015 (RJ 2015,3719).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 566/2015 de 23 octubre de 2015 (RJ 2015\4901).

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 217/2014 de 27 de marzo de 2014 (RJ\2004\2068).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), núm. 2029/2012 de 10 abril 2014 (RJ 2014\2607).
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 905/2012, de 8 de enero de 2013 ((JUR 2013\25687).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 403/2013, de 18 de junio de 2013 (RJ 2013\4376).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 173/2012, de 30 de marzo de 2012 (RJ 2012\4529).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 535/2012, de 13 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 11071).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), núm. 4201/2006 de 15 de febrero de 2011 (RJ 2011\1472).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 669/2010, de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 7988).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 524/2010 de 25 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1313).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 246/2009 de 1 de abril de 2009 (RJ/2009/4131).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 438/2009, de 4 de junio de 2009 (RJ 2009\3380).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 580/2009, de 20 de julio de 2009 (RJ 2009\3161).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), núm. 89/2008, de 23 de Septiembre de 2009 (RJ 2010\342).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 508/2008, de 10 de junio de 2008 (RJ 2008\4246).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 602/2008, de 20 de junio de 2008 (RJ 2008\4260).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1210/2008 de 19 diciembre de 2008 (RJ 2009\536).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 464/2007, de 7 de mayo de 2007 (RJ 2007\3553).

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 1154/2007 de 8 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 8253).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 1242/2007, de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008\251).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 174/2006 de 2 de marzo de 2006 (RJ 2006\919).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1342/2006, de 18 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 9172).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 267/2004, de 26 de marzo de 2004, (RJ 2004\1668).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 217/2004, de 27 de marzo de 2004 (RJ 2004\2068).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 834/2004, de 19 de julio de 2004, (RJ 2004\5128).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 896/2004, de 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004\5890).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 504/2003, de 27 de mayo de 2003 (RJ 2003\3929).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única), núm. 636/2003 de 19 de junio de 2003 (RJ/2003/4244).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 866/2003 de 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6826).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 68/2001 de 5 de febrero de 2001, (RJ 2001\541).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª), núm. 186/2000 de 2 de marzo de 2000 (RJ 2000\1304).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª),, núm. 942/2000 de 23 de octubre de 2000, (RJ 2000\9197).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 922/1999, de 2 de noviembre de 1999 (RJ\1999\7998).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 122/1998, de 19 de febrero de 1998, (RJ 1998\634).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 894/1998 de 5 de octubre de 1998 (RJ 1998\8367).

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 988/1997, de 10 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7867).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 1055/1996 de 14 de diciembre de 1996 (RJ/1996/8970).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 854/1992, de 13 de octubre de 1992 (RJ 1992\7547).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 22 de febrero de 1991(RJ\1991\1587).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990\668).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 11 de mayo de 1981_(RJ 1981, 2167).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Burgos (Sala de lo Contencioso, Sección 2ª), núm. 2/2019, de 11 de enero de 2019 (ECLI:ES:TSJCL:2019:251).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso, Sección 10ª), núm. 476/2014 de 23 de junio de 2014 (ECLI:ES:TSJM:2014:9696).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), núm. 521/2003, de 21 de mayo de 2003.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 755/2022 de 9 noviembre de 2022 (JUR 2023\13294).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª), núm. 384/2022 de 27 octubre de 2022 (JUR 2022\374478).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sala de lo Civil, Sección 2ª), núm. 387/2022 de 25 octubre de 2022 (JUR 2023\12249).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Penal, Sección 6ª), núm. 609/2022, de 23 de noviembre de 2022 (JUR\2022\387134).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil, Sección 4ª), núm. 20/2020 de 27 de enero de 2020 (JUR 2020\54594).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil, Sección 28ª), núm. 5/2018, de 8 de enero de 2018 (ECLI:ES:APM:2018:16655)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil, Sección 9ª), núm. 567/2016 de 4 noviembre de 2016 (AC 2017\153).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sala de lo Civil, Sección 4ª), núm. 351/2015, de 16 de junio de 2015 (AC 2015\1420).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sala de lo Civil, Sección 3ª), núm. 222/2014 de 29 de septiembre de 2014 (JUR 2015\8510).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil, Sección 10ª), núm. 441/2012, de 5 de julio de 2012 (ECLI:ES:APM:2012:13302).



Roj: **STSJ M 9696/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:9696**

Id Cendoj: **28079330102014100348**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **23/06/2014**

Nº de Recurso: **398/2012**

Nº de Resolución: **476/2014**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCA MARIA DE FLORES ROSAS CARRION**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima

C/ Génova, 10 - 28004

33009750

NIG: 28.079.00.3-2012/0003903

251658240

Procedimiento Ordinario 398/2012

Demandante: D./Dña. Jacinta , D./Dña. Juliana y D./Dña. Juan Antonio

PROCURADOR D./Dña. IGNACIO MELCHOR ORUÑA

Demandado: COMUNIDAD DE MADRID

NOTIFICACIONES A: CALLE: PUERTA DEL SOL, Madrid (Madrid)

QBE INSURANCE (EUROPE)

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

SENTENCIA N° 476/2014

Presidente:

Dña. ANA MARIA APARICIO MATEO

Magistrados:

Dña. M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

Dña. M^a DEL MAR FERNÁNDEZ ROMO

En la Villa de Madrid a 23 de junio de 2014.

Visto el presente recurso contencioso administrativo seguido ante la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interpuesto por **doña Jacinta , doña Juliana y don Juan Antonio** , representados por el Procurador don Ignacio Melchor de Oruña y dirigidos por el Letrado don Antonio Ramos Mesonero, contra la desestimación, por silencio administrativo de la **Comunidad de Madrid** , desestimatoria de reclamación de responsabilidad patrimonial.

Ha sido parte demandada la Comunidad de Madrid, representada y dirigida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos don Francisco J. Peláez Albendea; y codemandada la entidad " **QBE INSURANCE (EUROPE) LTD.**

SUCURSAL EN ESPAÑA , 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 y siguiendo los trámites legales se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito, dirigido contra la Comunidad de Madrid y su compañía aseguradora, en el que hizo alegación de los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y solicitó sentencia declarando nula y no conforme a derecho la resolución presunta desestimatoria de la reclamación administrativa presentada y se condenara a las demandadas al pago de la cantidad de 101.713,35 euros.

SEGUNDO. - La Administración demandada y "QBE INSURANCE (EUROPE) LTD. SUCURSAL EN ESPAÑA" contestaron y se opusieron a la demanda de conformidad con los hechos y fundamentos que invocaron, terminando por solicitar que se dictara sentencia desestimatoria del recurso contencioso administrativo, con imposición de costas a la parte actora.

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 18 de junio de 2014, fecha en que tuvo lugar.

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

Ha sido Magistrado Ponente doña FRANCISCA ROSAS CARRION, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Doña Jacinta , doña Juliana y don Juan Antonio 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 29 de septiembre de 2011, por mala praxis en la asistencia sanitaria dispensada a su madre, doña Zaida , en el Hospital Universitario de La Princesa, a raíz de una intervención quirúrgica para la colocación de una válvula mitral y de un anillo tricúspido que se llevó a cabo con éxito.

Sin embargo, se aduce en la demanda que día 25 de septiembre de 2010, cuando la paciente ya había sido trasladada a la planta, se cayó de la cama al encontrarse bajada la barrera lateral de la misma, y se fracturó la cadera derecha causándose también un extenso hematoma.

Hasta el día 29 de septiembre no fue valorada por el servicio de Traumatología, pese a que, desde la caída, la cifra de hemoglobina era muy baja y aparecieron arritmias, bloqueos y fibrilación auricular, no habiéndose advertido mientras tanto diversos episodios de sangrado.

El día 27 de septiembre se suspendió totalmente el sintrom y el día 30 se suspendió también el clexane pero, a fecha de 1 de octubre, a doña Zaida no se le había instaurado ningún tratamiento específico para el sangrado.

Mientras el Servicio de Traumatología buscaba la causa originaria del sangrado, seguía sin evacuar el hematoma y sin cerrar las bocas sangrantes, por lo que aquél invadió los músculos, el suelo pélvico, el muslo derecho y ocasiono vómitos e íleo paralítico secundario a la compresión en aumento sobre la vesícula biliar y sobre el colon.

En los siguientes días se produjo un empeoramiento creciente del estado de salud de la paciente, que falleció a las 12:35 horas del día 4 de octubre de 2010.

La autopsia practicada a doña Zaida arrojó los siguientes datos significativos:

Gran hematoma de 31 × 18 cm en cadera derecha.

Cavidad peritoneal: gran hematoma a nivel de músculos oblicuos y rectos del abdomen en su porción inferior, así como en la cara interna de la pared pélvica. Se identifica un pequeño punteado negruzco en epiplon y grasa mesentérica.

Intestino grueso: a su apertura la mucosa muestra zonas ulceradas y áreas de aspecto hemorrágico, con presencia de trombos en vasos de pequeño calibre, con componente inflamatorio agudo que llega a la submucosa y focalmente a capa muscular.



Médula ósea de cresta ilíaca: a nivel microscópico proliferación de células mieloides con elementos inmaduros de etiología no filiada.

Se considera en la demanda que la adopción de medidas de seguridad consistentes en subir las barreras de la cama resultaba necesaria en el caso de doña Zaida, dada la circunstancia de que se encontraba en tratamiento con anticoagulantes, y que su inobservancia por parte del personal de enfermería constituye una negligencia grave, y también se considera que la asistencia sanitaria dispensada con posterioridad a la caída constituye un claro error médico, al no haberse tenido en cuenta ni el hematoma ni el sangrado ni, en consecuencia, haberle dispensado un tratamiento adecuado para incrementar su esperanza de vida, por lo que se solicita una indemnización total de 101.713,35 euros, a razón de 33.904,45 euros para cada uno de los recurrentes, resultante, según se indica en la demanda, de aplicar la resolución de 31 de enero de 2010, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

La Comunidad de Madrid, ateniéndose a los hechos que resulten del expediente, ha opuesto que la aplicación de la precitada resolución determinaría una indemnización de 9.686,98 euros para cada recurrente, en concepto de indemnización básica y 10% de factor de corrección. La entidad "QBE INSURANCE (EUROPE) LTD. SUCURSAL EN ESPAÑA" han solicitado la desestimación del recurso contencioso administrativo, al considerar que la asistencia sanitaria se ajustó en todo momento a la "lex artis".

SEGUNDO .- 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 (...)"*.

Interpretando el precepto citado, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 ha precisado que *"la responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico tiene su base no solo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución, sino también, de modo específico, en el art. 106.2 de la propia Constitución al disponer que los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado en reiteradísima jurisprudencia que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque, como hemos declarado igualmente en reiteradísimas ocasiones es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido"*.

En materia 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 asufre 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 también viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más 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 este 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" (...).

TERCERO.- Pues bien, en lo que interesa al caso el informe de la Inspección Sanitaria obrante en el expediente administrativo recoge la siguiente narración fáctica, que se ha basado en la historia clínica de la paciente:

D^a Zaida , nacida el NUM000 de 1933, con antecedentes de diversas enfermedades, entre otras, fibrilación auricular crónica, y en tratamiento con diversos medicamentos, entre ellos sintrom, se sometió el día 5 de julio de 2010 a una intervención quirúrgica de implante de prótesis metálica mitral y anuloplastia tricúspide en el Hospital Universitario de La Princesa.

Tras la operación fue ingresada en la UCI donde permaneció 63 días, pasando a planta de Neumología el 9 de septiembre, y habiéndose iniciado una semana antes el cambio del tratamiento anticoagulante de clexane a sintrom.

Habiendo mejorado en su evolución, en la madrugada del día 25 de septiembre, sufrió una caída desde la cama.

"(...) Como consecuencia de la misma sufre dolor en cadera derecha, impotencia funcional e imposibilidad de deambulación. Se solicita radiografía simple de cadera, cuyo resultado es de una fractura de pelvis, en concreto de la rama ilio-isquiopubiana derecha. Se pauta reposo (vida cama-sillón) y se añaden analgésicos al tratamiento.

Ante la situación estable de la paciente no se realizan nuevas acciones terapéuticas hasta el día 27 de septiembre en donde se suspende el sintrom, cuyo último valor de INR, (International Normalized Ratio), fue de 7,26.



En la madrugada del día 28 la paciente presenta vómitos y molestias torácicas, por lo que es avisado el neumólogo de guardia. Se realiza ECG, que registra bloqueo incompleto de rama derecha e izquierda, con una frecuencia de 90 latidos por minuto.

A la 1:15h la FC pasa a 180 lpm, sin otro tipo de signos, prescribiéndose atenolol. A las 4:00h la paciente presenta dolor en MID, con pérdida de sensibilidad en cara anterior de pie derecho, se encuentra muy nerviosa y con una FC de 115 lpm. Se prescribe tranquilizante y se sigue con analgésicos.

El día 29 la paciente se encuentra a primera hora subjetivamente mal, aunque las constantes están normalizadas (TA 120/76, FC 88, T^{836,2}C, Sat O₂ 96%), teniendo una Hb de 7,26 (que supone un descenso de 3 unidades desde la semana anterior) y un INR de 1,7 (se le habla suspendido el sintrom), presentando hematoma en cara lateral de cadera derecha.

El traumatólogo de guardia considera que el origen del posible sangrado puede estar en la cadera (descartado en principio su origen digestivo), aconsejando transfundir concentrados de hematíes acompañados de diuréticos. Se mantiene anticoagulación con clexane y nuevos controles.

A lo largo del día la paciente sigue con dolor a pesar de los analgésicos, una FC de 150 lpm, Hb de 10, aumentando el tamaño del hematoma. Se solicita un angio-TAC y nueva evaluación por COT.

Ese mismo día otro traumatólogo valora de nuevo a la paciente. Se decide descartar origen vascular como causa de la "anemización", esperando al angio-TAC de pelvis solicitado por el neumólogo. El resultado de esta última prueba descarta el origen vascular al no identificar un extravasado del contraste intravenoso, comprobando que el hematoma se extiende hasta 16 cm de la raíz del muslo y espacio retroperitoneal. Se transfunden 2 concentrados de hematíes.

El día 30 la paciente muestra un mal estado general, con una TA de 95/65 y una FC de 117. El valor de la hemoglobina es de 8 gr, anotándose en la HC por los neumólogos que la causa probable del sangrado tenga su origen en la fractura isquiopubiana, al no haber presentado melenas (ha tenido tres deposiciones). Los traumatólogos han colocado un vendaje compresivo. Se realiza interconsulta con el traumatólogo de guardia, que descarta ninguna otra acción. Se decide transfundir otros 3 concentrados de hematíes y esperar evolución. Si no hubiera mejoría, se debería valorar su reingreso en la UCI. Se retira el clexane (heparina sódica de bpm), dejando, a partir de ese momento, de estar anticoagulada.

El día 1 de octubre la paciente se encuentra estable hemodinámicamente, con una TA de 80/40 y una FC de 90 y continúa con dolor en MID. Los traumatólogos retiran el vendaje compresivo.

A última hora del día se avisa desde la planta al médico de guardia por hipotensión (TA 70/40). El hemograma urgente realizado muestra una Hb de 8,7 y un hematocrito de 26%. Se interconsulta con UCI que a las 0:40h del 2 de octubre informa que previo a un nuevo ingreso en esta Unidad se debería estudiar actitudes terapéuticas sobre el sangrado (incluso embolización del posible vaso sangrante ...) entre los médicos responsables y los traumatólogos. Mientras tanto aconseja nueva transfusión y recuerda la relación/situación de la prótesis cardíaca- anticoagulación.

El traumatólogo de guardia la visita a la 01:45h, que duda que el origen de un sangrado tan importante sea la fractura de pelvis, sospechando que sea secundario o dependiente al plexo venoso o fuente arterial, por lo que solicita nuevo estudio de angio-TAC.

El angio-TAC pélvico y de muslos con contraste intravenoso se realiza inmediatamente, y el resultado confirma el anterior, no identificando signos de sangrado activo. Los hematomas musculares del suelo pélvico y raíz del muslo derecho no presentan grandes cambios. Se visualizan las fracturas íleo e isquiopubianas derechas.

Se interconsulta con cirugía vascular que informa que en caso de nueva inestabilidad se intentaría una embolización.

Por la mañana de ese mismo día la paciente tiene vómitos biliosos. Presenta taquipnea, bradicardia, dolor abdominal,.. Se solicita nueva analítica con perfil hepático, cuyos resultados dan una urea de 125, y resto dentro de límites normales, incluida la Hb de 11,9 (se le ha transfundido 3 concentrados de Hematíes).

A las 23:45h se avisa desde la enfermería de la planta que la paciente vuelve a tener vómitos biliosos y en poso de café, con una TA de 67/37 y FC de 107 lpm, con signos de deshidratación. Se enjuicia como posible cuadro de obstrucción intestinal alto y/o gastritis sangrante y se pauta la administración lenta de 500 cc de suero para compensar la hipotensión y la deshidratación. Se pide interconsulta con el Servicio de Digestivo de guardia y diversa analítica urgente, valorándose una acidosis metabólica.

Tras evaluación por el especialista de digestivo, se solicita ecografía abdominal.



El día 3 de octubre a las 16:00h avisan por vómitos biliosos y dolor abdominal. Se solicita Rx de abdomen, y se interconsulta con los cirujanos generales de guardia para descartar íleo paralítico. Éstos, a la vista de la Rx y exploración de la paciente, enjuician el cuadro como posible íleo paralítico, prescriben dieta absoluta y sonda nasogástrica.

A las 21:00 h avisan al neumólogo de guardia por TA de 65/37 y FC de 109. Se decide administrar otros 500cc de suero.

El día 4 de octubre a la 1 :30h avisan de planta por desaturación de O₂ (77%), FC de 180 lpm y gran trabajo respiratorio (FR 40), con TA 75/45.

Se avisa a la UCI quien tras evaluación de la paciente concluye que se encuentra en situación terminal, y que todos los tratamientos agresivos que puedan instaurarse no deben ser aplicados, dada la patología de base y los problemas actuales. Se le explica a la familia la situación clínica de la paciente, tanto por la médica de este servicio como posteriormente por otros facultativos de otros servicio.

Fallece a las 12:35h, solicitándose el consentimiento de la familia para la práctica de autopsia.

El resultado de la autopsia (que aporta la familia) no identifica una causa concreta de la muerte, realizándose un análisis descriptivo por aparatos y órganos.

Desde la caída hasta el óbito transcurren 9 días ".

CUARTO. - En el supuesto de autos parte de las cuestiones litigiosas son eminentemente técnicas, en cuanto pertenece al ámbito de la ciencia médica dilucidar si la asistencia sanitaria fue prestada adecuadamente y si pudieron evitarse, empleándose medios y procedimientos distintos a los utilizados, tanto la fractura de cadera y el hematoma de la paciente, por haberse caído de la cama, como el progresivo deterioro de su salud hasta su fallecimiento.

Resulta que cuando, para apreciar algún punto de hecho de relevancia para resolver el proceso, sean necesarios o convenientes conocimientos especiales, se establece, como cauce adecuado para hacerlos llegar al mismo, el de la prueba pericial.

Sin embargo, en este proceso no se han practicado pruebas periciales a instancia de ninguna de las partes, pero ello no implica completa carencia de informes técnicos valorativos de los hechos o datos acreditados en el proceso, porque, aunque el informe de la Inspección Sanitaria, obrante en el expediente administrativo y al que se ha hecho referencia, no haya sido traído al proceso como prueba pericial, sus consideraciones médicas y sus conclusiones son elementos de juicio muy relevantes para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis, basándose su fuerza de convicción, además de en su motivación y coherencia, en la circunstancia de que la Inspección Sanitaria informa con criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes.

Se ha de señalar que a los folios 398 y siguientes del expediente administrativo obra informe de la Inspección Sanitaria, emitido con fecha de 9 de abril de 2012 por el Médico Inspector don Serafin .

Dicho informe identifica los elementos de la reclamación y la documentación consultada, y contiene una amplia descripción de los hechos resultantes de la historia clínica, a la que anteriormente se ha hecho referencia, desarrollando a continuación consideraciones médicas de carácter general y teórico sobre los tratamientos de anticoagulación, indicando que en el caso de autos:

"(...) Se trata de una paciente de 77 años de edad, con pluripatología grave de base, que es sometida a una intervención quirúrgica de alto riesgo, y que como consecuencia de la misma, permanece ingresada 62 días en la UCI.

La evolución es lenta y tiende hacia la mejoría, hasta que sufre una caída desde su cama, estando ya en la planta de hospitalización del Servicio de Neumología. Ésta, al parecer, se produce como consecuencia de no haber puesto todas las medidas preventivas para evitar este tipo de accidentes, tal como se reconoce por la auxiliar de clínica y la enfermera encargada de su cuidado.

Como consecuencia de esta caída se produce una fractura de pelvis (rama ilio- isquelopubiana derecha), no apareciendo complicaciones en las siguientes 48 horas. Es a partir de ese momento cuando se advierte una pérdida de sangre que los médicos que la tratan, y posteriormente los distintos especialistas a los que se interconsulta, intentan averiguar su origen.

Se debe tener en cuenta que esta paciente, con la patología de base que padecía (fibrilación auricular) además del implante de la prótesis metálica mitral colocada en la reciente Intervención, debía estar con



tratamiento anticoagulante de forma permanente, dado el riesgo de tromboembolismo (obstrucción de los vasos sanguíneos).

(...)

En el caso de D^a Zaida , y en los días previos a su alta de la UCI, se inicia el 03-09-2010 por parte de este Servicio el cambio de la pauta de anticoagulación, sustituyendo la heparina de BPM por el acenocumarol. Para ello se inicia con la administración de 2mg de este último fármaco, combinándolo con la heparina, bajo un estricto control diario de los indicadores sanguíneos de la anticoagulación (INR, tiempo de cefalina, actividad de protrombina ..), que obligan a cambiar la dosis del acenocumarol en dos ocasiones, hasta que el 09-09-2010 pasa a la planta de hospitalización del Servicio de Neumología (en pleno proceso de cambio de la anticoagulación). Durante este proceso de cambio previo a su traslado a Neumología, el INR llega a 2,3, y por lo tanto, cerca del nivel terapéutico.

Los valores registrados de INR en Neumología, y en los días previos a la caída, eran altos, en concreto de 4,52 el día 17-09 (con un tiempo de cefalina de 64,7), el 22-09 era de 2,5 (dentro de rango), pero muy alto el día 27-09, (dos días después de la caída) que era de 7,6, con una actividad de protrombina de 9 y un tiempo de cefalina de 76,7, lo que indudablemente favoreció el sangrado. Ese mismo día se suspendió el acenocumarol (sintrom). El día 30-09 se retiró también la heparina.

Por otra parte se debe tener en cuenta que la manifestación clínica más frecuente de la fractura pélvica por compresión lateral o de rotación interna (la lesión anterior típica es una fractura de las ramas iliopubiana e isquípública) es el dolor, seguido por el hematoma e hinchazón en la pelvis en la zona de la fractura. Las repercusiones hemodinámicas deben ser bien valoradas. Los huesos de la pelvis están muy bien vascularizados y sangran abundantemente y con frecuencia pueden afectar a venas y arterias importantes, como es la arteria glútea superior. Las complicaciones más frecuentes son shock hipovolémico, lesiones uretrales y vesicales y lesiones arteriales.

La primera medida a tomar en el tratamiento de las fracturas del anillo pelviano es el control hemodinámico del paciente ".

El Médico Inspector continúa su informe con la exposición de su juicio crítico y de sus conclusiones, apartados en los que se recoge lo siguiente:

" En la HC consta que durante la estancia de la paciente en la UCI se instauró pauta de anticoagulación con heparina de BPM (sustituyendo al acenocumarol que tomaba la paciente, previo a su ingreso hospitalario), habiendo presentado un episodio de sangrado activo con hematoma en rectos (22-07-2010), que requirió la transfusión de hemoderivados y la embolización de dos arterias epigástricas. Como consecuencia de ello se suspendió temporalmente la anticoagulación.

Previo al alta de la UCI se introduce de nuevo tratamiento con acenocumarol para sustituir a la heparina, (a partir del 03-09 se inicia con 2 mg de acenocumarol, cantidad que varía en los siguientes días con el fin de ajustar la dosis. con 0.5 mg el 07-09-2010 y 1mg el 08-09-2010) recomendando se mantenga la heparina "hasta que alcance niveles" el acenocumarol. Se da de alta de la UCI el 09-09-2010. El INR alcanzado era de 2,3, cerca del nivel terapéutico.

Ese mismo día se traslada a la planta de hospitalización del Servicio de Neumología.

Sin embargo, y pese a los antecedentes descritos, (paciente de alto riesgo y con un episodio de sangrado en UCI y otro en el año 2005 que precisó ingreso en UCI), y en pleno proceso de cambio de la pauta de anticoagulación, se dejan transcurrir 18 días desde su traslado a la planta manteniendo la misma pauta de anticoagulación, (2mg/día de acenocumarol más 60 mg/12h de heparina), sin controles diarios de los indicadores de la coagulación, realizándose el primer control del INR en la planta el día 17-09-2010 (a los 8 días), y que pese haberse obtenido una cifra de 4.52. con un tiempo de cefalina de 64.7 sg. ni se rectifica la pauta (se mantiene la heparina a la misma dosis) ni se efectúan controles más frecuentes de los citados indicadores.

El siguiente control es del día 22 del mismo mes y el valor del INR es de 2,5.

Se produce la caída accidental el día 25-09, siendo diagnosticada inmediatamente la fractura pelviana. No obstante no se altera ninguna pauta relacionada con la anticoagulación. a pesar del aumento del riesgo de sangrado que se produce por la propia fractura.

El día 27 se realiza nuevo control, con un valor de INR de 7.6. con una actividad de protrombina de 9 y un tiempo de cefalina de 76,7. Es en este momento cuando se realiza el primer cambio en la pauta de anticoagulación, suspendiendo la administración diaria de los 2mg de acenocumarol y reduciendo la dosis de la heparina a la mitad (60 mg/24h). A partir de esta fecha los controles fueron diarios y los indicadores de la coagulación se fueron normalizando.



Tres días más tarde (día 30) se suspende también la heparina, dejando de estar anticoagulada la paciente desde ese momento.

En relación al origen del sangrado, los traumatólogos descartaron a partir de la 2ª interconsulta con el Servicio de Neumología que el origen del sangrado fuera la fractura de la rama íleo-isquiopubiana derecha.

El propio jefe del Servicio de COT, en su informe posterior relativo a este caso, comunica que la situación del hematoma retroperitoneal contraindica su relación con una fractura de ramas íleo-isquiopubianas. ya que normalmente se almacena en la parte anterior del abdomen y muslo. Asimismo recuerda que la fractura de ramas pélvicas unilateral es una lesión normalmente banal, que ni siquiera necesita tratamiento inmovilizador sino simplemente reposo.

Explica que el motivo de no realizar una intervención quirúrgica en aquellos momentos para averiguar la causa del sangrado era que estaba tratada con sintrom (acenocumarol), y que este fármaco es activo durante varios días tras su suspensión.

Por último indica "que el cúmulo de acontecimientos que condujeron a la muerte de la paciente coincidiera en su inicio con la caída y fractura leve que se describen en el pliego de reclamación, pero también es claro que en un paciente en condiciones normales, o no anticoagulado, estas lesiones no hubieran producido ninguna alteración orgánica importante, por ello es un tanto arriesgado atribuir la causa de la muerte a la caída, que en todo caso una vez producida y en las condiciones descritas por el propio reclamante no constituyeron motivo de intervención quirúrgica.

Es obvio que el jefe del Servicio de COT da una gran importancia al hecho de que la paciente estuviera anticoagulada, y que esta circunstancia influyó sobre la gravedad del cuadro y sus posibilidades terapéuticas.

Si bien por el tipo de fractura no parece que ésta fuera por sí misma la causa del sangrado, y una vez descartada la rotura de algún vaso por los dos angio-TAC practicados, (y que la bibliografía consultada indica como el medio idóneo para diagnosticar este tipo de sangrado), y sin que en la autopsia aparezca ninguna información determinante sobre la posible causa de la muerte, todo parece indicar que el tratamiento anticoagulante tuvo un papel fundamental en el desenlace asistencial de la paciente.

CONCLUSIÓN

La asistencia prestada a Dª Zaida no se ajustó a *lex artis* por dos motivos:

1. El personal de enfermería no utilizó todos los medios a su alcance para prevenir y evitar las posibles caídas (barandillas laterales de protección de la cama), lo que favoreció el golpe de la paciente y su fractura de pelvis.
2. Falta de un adecuado control, monitorización y ajuste del tratamiento anticoagulante desde que la paciente ingresó en la planta de hospitalización (Servicio de Neumología) el 09/09/2010, hasta pasados dos días después de su caída, el 27/09/2010".

Como se ha dicho, la fuerza de convicción del precedente informe proviene de que el Médico Inspector ha actuado en el ejercicio de funciones públicas, siendo así independiente de los intereses de las partes.

Se está en el caso de que en este proceso no se ha practicado ninguna prueba pericial que desvirtúe los razonamientos y conclusiones del informe del Médico Inspector; es más, el informe médico pericial elaborado por el doctor don Pedro Miguel y aportado al expediente junto a la reclamación administrativa, y que ha sido propuesto como prueba documental como elemento probatorio integrado en el expediente, también sostiene la mala praxis en la asistencia sanitaria dispensada a doña Zaida desde el 25 de septiembre de 2010 hasta que falleció.

No se aprecia que existan otras razones para cuestionar la objetividad del informe del Médico Inspector, en el que se han tenido en consideración cuantos hechos se precisan para la emisión de un dictamen equilibrado, hallándose sus conclusiones exhaustivamente fundamentadas.

De las mismas se deriva la existencia de nexo causal entre la asistencia sanitaria dispensada a la paciente y su fallecimiento, por lo que se ha de concluir que la parte actora ha cumplido con la carga, que le impone el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acreditar los presupuestos fácticos de las pretensiones deducidas en la demanda.

Ya se ha explicado anteriormente que en la medicina curativa la obligación administrativa es de medios, es decir, de aplicar adecuadamente las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en el momento en que se ha dispensado la prestación sanitaria. Por ello la jurisprudencia tiene declarado que la Administración no asume cualquier daño o perjuicio derivado del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios pero sí aquellos que los administrados no tienen el deber de soportar por ser



antijurídicos, siendo determinante para la antijuricidad del daño que la prestación sanitaria no se haya ajustado a la "lex artis", lo que, según resulta del informe de la Inspección Sanitaria, ha acontecido en el caso litigioso, en la doble vertiente de no haber utilizado el personal de enfermería todos los medios a su alcance para prevenir y evitar la caída de la paciente, y en la de haber faltado de un adecuado control, monitorización y ajuste del tratamiento anticoagulante desde que la paciente ingresó en la planta del Servicio de Neumología hasta el 27 de septiembre de 2010, transcurridos dos días desde la caída.

Por consiguiente, se les ha de indemnizar a los recurrentes los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su madre, que no tienen el deber de soportar porque son antijurídicos.

Se ha de señalar que, para determinar el importe de la indemnización, la demanda asume los criterios y los importes señalados en la resolución de 31 de enero de 2010, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se daba publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal resultantes de aplicar durante el año 2010 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Sin embargo, como se indica de contrario, las cuantías de las cantidades liquidadas no se han ajustado a las bases que la demanda afirma haber aplicado: doña Zaida , que había nacido el NUM000 de 1933, era viuda cuando falleció, momento en el que todos sus hijos eran mayores de 25 años. Así las cosas, según la ya citada resolución de 31 de enero de 2010 y en ausencia de especiales circunstancias familiares acreditadas susceptibles de ser apreciadas como factores de corrección, el importe de la indemnización básica por muerte correspondiente a cada uno de los recurrentes es de 8.806,35 euros; añadiendo el 10% como factor de corrección por perjuicios económicos, cada indemnización ascendería a la cantidad de 9.687 euros, que multiplicados por tres arroja la suma de 29.061 euros.

De conformidad con el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria. No obstante, es pacífica la doctrina jurisprudencial que permite actualizar las indemnizaciones a fecha de la sentencia mediante la aplicación del baremo vigente en el momento de dictarse. Según la resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, la indemnización básica por muerte correspondiente a cada uno de los recurrentes en el caso de autos asciende a 9.586,26 euros, que incrementados con el 10% del factor de corrección aplicable da la cantidad de 10.544,88 euros, cuya multiplicación por tres asciende a un total de 31.634,64 euros, que se incrementarán con los intereses legales que se devenguen a partir de la fecha de esta sentencia hasta su completo pago, lo que deberán abonar con carácter solidario la Administración demandada y su compañía aseguradora, todo lo cual determina la estimación parcial del presente recurso contencioso administrativo.

QUINTO .- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de esta Jurisdicción , no ha lugar a formular condena al pago de las costas procesales.

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

FALLAMOS:

Que estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por doña Jacinta , doña Juliana y don Juan Antonio contra la desestimación, por silencio administrativo de la Comunidad de Madrid, de la reclamación de responsabilidad patrimonial a que este proceso se refiere, y la condenamos, junto a la entidad "QBE INSURANCE (EUROPE) LTD. SUCURSAL EN ESPAÑA", a que con carácter solidario les abonen la cantidad total de 31.634,64 euros, a razón de 10.544,88 euros a cada uno de los recurrentes, más los intereses legales que se devenguen desde la fecha de esta sentencia hasta su completo pago, sin formular condena en costas.

Notifíquese a las partes la presente resolución con indicación de que contra la misma no cabe interponer recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Jurisdiccional .

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día 26/06/14 de lo que, como Secretario, certifico.

Audiencia Provincial

AP de Madrid (Sección 6ª) Sentencia num. 609/2022 de 23 noviembre
JUR\2022\387134

INFRACCIÓN PENAL. HOMICIDIO Y SUS FORMAS: Derecho a la tutela judicial efectiva.

ECLI:ECLI:ES:APM:2022:16378

Jurisdicción:Penal

Recurso de Apelación 1329/2022

Ponente:Illma. Sra. Inmaculada López Candela

Sección nº 06 de la Audiencia Provincial de Madrid
C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 6 - 28035
Teléfono: 914936868,914934576
Fax: 914934575
seccionsexta6@madrid.org
37051540

N.I.G.: 28.079.43.1-2009/0515431

Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 1329/2022

Origen :Juzgado de lo Penal nº 11 de Madrid

Procedimiento Abreviado 180/2018

SENTENCIA Nº 609/2022

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

ILMOS. SRES. DE LA SECCIÓN 6ª

D. FRANCISCO JESÚS SERRANO GASSENT

Dª. MARIA DE LA ALMUDENA ALVAREZ TEJERO

Dña. INMACULADA LÓPEZ CANDELA (Ponente)

En Madrid a 23 de noviembre de 2022.

VISTO , en segunda instancia, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, Procedimiento Abreviado 180/18, procedente del Juzgado de lo Penal Nº 10 de Madrid, seguido por un delito de homicidio imprudente, negligencia

profesional, contra el inculpado Pelayo, venido a conocimiento de esta Sección, a virtud de recurso de apelación interpuesto en tiempo y en forma por la representación de dicho inculpado, contra la sentencia dictada por la Iltrma. Sra. Magistrada del referido Juzgado, con fecha 3 de mayo de 2022.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

En la Sentencia apelada se establecen como HECHOS PROBADOS los que siguen: " Primero: Queda probado y así se declara expresamente que el día 3 de diciembre de 2007, sobre las 02: 42 horas, Samuel, de 61 años de edad, ingresó en el servicio de urgencias del Hospital Sanitas, trasladado en ambulancia, con pérdida de conocimiento, relajación de esfínteres, temblores y fiebre.

Segundo.- A su ingreso, fue atendido por el acusado, Pelayo, médico de guardia en ese momento, que exploró al paciente.

Tercero.- A las 8.30 horas, una vez que se produjo el cambio de turno, el Doctor Severiano, exploró al paciente, comprobó que se encontraba con trastorno de conciencia, Glasgow 8, y solicitó la práctica de un TAC craneal con carácter de urgente, y parte interconsulta al servicio de neurología. Dicho TAC se realizó a las 9:59 horas, y dio como resultado, la existencia de un hematoma subdural hemisférico derecho.

Cuarto.- La doctora Eva María, especialista en neurología, habló con los familiares, y tuvo conocimiento de que el paciente había sufrido una cauda hacía dos días, y debido a la gravedad del diagnóstico, acordó avisar a la UCI, y tramitó traslado urgente al Servicio de Neurocirugía del Hospital de la Zarzuela.

Quinto. - El Dr. Severiano, a las 10:30 horas, se solicita PIC a UCI, Glasgow de 6, se realiza intubación orto traqueal, medidas autoedema cerebral, pendiente de UVI móvil para traslado a Hospital Zarzuela. Diagnóstico, Hematoma subdural hemisférico derecho.

Sexto.- Cuando ingresó, en el Hospital la Zarzuela, una vez que fue examinado, por el Servicio de Neurocirugía, se descartó la aplicación de intervenciones terapéuticas, el paciente está en muerte cerebral. No procede, ni está indicado tratamiento quirúrgico. Se realiza EEG que demuestra la muerte encefálica.

Séptimo .- Samuel, falleció el día 3 de diciembre a las 18:40 horas., tenía una mujer, y dos hijas de 31 y 32 años de edad.

Octavo .- El acusado, incurrió en negligencia profesional, al no actuar con la diligencia y cuidado que precisaba el paciente, no realizó una anamnesis adecuada, no pautó un tratamiento adecuado a los síntomas que presentaba, y no solicitó la prueba médica necesaria, en relación al estado del paciente, la realización de un TAC craneal, en colación a los antecedentes del paciente, y que era un paciente con tratamiento de sintrom, desentendiendo, no velando y cuidando al paciente.

Noveno. - El procedimiento ha estado paralizado, por causa no imputable al acusado, desde el día 8 de octubre de 2018, fecha en la que el Juzgado de lo Penal nº 11, dictó auto de admisión de prueba, hasta la primera diligencia de ordenación de fecha 10 de Noviembre de 2020, acordando la celebración de la vista para el día 26 de mayo de 2021."

Y el FALLO es del tenor literal siguiente: " Condeno a Pelayo como autor penalmente responsable de un delito de homicidio por imprudencia menos grave, tipificado en el artículo 142.2 del C.P , con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, la atenuante de dilaciones indebidas muy cualificada del artículo 21.6 del C.P .., a la pena de 2 meses y 15 días de multa a razón de una cuota diaria de 8 euros, previniéndole que en caso de impago de la misma quedara sujeta a la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 del C.P .

Absuelvo a la SANITAS S.A. de HOSPITALES, de la acusación formulada en este procedimiento.

El acusado, está condenado a pagar las costas procesales del presente procedimiento, incluidas las de la Acusación Particular

En concepto de responsabilidad civil Pelayo deberá indemnizar a Juan Enrique, en la cantidad de 99.222,70 euros, a Clemencia en la cantidad de 8.268,56 euros, y a Coral, en la cantidad de 8.268,56 euros, más el interés legal previsto en el [artículo 576 LEC](#) ."

Han sido partes en la sustanciación del presente recurso como apelante Pelayo, representado por la Procuradora Dña. LAURA LOZANO MONTALVO, como apelante adherido el Ministerio Fiscal y como apelados Juan Enrique, Coral y Clemencia, representadas por la Procuradora Dña. PALOMA SOLERA LAMA.

SEGUNDO

El apelante interpuso recurso de apelación que basó en los motivos que se recogen en esta resolución. Admitido el recurso y evacuado por las partes el traslado conferido, se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.-

Turnadas las actuaciones en esta Sección 6ª, por providencia de fecha 14 de octubre de 2022, se señaló, para deliberación del recurso, el día 22 de noviembre de 2022, habiendo sido designada Ponente la Ilma. Sra. Dña. Inmaculada López Candela quien expresa el unánime parecer de la Sala.

HECHOS PROBADOS

SE ACEPTAN en su totalidad los de la sentencia apelada, sustituyéndose por los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Se interpone recurso de apelación por la representación procesal de Pelayo contra la sentencia de instancia, alegando como motivos de su recurso error en la apreciación de la prueba, por no constar acreditada su participación en los hechos y error en la apreciación de la prueba, por ausencia de infracción de la *lex artis* y ausencia de nexo causal entre el fallecimiento y la actuación del facultativo; motivo éste al que se ha adherido el Ministerio Fiscal haciéndolo propio.

SEGUNDO

En cuanto al primero de los motivos invocados, el mismo no puede ser acogido. En primer lugar, es de significar que el acusado se acogió a su derecho a no contestar a las preguntas de la acusación particular, que no recordaba los hechos y que se ratificaba en sus dos declaraciones judiciales anteriores las cuales no han sido introducidas en el plenario mediante su lectura por lo que la alegación efectuada al respecto es extemporánea al realizarse por vía de recurso. En cualquier caso, obra unida a las actuaciones (folio 367) la contestación del letrado de la asesoría jurídica del Hospital Sanitas de La Moraleja al oficio del juzgado, informando de los horarios de los doctores de guardia el día 3 de diciembre de 2007. Consta que el Dr. Pelayo tuvo turno de trabajo desde las 9 h del día 2-12-2007 a las 8 h del día 3-12-2007 y fue el único que estuvo en ese tiempo. La doctora Eva María también le ubica en el lugar y día de los hechos, al afirmar que "en este día no tuvo ningún contacto con el doctor Pelayo". Y también Juan Enrique, mujer del fallecido, declaró en el juicio oral que el penado asistió a su marido cuando llegaron a urgencias.

En consecuencia, puede afirmarse sin género de duda alguna su presencia en el servicio de urgencias el día de los hechos, así como el contacto con el paciente.

TERCERO

Por lo que se refiere al segundo y último de los motivos invocados por el acusado y que el Ministerio Fiscal comparte, conviene recordar que la valoración de la prueba es una facultad que el [artículo 741](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) confiere al Juez de la instancia, sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, debiendo partirse de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el Juez ante el que se ha celebrado el acto solemne del juicio, núcleo del proceso penal y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que el acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías ([artículo 24.2](#) de la [Constitución Española](#)), pudiendo el Juzgador desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente su resultado, así como la forma de expresarse y conducirse los testigos en su narración de los hechos y la razón de conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia. Más concretamente, sólo

cabe revisar la apreciación hecha por el Juez de la prueba recibida en el acto del juicio oral en la medida en que aquella no dependa sustancialmente de la percepción directa o intermediación que el mismo tuvo con exclusividad y, en consecuencia, el juicio probatorio sólo será contrastable por vía de recurso en lo que concierne a las inducciones y deducciones realizadas por el Tribunal "a quo", de acuerdo con las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y de los conocimientos científicos, pero no en lo relativo a la credibilidad de los testimonios o declaraciones oídas por el Juzgador (Sentencia del Tribunal Supremo de 29-1-90).

En el caso sometido a nuestra consideración, la Juez a quo funda su pronunciamiento de condena en la declaración testifical de Edemiro, Médico que entró en el Servicio de Guardia a las 08:00 horas del día 3 de diciembre de 2007, de Eva María, Jefe del Servicio de Neurología en la pericial de Alfonso Doctor en Medicina y Especialista en Neurología e incluso de la Médico Forense así como en la extensa documental obrante en las actuaciones, especialmente, del historial clínico del Sr. Samuel y de los informes del Servicio de Urgencias que se dio por reproducida en el plenario.

Así, el acusado, Pelayo, se acogió a su derecho a no declarar lo que privó a la Juez a quo y, por ende, a esta Sala conocer su particular versión sobre los hechos.

Sobre el iter de los acontecimientos desde el ingreso del Sr. Samuel hasta su fallecimiento, no existe discrepancia alguna y en este punto no se ataca la sentencia. El recurso se fundamenta esencialmente en que no quedó acreditado en el juicio oral el nexo causal entre la conducta del acusado y el resultado fatal acado.

Está fuera de toda duda que se debía haber practicado un TAC al paciente nada más llegar a urgencias dado su estado y antecedentes médicos y que el penado no realizó; fueron los doctores Severiano -que entró en el Servicio de Guardia tras el Dr. Pelayo- y la Neuróloga Dra. Eva María quienes acordaron la práctica de dicha prueba comprobando que tenía un hematoma subdural en el hemisferio derecho. La Dra. Eva María manifestó que preguntó a la familia si había tenido una caída y la familia contestó afirmativamente y que no cabe duda que el hematoma fue la causa de la muerte; que posiblemente hubiera tenido mejor resultado si se hubiera llevado a urgencias al paciente después de la caída pero según declararon los familiares, los síntomas empezaron más tarde

La médico forense, ratificó sus informes obrantes a los folios 345 y 370, en los cuales, indica que Samuel, ingresó en el Hospital Sanitas, con un cuadro clínico de trastorno de conciencia, Glasgow 8, con diagnostico en TAC Craneal de hematoma, subdural, extensivo en hemisferio derecho. Por lo que se desplaza al paciente al Hospital de la Zarzuela, donde se valora el cuadro como inoperante y fallece. En el folio 60, se especifica que le fue realizado el TAC craneal; que el supuesto retraso en la realización de dicha prueba, que está indicada en el presente caso, en base a sus antecedentes, (caída, tratamiento con sintrom), no presupone que la muerte se hubiese podido evitar con la premura de dicha prueba, ya que desconocemos si

hubiese sido operable a su ingreso. Y en la vista oral manifestó que el sangrado no tratado ha ido aumentando, máxime al ser un paciente coagulado, toma sintrom. Es un traumatismo craneal, al recibir sintrom, la sangre no coagula con normalidad y aumenta la presión, y el aumento de la presión es lo que lesiona al cerebro. En ocasiones es inoperable desde el inicio; cuando una persona está anticoagulada el tiempo es clave. Existe tratamiento, cuando el aumento no es muy grande, o cuando el daño cerebral no es muy grande. Suelen ser hematomas, inoperables, el tiempo es siempre importante, en una persona no anticoagulada, el tiempo es clave. El diagnóstico se hace en virtud del grado, la exploración física, es importante, y pruebas complementarias, el TAC, es importante. Si lo desplazan a urgencias, es porque sospecha que pueden ser operables, que sí tenían que hacer TAC, de hecho se lo hicieron después. No se puede determinar si hubiera fallecido o no, lo deseable, es realizar el TAC.

Y el perito Alfonso, se ratificó en su informe obrante a los folios 12 a 16 de las actuaciones en el que hacía constar que las actuaciones médicas realizadas por el acusado, contravienen la práctica hospitalaria, habitual en lo referido al manejo diagnóstico y terapéutico, en un paciente con traumatismo craneoencefálico; que lo correcto en el momento del ingreso y en atención a la situación clínica, antecedentes y medicación, (sintrom), habría sido someter al paciente a un TAC urgente, proceder, a su traslado a UCI, previa petición de valoración urgente por el Servicio de Neurología, monitorizarle y aplicar medidas anti edema, antes de la irreversibilidad del cuadro, para que el paciente no perdería la oportunidad terapéutica que mereciera, pero que nada de esto hizo el médico, que prefirió adoptar una postura pasiva y expectante, ante un paciente con síntomas muy evidentes. El el plenario, tras ratificarse en su informe declaró que el paciente presentaba un cuadro que impresiona de gravedad, la escala de Glasgow se utiliza en el paciente, de bajo nivel de conciencia; en el momento de ingreso, seguro menos de 10/9, luego 8 y luego 6; que hay una progresión desde el ingreso al fallecimiento, sufrió una caída, es importante, hacer una anamnesis adecuada, y no se preguntó; en el momento del ingreso, era adecuado hacer un TAC; que cuanto antes se actúe mayor es la posibilidad de actuar; que al paciente se le privó de la oportunidad de salvar la vida, si hubieran actuado bien; que el hematoma se ve con un TAC y no se le realizó la prueba del Glasgow.

Se alega por la representación procesal del acusado en su escrito de interposición del recurso que cuando el Sr. Samuel ingresa en urgencias con trastorno de conciencia, su familia silencia la caída sufrida tres días antes, lo que constituye un dato relevante para orientar más rápidamente las pruebas diagnósticas. Con independencia de que tales manifestaciones se realizan ex novo por vía de recurso y que tampoco consta que, dada la situación de inconsciencia en que se encontraba el paciente, le preguntara a la familia por sus antecedentes, el historial médico del Sr. Samuel figuraba en los archivos del Hospital La Moraleja en cuyo Servicio de Urgencias fue tratado. En dicho historial consta que, al menos en dos ocasiones previas al 3 de diciembre de 2007, el Sr. Samuel, en Mayo y Noviembre de 2007 fue

trasladado al Servicio de Urgencias de dicho hospital por deterioro del nivel de conciencia atribuido finalmente a crisis epilépticas, practicándose en ambas una tomografía axial computerizada (TAC) craneal para descartar patología.

Consta, además, en la documental obrante, folios 208 a 341, y 353, que como ya se ha dicho se dio reproducida en el plenario, Samuel, acudió al servicio de urgencias, trasladado en ambulancia por presentar desconexión con el medio, según refiere el familiar, dejó de hablarle y notó temblor en ambas manos, relajación de esfínteres y fiebres, pérdida de conocimiento, temblores, pruebas complementarias, analíticas. Tras realizarle el TAC a instancia del Dr. Severiano y observar el hematoma subdural en el hemisferio derecho, tanto él como la Neuróloga Dra. Eva María, deciden su traslado en una UVI móvil al Hospital de La Zarzuela para ser intervenido (luego se apreció la posibilidad de intervención quirúrgica) pero ya en el Hospital de La Zarzuela indican a la familia que el Sr. Samuel se encuentra en muerte cerebral y por lo que no procede ni está indicado el tratamiento quirúrgico y así se explica a la familia.

Dicho lo que antecede, resulta de la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo (por todas la [STS 805/2017 de 11 de diciembre](#)) que " el delito imprudente exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º) La infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión).

2º) Vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado)

3º) Generación de un resultado.

4º) Relación de causalidad.

A lo anterior debe sumarse:

1) En los comportamientos activos:

a) el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico)

b) la imputación objetiva del resultado (vínculo normativo): que el riesgo no permitido generado por la conducta imprudente sea el que materialice el resultado.

2) En los comportamientos omisivos: dilucidar si el resultado producido se hubiera ocasionado de todos modos si no se presta el comportamiento debido. Pero no que no se puede saber o conocer si el resultado se hubiera producido, o no, de haberse prestado la atención debida.

Conforme a la teoría de la imputación objetiva, se exige para determinar la relación de causalidad:

1) La causalidad natural: en los delitos de resultado éste ha de ser atribuible a la acción del autor.

2) La causalidad normativa: además hay que comprobar que se cumplen los siguientes requisitos sin los cuales se elimina la tipicidad de la conducta:

1º) Que la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, lo que se entiende que no concurre en los siguientes supuestos:

a) Cuando se trata de riesgos permitidos.

b) Cuando se pretende una disminución del riesgo: es decir, se opera para evitar un resultado más perjudicial.

c) Si se obra confiado en que otros se mantendrán dentro de los límites del riesgo permitido (principio de confianza).

d) Si existen condiciones previas a las realmente causales puestas por quien no es garante de la evitación del resultado (prohibición de regreso).

2º) Que el resultado producido por la acción es la concreción del peligro jurídicamente desaprobado creado por la acción, manteniéndose criterios complementarios nacidos de la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, de forma que en estos casos hay que indagar cuál es la causa que realmente produce el resultado.

Continúa diciendo la referida [STS 805/2017 de 11 de diciembre](#) que: " Para resolver la cuestión acerca del criterio de imputación en las infracciones imprudentes omisivas, ha de acudirse a la denominada doctrina de la imputación objetiva. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, en el caso de un comportamiento omisivo, no es posible en términos naturalísticos predicar la causación de un resultado; y para suplir esta imposibilidad, acude la dogmática al concepto de los cursos causales hipotéticos, en alusión a la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo, es decir a ponderar cuál hubiera sido la consecuencia de la realización de la conducta exigida por la norma.

En efecto, en resoluciones de esta Sala se suele indicar que, en el delito imprudente, varios son los criterios de imputación del resultado, destacando la teoría del incremento del riesgo; la teoría del ámbito de protección de la norma y por último la teoría de la evitabilidad. Conforme a este último habrá que preguntarse qué hubiera sucedido si el sujeto hubiera actuado conforme a la norma. Si a pesar de ello, es decir, si aunque el sujeto hubiera cumplido con la norma el resultado se hubiera producido igualmente, habrá que negar la imputación objetiva del resultado. Lo que puede expresarse de la siguiente manera: se trata de un criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal.

La necesidad de una probabilidad rayana en la certeza, que exige la sentencia recurrida, pudiendo ser en algunos casos una referencia, raramente se contempla

en nuestra construcción jurisprudencial como criterio decisor o ratio decidendi del fallo. Como ejemplos ilustrativos, cabe citar las [SSTS 368/2016, de 28 de abril](#) ; [865/2015, de 14 de enero de 2016](#) ; [88/2010, de 19 de enero](#) ; [1089/2009, de 27 de octubre](#) ; [716/2009, de 2 de julio](#) . De tales resoluciones se extraen dos conclusiones:

1) Ninguna se enfrenta a una omisión negligente médica subsiguiente a una imprudencia previa, que había originado ya un riesgo grave para la vida de la paciente.

2) Si bien se enuncia en las imprudencias omisivas, como presupuesto general, la exigencia de la comprobación de que la conducta omitida hubiera evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal, no es éste el criterio que luego se proyecta de modo concreto sobre el caso específico que se enjuicia, con independencia de que si se acredita que el resultado no se hubiera evitado, de realizar la conducta obligada, se entienda lógicamente que la omisión no ha generado o incrementado riesgo alguno.

Ambas circunstancias se presentan como relevantes en el supuesto de autos, dado que se trata de una imprudencia en el ámbito de la prestación médica de urgencia, en el que el bien jurídico ya se presenta en situación de riesgo previo, y el profesional de la medicina está obligado a neutralizar tal peligro con su actividad. De manera que si no cumple con su diligencia debida, añade un nuevo factor de riesgo que confluye en la producción del resultado."

Y añade: " Y es que, no se trata de que no se haya probado que hubiera pasado si se hubiese actuado correctamente por parte del médico, sino que lo que hubiera importado es que se hubiese acreditado, fuera de toda duda razonable, que, aunque hubiera hecho el acusado todo lo que estaba en su mano, la joven hubiese lamentablemente fallecido.

Solamente así se le podría haber exonerado de su responsabilidad. Sin embargo, quien no actúa, y puede hacerlo, como ocurre en este caso, practicando y llevando a cabo el comportamiento necesario para actuar, y no lo hace, aumenta el riesgo previsible, tan 24 en grado sumo, que ocasiona que el resultado se produzca, como así fue, aunque no se sepa con certeza que hubiera ocurrido en caso contrario".

Y continúa la referida sentencia diciendo que "lo que se debe constatar es precisamente lo contrario, esto es, que a pesar de haber dispensado el tratamiento médico correctamente no se hubiera salvado, de todos modos, la vida de la enferma. Solamente así se hubiera podido exonerar al médico. Pero si no se hace nada, o lo que se hace es patentemente negligente, como por otra parte asegura la Audiencia, no puede fundamentarse su absolución en el hecho de que, de todos modos, no se sabe cuál hubiera sido el desenlace.

Al contrario, cuando se actúa correctamente, nada puede garantizar, con una probabilidad rayana en la certeza, la supervivencia de la paciente, porque, la medicina, no es una ciencia exacta, o de resultados, sino de medios, y siempre

pueden existir probabilidades para la ocurrencia de un fatal desenlace, a pesar de hacerse todo lo que esté en la mano del médico.

Pero, desde luego, lo que no es de recibo es justificar la postura del médico acusado, que desatiende escandalosamente su actuación profesional, nada menos que en un caso de urgencia vital, no poniendo los medios mínimos adecuados para intentar salvar la vida de la paciente. No consideramos acertado el fundamento de su absolució, que reside en que no se ha podido probar, con una probabilidad rayana en la certeza, si con otra conducta el resultado hubiera sido el mismo. De ratificar este argumento, las actuaciones médicas partirían de una mecánica contraria a lo que es debido a un buen profesional, primero evaluar los resultados posibles de su actuación, y si se vislumbran fatales, abstenerse de actuar. Al punto de que podría llegarse a pensar que un médico contemplase una urgencia vital sin tomar medida alguna para intentar salvar la vida del paciente, en la seguridad de que nunca pudiera demostrarse, si fallece el enfermo, con esa seguridad rayana en la certeza, qué hubiera pasado en caso contrario.

En suma, la responsabilidad del médico surge porque ha incrementado el riesgo permitido, y lo ha hecho al haber actuado negligentemente, y con tal comportamiento ha contribuido al resultado, siéndole reprochada su conducta a través de la teoría de la imputación objetiva".

Aplicando tal doctrina al caso sometido a nuestra consideración, ha quedado fuera de toda duda que se debía de haber practicado un TAC al paciente nada más llegar a Urgencias dado su estado y antecedentes médicos y que el acusado no realizó y su no prescripción y práctica, aunque no conste que evitara el resultado letal incrementó su riesgo pues aunque, como manifestó el perito Sr. Alfonso de León la probabilidad de salvarse fuera entre un 1% y un 5%, al paciente se le privó de estar en ese porcentaje.

Se desestima, pues, el recurso de apelación interpuesto y se confirma la resolución recurrida al ser la misma ajustada a derecho

CUARTO.-

No observándose temeridad ni mala fe en el recurrente, se declaran de oficio las costas de esta alzada.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. LAURA LOZANO MONTALVO, en nombre y representación de Pelayo, así como la adhesión al mismo formulada por el Ministerio Fiscal, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Nº 11 de Madrid, de fecha 3 de mayo de 2022, declarándose de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes

procesales, haciéndoles saber que la misma es firme al no haber contra ella recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.