



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.



SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
 C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)
 Las Palmas de Gran Canaria
 Teléfono: 928 11 69 72
 Fax.: 928 42 97 73
 Email: s03audprov.lpa@justiciaencanarias.org
 Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen:
 0000913/2017-00
 Juzgado de Primera Instancia Nº 14 de Las Palmas de
 Gran Canaria

Rollo: Recurso de apelación
 Nº Rollo: 0000351/2019
 NIG: 3501642120170024318
 Resolución: Sentencia 000440/2021

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Demandante	Alejandro Gonzalez Araya	Octavio Luis Henriquez Portillo	Fernando Marcos Rodriguez Ruano
Demandante	[REDACTED]	Octavio Luis Henriquez Portillo	Fernando Marcos Rodriguez Ruano
Demandante	[REDACTED]	Octavio Luis Henriquez Portillo	Fernando Marcos Rodriguez Ruano
Demandante	[REDACTED]	Octavio Luis Henriquez Portillo	Fernando Marcos Rodriguez Ruano
Demandante	[REDACTED]	Octavio Luis Henriquez Portillo	Fernando Marcos Rodriguez Ruano
Demandado	CLÍNICA SANTA CATALINA, S.A.U.	Miguel Jose Roig Serrano	Alicia Marrero Pulido
Testigo	[REDACTED]		
Testigo	[REDACTED]		
Testigo	[REDACTED]		
Testigo	[REDACTED]		
Testigo	[REDACTED]		
Testigo	[REDACTED]		
Perito	[REDACTED]		
Perito	[REDACTED]		
Perito	[REDACTED]		

NOTIFICADO 16/07/2021

SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D^a. RICARDO MOYANO GARCÍA (Ponente)

Magistrados

D./D^a. FRANCISCO JAVIER JOSÉ MORALES MIRAT

D./D^a. MARÍA PAZ PÉREZ VILLALBA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 12 de julio de 2021.



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.



VISTO, ante Sección Tercera de la Audiencia Provincial, el recurso de apelación admitido a la parte demandante y demandada, en los reseñados autos, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número 14 de LPGC, de fecha 29 de noviembre de 2018, en el procedimiento ordinario número 913/17, seguidos, en esta alzada a instancia de SEGURCAIXA ADESLAS, SA SEGUROS Y REASEGUROS, CLÍNICA SANTA CATALINA, S.A.U., ALEJANDRO GONZALEZ ARAYA, ~~ANDREA DOMINGUEZ SANTANA, CATHARINA~~

~~FRANCISCO OJEDA RODRIGUEZ, ALICIA MARRERO PULIDO, FERNANDO MARCOS RODRIGUEZ RUANO, FERNANDO MARCOS RODRIGUEZ RUANO, FERNANDO MARCOS RODRIGUEZ RUANO, FERNANDO MARCOS RODRIGUEZ RUANO y FERNANDO MARCOS RODRIGUEZ RUANO~~ y dirigidos por el Abogado/a D./Dña. MARIA LUISA DURAN POBLET, MIGUEL JOSE ROIG SERRANO, OCTAVIO LUIS HENRIQUEZ PORTILLO, OCTAVIO LUIS HENRIQUEZ PORTILLO, OCTAVIO LUIS HENRIQUEZ PORTILLO y OCTAVIO LUIS HENRIQUEZ PORTILLO,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada dice:

Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Rodríguez Ruano en representación de Don Alejandro González Araya, Don ~~FRANCISCO OJEDA RODRIGUEZ, ALICIA MARRERO PULIDO, FERNANDO MARCOS RODRIGUEZ RUANO, FERNANDO MARCOS RODRIGUEZ RUANO, FERNANDO MARCOS RODRIGUEZ RUANO y FERNANDO MARCOS RODRIGUEZ RUANO~~, contra la parte demandada la entidad Clínica Santa Catalina SAU, representada por Alicia Marrero Pulido, y contra la entidad Segurcaixa Adeslas Sa de Seguros y Reaseguros, representada por Don Francisco Ojeda Rodríguez, debo **DECLARAR Y DECLARO:**

- La condena a las demandadas a abonar, de forma solidaria, a los demandantes la suma de 332.553,3 euros €, más los intereses legales en la forma estipulada en el fundamento séptimo de la presente resolución.
- Todo ello sin imposición de las costas a ninguna de las partes.

SEGUNDO.- La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia, y tras darle la tramitación oportuna se señaló para su estudio, votación y fallo el día 31/05/2021.

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la sentencia el Ilmo./a. Sr./a. D./Dña. RICARDO MOYANO GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de recurso por parte de todas las partes procesales la sentencia parcialmente estimatoria de la demanda de reclamación de cantidad por daños derivados de negligencia médica con resultado del fallecimiento de la paciente, parientes y cónyuge de los demandantes. La paciente, gestante en el segundo trimestre de embarazo, de 35 años de edad, acudió al servicio de urgencias en diversas ocasiones desde el 21 de marzo de 2016, con distinta sintomatología de afección respiratoria, y al no mejorar con los tratamientos prescritos hubo de ser ingresada en la unidad de cuidados intensivos, con diagnóstico de neumonía, donde falleció el 14/4/2016. Los demandados son la entidad Vithas Sanidad S.L., como propietaria de la clínica Santa Catalina donde se prestaron los servicios médicos, la entidad aseguradora Adeslas S.A., que prestaba a través de dicha clínica los servicios sanitarios concertados con la Mutuality MUFACE, a la que pertenecía la fallecida.

La sentencia considera probada la negligencia médica, bajo los hechos que declara probados y que transcribimos a continuación, y condena a los codemandados al pago de la suma de 332.553,3 €.

Transcribamos, para mayor claridad también, los hechos que el juzgador declara probados, en valoración conjunta de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica:

“La Sra. Heredia, con fecha 21 de Marzo del 2016, en estado de gestación (29 semanas y 6 días) acudió al servicio de Urgencias del Hospital Vithas Santa Catalina de Las Palmas “para control gestacional” por “presentar dinámica uterina” (Bloque documental núm. 9 de la demanda). Se le da el alta el 23 de marzo, y no consta en dicha documentación que durante esos días Doña Chaxiraxi presentase síntomas de gripe, teniendo una temperatura de 36,6º en el momento de su ingreso.

El día 24 de Marzo acudió nuevamente al Servicio de Urgencias del Hospital demandado, a las 15:38h, recogiendo el informe de “valoración de urgencias” que “viene hoy por fiebre por la noche referida, tos y refiere sentir contracciones en este momento”, con una temperatura de 36,8º. En la exploración se anotó “Refiere contracciones desde ayer asociada a mucha tos y fiebre”, y fue diagnosticada de un “síndrome gripal”. Se remitió al área de obstetricia para valoración de la dinámica uterina, y en el servicio obstétrico, tras la “exploración física”, se reflejó por escrito que la paciente tenía una tos irritativa, el abdomen era blando y depresible y que la dinámica uterina era escasa, de baja intensidad, con movimientos fetales, siendo diagnosticada nuevamente de “cuadro gripal”. (Bloque Documental núm. 11 de la demanda).

El día 25 de Marzo, Dña. Chaxiraxi fue a las consultas externas del Hospital Santa Catalina para renovación de su baja laboral. No consta ni examen médico ni exploración, ni que por la misma se refiriese síntoma alguno (Documento 12). El Parte Médico de la Incapacidad Temporal se expidió por “Hiperémesis Gravídica” (presencia de náuseas y vómitos intensos y persistentes).

El día 26 de Marzo, Doña Chaxiraxi tuvo que visitar de nuevo las Urgencias de Ginecología y Obstetricia. En el informe se recoge que “Acude por sospecha de DU. No sangrado ni



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.





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 requieren 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.



expulsión de LA. MFN. Actualmente en tratamiento por cuadro catarral. Normotensa y afebril. Tos irritativa. ". Solo se diagnostica "Control gestacional".

El día 27 de Marzo, a las 10:08H, vuelve al servicio de Urgencias aquejada de "tos, mocos, dolor dorsal y náuseas". Fue derivada para valoración obstétrica, y en el informe de este servicio (Documento núm. 16) se hace constar que la paciente tenía una temperatura de 37,9°, conteniendo, además, el mismo una anotación manuscrita que dice "la mando para Urgencias que valoren el dolor costal". En el servicio de urgencias se le dio el alta a las 11:38H con el diagnóstico de "síndrome gripal" (Bloque Documental 15). Se le prescribió paracetamol.

El día 28 de Marzo, a las 3:20H, acude nuevamente Doña Chaxiraxi al servicio de Urgencias de la entidad demandada. Presentaba una temperatura de 38,6°, y en el informe se hace constar que "acude por cuadro de cuatro días de evolución de rinorrea acuosa, odinofagia, tos semiproductiva, fiebre. Asimismo, el día de hoy presenta náuseas, vómitos, deposición diarreica x 1 sin contenido patológico, sangre o moco". Se le dio el alta con el diagnóstico de gripe y de gastronteritis aguda (Bloque Documental 17).

Ese mismo día 28 asiste al ginecólogo, que hace constar en su informe que la paciente acude "por referir cuadro de odinofagia, tos y fiebre de 5 días de evolución", diagnosticando "gestación + faringitis". Se le prescribió Augmentine 875 mg y Codefferalgan (Bloque Documental 18).

El día 29 de Marzo, la paciente volvió nuevamente al Servicio de Obstetricia, recogiendo el informe como síntomas "refiere fiebre termometrada ha llegado a tener 39,2°, tos y dificultad respiratoria de una semana de evolución". Presenta una temperatura de 38,7°. Se solicita "Rx torax urgente. Neumonía izquierda" (Documento 19).

La tarde-noche de ese mismo día 29, Doña Chaxiraxi fue al Servicio de Urgencias, reflejando el informe "Paciente gestante de 31 semanas que acude por cuadro de 1 semana de evolución de comienzo con rinorrea acuosa, odinofagia, tos seca no productiva, y hace tres días episodio de náuseas acompañado de vómitos, presentando

en el día de hoy fiebre así como dificultad respiratoria." (Documento 20). Se prescribió una analítica general .

La radiografía realizada a la Sra .Heredia informó de áreas de consolidación parenquimatosa subsegmentarias del hemitórax izquierdo, de localización en lóbulo inferior y focalmente en áreas de lóbulo superior, "sugiriendo corresponder con bronconeumonía" (Documento núm. 21). Unas horas más tarde, se realizó de urgencias una TAC torácica que confirmó la presencia de infiltrados parenquimatosos bilaterales en vidrio deslustrado de extensión en ambos campos pulmonares de manera difusa, de aspecto pseudo confluyente con áreas de broncograma aéreo, "sugestivo de cuadro infeccioso-inflamatorio" (Documento 22).

En la madrugada del día 30 de marzo de 2016, a las 00:44H, la Sra. Heredia tuvo que ser ingresada en la unidad de cuidados intensivos por Bronconeumonía, presentando una temperatura de 37,7°.(Documento núm. 23).



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 requieren 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.



En el Informe médico del ingreso en la U.C.I (Documento núm 24) se hace constar como motivo: Bronconeumonía y "paciente gestante de 31 semanas que acude por cuadro de 1 semana de evolución de comienzo con rinorrea acuosa, odinofagia, tos seca no productiva, y hace tres días episodio de náuseas acompañado de vómitos, presentando en el día de hoy fiebre así como dificultad respiratoria.". Se diagnosticó una "insuficiencia respiratoria aguda. neumonía extracomunitaria bilateral grave en paciente embarazada". No se modificó el tratamiento antibiótico manteniendo a la paciente con Augmentine (Documento 25).

Este mismo día, se refleja en el informe de "Evolución y curso clínico" que "el diagnóstico más probable se trataba de "insuficiencia respiratoria aguda con distres respiratorio secundaria a causa infecciosa (probablemente virus h1n1)". Se realizó "prueba rápida" de detección del Virus de Gripe A que da negativo. (documento núm. 26).

El día 31 de marzo se realizó cesárea urgente, naciendo la menor Aitana. (Documento 27).

Se inició el tratamiento de la gripe A con Tamiflú el 31 de marzo. El día 3 de abril tenía la paciente secreciones bronquiales purulentas y seguía en estado de shock séptico. Sufrió un empeoramiento respiratorio, y se decidió cambiar el tubo endotraqueal. El día 4 de abril se confirmó la infección por virus de la Gripe A. Se continuó con Tamiflu y se suspendieron los corticoides.

El día 05 de abril se observó fuga por el balón del tubo endotraqueal y se decidió cambiar por segunda vez éste. Tras su cambio bajó la saturación y aumentó mucho la frecuencia cardiaca (152/min); Se realizó radiografía y se apreció neumotórax bilateral por barotrauma (altas presiones en vía aérea que se administraron) por lo que se le colocaron drenajes pleurales.

El 10 de abril se sale el tubo torácico derecho y se coloca uno nuevo. (Bloques documentales núm. 28 y 29).

El día 13 de abril se coloca un segundo tubo de drenaje torácico izquierdo (ya tenía uno en el lado izquierdo y otro en el derecho), comenzando a salir "abundante contenido hemático" (anexo 5 del documento núm. 38).

Doña Chaxiraxi falleció a las 02:17 horas del 14 de abril siendo el diagnóstico principal el de "Neumonía bilateral masiva por gripe A".

Los apelantes solicitan lo siguiente:

1) Por la parte actora, se solicita la condena a la suma total reclamada en la demanda, denunciando la ausencia de consentimiento informado y error de valoración de pruebas, o subsidiariamente con la reducción del baremo de la ley 35/2015 pero no en la cuantía y porcentaje que establece la sentencia, respecto al lucro cesante, sino en una superior. Además, denuncia infracción procesal en la indebida admisión del informe pericial de la parte demandada -Vithas S.L.-

2) La entidad Vithas solicita la total desestimación de la demanda por inexistencia de negligencia médica, o en su defecto por inexistencia de pérdida de oportunidad causante de daño, o subsidiariamente que la indemnización no supere los 50.000 €.



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 requieren 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.



3) La aseguradora discrepa de la consideración de la asistencia como resultado de relación contractual con la paciente, siendo ésta extracontractual por basarse en concierto mutualista, por lo que no se dan los requisitos de responsabilidad del art. 1902 y 1903 del CC, debiendo ser absuelta dicha aseguradora, y subsidiariamente niega al igual que Vithas la existencia de los requisitos de la responsabilidad por negligencia médica. Igualmente considera inaplicables los intereses del art. 20 LCS.

Por coherencia procesal, comenzaremos analizando los recursos de las partes demandadas, que solicitan sin más la desestimación de la demanda, pues de estimarse los recursos de ambas quedaría vacío de contenido el recurso de la parte actora.

SEGUNDO.- *Recurso de la entidad Vithas-Clínica Santa Catalina.*- Considera el codemandado apelante que no existió negligencia médica en el tratamiento recibido de sus servicios médicos hospitalarios por la fallecida, siendo ajustado el tratamiento recibido antes del 27 de marzo, como el posterior, sin infracción de la “lex artis”, pues la ciencia médica no puede predecir el curso de los padecimientos del ser humano a partir de síntomas comunes a varias afecciones, sin que sea posible realizar un diagnóstico retroactivo o de regreso, a la vista del acaecer causal, imprevisible en el momento en que se realiza el seguimiento inicial a la paciente, no siendo hasta el 29 de marzo cuando la clínica de la paciente cambia, surgiendo dificultad respiratoria y estado febril, que es cuando se realizan las pruebas radiológicas y a la vista de la gravedad se decide el ingreso en la unidad de cuidados intensivos.

En cualquier caso, entiende el apelante que si se aplica la teoría de la pérdida de oportunidad por considerar que debió anticiparse un tratamiento diferente, el porcentaje no puede ser el 75% del daño sufrido, sino un máximo de 50.000 €.

Hemos de recordar los fundamentos conceptuales del tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad médica en la jurisdicción civil. **La negligencia médica como subtipo de la responsabilidad profesional.**- Como es sabido, la responsabilidad sanitaria es un subtipo de la responsabilidad por daños, derivado de criterios de imputación bien objetiva bien por negligencia. En este caso, que es el aplicable a la responsabilidad médica, se exige un criterio de imputación subjetiva basado en la prueba de la negligencia del profesional, conforme al art. 1902 del CC, fuera de los casos excepcionales en que se aplica la teoría de la inversión de la carga de la prueba. La negligencia del médico procede de la infracción de la “lex artis”. Todo ello por cuanto la obligación del médico es de medios y no de resultado, dada la incertidumbre de la ciencia médica, a pesar de sus avances, por lo que el médico quedará exonerado si prestó los medios exigibles conforme a la diligencia debida en el caso concreto –“lex artis ad hoc”-. El criterio de imputación resulta del artículo 1902 CC, es decir, la existencia de una conducta culposa o negligente imputable al médico, la existencia de resultado lesivo y relación causal de la conducta con el daño. Para determinar si una conducta, por acción u omisión imprudente es susceptible de haber causado el daño, no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado o atribución del resultado, lo que en la determinación del nexo de causalidad se conoce como causalidad material y jurídica (SSTS de 29 de marzo de 2006 y 25 de noviembre de 2010). La imputación objetiva comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta



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.



realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias.

Por otro lado, como decimos, a pesar de la existencia de negligencia, dado que la responsabilidad exige la prueba del daño y la relación causal con la acción negligente, ha de acreditarse que el daño sufrido por el paciente tiene como causa la negligencia acreditada. Un supuesto en que se produce la inversión de la carga de la prueba es el de la producción de un daño desproporcionado. *STS de 6 de junio de 2014*, " **La doctrina del daño desproporcionado, permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito, pues ante la existencia de un daño de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume** (*SSTS 16 de abril y 23 de mayo 2007*). **El daño desproporcionado – STS de 19 de julio de 2013- es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el "onus probandi" "de la relación de causalidad y la presunción de culpa** (*SSTS 30 de junio 2009, 27 de diciembre 2011. 2069/2008, entre otras*), **sin que ello implique la objetivación, en todo caso, de la responsabilidad por actos médico", "sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia (res ipsa loquitur)"** (*STS 23 de octubre de 2008*)."

Por tanto, fuera del caso citado, corresponde al demandante la prueba del daño y del nexo causal. No obstante, la incertidumbre que rodea el acaecer causal en los procesos biológicos y la incidencia del tratamiento sanitario prestado u omitido conlleva la dificultad de dar por probado, con probabilidad de certeza, el nexo causal en la responsabilidad médica. En estos casos la jurisprudencia ha introducido el criterio de la indemnización por pérdida de oportunidad, de tal modo que si a pesar de no obtenerse certeza causal, se acredita una mayor o menor pérdida de oportunidad curativa derivada de la negligencia médica, procede la indemnización, baremando la cuantía en función de la intensidad de la oportunidad perdida.

En este caso, los demandantes aportaron numerosa prueba documental -historia clínica- y pericial, consistente en cinco informes técnicos, acreditativos de la negligencia por infracción de la "lex artis" al menos en dos momentos concretos, los primeros días de asistencia de la paciente luego fallecida, y la colocación de tubo de drenaje torácico, en la unidad de cuidados intensivos, además de la practicada en la vista de primera instancia. Los actores aportaron en concreto como documentos documentos 38, 51, 52, 53 y 54 de su demanda. En todos ellos se concluye en unos u otros términos en que el diagnóstico de síndrome gripal y la implantación



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictado 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 requieren 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.



de tratamiento de choque con antibióticos y antivirales fue tardío, perdiéndose un tiempo precioso sin que se practicaran a la paciente pruebas como la PCR y la radiografía de tórax que estaban indicados por los síntomas que presentaba doña Chariraxi, que era paciente de riesgo por su condición de gestante y obesidad. Podrá discutirse si el diagnóstico fue correcto conforme al estado de la ciencia médica en los días iniciales de consulta, como hace la sentencia, que sólo considera probada la infracción de la "lex artis" desde el 27 de marzo inclusive, pero no antes. Y, aunque volveremos sobre ello al analizar el recurso de la parte actora, podemos anticipar que este Tribunal coincide con la sentencia apelada en que antes de esa fecha no puede reprocharse a los médicos que asistieron a la paciente déficit de tratamiento o de diagnóstico, porque los síntomas de doña Chaxiraxi no ofrecían suficiente consistencia para diagnosticar diferencialmente una afección gripal y para recurrir a pruebas radiológicas que se desaconsejan salvo indicación terapéutica en embarazadas o a antibióticos. Sin embargo, a partir del día 27 de marzo inclusive por la sintomatología sí existía esa sospecha de afección de virus gripal, bien nosocomial -la paciente había estado ingresado pocos días antes en el hospital- bien extrahospitalaria, pese a lo cual se omitieron en dicho servicio las pruebas precisas para confirmar dicho diagnóstico o descartarlo. Y pese a que ese día presentaba la paciente seis de los siete síntomas de gripe, e incluso un dolor dorsal o costal que podía sugerir neumonía -anotación en el informe del servicio de ginecología no impugnado de contrario, aunque en la apelación se pretenda tardíamente desconocer la autenticidad de la anotación-, se implanta en urgencias un tratamiento que no implica suministro de antivirales ni antibióticos, ni se realiza radiografía de tórax u otras pruebas radiológicas.

Por tanto, una vez efectuado el diagnóstico de gripe, tardíamente, no se implantó tampoco el tratamiento adecuado ni se realizaron las pruebas pertinentes para conocer el alcance de la afección respiratoria de doña Chaxiraxi, con infracción de la "lex artis" y del protocolo del Gobierno de Canarias para caso de afección gripal. Y el día 28 de marzo, cuando la paciente acude a urgencias de nuevo al seguir empeorando su estado, se continúa omitiendo la práctica de una simple radiografía, y se receta únicamente un antibiótico, augmentine, más coldaferalgan, sin incluir antivirales como Tamiflu, que ya entonces, si no antes, eran de suma urgencia en su prescripción facultativa. Además el tratamiento omite la toma de constantes vitales, pese a la evolución de muchos días, con empeoramiento del cuadro sintomatológico de fiebre alta que había llegado hasta 39,2 grados, rinorrea, vómitos, náuseas, y tos semiproductiva de la paciente.

Es el 29 de marzo cuando a la vista de la dificultad respiratoria de la paciente es ingresada en la unidad de cuidados intensivos el día 30, y es solo entonces cuando se le practican las pruebas que dan como resultado el diagnóstico de neumonía, y pese a los síntomas de sepsis, no se inicia el tratamiento con Tamiflu hasta el 31 de marzo. La paciente fallecería dos semanas más tarde sin haber podido abandonar la unidad de cuidados intensivos.

Es claro pues que el tratamiento al menos desde el día 27 de marzo al día 31 de marzo fue defectuoso, constitutivo de vulneración de la "lex artis", sin necesidad de analizar ahora el tratamiento seguido en la unidad de cuidados intensivos, ya que como exponen los peritos de la parte actora es claro que el retraso en el tratamiento antigripal, que como mínimo tuvo que haberse iniciado el día 27 de marzo, perjudicó el pronóstico de la paciente y agravó el riesgo de fatal desenlace, como así sucedió.



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.



Respecto al error o retraso de diagnóstico, recordemos que es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento;

1. que el error en el diagnóstico no es relevante si se han realizado todas las pruebas diagnósticas y se han realizado de forma eficaz;
2. sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad;
3. de igual forma servirá de base para la imputación de responsabilidad el hecho de no haber practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles;
4. no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (SSTS 15 de febrero 2006; 19 de octubre 2007; 3 de marzo y 10 de diciembre de 2010). Toda intervención médica implica un cierto grado de aleatoriedad en el que influye los riesgos o complicaciones generalmente admisibles y descritos en la ciencia médica, por lo que el fracaso de la intervención puede deberse a otros factores y no necesariamente la mala praxis (alteraciones biológicas del paciente etc.).

STS 27/3/2003 *“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, como dice la sentencia de 22 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4089), que cita la de 16-2-1995 (RJ 1995, 844), dado que la importancia de la salud humana así lo requiere y también lo impone, por lo que se incurre en responsabilidad, tanto contractual del artículo 1101, como extracontractual del 1902. No cabe disculpar para exonerar de la concurrencia de culpa civil que no se hubiera hecho uso de una prueba, que no resultaba decisiva, como aquí ocurre con la analítica practicada en forma tardía, ya que no permitió la distinción precisa entre los cuadros clínicos que presenta el cólico nefrítico, que fue el erróneamente diagnosticado y el aneurisma de aorta abdominal, pues lo que sí resultaba definitiva era la prueba exploratoria de ecografía, que la recurrente voluntariamente desechó y decidió no practicar, no obstante el diagnóstico precedente de padecer aneurisma, y haciendo caso omiso a la indicación del médico de cabecera en el parte de ingreso hospitalario, por ser un dato no rechazable de manera terminante como sucedió, pues en el mismo de forma bien expresiva e indicativa y hasta determinante se hizo constar literalmente: «Paciente con dolor a nivel de fosa renal derecha irradiado a vientre –tiene aneurisma de aorta abdominal– Ruego estudio». Evidentemente se desatendió el ruego y es la omisión de la prueba de ecografía, que desde el principio se presentaba como necesaria realizar, la que determina la grave omisión en el cuidado del enfermo que tenía a su cargo la recurrente, pues al no realizarla se le privó de la intervención quirúrgica que debió de seguir a la misma y si el Hospital de Ronda carecía de los medios necesarios para practicar esta operación, lo que se imponía era la remisión inmediata a otro centro dotado para poder llevarla a cabo.”*



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 disposición 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.



En este caso, es claro que la omisión de pruebas condujo al error de diagnóstico, y que se implantó tardíamente el tratamiento adecuado, incluso cuando ya estaba efectuado el diagnóstico correcto. No establecemos la certidumbre de que se hubiera evitado el óbito de la gestante, sino solamente que el diagnóstico tardío y el tardío tratamiento efectuado supuso una pérdida relevante de oportunidad de curación de doña Chaxiraxi, lo que es suficiente para la desestimación del recurso. La paciente tenía derecho a una atención de calidad conforme a los protocolos sanitarios vigentes y citados en los informes periciales, y conforme a la *lex artis* - diligencia profesionalmente debida-, que no le fue prestada, y que agravó el riesgo que suponía la afección viral de gripe que padecía, tardíamente diagnosticada, y defectuosamente tratada. Viene pues en aplicación como mínimo, a falta de una convicción de certeza del nexo causal, la teoría de la pérdida de oportunidades, que se agravó por la defectuosa colocación del tubo de drenaje torácico ya en sede de tratamiento en cuidados intensivos, como también se analizará posteriormente, pero que incluso sin este segundo elemento causal ya existe. Damos por reproducido en lo demás el razonado contenido de la sentencia apelada, que ha valorado ya la prueba efectuada en plenas condiciones de intermediación. En concreto, las conclusiones de los peritos de parte, que citamos parcialmente y que son suficientemente expresivas:

Sr. Gomez: *“la actuación del servicio de urgencias el día 27 de marzo es reprochable, se olvida anotar la existencia de fiebre. No se toman las constantes ni se recoge el orden cronológico de los síntomas, como el hecho importante de que aparecen en las primeras 24 horas tras un ingreso hospitalario de 3 días”* (página 16), siendo así que la *“paciente presentaba 6 de los 7 síntomas característicos de la gripe”* así como *“los síntomas menos frecuentes como las náuseas y el dolor torácico, y que suelen predecir complicaciones graves de la gripe. La presencia de dolor costal obligaba a descartar una neumonía como causa de los síntomas, por lo que la realización de una radiografía era de máxima importancia”*

Sr. Nicolau Pastrieu: *“la tos pertinaz con mucosidad, la fiebre elevada que no remitía y el posterior dolor torácico en la zona costo-dorsal bilateral, de aparición a los tres días del inicio de los síntomas, constituyen una secuencia cronológica habitual para establecer el diagnóstico de sospecha de neumonía”*, y si bien *“ciertamente los días 23 y 24 de marzo no había datos clínicos ni alteración de los parámetros vitales que indujeran a sospechar el agravamiento y complicación de la gripe”*, al añadirse el día 27 un dolor costo-dorsal bilateral *“estos síntomas eran de por sí sugestivos de una gripe grave en gestante y merecían la consideración de “sospecha de neumonía (...) y la necesidad/obligatoriedad de realizar unas pruebas complementarias que permitieran un diagnóstico firme de neumonía...”*. Y *“presentaba desde el inicio tos persistente, dolor de garganta y a los dos días dificultad para respirar”*, por lo que *“se trataba por tanto de un caso sospechoso con “alto grado de certidumbre”, pero que “no existió un proceso diagnóstico diferencial, pues desde el principio se aceptó, sin motivo, que la paciente padecía una enfermedad viral inespecífica a pesar del empeoramiento progresivo”, y que “la presencia de fiebre alta con dolor costal obligaba a descartar una neumonía como causa de los síntomas”*. *“no se adoptaron las exigibles medidas de diligencia para detectar posibles complicaciones”*, falta de diligencia *“llamativa cuando existían indicios claros de mala evolución de la gripe: la aparición de un dolor torácico bilateral no valorado en su justa medida*



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.



sin que se practicara una analítica base de sangre, sin determinación de los reactantes de fase aguda en sangre, no se procedió siquiera la realización de una radiografía simple de tórax”, radiografía que, se reitera, no era peligrosa y “estaba, según protocolos, absolutamente indicada su realización”.

Sr. Pérez González: “Es “cuando la clínica de la paciente cambia, aparece febril, la auscultación es totalmente diferente y ello lleva a la realización de una radiografía y posterior ingreso en la UCI tras constatarse gravedad, pero nunca antes..., tampoco entonces se actuó debidamente por el personal médico, ya que a la vista de los síntomas y las sospechas de diagnóstico se debía haber comenzado de forma inmediata el tratamiento contra la Gripe A, tal y como los protocolos de actuación exigen. Es por ello que “el no inicio del tratamiento antiviral ese mismo día 29 de marzo contra la gripe supuso un retraso más, cuanto cabe más irresponsable”, no ingresando a la paciente hasta el día 30 “lo que supone un claro retraso en la atención de una paciente que cumplía criterios de gravedad”, manteniéndose, en cambio, el mismo tratamiento de Augmentine pese a que “la paciente había empeorado, por lo que debía haber sustituido por otro” (informe del Sr. Gómez). A pesar de que a las “00.40 horas la paciente cumple criterios inequívocos de sepsis” no se inició el tratamiento contra la gripe que era “la sospecha diagnóstica más importante” no comenzando el tratamiento con el Tamiflu hasta el 31 de marzo”.

Los hechos probados de la sentencia apelada, que ya transcribimos anteriormente, son la decantación de la convicción judicial formada y explicitada motivadamente a partir del análisis probatorio. Hemos de recordar, respecto a dicha convicción, que el sistema de formación de la convicción judicial se basa en la evaluación de todos los medios de prueba válidamente practicados, que en general, fuera de muy concretas pruebas legalmente tasadas, descansa en una valoración libre y conjunta del acervo probatorio, conforme a las llamadas “reglas de la sana crítica”, concepto jurídico indeterminado utilizado que se ha definido como un criterio de libre valoración motivado,] vinculado a principios lógicos, y a reglas nacidas de la experiencia” (SAP Madrid, 28 noviembre 2006), o como “el camino del discurrir humano que ha de seguirse para valorar sin voluntarismos ni arbitrariedades los datos suministrados por la prueba” (SAP Guipúzcoa 15 mayo 2006). En general las reglas de la sana crítica se vinculan a las llamadas “máximas de experiencia” judicial, definidas igualmente como “juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden validez para otros nuevos”.

La LEC establece normas de valoración tasada: arts. 316.1 LEC –para el interrogatorio de las partes, cuando no siendo contradicho por otros medios de prueba, la parte interrogada admita como ciertos hechos enteramente perjudiciales y en lo que intervino personalmente-; arts. 319 LEC –sobre fuerza probatoria de los documentos públicos-; arts. 326 LEC CC –sobre fuerza probatoria de los documentos privados-. Y otras basadas en la sana crítica: art. 316.2 LEC – para el interrogatorio de parte cuando la declaración de la parte no versa sobre hechos personales, no resulta enteramente perjudicial o aparece contradicha por otros medios de prueba-, art. 348 LEC –para la prueba pericial-, art. 376 LEC –para el interrogatorio de testigos-; art. 382.3 LEC –para los instrumentos de filmación, grabación y semejantes-. Existe pues una



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 disposición 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.



gran libertad de valoración judicial, y la revisión en segunda instancia es de carácter limitado, pues si se han respetado las reglas legales y la sentencia contiene suficiente motivación, las conclusiones alcanzadas por el juzgador de primera instancia han de ser respetadas, al haberse producido en condiciones de inmediación, con posibilidad de ampliación o aclaraciones en la vista, etc., y emanar de un órgano con potestad jurisdiccional ejercida con imparcialidad y objetividad, que no puede pues ser sustituida por el criterio legítimo pero subjetivo y parcial de la parte apelante, fuera de los casos de que se acrediten conclusiones irracionales, absurdas, o inmotivadas. En este sentido por ejemplo : SAP Murcia 27/11/2012 .:" *la valoración de la prueba, en virtud de los principios de inmediación y de libre valoración (arts. 137 , 289 , 316 , 376...de la L.E.C .), es una función de la exclusiva y excluyente competencia del Juzgador "a quo", y sólo puede ser revisada por la Audiencia, en el recurso de apelación, cuando resulte que no existe motivación o que las razones utilizadas por la Juez son ilógicas, absurdas o contrarias al criterio del razonar humano, debiendo señalarse de manera precisa y concreta cuál es el dato equivocado y cuál ha de sustituirlo por resultar acreditado sin necesidad de hipótesis o conjeturas, y, sin que pueda pretenderse con la alegación de "errónea valoración de la prueba" sustituir la imparcial y objetiva apreciación de la Juzgadora "a quo" por una interpretación subjetiva e interesada de la parte recurrente."*

En este caso, las conclusiones son ponderadas, razonadas y motivadas, y conformes a las reglas del criterio humano, por lo que han de ser mantenidas en esta segunda instancia. Por lo demás, frente a un único dictamen de parte demandada especulativo, que apunta la imposibilidad de un diagnóstico gripal más temprano y un tratamiento más adecuado, se han alzado el resto de los informes periciales, que claramente establecen fechas exactas y datos en los que basan la omisión de las pruebas preceptivas incluso conforme a los protocolos sanitarios, y que han de prevalecer frente a la opinión única del perito de la parte demandada, que entre otras inconsistencias prescinde por completo de la omisión de pruebas radiológicas el día 27 y 28 de marzo, de la omisión de tratamiento antiviral hasta el 31 de marzo, etc., sin dar explicación de hasta qué punto estas negligencias supusieron pérdida de oportunidades curativas para la paciente.

El recurso pues ha de ser desestimado.

TERCERO.- Recurso de la aseguradora Adeslas S.A.- : La codemandada Adeslas S.A. alega falta de legitimación pasiva y de responsabilidad, ya que la asistencia sanitaria no deriva de un contrato de servicios entre la fallecida y la compañía, sino que se presta la asistencia en el marco de un concierto entre Adeslas y la mutua MUFACE, por lo que no existe vínculo contractual entre las partes, y la responsabilidad sólo pudiera ser extracontractual y fundada en la responsabilidad por hecho ajeno del art. 1903 CC, que en este caso es también inexistente dado que los médicos actuantes no estaban bajo la dependencia de Adeslas sino de Vithas.

Subsidiariamente, de considerarse existente la responsabilidad, entiende que ha existido error de valoración de la prueba, y en último término que la compañía no ha de ser condenada al pago de los intereses del art. 20 LCS por no existir contrato de seguro sanitario entre la fallecida y la compañía y no de ser aplicación pues dicho precepto.



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 disposición 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.



Hacemos abstracción del análisis de la existencia de negligencia profesional, remitiéndonos a lo ya expresado en el fundamento de derecho anterior. Respecto a la naturaleza de la responsabilidad de Adeslas, es cierto que en el caso de asistencia sanitaria a través de conciertos mutualistas la jurisprudencia ha considerado que existe, de modo paralelo a lo que sucede en la asistencia de la S. Social, solamente una posible responsabilidad extracontractual y no contractual, STS de 14 septiembre 2015. Sin embargo, como admite el propio apelante, ello no excluye la responsabilidad extracontractual frente al usuario del servicio sanitario, en aplicación del concierto de la mutualidad con Adeslas, como apunta la propia sentencia citada, en aplicación del art. 1903-4º CC, basado en el principio de la "culpa in eligendo", y en la dependencia al menos económica y funcional de los médicos y centros que prestan la asistencia en ejecución del concierto entre MUFACE y Adeslas.

Y ello porque el mutualista y la propia mutualidad no son los que deciden los médicos y hospitales que prestan el servicio sanitario, sino que está decisión la toma en exclusiva la aseguradora, que es quien contrata tales servicios y les elige. Un supuesto similar ha sido resuelto por la

SAP Madrid 16/3/2018: "*Dice la Sentencia del TS 545/2011, de 18 de julio (RJ 2011, 6123), que "Es reiterada la jurisprudencia que declara que existe solidaridad impropia entre los sujetos a quienes la responsabilidad por ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única. Esta responsabilidad, a diferencia de la propia, no tiene su origen en la ley o en pacto expreso o implícito sino que nace con la sentencia de condena (SSTS 17 de junio de 2002 , 21 de octubre de 2002 , 14 de marzo de 2003 , 2 de octubre de 2007, RC n.º 3779/1999). Por tanto, en ese ilícito culposo, con pluralidad de agentes, responden solidariamente los mismos, pudiendo el perjudicado dirigirse contra cualquiera de ellos, al amparo del artículo 1.902 en relación con 1.144 del CC (LEG 1889, 27) ., según reiterada doctrina y jurisprudencia, sin que exista litisconsorcio pasivo necesario (SS.TS. de 3 de Julio de 1.995 , 14 de Diciembre de 1.996 , y 31 de Enero y 20 de octubre de 1.997 , entre otras). Por otra parte, la STS, Sala 1ª, de 19 de octubre de 2013 (Sentencia nº 480/2013; Recurso núm. 1235/2011), citando igualmente las de 4 de diciembre de 2007 y 4 de junio de 2009, y abordando específicamente la cuestión, establece:*

"Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios entre los codemandados estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, establecida con carácter general en el art. 1903,4º CC (LEG 1889, 27) , caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente del facultativo, como sucede en este caso en el que, en el ámbito de esta relación, ha quedado probado la producción del resultado lesivo por una defectuosa prestación del servicio por personal perteneciente al cuadro médico de la aseguradora."



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



En consecuencia, al constar que con la citada entidad la demandante tenía concertado un seguro de salud desde el año 2009, en su condición de miembro perteneciente al colectivo MUFACE, y que los centros hospitalarios donde recibió tales servicios estaban adscritos a su cuadro médico o relación de centros y profesionales adscritos a dicha entidad, es clara tanto la legitimación pasiva, como la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario, por los anteriores fundamentos.”

Por todo lo expuesto, dada la dependencia contractual que tenía Vithas y el personal médico de dicha empresa con la aseguradora, y la elección que efectúa Adeslas de dicho centro médico, se ha de hacer responsable en solidaridad impropia de los daños causados por este centro por negligencia. Nos remitimos igualmente a la STS 29/4/2021 que transcribimos en el siguiente apartado, donde se analiza con detalle la naturaleza de la relación generada por el concierto de la mutualidad con la aseguradora, de donde resulta que aunque formalmente es un contrato de gestión de servicio público en la práctica es un contrato de asistencia sanitaria en que los mutualistas son beneficiarios de dicho contrato.

Respecto a la condena al pago de los intereses del art. 20 LCS, aun tratándose como decimos de responsabilidad extracontractual, procede dicho pago, como parte de la indemnización resarcitoria al perjudicado. En este sentido la ya citada STS 29/4/2021: *“El recurso se interpone por interés casacional al amparo del art. 477.2.3 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) . Se señala como vulnerada la doctrina de la sentencia del pleno de la Sala 64/2018, de 6 de febrero (RJ 2018, 219) , sobre aplicación de los intereses del art. 20 de la LCS (RCL 1980, 2295) a las compañías aseguradoras de asistencia médica. Igualmente, en apoyo de tal pretensión, se invocaron las sentencias 438/2009, de 4 de junio (RJ 2009, 3380) ; 948/2011, de 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 1784) ; 336/2012, de 24 de mayo (RJ 2012, 6539) y auto de 17 de septiembre de 2013.*

2.- Desarrollo del recurso

La parte recurrente señala que es errónea la interpretación de la Audiencia, cuando considera que no es aplicable a la compañía demandada los intereses del art. 20 de la LCS, lo que contradice el criterio sustentado por esta Sala en su sentencia del Pleno de 6 de febrero de 2018 (RJ 2018, 219) , en la que se abordó dicha cuestión, y que reproduce en el escrito de interposición junto con las otras sentencias antes citadas. Se sostiene que la obligación, a la que se comprometió ASISA a través de su concierto con MUFACE, es la de prestar unos servicios sanitarios, lo que le obliga a responder de la calidad de los mismos y de haber sido inadecuadamente prestados debe responder con sujeción a los intereses del art. 20 de la LCS, siempre que incurra en mora.

3.- Posición de la compañía demandada

La entidad demandada insiste en que, entre ella y la demandante, no concurre relación contractual de clase alguna, pues la única existente es la concertada con MUFACE, pero no con los mutualistas/beneficiarios, argumento que se apoya con la cita de la sentencia de 13 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4225) .



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.



Por consiguiente, se razona que la única vinculación que une a la actora con ASISA proviene del Concierto de Asistencia Sanitaria con MUFACE, que se encuentra regulado por la Ley de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por RD 4/2000, de 23 de junio (RCL 2000, 1441) y su reglamento constituido por el RD 375/200 (RCL 2003, 1013), así como a través de los conciertos que periódicamente realiza MUFACE, en los que no son parte los mutualistas, y sin que se aplique supletoriamente la Ley de Contrato de Seguro.

La finalidad de dichos conciertos no es otra que garantizar la prestación de asistencia sanitaria a los mutualistas al margen de cualquier contrato de seguro, bien sea éste de asistencia sanitaria o de responsabilidad civil. De la misma manera que, si un mutualista opta por la sanidad pública y sufre una mala praxis médica, no se condena a la Administración sanitaria a los intereses moratorios del art. 20 de la LCS, tampoco deberá suceder lo mismo con las entidades privadas que asumen tal prestación.

Se argumenta que la sentencia del pleno 64/2018, de 6 de febrero (RJ 2018, 219), se refiere a seguros concertados individualmente por los asegurados, lo que no sucede en el caso que nos ocupa en que nos hallamos ante un régimen especial de la Seguridad Social.

Por último, se indica que el carácter sancionador de los intereses del art. 20 de la LCS exige una interpretación restrictiva. La demandada no es pues una aseguradora de asistencia sanitaria, ni tampoco de responsabilidad civil, contando con su propia compañía de seguros que cubre sus responsabilidades civiles.

En cualquier caso, para el supuesto hipotético de que se estimara el recurso, no debían imponerse los intereses del art. 20 de la LCS, desde la fecha del siniestro, sino dentro del marco de las alternativas siguientes: a) desde la fecha de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, el 9 de octubre de 2017, que fue cuando se determinó el daño y su causa; b) alternativamente, desde el 16 de diciembre de 2015, data del emplazamiento en el proceso civil, pues a partir de ese momento pudo disponer de la documentación correspondiente; y c) subsidiariamente, desde la primera reclamación recibida por la aseguradora, el 10 de febrero de 2015, en aplicación del art. 20.6 LCS.

Decisión del recurso

1.- Consideraciones previas

A los efectos resolutorios del presente recurso hemos de partir de la base de que no se discute la responsabilidad civil de ASISA, ni su legitimación pasiva para sufrir la carga del proceso, lo que es conforme además con una reiterada jurisprudencia de esta Sala, de la que constituyen simple botón de muestra las sentencias 642/2001, de 19 de junio (RJ 2001, 4974); 902/2004, de 4 de octubre (RJ 2004, 6066); 1108/2004, de 17 de noviembre (RJ 2004, 7238); 1154/2007, de 8 de noviembre (RJ 2007, 8253); 1242/2007, de 4 de diciembre (RJ 2008, 251); 438/2009, de 4 de junio (RJ 2009, 3380); 669/2010, de 4 de noviembre, o 64/2018, de 6 de febrero (RJ 2018, 401), entre otras.

Esta Sala ha reconocido la responsabilidad de la aseguradora de asistencia médica con los mutualistas calificada como extracontractual, en el sentido expuesto, la



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 disposición 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 regulan 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.



sentencia 546/2015, de 13 de octubre (RJ 2015, 4225) , ha establecido que: "la acción que ejercite el mutualista funcionario civil del Estado contra la Entidad con la que haya concertado su Mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquél el daño sufrido por la prestación del servicio, tiene como plazo de prescripción el de un año".

En segundo lugar, es necesario destacar que nos encontramos ante un seguro de asistencia sanitaria y no de simple reintegro de los gastos médico-quirúrgicos devengados. No es objeto de controversia el importe de la indemnización señalada por el daño causado.

No ofrece duda tampoco el ejercicio viable de una acción por culpa extracontractual, sometida al plazo de prescripción de un año, del mutualista de MUFACE contra las entidades concertadas, que prestan servicios de asistencia sanitaria a sus afiliados (sentencia 546/2015, de 13 de octubre).

2.- El marco normativo

Las disposiciones normativas que condicionan la resolución del presente litigio son las siguientes:

La disposición adicional vigésima del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (RCL 2011, 2050y RCL 2012, 106) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, vigente al desarrollarse los presentes hechos, que dispone:

"1. Los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público".

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio (RCL 2000, 1441) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, establece, en el art. 4.1, que el sistema de mutualismo administrativo se gestionará y prestará a través de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), dependiente del Ministerio de Administraciones Públicas, que se configura jurídicamente como un organismo público, con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión.

Los funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado se incorporarán obligatoriamente, como mutualistas, a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado en los términos del art. 7 de dicha disposición general. Dentro de las prestaciones que les corresponden está la asistencia sanitaria [art. 12.1 a)], que tiene por objeto la prestación de los servicios médicos, quirúrgicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios de este Régimen especial, así como su aptitud para el trabajo (art. 13).

Por último, el art. 17.1 norma que: "La asistencia sanitaria se facilitará por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, bien directamente o por concierto con otras



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.



entidades o establecimientos públicos o privados. Estos conciertos se establecerán preferentemente con instituciones de la Seguridad Social".

Por su parte, el Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo (RCL 2003, 1013), aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo y, en su artículo 77 establece:

"1. La asistencia sanitaria se facilitará por la Mutualidad General directamente o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados, preferentemente con instituciones de la Seguridad Social. Cuando la asistencia se facilite mediante concierto, los mutualistas podrán elegir, bien en el momento de la afiliación o alta, bien dentro del periodo que se señale al efecto, la entidad o establecimiento público o privado a través del cual hayan de recibir la prestación de dicha asistencia.

2. Los conciertos estipularán los derechos y obligaciones recíprocos de las partes, así como las modalidades, forma, condiciones de la asistencia y las causas por las que ésta se prestará a los beneficiarios con derecho a ella".

El artículo 78 del precitado reglamento prevé que si el beneficiario, salvo en los supuestos que enumera, por decisión propia o de sus familiares, utilizase servicios sanitarios distintos de los que le correspondan, será él quien los abonará sin derecho a reintegro.

Y, su artículo 151.3 señala que:

"La prestación de servicios asistenciales por entidades públicas, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas que sean precisos para el cumplimiento de los fines de la acción protectora de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, cualquiera que sea su importe y la modalidad que revistan (convenios, conciertos, pólizas, u otras modalidades análogas), se convendrán de forma directa entre la mutualidad y la entidad correspondiente, con informe previo de la Abogacía del Estado del Ministerio de Administraciones Públicas y de la Intervención delegada en el organismo sobre el proyecto de convenio, concierto, póliza o documento en el que consten las condiciones de prestación".

Finalizaremos este marco normativo mediante la cita de las Resoluciones de 20 de diciembre de 2011 y 20 de diciembre de 2013, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se publica el concierto suscrito con entidades de seguro para el aseguramiento del acceso a la prestación de asistencia sanitaria en territorio nacional a los mutualistas y demás beneficiarios de la misma que hayan optado por recibirla a través de entidades de seguro, durante los años 2013 y 2014 y se regula el cambio de entidad prestadora de la asistencia sanitaria.

Ambas resoluciones reproducen el art. 7.2 del concierto que se refiere al régimen jurídico aplicable al mismo, en el que se establece:

"7.2. Naturaleza y régimen de las relaciones asistenciales

7.2.1 El presente Concierto no supone ni hace surgir ninguna relación entre MUFACE y los facultativos o centros de la Entidad que presten la asistencia. Las relaciones entre la Entidad y los facultativos o centros son en todo caso ajenas al Concierto.

7.2.2 Consecuentemente, son también ajenas al conjunto de derechos y obligaciones que determinan los fines del Concierto y se configuran como relaciones autónomas entre las



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 disolución 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.



partes:

- a) Las relaciones de los beneficiarios con los facultativos de la Entidad por causa que afecte o se refiera al ámbito propio del ejercicio profesional de dichos facultativos.
- b) Las relaciones de los beneficiarios con los centros de la Entidad propios o concertados, por causa de la actividad asistencial de dichos medios o del funcionamiento de sus instalaciones o por motivo que afecte o se refiera al ámbito propio del ejercicio profesional de los facultativos que, bajo cualquier título, desarrollen actividad en dichos centros.

Las relaciones mencionadas en las letras a) y b) de la presente cláusula seguirán siendo ajenas a los fines del Concierto aun cuando, en virtud de las vinculaciones existentes entre los facultativos y centros y la Entidad, puedan generar efectos directos o subsidiarios sobre éstas.

7.2.3 Las relaciones mencionadas en la cláusula precedente tendrán la naturaleza que, con arreglo a derecho, corresponda a su contenido, y el conocimiento y decisión de las cuestiones que puedan surgir en las mismas serán competencia de la jurisdicción ordinaria civil, o, en su caso, de la penal".

Del juego normativo expuesto se obtienen las conclusiones siguientes:

- i. El régimen especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado queda integrado por el régimen del mutualismo administrativo, que se regula por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio (art. 2).
- ii. Quedan obligatoriamente incluidos, en el campo de aplicación de este régimen especial, los funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado, que se incorporarán obligatoriamente como mutualistas (art. 7), con la obligación de cotizar (art. 10).
- iii. El sistema de mutualismo administrativo, al que se refiere la precitada Ley, se gestionará y prestará a través de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, MUFACE (art. 4.1).
- iv. Dentro de las contingencias cubiertas se encuentra la asistencia sanitaria (art. 11 a).
- v. La asistencia sanitaria se facilitará por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, bien directamente o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados (art. 17.1).
- vi. Los funcionarios a tales efectos tendrá derecho a optar por el régimen de prestación de dicha asistencia sanitaria que consideren oportuno, y elegir, en su caso, la concreta entidad aseguradora que les prestará sus servicios.
- vii. Los funcionarios, a través de dichos conciertos y mediante su cotización obligatoria a MUFACE, perciben su asistencia sanitaria como beneficiarios. Para ello, la entidad privada elegida enviará al mutualista el correspondiente carnet y le dará de alta en la prestación de tales servicios, con la obligación inherente de garantizarle la correspondiente y adecuada atención.
- viii. No existe relación jurídica entre MUFACE con los centros y facultativos a través de los cuales la demandada presta sus servicios.



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.



ix. Igualmente las relaciones entre la entidad demandada y los facultativos o centros son en todo caso ajenas al Concierto celebrado con MUFACE.

x. Las relaciones de los beneficiarios (funcionarios públicos) con los facultativos y centros hospitalarios son ajenas a los fines del Concierto, "aun cuando, en virtud de las vinculaciones existentes entre los facultativos y centros y la Entidad, puedan generar efectos directos o subsidiarios sobre éstas", las cuales se dirimirán por la vía civil.

3.- Estimación del recurso

El concierto celebrado por MUFACE con la demandada, aun cuando se trate de un contrato de gestión de servicio público, se configura bajo la fórmula de un seguro de asistencia sanitaria del que son beneficiarios los mutualistas, que eligen tal régimen prestacional a través de aseguradoras privadas.

En este sentido, es claro el art. 1.1.1 de los referidos conciertos, cuando señala que su objeto consiste en asegurar el acceso a la prestación de asistencia sanitaria en el territorio nacional a los mutualistas, que opten por recibirla a través de una entidad aseguradora privada, a los que el concierto les atribuye expresamente la condición jurídica de beneficiarios, los cuales son acreedores a la asistencia médica, que les deben prestar las compañías que suscribieron el mentado concierto. Existen pues relaciones entre los mutualistas, facultativos y aseguradoras a las que se refiere el art. 7.2 antes transcrito.

La obligación de recibir la asistencia sanitaria por parte de la compañía aseguradora comienza en la fecha en que el beneficiario haya quedado adscrito a ésta por los servicios de MUFACE. La entidad aseguradora, una vez tenga conocimiento del alta de un mutualista o beneficiario, le entregará una tarjeta que haga posible la utilización de los medios concertados desde el momento del alta, en su condición de beneficiarios de la asistencia médica objeto de cobertura.

La obligación asumida por la demandada se enmarca en el art. 105 de la LCS (RCL 1980, 2295), según el cual "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". La entidad demandada responde de los servicios prestados dentro del marco del precitado seguro con la obligación de garantizar a los beneficiarios una correcta atención.

Esta Sala ha establecido que las entidades de seguros de asistencia sanitaria son deudoras de los intereses del art. 20 de la LCS, como manifestación más próxima podemos citar las entencias 556/2019, de 22 de octubre (RJ 2019, 4457) y 503/2020, de 5 de octubre (RJ 2020, 3651), que reproduce la anterior, en aquélla razonamos:

"Entrando, por tanto, a conocer del recurso, debe recordarse que la sentencia del pleno de esta Sala 64/2018, de 6 de febrero, se pronunció sobre la cuestión planteada el mismo.

Tras un análisis detallado de los precedentes más significativos (especialmente la sentencia 438/2009, de 4 de junio, citada por la parte recurrente) el pleno de la sala concluyó que, tratándose de seguros de asistencia sanitaria (no de reintegro de los gastos médico-quirúrgicos) y existiendo una condena firme de la aseguradora sanitaria con base en el art.



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



1903.4 CC (LEG 1889, 27) , pero por razón del contrato de seguro y fundada en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales -en tanto que estas comprendían no solo la obligación de prestar los servicios médicos a sus afiliados sino también "la obligación de garantizarles una correcta atención"-, la consecuencia de todo ello y de la producción de un daño resarcible en el patrimonio del asegurado tras la verificación del siniestro o la materialización del riesgo debía ser la aplicación del recargo por mora del art. 20 LCS a los seguros de asistencia sanitaria, porque este precepto "no piensa únicamente en el incumplimiento de la prestación característica e inmediata del asegurador, sino que alcanza a todas las prestaciones convenidas vinculadas al contrato de seguro de asistencia, en virtud del cual se la condena"".

Procede, en consecuencia, estimar el recurso de casación interpuesto, casar la sentencia de la Audiencia y, en consecuencia, condenar a la demandada a abonar a la parte actora, como beneficiaria de la cobertura de asistencia sanitaria, los precitados intereses, en virtud del conjunto argumental antes expuesto.

CUARTO.-: Recurso de los demandantes.-

Admisión irregular de prueba pericial de la clínica codemandada.- Error de valoración de la prueba.- Indemnización por pérdida de oportunidad "versus" nexo causal probado entre el tratamiento médico y el daño acaecido.- Cuantificación conforme al baremo orientativo.

4.1. Solicita en primer lugar la parte actora-apelante que se inadmita el informe pericial de la clínica demandada, emitido por el doctor D. José Luis González Pérez, folios 289 y ss., tanto por cuanto pudo y debió elaborarse y adjuntarse con la contestación a la demanda sin que esté justificada su aportación posterior, como porque el momento de la aportación no respetó el plazo límite del art. 337 LEC. El motivo de impugnación de la prueba ha de ser rechazado. Respecto al mero anuncio de aportación ulterior realizado por el demandado, se justifica por la complejidad de la litis, habiendo aportado el actor numerosos documentos e informes periciales que explican que no pudiera realizarse un contrainforme dentro del plazo perentorio de contestación a la demanda. En cuanto a la aportación algo tardía del informe, el plazo del art. 337 LEC ha de ponerse en relación con el principio de contradicción, de forma que el actor disponga de plazo necesario para analizar y contradecir el dictamen, sin que aparezca que el dictamen haya causado indefensión a los demandantes, máxime cuando la audiencia previa se suspendió y tuvo lugar varios meses más tarde, por lo que los apelantes dispusieron de plazo amplio para estudiar y pedir aclaraciones del dictamen, por lo que en todo caso habría existido en la admisión de la prueba una irregularidad no invalidante que no conduce a la expulsión de la prueba del proceso.

4.2 En segundo lugar, consideran los actores-apelantes que ha existido prueba del nexa causal



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 requieren un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



con criterio de certeza, infracción de la lex artis, y que procede indemnización en los términos solicitados, aplicándose en otro caso la teoría del daño desproporcionado. Y subsidiariamente, de proceder una minoración del resarcimiento, discrepan los apelantes de los criterios aplicados en la sentencia apelada.

Aplicando el marco conceptual ya expuesto al caso presente, la evaluación del acervo probatorio y del juicio valorativo realizado por el juzgador de primera instancia nos llevan a confirmar la sentencia apelada. Hemos de comenzar rechazando la aplicación de la teoría del daño desproporcionado, ya que el diagnóstico de gripe y posteriormente de neumonía bilateral y la agravación del estado de la paciente hasta el fallecimiento, por desgracia no entraba dentro del daño imprevisible, excéntrico a los síntomas que presentaba la paciente a lo largo de las diversas intervenciones recibidas. Que el cuadro respiratorio que presentaba la víctima en las primeras intervenciones, en las cuales incluso en el servicio de obstetricia del día 24 de marzo -doctora doña Dayala Tautelo- ya se apuntaba que pudiera ser gripal, pudiera evolucionar a neumonía y a insuficiencia respiratoria, era una posibilidad real que al producirse no supuso la aparición de un daño imprevisible y desproporcionado, como tampoco el desenlace mortal, en su caso con la concausa del tratamiento recibido en cuidados intensivos y la hemorragia sufrida por Doña Chaxiraxi.

Del mismo modo, debemos confirmar la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad y descartar en cambio la apreciación de la certeza del daño como consecuencia de la negligencia médica. El actor aportó hasta cinco informes periciales (documentos 38, 51, 52, 53 y 54 de su demanda). De estos informes resulta que, de haberse producido el diagnóstico entre tres y cuatro días antes de cuando el síndrome gripal fue diagnosticado el día 28 de marzo -retraso en el diagnóstico debido a la falta de la práctica de pruebas exigibles como la PCR y la radiografía de tórax, que no estaba contraindicada por el estado de gestación de la paciente, dada la existencia de síntomas compatibles con la gripe y ser la paciente persona de riesgo-, se hubiera podido implantar un tratamiento adecuado con antibióticos y antivirales. Ahora bien, las periciales no son concluyentes sobre el hecho de que ese tratamiento hubiera evitado indubitadamente el desenlace fatal, como tampoco concluyen en la eficacia causal en grado de certeza del tratamiento seguido en la unidad de cuidados intensivos -de hecho, sobre esta segunda parte del tratamiento, varios de los informes periciales omiten el informe por carecer de conocimientos o de datos fehacientes para ello-. Así, como señala la sentencia apelada, lo que realmente manifiestan los peritos dr. Gómez y doctor González Pérez, es que un tratamiento adecuado desde el día 23 o 24 de marzo hubiera sido eficaz, pero es que es difícil saberlo si se hubiera aplicado el día 30 de marzo. Como la negligencia la hemos ceñido al tratamiento seguido a partir del día 27 de marzo, nos movemos en un terreno de incertidumbre, propio de la teoría de la pérdida de oportunidad, pero no de la aplicación de la teoría clásica de la imputación subjetiva del resultado, que exige certeza o cuasicerteza.

La teoría de la pérdida de oportunidades ha sido desarrollada por la moderna jurisprudencia: SAP Madrid 30/10/2020: “



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.



La sentencia del Tribunal Supremo nº 105/2019 define la técnica llamada pérdida de oportunidad como un remedio para conjurar el peligro de continua exoneración de responsables ante la dificultad de acreditar el nexo causal físico. Esta teoría- señala- " se ubica en el ámbito de la causalidad material o física, como medio de la incertidumbre sobre ella, y con la consecuencia de reducción proporcional de la indemnización . Su aplicación es un paliativo del radical principio del "todo o nada" a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible, y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad". Puntualiza la sentencia que examinamos que en sede de causalidad física, se pueden distinguir tres franjas. Una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior que permite asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias. La franja central, entre las anteriores, en la que se reside esta teoría, y en la que existirá una probabilidad causal, que sin alcanzar el nivel máximo sí supera el mínimo (STS 27 de julio de 2006). Consta que esta técnica se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, y en aquellas de falta de información o consentimiento informado. Son supuestos en los que por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificara el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por habersele privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado."

En este punto, la concreta aplicación del principio de oportunidad perdida (pérdida de "chance" en el derecho francés) ha sido objeto de debate por ambas partes, entendiendo los demandados que la indemnización al 75% es desproporcionada, y la parte actora que inclusive ha de elevarse hasta el 99%. Debemos ponderar en este momento pues cuales fueron los factores de pérdida de oportunidad y su alcance, pues si en el recurso de los codemandados era suficiente dar por probada la incidencia del retraso en el diagnóstico y la inobservancia del tratamiento adecuado para combatir la gripe A que padeció la fallecida, para medir el alcance de la pérdida de oportunidad de curación tenemos que analizar también lo sucedido en el tratamiento en la unidad de cuidados intensivos, puesto que el retardo en el diagnóstico en el servicio de urgencia y el erróneo tratamiento aplicado inclusive tras realizarse el diagnóstico correcto ya fue analizado en el recurso de la entidad Vithas. No obstante, en esta parte de la asistencia, los apelantes entienden que la negligencia se extendió a los primeros días de consulta en el servicio de urgencias, desde el día 24 de marzo al menos. Sin embargo, en ese momento, aunque existió un diagnóstico gripal, la sintomatología de la paciente no era reveladora de gripe, teniendo una temperatura de 36,8 grados, y declarando el perito sr. Gómez que no tenía *"síntomas de infección ni afectación respiratoria ni cuando ingresa en el hospital el día 21 ni al ser dada de alta el día 23"*, como tampoco presentaba entonces dolor costal. Del mismo modo el perito de la apelante dr. Nicolau manifiesta que ese día *"los parámetros vitales eran normales"* y tenía saturación de oxígeno al 100%. Añade este perito que *"es partir del 26 de marzo cuando la informada mostraba signos de deterioro franco de su estado general, tenía una fiebre elevada que no cedía con antitérmicos, estaba con postración y manifestaba cierta dificultad respiratoria constatada por la Dra. Cazorla (en su renovación de la incapacidad laboral), la cual, según comenta la familia, recomendó su inmediata valoración en urgencias."*



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.



Por tanto, no es posible retrotraer al día 24 el déficit asistencial.

Respecto al tratamiento en la unidad de cuidados intensivos, la sentencia apelada se centra en la infracción de la "lex artis" en la colocación de un tubo de drenaje torácico, si bien descarta que tuviera relevancia causal la excesiva presión en el tubo que obligara a su sustitución por no existir prueba suficiente de ese defecto de presión: *"Ahora bien, de la pericial del Sr. Gómez sí que se colige que dicha intervención no se realizó conforme la lex artis. En efecto, y según consta del historial clínico (Anexo 5 del informe pericial del Sr. Gómez), el día 13 de abril, tras colocar un segundo tubo de drenaje torácico izquierdo, comienza a salir "abundante contenido hemático", lo que sería indicativo de que el "tubo torácico penetró en el pulmón y causó daños importantes", pues "al insertarlo se produce una hemorragia con la salida de sangre por la cavidad pleural y el tubo endotraqueal, lo que sugiere una perforación pulmonar por el tubo" de forma que "tras dicha complicación, paciente sufre un deterioro respiratorio y hemodinámico que la llevó a la muerte" (pag 39). Añade, además, este perito que "la salida de sangre por tubo de drenaje torácico con hipoxemia e hipotensión grave son signos inequívocos de lesión interna grave que obliga a realizar un TAC torácico para determinar el alcance de las lesiones y proceder a su reparación quirúrgica urgente. La no realización de dicha valoración se acompaña de una muerte casi segura, especialmente cuando se trata de una paciente críticamente enferme." (página 42).*

Existió, pues, mala praxis en la colocación del tubo, conclusión ésta que no ha sido desvirtuada por prueba en contrario, pues nada dice al respecto el perito de la demandada Sr. González Pérez en su dictamen, ni fue capaz en el acto de la vista de dar una explicación satisfactoria a la hemorragia posterior a la colocación del tubo. La mala praxis se vio agravada por el hecho de que se administrase el medicamento Enantyum, contraindicado en casos de sangrado activo según manifestó el Sr. Gómez. Como afirma éste en su informe, "la causa inmediata de la muerte sobreviene como complicación de una intervención, la colocación de un tubo de drenaje torácico pocas horas antes de su fallecimiento, que se sigue de hemorragia a través de los tubos de tórax y endotraqueal, y de hipoxemia e hipotensión grave, que dicha complicación de máxima gravedad no fue valorada de forma adecuada (TAC tórax) ni propuesto tratamiento alguno".

Se ha alegado también por la actora que el 5 de abril se observó una fuga en el balón del tubo endotraqueal y se decidió cambiar el tubo, y que dicha fuga se debió a que "las presiones administradas a la paciente eran excesivas y el balón permitía la salida de aire de la vía aérea" (página 34 de la demanda) lo que explicaría, a juicio de la parte, que se produjera un neomotórax bilateral por un mal uso de los parámetros ventilatorios, pero tales conclusiones no tienen sustento en la documental médica obrante en autos.

Y es que este perito concluye que la fuga se debió a un mal uso de las presiones administradas a Doña Chaxiraxi solo porque no se describe en la historia clínica "que el balón que sella la vía aérea del tubo estuviera pinchado", cuando lo cierto es que en el informe clínico del 5 de abril sí se refiere que "se sospecha que el TET está picado". De éste modo, y no



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



existiendo prueba documental alguna de que dichas presiones fueran excesivas, y no pudiendo descartarse otras causas, es por lo que no cabe dar por probado que existiese un comportamiento negligente por parte del personal médico de la demandada.”

Los demandados consideran que no existe prueba de que la colocación defectuosa del tubo de drenaje causara hemorragia a la paciente, y que fuera concausa de la muerte. Sin embargo, como se refleja en el informe pericial del doctor Gómez, no contradicho por la pericial de la parte demandada, no existe otra explicación posible para la causación de la hemorragia y la bajada brusca de la saturación del oxígeno de la paciente,, constando en la historia clínica que tras la nueva colocación del tubo se produce “abundante salida de líquido hemático”, lo que es revelador para el informe pericial citado de que el tubo causó daño al pulmón. Dada la situación de deterioro de la paciente, y el fallecimiento pocas horas después, sin duda esta hemorragia y la afectación al pulmón del tubo de drenaje fue en mayor o menor grado concausa del óbito de doña Chaxiraxi, como consta en el citado informe pericial.

En contrario signo, los actores-apelantes extienden la negligencia profesional a la omisión de maniobras de reanimación tras la parada cardiaca. En este punto no ha existido claridad sobre lo que se entiende por maniobras de reanimación, y tampoco el informe pericial las concreta, limitándose a decir que debieron especificarse las realizadas. El doctor Guerra declaró en la testifical que si por maniobras de reanimación se entiende masaje cardiaco estaba contraindicado por la situación del pulmón, que hubiera sido aún más deteriorado con los masajes, y que sí se le practicaron otro tipo de asistencias, como el drenaje . Lo cierto es que aunque el informe pericial considera convenientes las maniobras de reanimación en una paciente joven, tampoco se concreta cuáles serían esas maniobras en el caso concreto, por lo que no podemos dar por probada una pérdida de oportunidad derivada de este factor.

Finalmente, los actores-apelantes consideran que existió una infracción de la obtención del consentimiento informado por escrito, exigido para técnicas invasivas como fueron el drenaje y la cesárea practicadas a la paciente, conforme exige la ley 41/2002. De esta infracción derivaría la agravación de la pérdida de oportunidad. No obstante, como se razona en la sentencia apelada, el art. 9-2 b) de la ley permite el acto médico invasivo sin consentimiento en caso de riesgo inmediato grave para el enfermo. En este caso, el estado de la paciente cuando fue sometida a la cesárea y al drenaje torácico era muy grave, decidiéndose el 31/3 una cesárea programada de urgencia, que tenía por objeto mediante el parte por cesárea la mejora de la situación de la paciente y salvar la vida del propio feto, como así se consiguió. Y el drenaje torácico se realiza el 13/4 en situación igualmente de urgencia por el deterioro de la salud de la paciente, como explicó el doctor don Marcos. Dada la situación existente y el estado de postración de la paciente, no existía posibilidad de recabar consentimiento informado por escrito. Por todo ello no podemos tampoco aplicar este factor para agravar la responsabilidad por pérdida de oportunidad curativa.

En conclusión, la sentencia valora en un 75% la pérdida de oportunidad sufrida, por ser probable, aunque no cierto, que el tratamiento precoz, de no haberse incurrido en un diagnóstico tardío de la gripe, hubiera sido eficaz. Y procede confirmar este porcentaje de pérdida de oportunidad, valorado por el juzgador “a quo” en adecuadas condiciones de inmediación a toda la prueba, ya que dicha apreciación es congruente con las graves



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.



negligencias en el diagnóstico y en el tratamiento implantado en el servicio de urgencias, como después en la colocación del tubo de drenaje en la unidad de cuidados intensivos, con afectación pulmonar y causación de hemorragia, que sin ser causa directa del fallecimiento, supuso también una importante pérdida de oportunidades de curación.

4.3. *Aplicación del baremo de la ley 35/2015.*- Por último, considera la parte apelante que es incorrecta la aplicación orientativa de los baremos de la ley 35/2015, debiendo corresponder rectamente aplicados una indemnización superior. Coincidimos con la argumentación del apelante en el error de cálculo, aunque la diferencia resultante es de escasa relevancia. Las cantidades que corresponden por indemnización en caso de muerte, conforme a los baremos de la ley 35/2015, son los siguientes:

Conceptos: 1) Perjuicio personal básico (tabla 1A)

2) Perjuicios particulares en su caso (tabla 1B), inaplicable en este caso.

3) Perjuicio patrimonial (tabla 1C) subdivido en daño emergente y lucro cesante.

Respecto al lucro cesante, en el caso de que existan varios perjudicados, el art. 87 de la ley dispone una reducción proporcional de las cuotas de la tabla de lucro cesante -que corresponden al 60% para el cónyuge viudo, y 30% para los hijos- dado que la indemnización no puede rebasar el 90% de la total, que en la práctica se realiza con la fórmula $90/X$ siendo 90 la indemnización máxima y x el porcentaje que alcanza con el número total de beneficiarios, en este caso siendo dos hijos serían $90+30+30=150$, por lo que ha de realizarse la fórmula obteniendo el cociente entre $90/150$, que resulta 0,75. Por tanto, la reducción de la indemnización es al 75% de la tabla, cifra sobre la que a su vez tendremos que obtener otro 75% por aplicación de la reducción derivada del porcentaje del principio de oportunidad perdida.

En resumen, las cantidades calculadas sin la reducción por principio de oportunidad perdida al 75% del actor son correctas, y tenemos las siguientes cantidades, habida cuenta de que los beneficiarios son únicamente, como quedó expuesto en la sentencia apelada, el cónyuge viudo y los dos hijos, y no todos los señalados en la demanda:

1) Indemnización al cónyuge viudo:

Por perjuicio patrimonial básico 90.000 €, reducidos al 75%: 67.500 € (tabla 1ª)

Por perjuicio patrimonial (tabla 1C primera parte) 400 €, reducidos al 75%: 300 €

Por lucro cesante con tres beneficiarios: 35.766 € reducidos al 75%: 26.824,5 €

Total cónyuge viudo: 94.624,5 €,

2) Indemnización al hijo Darío:

Perjuicio personal básico: 90.000 € reducidos al 75%: 67.500 €

Por perjuicio patrimonial 400 €, reducidos al 75% 300 €-



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 disposición 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 requieren un especial deber de tutela o 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.



Por lucro cesante con tres beneficiarios 91.573 que reducidos al 75% son 68.679,75 €, y aplicado el principio de oportunidad, 51.509,81 €.

Hace un total de 119.309,81 €.

3) Indemnización al hijo Aitana:

Por perjuicio personal básico 67.500 € una vez aplicada la reducción del principio de oportunidad.

Por perjuicio patrimonial, de igual modo, ya reducido, 300 €.

Por lucro cesante, una vez aplicada la reducción por múltiple beneficiario, 73.675,50 €, y aplicado el 75% del principio de oportunidad se obtienen 55.256,62 €

Lo que hace un total de 123.056,62 €.

Sumadas las indemnizaciones de los tres perjudicados tenemos un total de 336.990,93 €. Lo cual supone una cifra muy ligeramente superior a la establecida en la sentencia apelada, pero que en todo caso implica la estimación parcial del recurso.

ULTIMO: En cuanto a las costas, por aplicación de los arts. 394 y 398 de la LEC 1/00, se imponen a los apelantes vencido las de sus respectivos recursos, sin imponer las del recurso de la parte actora, parcialmente estimado.

FALLO

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por SEGURCAIXA ADESLAS, SA SEGUROS Y REASEGUROS, CLÍNICA SANTA CATALINA, S.A.U., [REDACTED] contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 14 de Las Palmas de Gran Canaria, en el procedimiento ordinario número 913/17, imponiéndoles las costas de sus recursos. Y estimar parcialmente el recurso de apelación deducido por ALEJANDRO GONZALEZ ARAYA, [REDACTED] confirmando la sentencia apelada, con la sola variación de fijar como cuantía de la indemnización la suma de 336.990,93 €, manteniéndose el resto de los pronunciamientos incluso los referidos a los intereses devengados, sin imposición de las costas de este recurso.

Las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales serán



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.



impugnables a través de los recursos regulados en los Capítulos IV y V, del Título IV, del Libro II, de la Ley 1/2000, cuando concurren los presupuestos allí exigidos, y previa consignación del depósito a que se refiere la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que introduce la Disposición Adicional Decimoquinta en la LOPJ, y en su caso la correspondiente tasa judicial.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la 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.



Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
RICARDO MOYANO GARCÍA - Ponente	13/07/2021 - 12:30:21
MARÍA PAZ PÉREZ VILLALBA - Deliberador	13/07/2021 - 12:38:33
FRANCISCO JAVIER JOSÉ MORALES MIRAT - Deliberador	14/07/2021 - 09:11:24
En la dirección https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: A05003250-35299c8ac7fa7ee98e3592d4c7a1626250523204	
El presente documento ha sido descargado el 14/07/2021 8:15:23	