

Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Madrid
Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 6 - 28020
Tfno: 914932857
Fax: 914932859

42020310
NIG: 28.079.00.2-2019/0063520
Procedimiento: Procedimiento Ordinario 436/2019
Materia: Contratos en general

Demandante: D./Dña.
PROCURADOR D./Dña. ANA VILLA RUANO
Demandado: SOCIÉTÉ HOSPITALIÈRE DÁSSURACES MUETELLES (SHAM)
SUCURSAL ESPAÑA
PROCURADOR D./Dña. MARIA ESTHER CENTOIRA PARRONDO
OSAKIDETZA - SERVICIO VASCO DE SALUD
PROCURADOR D./Dña. JOSE LUIS MARTIN JAUREGUIBEITIA

SENTENCIA Nº 43/2021

En Madrid a dieciocho de febrero de dos mil veintiuno.

Doña Lorena Ochoa Vizcaíno, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Madrid, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario nº 436/19, sobre reclamación de cantidad, promovidos por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana Villa Ruano nombre y representación de DON que actúa en su propio nombre y derecho, así como en el de su hijo menor de edad contra la entidad SOCIÉTÉ HOSPITALIÈRE DÁSSURACES MUETELLES (SHAM) SUCURSAL ESPAÑA representada por la Procuradora Doña María Esther Centoira Parrondo, con intervención voluntaria adhesiva de la SERVICIO VASCO DE SALUD (OSAKIDETZA), representado por el Procurador Don José Luis Martín Jaureguibeitia.

HECHOS

PRIMERO- Por el Procuradora de los Tribunales Sr. Del Valle Alonso en la representación que tiene acreditada, se formuló demanda de Juicio Ordinario, sobre reclamación de cantidad, contra los demandados en el encabezamiento expresados, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se acordó emplazar a los demandados, compareciendo y contestando en el plazo concedido al efecto oponiéndose a la demanda, con base en los hechos y razonamientos jurídicos que estimó oportunos.



TERCERO.- Citadas las partes a la Audiencia prevenida en la Ley, la misma tuvo lugar en el día señalado, con asistencia de las partes, ratificando la actora su demanda y la demandada su contestación e interesado el recibimiento a prueba, así se acordó, proponiéndose las consideradas oportunas, admitiéndose las pertinentes.

CUARTO.- Celebrado el juicio correspondiente se practicaron las pruebas admitidas con el resultado que obra en autos, formulando las partes sus conclusiones respecto de las pruebas practicadas, quedando los autos conclusos para sentencia.

QUINTO.- Habiéndose interesado la práctica de diligencia final, consistente en prueba testifical, se acordó mediante Auto y se llevó a efecto el día señalado con asistencia de las partes, quienes formularon oralmente sus conclusiones respecto de la prueba practicada, quedando de nuevo los autos conclusos para sentencia, habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte actora en el presente procedimiento, una acción de reclamación de cantidad, con fundamento en los artículos 73, 76 y 20 LCS 50/80 de 8 de octubre, 32 y siguientes de la Ley 40/15 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, 1.902 y 1.903 del CC y 147 y 148 del TRLGDCU 1/07 de 16 de noviembre, interesando que se condene a la demandada a indemnizar a la parte actora en la cantidad de 248.300 euros, más los intereses moratorios del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro (solicitando, subsidiariamente, el interés legal).

Como fundamento de su pretensión alega la actora que los actores son respectivamente el esposo e hijo de la fallecida Dña. María Jesús. Al objeto de recabar la historia clínica completa la Sra. María Jesús se celebraron las Diligencias preliminares 243/2018, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia N.º 4 de Vitoria, la cual se adjunta. La Sra. tenía (en el momento de los hechos que sirven de fundamento a la demanda) 55 años de edad. No presentaba antecedentes clínicos de interés.

Sobre las 20:00 horas del día 30 de enero del año 2018 comenzó a acrecentarse el dolor de cabeza que la Sra. venía padeciendo desde unos días atrás. Aproximadamente a las 03:30 horas, ya del día 31 éste se intensificó severamente y le impedía incluso articular palabra, por lo que a las 03:54 horas su esposo el Sr. contactó con el servicio de emergencias médicas para solicitar una ambulancia.

Un vehículo de urgencias se desplazó a su domicilio y tras realizar una somera exploración se refirió como diagnóstico “cefalea” y se le pautó tratamiento analgésico con diclofenaco intramuscular, con indicación de acudir a su médico de atención primaria en 24 horas.

Al amanecer de ese mismo día, su esposo y su hijo marcharon de su domicilio a su puesto de trabajo y a la escuela respectivamente. Sobre las 14:00 horas, cuando el hijo de la Sra. (menor de edad) regresó del colegio encontró a su madre tirada en el suelo en estado de coma. De inmediato se avisó a los servicios de emergencias quienes trasladaron a la Sra. al Hospital Universitario de Donostia, dónde ingresó a las 15:20 horas en situación de coma profundo (Glasgow 4). Se realizó una TAC craneal en la que se evidenció:

HEMORRAGIA SUBARACNOIDEA MASIVA CON INVASIÓN DE VENTRÍCULOS, COLAPSO VENTRICULAR E HIDROCEFALIA. MUY BAJA PERFUSIÓN CEREBRAL, EN RELACIÓN CON MUERTE ENCEFÁLICA

La Sra. fue ingresada en la Unidad de Cuidados Intensivos dónde se confirmó la situación de muerte encefálica, produciéndose el óbito el día 1 de febrero del año 2018. El Sr. consintió la donación de órganos de su esposa. Como consecuencia del fallecimiento se elaboró un informe de alta por fallecimiento (exitus). En el mismo se refirió: La paciente es encontrada inconsciente en el domicilio personal hoy a las 14:00 horas. Familiares refieren comienzo de intensa cefalea ayer a las 20:00 horas. Tratada con diclofenaco IM sin clara mejoría. Encontrada hoy por la mañana en mal estado. A la llegada de SVA está en coma profundo, pupila derecha dilatada, braquicardia, hipertensa, con restos de vómito en región oral. Se procede a intubación y tras sedación y relación traslado a HUD... Juicio diagnóstico: HSA masiva con hematoma frontal e invasión tetraventricular con hidrocefalia. Edema cerebral. Fallecimiento por muerte encefálica. Donación de órganos.

En el curso del proceso asistencial dispensado a la Sra. se produjeron diversas actuaciones contrarias a la lex artis y las mismas fueron la causa de su fallecimiento, en particular, en lo relacionado con la asistencia dispensada en el domicilio de la misma a sobre las 04:30 horas del día 31 de enero del año 2018.

En este sentido, se acompaña como documento adjunto 7 de la demanda dictamen pericial elaborado por el doctor en medicina y cirugía, especialista en neurología D. Julián Benito León en el que se refiere: La Sra. falleció como consecuencia de una hemorragia subaracnoidea no diagnosticada en tiempo y forma. El cuadro clínico por el cual fue evaluada en su domicilio indicaba claramente que la paciente estaba sufriendo una cefalea “centinela” preludio, por consiguiente, de una hemorragia subaracnoidea, como así ocurrió.

Este dato no se tuvo en consideración por el médico del servicio de urgencias del Osakidetza que intervino en el tratamiento de Sra. en la madrugada del día 31 de enero de 2018. El síntoma (cefalea de reciente comienzo INTENSA - apenas puede hablar ni puede del dolor - en una paciente sin antecedentes de cefaleas, como era el caso de la Sra.), obligaba inexcusablemente a descartar un proceso neurológico agudo.

La praxis llevada a cabo por el facultativo de urgencias de Osakidetza de la madrugada del día 31 de enero de 2018 fue INCOMPLETA, ya que no se cumplió ningún protocolo habitual de manejo de una cefalea en urgencias como la que sufrió Sra.. La paciente tenía criterios de alarma que ameritaban una derivación urgente al hospital para la realización de pruebas (TAC craneal) y un tratamiento que hubiese frenado el cuadro. Ante un paciente con cefalea se debe recoger la localización,



intensidad del episodio, si el comienzo es brusco o no, y una serie de síntomas o signos acompañantes, como náuseas, vómitos, hipersensibilidad a la luz y el ruido, empeoramiento con la actividad física o presencia de síntomas autonómicos que permitirán clasificar adecuadamente cada tipo de cefalea.

Si nos fijamos en el informe de urgencias del Osakidetza de la madrugada del día 31 de enero de 2018, NO se recogieron la existencia de dichos síntomas. Es preceptivo ante un paciente con cefalea de aguda (máxime si no ha habido episodios previos) que se recojan dichos síntomas. Simplemente se le diagnostica de “cefalea”, lo que no es un diagnóstico per sé, sino un síntoma que puede implicar procesos muy graves. En el informe de urgencias del Osakidetza de la madrugada del día 31 de enero de 2018 se echa de menos la exploración de signos meníngeos y una evaluación de fondo de ojo, ambos esenciales en el manejo de una cefalea como la de la paciente.

Este perito entiende que podría haber existido una aproximación más certera al juicio clínico del caso o a considerarlo merecedor de derivación. El objetivo fundamental del médico que se enfrenta a un paciente con cefalea en urgencias es identificar precisamente las cefaleas secundarias que podrían comprometer la vida del paciente, es decir, las más graves. Y, en el caso que nos ocupa, no se hizo así por una falta de diligencia en la anamnesis y exploración.

El hecho de que la paciente empeorase en el domicilio desde un Glasgow de 15 a 4 (a su llegada al hospital) indica que el cuadro evolucionó. Si hubiese tenido el empeoramiento estando ingresada en el hospital se podría haber manejado más rápidamente y de manera adecuada, ya que las más de 11 horas que trascurrieron entre la primera llamada hasta la llegada al Hospital Universitario de Donostia fueron nefastas para una evolución posterior (posibilidad de falta de oxigenación cerebral en un paciente con disminución del nivel de conciencia y, por consiguiente, empeoramiento de su estado cerebral - recordemos que había restos de vómitos y un chicle en la vía aérea - y la no instauración de medidas generales para prevenir el resangrado, véase abajo).

Considero, en base a la literatura médica revisada y, a mi experiencia, que a la Sra. se le debería haber remitido al servicio de urgencias tras la primera evaluación del facultativo que la atendió durante la madrugada. Allí, siguiendo los protocolos médicos, se le hubiese practicado una TAC craneal de urgencia. Dicho TAC craneal hubiese facilitado el diagnóstico precoz de hemorragia subaracnoidea. No se realizó dicha prueba. Una hemorragia subaracnoidea, detectada mediante la TAC, hubiera obligado a ingresar a la paciente para un tratamiento precoz por parte de un Neurocirujano y/o neurorradiólogo intervencionista. Dichos profesionales hubieran ingresado a la paciente y hubiesen iniciado un tratamiento adecuado ya en las primeras horas, con lo cual se hubiera prevenido el fatal desenlace.

Si se hubiese hecho un diagnóstico certero desde el principio, como así indican los protocolos ad hoc, se hubiese remitido con celeridad al Hospital Universitario de Donostia donde se hubiese ingresado en la UVI y se hubiesen iniciado medidas terapéuticas destinadas a prevenir el resangrado que ocurrió. En este informe, se adjuntan como anexos uno de los protocolos más utilizados para el manejo de la hemorragia subaracnoidea, el de la Sociedad Española de Neurología. En el mismo se recalca la necesidad de ingresar al paciente desde un principio en una Unidad



Especializada (de Ictus o UVI) e iniciar un tratamiento desde los primeros momentos (incluyendo una embolización de un aneurisma).

Decir, en este punto, que la paciente se encontraba en un estadio inicial cuando fue valorada, por primera vez, por el facultativo que la atendió durante la madrugada; el cuadro progresó inexorablemente hasta un estado comatoso 11 horas después. Esas 11 horas fueron cruciales porque se podrían haber iniciado medidas de sostén y de prevención del resangrado, como así indica cualquier guía para el manejo de las hemorragias subaracnoideas. Los pacientes con hemorragia subaracnoidea tienen un riesgo importante de deterioro neurológico. Por ello es fundamental realizar una monitorización estrecha de su situación previa al tratamiento del aneurisma. Estas premisas no se cumplieron. Es decir, la paciente no recibió una asistencia médica adecuada para prevenir el resangrado y, por consiguiente, el fallecimiento.

¿Qué tratamiento inicial se le hubiese instaurado a la Sra. si se hubiese hecho un diagnóstico certero por parte del facultativo que la atendió durante la madrugada? Esto hubiese prevenido el fallecimiento de la paciente: 1- Reposo absoluto: ambiente sin ruidos, habitación poco iluminada, para así evitar el resangrado. Al haberse cometido una mala praxis, por no realizar una anamnesis y exploración, en la valoración de la cefalea, llevó a que la paciente siguiese con su quehacer diario y no llevó reposo alguno. El movimiento del día a día favorece a que el aneurisma que está a punto de estallar lo haga.

2-Monitorización continúa de la tensión arterial para evitar el resangrado. Este es un dato importante. los picos de subida de la tensión arterial pueden precipitar la rotura de un aneurisma que estaba parcialmente roto. Por ello, estos pacientes se ingresan en uvi y se les toma la tensión arterial cada hora si esta se encuentra elevada se instaura un antihipertensivo para evitar el resangrado. Al haberse cometido una mala praxis, por no realizar una anamnesis y exploración, en la valoración de la cefalea, llevó a que la paciente siguiese con su quehacer diario y no se pudiese monitorizar la tensión arterial.

3-oxigenoterapia. es fundamental, como en cualquier otro cuadro grave, asegurar una adecuada ventilación a través del mantenimiento de la vía aérea, una adecuada oxigenación y perfusión. En un domicilio, como es lógico, los familiares no pueden asegurar una adecuada ventilación de la paciente y, por consiguiente, los daños que se producen son mayores. En el ámbito hospitalario hubiese tenido un pronóstico distinto. El tiempo que estuvo la paciente inconsciente en su casa favorecieron a una mala oxigenación cerebral incrementando el daño cerebral y, por consiguiente, aceleraron el fallecimiento.

Finalmente, el aneurisma hubiera sido embolizado con lo cual se hubiera evitado el fallecimiento. En suma, sí ha existido una vulneración de los protocolos médicos en las actuaciones médicas realizadas sobre la Sra., por parte del facultativo que la atendió durante la madrugada.

A los efectos de proceder a la cuantificación del daño moral generado en el presente caso, no existe criterio objetivo vinculante que resulte aplicable. No obstante se ha aplicado el baremo previsto en la Ley 35/2015 de 22 de septiembre de 2015, el cual, aún sin resultar vinculante en estos casos, puede aplicarse de forma orientativa. Se reclama así por PERJUICIO PERSONAL BÁSICO POR FALLECIMIENTO. Fallecida



de 55 años con esposo y un hijo Viudo: Categoría 1, hasta 15 años de convivencia, si la víctima tenía hasta 67 años: 90.000 euros y 90.000 euros. Hijo: A cada hijo que tenga hasta 14 años, solo un hijo: 90.000 euros. Perjuicio excepcional 25%: tanto en el caso del Sr. como en el de su hijo (22.500 euros x 2): 45.000 euros.

PERJUICIO PERSONAL PARTICULAR Viudo: perjudicado único en su categoría 25% 90.000 euros x 25%: 22.500 euros, PERJUICIO PATRIMONIAL Sin necesidad de justificación (cantidad por perjudicado): 400 euros. Dos perjudicados x 400 euros: 800 euros. Total indemnización: 90.000 euros + 90.000 euros + 45.000 euros + 22.500 euros + 800 euros: 248.300 euros.

El montante indemnizatorio resultante deberá incrementarse con los intereses moratorios del artículo 20 de la LCS desde la fecha del siniestro hasta la fecha en la que se verifique el total pago de la indemnización.

SEGUNDO.- A tal pretensión se ha opuesto la parte demandada SOCIÉTÉ HOSPITALIÈRE D'ASSURANCES MUETELLES (SHAM) SUCURSAL ESPAÑA, pues como apunta la parte demandante, entre la aseguradora y el Servicio Público de Salud, Osakidetza, existe póliza de responsabilidad civil.

El referido contrato es aportado como documento adjunto número tres al escrito de demanda, del que resulta que la actora obtuvo el mismo a través de las diligencias preliminares seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Vitoria. Se desconoce cómo accedió finalmente el demandante al contrato, pues la referida prueba documental no fue admitida por el Juzgado ante el que se tramitaron las diligencias preliminares.

Como evidencia la historia clínica de la paciente y el contrato de responsabilidad civil suscrito entre SHAM y Osakidetza aportado, la aseguradora no puede responder en ningún caso de la indemnización solicitada por no tener cobertura el siniestro.

En la página 12 del documento 3 adjunto al escrito de demanda –Póliza-, se describe con claridad el concepto de asegurado y quienes ostentan tal condición. De ella resulta que para que el personal sanitario, facultativo y no facultativo, ostente la condición de asegurado definida en la póliza, resulta necesario que preste sus servicios por cuenta de los asegurados lo que no ocurre en el supuesto de la asistencia facultativa enjuiciada, consistente en la atención domiciliaria de la paciente el día 31 de enero de 2018, que fue prestada por parte de la empresa “Servicios de Hospitalización Domiciliaria, SLU” en la actualidad denominada “Care4Chronics SL”.

En este sentido, como documento número uno se aporta el contrato suscrito entre la Administración Autónoma de la Comunidad Autónoma de Euskadi y Servicios de Hospitalización Domiciliaria SLU por medio del cual la primera encarga a la segunda la ejecución del Servicio de asistencia sanitaria urgente a domicilio para personas usuarias del sistema sanitario de la Comunidad Autónoma de Euskadi”. Así viene determinado en la Estipulación Primera del contrato.

Por ello el facultativo que atendió a la paciente la madrugada del día 31 de enero de 2018, ni ostenta la condición de asegurado ni prestó sus servicios por cuenta de Osakidetza, sino de la empresa “Care4 Chronics S.L.”, lo que determina que el siniestro

no tenga cobertura y que la aseguradora no pueda responder de la indemnización solicitada.

Con relación a la mala praxis que se denuncia, a la vista del dictamen pericial que se aporta como documento número dos, realizado por especialistas en Medicina Interna y con amplia experiencia en la atención de urgencias médicas, resulta que las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda en relación al proceso asistencial, carecen de fundamento. La atención prestada en el domicilio de la paciente fue la correcta y adecuada sin que pueda relacionarse el lamentable fallecimiento de la enferma con la actuación médica.

Frente a las consideraciones médicas establecidas en el dictamen pericial de la demanda, los peritos especialistas en Medicina Interna determinan en el que se aporta las siguientes conclusiones: “El médico acudió al domicilio de la paciente. Realizó una anamnesis y una exploración física en la que no encontró alteraciones. En las atenciones a domicilio y en los informes de atención en los servicios de urgencias solo se reseñan aquellos datos relevantes que favorecen el diagnóstico final y se omite todo lo normal.

Ante la normalidad de la exploración el médico diagnosticó una cefalea sin complicaciones y administró un analgésico. Además aconsejó que fuese controlada por el médico de atención primaria. La realización del fondo de ojo es muy complicada de valorar por lo que en los protocolos recientes no se valora. No es cierto que de haber sido derivada horas antes el Hospital Universitario Donostia hubiese podido tratarse un aneurisma cerebral ya que en ninguna de las exploraciones se encontró tal lesión. El traslado a una unidad de Ictus tampoco hubiese supuesto una mejoría del pronóstico puesto que estas sirven para prevenir complicaciones que agraven el cuadro.”

A la vista de lo expuesto no queda acreditada una actuación incorrecta en la valoración de los síntomas de la paciente, durante la asistencia domiciliaria de la madrugada del día 31 de enero de 2018 ni mucho menos la exigida relación de causalidad entre esta actuación y el posterior fallecimiento de la paciente, derivado de la gravedad de la hemorragia subaracnoidea que presentó.

Según se desprende de la documentación clínica aportada adjunta al escrito de demanda, así como las grabaciones de las llamadas realizadas por el demandante, efectivamente la paciente presentaba cefalea de dos días de duración que se había intensificado desde las 20:00 horas de la tarde del día 30 de enero de 2018. La llamada comenzó a las 3:54 horas de la madrugada del día 31 de enero de 2018, como queda acreditado a la vista del documento 5.4.1 adjunto al escrito de demanda. La llegada del facultativo al domicilio de la paciente consta que se produjo a las 4:30 horas de la madrugada y la hora en la que finalizó la asistencia a las 5:00 horas; extremo que viene corroborado en el documento 5.3 En dicho documento se hace constar el diagnóstico, exploraciones y tratamiento pautados a la paciente.

La siguiente asistencia consta que tuvo lugar el día 31 de enero a las 16:00 horas en el Servicio de Urgencias del Hospital Donostia, folio 81 del documento 5.5 adjunto al escrito de demanda. La paciente fue diagnosticada de hemorragia subaracnoidea extensa quedando ingresada en el hospital, falleciendo al día siguiente, 1 de febrero de 2018. Por lo expuesto, desde el punto de vista cronológico, no existen discrepancias ya que las horas vienen delimitadas en la historia clínica aportada.

En relación a la atención del médico en el domicilio de la paciente y ante la referencia de una cefalea, explican los peritos autores del dictamen pericial que la actuación fue correcta sobre la base de las siguientes consideraciones (página 8 del informe):“El médico tampoco hizo hincapié en que la intensidad del dolor fuera especialmente intenso. La cefalea es una de las causas más frecuente de solicitud de atención médica tanto en la atención diaria como la urgente y en el 95% de los casos no tiene consecuencias graves. La experiencia de muchos años atendiendo pacientes en los servicios de urgencias nos hace saber que toda persona que acude a uno de estos servicios por un dolor de cabeza refiere que nunca ha tenido otro más fuerte en su vida, por tanto este dato carece de valor y el médico debe guiarse por otros datos, sobre todo objetivos, como son los de la exploración física. La carencia de alteraciones neurológicas, la ausencia de rigidez de nuca, etc, ayudan a suponer que se trata de una cefalea primaria.”

En relación a si una derivación precoz de la paciente habría evitado su fallecimiento, explican los peritos los motivos por los que la respuesta debe ser negativa -páginas 9 y 10 del dictamen: “Tampoco podemos estar de acuerdo en la afirmación de que si se hubiese hecho el diagnóstico en ese momento el pronóstico sería mucho más favorable porque se podría haber reparado un probable aneurisma cerebral y hubiese recibido un tratamiento para atenuar el daño.”

Durante su estancia en el Hospital Universitario Donostia se realizaron varias pruebas de imagen cerebrales en ninguna de las cuales se observó la existencia de un aneurisma por lo que difícilmente hubiese podido actuar sobre una lesión no localizada. El tratamiento en las unidades de ictus está encaminado a amortiguar las consecuencias de las lesiones producidas por la hemorragia, pero en ningún caso sirven para revertir el daño ya producido, por lo que su traslado precoz a dicha unidad no hubiese mejorado el pronóstico de la grave lesión ya establecida.”

Se alega conformidad con la aplicación del nuevo Baremo toda vez que los hechos -fallecimiento de la paciente- tuvieron lugar el 1 de febrero de 2018 dentro de la vigencia del Baremo previsto en la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, pero no con la procedencia de la indemnización solicitada porque el fallecimiento de la paciente fue causado por una hemorragia subaracnoidea ajena a la actuación médica y con un porcentaje de mortalidad elevado. Obviamente la aparición de la enfermedad es ajena a la actuación criticada en el escrito de demanda constituye una circunstancia a tener en cuenta que debe aminorar la cuantía indemnizatoria por fallecimiento.

Es de aplicación, en todo caso, la doctrina de la pérdida de oportunidad con la consecuente disminución del quantum indemnizatorio. En cuanto al porcentaje a aplicar, se anunció pericial de la especialidad de Neurología que posteriormente no se aportó.

Finalmente señala que no son aplicables los intereses del artículo 20LCS, porque la asistencia enjuiciada no tiene cobertura en la póliza, existiendo en todo caso dudas sobre la cobertura, resultando aplicable el apartado 8 del artículo referido. Además también es de aplicación el apartado 6 que determina que la fecha del cómputo de los intereses será la de conocimiento del siniestro y en este caso el 13-9-18.

TERCERO.- Se opone igualmente a la demandada en su intervención en el pleito como tercero interesado por vía de la figura de la intervención adhesiva el **SERVICIO VASCO DE SALUD (OSAKIDETZA)**, admitiéndose su intervención en el litigio por medio de Auto de 1-10-20.

Es cierto que entre la entidad de Seguros Sham, Société Hospitali re D`Assurances Mutuelle y el Servicio Vasco de Salud, Osakidetza, existe póliza de responsabilidad civil. Conforme al contenido de este contrato Sham no responde en ningún caso de la indemnización solicitada por no tener cobertura el siniestro tal y como se desprende de la página 12 de la citada Póliza, se describe con claridad el concepto de asegurado y quienes ostentan tal condición.

Es decir, para que el personal sanitario, facultativo y no facultativo, ostente la condición de asegurado definida en la póliza, resulta necesario que preste sus servicios por cuenta de los asegurados lo que no ocurre en el supuesto de la asistencia facultativa enjuiciada, consistente en la atención domiciliaria de la paciente el día 31 de enero de 2018, que fue prestada por parte de la empresa “Servicios de Hospitalización Domiciliaria, SLU” en la actualidad denominada “Care4Chronics SL”. Se aporta como documento n  3 el contrato suscrito entre esta última empresa y la Administración Autónoma de la Comunidad Autónoma de Euskadi, por medio del cual se encarga a la primera la ejecución del Servicio de asistencia sanitaria urgente a domicilio para personas usuarias del sistema sanitario de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Por todo ello, el facultativo que atendió a la paciente la madrugada del día 31 de agosto de 2018 ni ostenta la condición de asegurado, ni prestó sus servicios por cuenta de Osakidetza, sino de la empresa “Care4 Chronics SL”, lo que determina que el siniestro no tenga cobertura y Sham no pueda responder de la indemnización solicitada.

Con respecto a la mala praxis que se denuncia, muestra su disconformidad con dicha alegación y se aporta sealado como DOCUMENTO N  3, el informe que ha emitido al respecto el perito Don Juan, quien indica respecto al contenido de la HISTORIA CLÍNICA de la paciente que:

En el caso de las historias puestas a disposición de los Servicios de Emergencias el formato debe ser escueto y no es posible encajar historias completas, por lo que es frecuente que todo lo que no se refleje en el formato aportado se debe consignar o entender como negativo. En el caso objeto de este informe la valoración domiciliaria que se realiza se complementa con una valoración concisa, clara y muy ajustada de la doctora que realiza la entrevista telefónica, tal es así que moviliza un recurso médico para que acuda al domicilio de la paciente. Una vez hecho el diagnóstico en el domicilio se administra un antiinflamatorio no esteroideo intramuscular. A partir de aquí desconocemos respuesta al tratamiento. Se puede deducir, o no, que la respuesta a este tratamiento es buena. A favor de esto último es que la paciente permanece en domicilio y no constan nuevas llamadas a Emergencias ni que acudiera a ningún centro sanitario. También podemos deducir que pasa la noche con atenuación de sus síntomas, incluso que cuando sus familiares se marchan de casa por la mañana (como se deduce de la documentación aportada), llega a levantarse y llega a masticar chicle, por lo hallado en exploraciones posteriores. El momento del empeoramiento queda a la especulación y se produjo durante la mañana, progresando a un Coma Profundo, con una valoración de Escala de Glasgow de IV en la segunda valoración domiciliaria por el

Equipo de Emergencias a las 14:18 horas, tras ser avisados por familiar (hijo?) con clínica concomitante de náuseas y vómitos, probablemente en relación con signos de hipertensión intracraneal secundario al hematoma parenquimatoso que se describe en la TAC realizada en el Hospital Donosti. Es difícil separar el inicio de la clínica con esta consecuencia final, aunque es cierto que otras características, especialmente exploratorias no se reflejaban en la primera valoración, porque según consta en la historia no las tenía. La realización de fondo de ojo no es una prueba de uso común en las valoraciones en los Servicios de Emergencias prehospitalarios. Además, implica conocimiento y destrezas que no son generalizados. Un aspecto importante a reseñar también es que las atenciones en los Servicios de Emergencias Médicas y/o los Servicios de Urgencias Hospitalarios nunca son ni deben ser finalistas. Encajan o deben encajar en un continuo que marque cambios de actitudes en pacientes y/o familiares o en otros sanitarios. El hecho de que pasaran casi 11 horas hasta la segunda valoración es relevante en este sentido.

Doña Maria Jesús falleció el día 1 de febrero de 2018 como consecuencia de una hemorragia masiva intracraneal con un gran hematoma parenquimatoso con extensa hemorragia subaracnoidea que ocupa cisternas de la base, así como surcos silvianos, interhemisférico frontal, con invasión hemorrágica tetraventricular que condiciona hidrocefalia. Los signos añadidos sugerían muerte cerebral ya de inicio tras la valoración y TAC en Hospital Donosti el día 31 de enero de 2018. La paciente fue donante.

La primera valoración realizada por el Servicio de Emergencias, incluyendo el interrogatorio desde el Centro Coordinador es correcta en general. Pero existen dos factores importantes que hubieran precisado derivación y estudio con prueba de imagen en Centro hospitalario que afectan a una consulta por cefalea. La primera es la edad y sobre todo la ausencia de antecedentes de cefaleas previas, que implica descartar una cefalea secundaria. El desenlace posterior hace pensar de forma razonable que el cuadro, poco expresivo durante la primera valoración domiciliaria, podía haberse ya iniciado, lentamente.

En ningún momento se ha demostrado la existencia de malformaciones vasculares o aneurismas en la circulación cerebral, por lo que es especular sobre los posibles cuidados de que se pudiera haber beneficiado por este motivo. Otra posibilidad es que al no existir circulación por la gran compresión del hematoma no se dibujasen estas imágenes en el angioTAC.

De los datos aportados en la documentación a este informante se deduce que no existían criterios de alarma en la exploración durante la primera valoración domiciliaria de la paciente. Lo que no se consigna en una historia es negativo en cuanto a su existencia, y no deja de ser una especulación afirmar lo contrario. De la documentación aportada se puede deducir, aunque no asegurar, que el sangrado que finalmente se demostró en la TAC se produjo masivamente y probablemente de forma rápida durante la mañana del día 31, estando Doña María Jesús sola en su domicilio. Esto lo corrobora la situación de coma profundo con que se la encontró su familiar y el equipo de emergencias a las 14:18 horas, que acude a la llamada.



Las valoraciones realizadas en los Sistemas de Urgencias y Emergencias deben encajarse en un continuo asistencial. No son actuaciones finalistas. Es por ello que se anota normalmente, como en el caso actual, la necesidad de nueva valoración, en este caso en atención primaria en las primeras 24 horas, precisamente para ver la evolución.

La no regulación de la formación reglada en la especialidad de Medicina de Urgencias y Emergencias, y recogida en el ordenamiento jurídico español, es una irregularidad achacable a la Administración Central, que desprotege tanto a los profesionales como especialmente a los pacientes que utilizan estos servicios.

Al contrario de lo que se alega de adverso, lo cierto es que nada hacía presagiar que los acontecimientos se precipitarían el día de autos. No se puede hablar de incumplimiento de protocolos de actuación pues nada hacía presagiar que la situación pudiera precipitarse de ese modo. Por tanto, no puede hablarse de mala praxis y no ha lugar a la responsabilidad patrimonial por la que se reclama.

CUARTO.- De la valoración en conjunto de las pruebas practicadas se estima acredita íntegramente la pretensión ejercitada (Art. 217 LEC) y ello por las siguientes consideraciones.

Se alega previamente falta de legitimación pasiva de la entidad aseguradora demandada, al no responder por los actos realizados por el facultativo que prestó la asistencia sanitaria en su domicilio a la fallecida, que es a quien se imputa mala praxis, en virtud de la póliza que vincula a la aseguradora con el Servicio Vasco de Salud (Osakidetza).

Tal extremo no ha resultado acreditado, pues en primer lugar, tras escuchar las grabaciones de las llamadas efectuadas al mismo Servicio de Emergencias de Osakidetza por el esposo de la fallecida, que se han aportado como prueba a los autos, se constata que se contacta directamente con dicho Servicio y no con otra entidad. Dicho servicio tras la primera consulta y atención por un médico, le comunica que se le envía un médico sin informar que lo va a ser de otra entidad, ni derivar al usuario otra entidad; lo cual incluso podría haber declinado el propio usuario. No hay opción alguna de conocer que el servicio público de que se hace uso lo prestaba otro, ignorando los usuarios del servicio público esos pactos internos, no oponibles a terceros, quienes además no pueden elegir que el servicio público no se preste por esa otra entidad o facultativo ajeno al servicio público, al no disponer de otra alternativa, ni información al respecto. Consta en igual sentido el sello de Osakidetza en el documento nº 5.3 de la demanda consistente en el denominado literalmente “Informe Médico”, en negrita y destacado especialmente, encontrándose más difuminado el de Care4 Chronics, asumiéndose así frente al usuario por parte de Osakidetza, que es dicho servicio quien le atiende en todo caso, con sus dependientes. Y ello sean cuales sean los contratos que le vinculen con esas otras entidades.

A mayor abundamiento y como consta en las Diligencias preliminares que se siguieron por la parte actora ante el Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Vitoria frente a Osakidetza, entregó la subdirectora general de los servicios jurídicos de este último a la actora, la póliza suscrita con la codemandada Sham, como la póliza que cubría la responsabilidad por la actuación médica prestada por el facultativo enviado al domicilio de la hoy actora y que prestaba sus servicios en centro o servicio dependiente de la misma. Reconoció así expresamente que entendía ser ésta o no ninguna otra póliza la

que cubre la por responsabilidad civil por el hecho por el que aquí se reclama. Ello al margen de la que la entidad Care4Chronics pueda tener o sus empleados frente a la Administración que le contrató por imperativo legal. Es por ello además que se personó Osakidetza como parte en este litigio, sin ser inicialmente demandada, alegando que su interés directo y legítimo deriva de la interposición de una demanda por posible falta de diligencia en la prestación del servicio de asistencia sanitaria que tenía encomendado Osakidetza,..... analizándose la responsabilidad del asegurado”.....

No puede por ello ahora actuar contra sus propios actos Osakidetza. Es así conocida la doctrina de que nadie puede ir en contra de sus propios actos, que determina lo inadmisibile del ejercicio de un derecho y acción que se halle en contradicción con una conducta y forma de comportarse anterior, contradictoria e incompatible con dicho ejercicio. A ello cabe añadir que cuando en una determinada relación jurídica uno de los sujetos actúa de manera que produce en el otro la fundada confianza de que, por la significación de su conducta en el futuro se comportará coherentemente, la buena fe actúa como límite del derecho subjetivo (Art. 7 del CC) y convierte en inadmisibile la pretensión que resulte contradictoria con dicha forma de proceder (SSTS 12-7-90, 5-3-91, 12-4-93 o 30-5-95).

Resulta en todo caso cubierta la actuación que nos ocupa con la póliza de Sham, pues de la misma resulta literalmente que tiene la condición de asegurada cualquier persona o entidad, facultativa o no, que prestase sus servicios por cuenta del asegurado (en este caso Osakidetza) y cualquiera que fuese su relación con ella; es decir, por concierto o subcontrata, como sucede con Care4Chronics, que prestaba sus servicios sin duda por cuenta de Osakidetza. Se constata en la póliza a modo de cláusula abierta para determinar a los asegurados “Y en general otros dependientes cualquiera que sea su situación administrativa que presten sus servicios para sus asegurados en centros propios o ajenos y que actúen por cuenta de éstos”. El objeto de cobertura es sin duda alguna la responsabilidad civil sanitaria por todos ellos.

La aseguradora del servicio público ha de responder por ello de los daños que se ocasionen por la deficiente prestación de una parte integrante del servicio público de salud, y en concreto la parte correspondiente a la asistencia sanitaria urgente a domicilio contratada con Care4Chronics. Debe asumir obligación de resarcimiento por defectuoso funcionamiento del servicio público a modo de “culpa in eligendo” o “in vigilando”. En definitiva y como en vía civil sucede respondería tanto por hecho ajeno (responsabilidad de tipo extracontractual ex artículo 1.903.4º del CC), como por hecho propio (responsabilidad contractual ex artículo 105 LCS y 1.101 del CC), implicando el daño causado por negligencia del facultativo integrado en la entidad con la presta ese servicio público, un defectuoso funcionamiento de la Administración, al verse defraudadas las legítimas expectativas del usuario.

Resulta del Contrato suscrito entre ambas entidades, que se le encarga prestar un servicio público que no presta directamente Osakidetza, lo que ignora el usuario del servicio a quien no se le da conocimiento de su existencia y por el que debe responder el Servicio Público, sin perjuicio de la relación interna entre ambos. Igualmente resulta así del requerimiento verificado a Osakidetza, para que concretase si el facultativo que prestó la asistencia domiciliaria al apaciente el 31-1-18, prestaba servicios por cuenta de Osakidetza o de la empresa contratista Care4Chronics, respondiendo que es el Centro Coordinador de Emergencias Osakidetza quien remite directamente a un médico de

dicha empresa, si bien como consta en la llamada, lo hizo directamente sin precisión de ser el médico de otra empresa, ni posibilidad de elección para el usuario, actuando frente al mismo como una única entidad y evidenciando que era quien controlaba la actividad de los facultativos de la contratista, cuya actuación se dirigía y coordinaba por Osakidetza, con vinculación directa de la empresa con el usuario.

No hay dudas en la interpretación literal de la póliza sobre la condición de asegurada de Care4Chronics, que el primer criterio interpretativo al que se ha de acudir para resolver las dudas (Arts. 1.281 y siguientes del CC). Además en materia de seguros las dudas en la interpretación deben resolverse siempre en favor del asegurado y de la mayor amplitud de la cobertura como establecen las SSTS de 30-1-02, 22-1-99 o 18-7-98 entre otras muchas, indicando que las dudas que puedan surgir en la interpretación de las relaciones asegurativas deben ser resueltas a favor del asegurado, dada la naturaleza de contrato de adhesión del seguro como regla general al ser un formulado preimpreso y de conformidad con los artículos 1.288 del CC y 2 de la LCS.

A lo anterior cabe añadir que existiendo unas previas Diligencias Preliminares, pudo y debió la entidad Osakidetza haber al menos puesto en conocimiento de la actora la existencia de otra entidad a quien poder demandar por los hechos y de su específica aseguradora, de entender que no dependía de ella, lo que omitió.

Se trata en definitiva frente al particular de una actuación propia del mismo ente público de la que responde su aseguradora. En este sentido la Jurisprudencia en vía contencioso-administrativa, viene estableciendo que esa remisión de la prestación del servicio público a un particular, no le confiere especialidad alguna en relación con cualquier otro servicio público que se preste por particulares. La responsabilidad de los daños ocasionados por los concesionarios o contratistas, viene propiciado por el hecho de que el concesionario es un delegado de la Administración, en el sentido estricto y técnico del vocablo, esto es, un sujeto que asume el ejercicio de funciones administrativas cuya titularidad se reserva la Administración. Y esa asunción de actividades administrativas se produce tanto cuando actúa en esas funciones propias de los servicios públicos, como cuando lo hace " en el giro o tráfico normal de su empresa.

La titularidad del servicio público comporta responsabilidades de la Administración de supervisión, tutela y control del ente concertado, sin que el juego combinado de la externalización contractual del servicio sanitario junto con el silencio de la Administración ante la reclamación del perjudicado, pueda generar un escenario de incertidumbre, impunidad y perjuicio al particular que es usuario del servicio sanitario concertado por indicación de la propia Administración sanitaria. El particular no tiene obligación de conocer los términos de la relación contractual entre la Administración y entidad concertada, ni de acometer en solitario actividad pesquisitiva alguna, ni modo de saber si medió o no alguna orden o instrucción al ente concertado que generó la actuación sanitaria lesiva, de manera que el particular agota su diligencia reclamando a la cara visible del poder público, esto es, ante la Administración (aquí a su aseguradora), sin perjuicio del derecho de repetición de la misma.(En este sentido STS de 30 de Noviembre de 2010 (rec.1866/2009).

Acreditada la legitimación pasiva de la entidad demandada, con respecto al fondo del litigio, el Tribunal Supremo en su sentencia de 29/6/06 y por lo que se refiere a los requisitos que han de concurrir para que nazca la responsabilidad patrimonial



derivada de la asistencia sanitaria, tiene declarado que: "Como es sabido, la jurisprudencia (por todas sentencias de 24 de julio de 1999, recurso contencioso-administrativo núm. 380/1995), viene reiteradamente exigiendo para apreciar responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, según el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de Administración del Estado y los 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor".

Así pues, para que nazca dicha responsabilidad se precisa que concurren los siguientes requisitos:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño

Y en materia de responsabilidad sanitaria es constante la jurisprudencia que declara que la atención médica exigible de los servicios públicos no es una prestación de resultados sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner a disposición del ciudadano todos los medios a su alcance para conseguir su curación cualquiera que sea el resultado del tratamiento.

Por tanto no resulta suficiente para que se origine la responsabilidad sanitaria la existencia de una lesión o perjuicio derivados de la atención de los servicios médicos de naturaleza pública, ya que lo único que le es exigible a la Administración es que la actuación médica sea conforme a la "Lex Artis ad hoc", como modo de determinación de cual sea la actuación médica correcta y ello con independencia del resultado producido, ya que no le resulta posible, ni a la ciencia, ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002 , y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Por ello, la doctrina jurisprudencial utiliza este criterio como parámetro que permite determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño, diferenciando aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa y aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de una enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004 , entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia



de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado".

Finalmente y a modo de resumen en relación con la antijuridicidad del daño, el Tribunal Supremo en Sentencia de 2-11-2011, declara que "La Sentencia de 3 de julio de 2007 (STS, Sala 3ª, Sección 6ª de 3 de julio de 2007, recurso 4576/03) reitera que "la actividad médica y la obligación profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar; no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la manera más ilimitada posible". Ello determina, por tanto que en aquéllos en casos los que la técnica se acomoda al estado del saber, el riesgo se traslada al afectado, desapareciendo la antijuridicidad en caso de resultado dañoso. La sentencia mencionada, señala, en este orden de cosas, que "el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si esta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de este, hoy recogida en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Es decir, en el ámbito de la responsabilidad sanitaria la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión, que llevaría a una objetivación de la responsabilidad más allá de los límites de lo razonable, siendo preciso acudir al criterio de la "lex artis", como parámetro para la determinación de la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido".

Continúa señalando que en estos supuestos, en el que resultan necesarios especiales conocimientos científicos y técnicos para dirimir la controversia suscitada, el resultado de la prueba pericial practicada adquiere una determinante y especial relevancia, debiendo estar los peritos, en todo caso, en posesión del título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste, según dispone el artículo 340 de la LEC, prefiriéndose los Dictámenes de Especialistas sobre los demás y la pericial judicial sobre los informes periciales que puedan ser aportados por las partes interesadas.

Con relación la denominada "pérdida de oportunidad terapéutica" causada siguiendo el resumen de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la misma realizada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Sede de Valladolid, en sus Sentencias nº 2099/2013, de 02/12/2013 y 436/2014, de 28/02/2014, se debe indicar que "la misma ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en las Sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, así como en las de 4 y 12 de julio de 2007, y más recientemente en las SSTS de 23 de enero, 3 de julio, 20 y 27 de noviembre, ó 3 de diciembre de 2012, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del

funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación. En suma la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento; pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable".

Continúa indicando que "La SSTS de 16 de enero de 2012 y 16 de febrero de 2011 recuerdan, con cita de la STS de 23 de setiembre de 2010 que la "privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" - sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco , veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez - se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias", insistiendo, con cita de la STS de 7 de julio de 2008 , en que "acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública médica y se traslada al afectado la carga de un hecho de demostración imposible... Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la «facilidad de la prueba», aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas".

Y añade que "Las SSTS de 22 de mayo , 11 de junio , 9 de octubre y 21 de diciembre de 2012 recuerdan que la "pérdida de oportunidad", como señala la STS de 19 de octubre de 2011 , «se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de este mismo.

Así pues (STS de 3 de diciembre de 2012), en la fijación de la indemnización a conceder, en su caso, la doctrina de la pérdida de oportunidad parte de que sea posible afirmar que la actuación médica privó de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente. La STS de 27 de noviembre del 2012 , con cita de la de 19 de junio de 2012 , reitera dicha doctrina sobre que la información acerca de las posibilidades reales de curación constituye un elemento sustancial en la

doctrina denominada "pérdida de oportunidad" por lo que, en su caso, la suma indemnizatoria debe atemperarse a su existencia o no".

En cuanto a la responsabilidad de las administraciones públicas, hay que resaltar que con arreglo al artículo 139.1 de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, actualmente artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, añade el apartado 2, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

El indicado precepto constituye el trasunto legislativo de la previsión contenida al respecto en el artículo 106.2 de la Constitución Española y configura el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que tiene como presupuestos o requisitos, conforme a una reiterada jurisprudencia, los antes mencionados: lesión del particular, evaluable económicamente, antijurídica, imputable a la Administración por ese funcionamiento, normal o anormal del servicio público y con relación causa efecto entre la lesión y el funcionamiento del servicio, no concurriendo fuerza mayor.

Partiendo de la doctrina expuesta el caso que nos ocupa, la primera controversia se plantea es la relativa a la omisión de un diagnóstico correcto en relación con los padecimientos de la fallecida, cuando fue atendida por el médico del servicio de emergencias que acudió a su domicilio. La STS de 27 noviembre 2000, señala «Un diagnóstico es, en definitiva, un dictamen y como tal avanza un parecer, una opinión, partiendo de unos datos que obtiene por diversos medios y que eleva a categoría a través de lo que el estado de la ciencia y la técnica, así como el saber experimental que posea el médico actuante, permiten en el momento de emitirlo. Nunca un dictamen -sea jurídico, sea médico- puede garantizar un resultado. Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado, la certeza absoluta debe tenerse por excluida de antemano».

La fase de diagnóstico es una de las más importantes y difíciles de la práctica médica a la que se llega después de un proceso de aproximaciones sucesivas que requiere del examen de la historia clínica, la exploración física y las pruebas complementarias pertinentes al caso y que se efectúan progresivamente para llegar al diagnóstico concreto. Se trata de un proceso complejo en el que intervienen muchos factores y en sus primeras fases resulta difícil poder hablar de un error, dado que determinadas sintomatologías pueden sugerir diversas patologías que deben ser, o no, descartadas. No obstante lo anterior, respecto al error de diagnóstico es importante advertir que para que éste sea generador de responsabilidad es necesario que atendidas las circunstancias del caso y en particular el estado de conocimiento de la ciencia en el momento de producirse el evento lesivo, pueda afirmarse que resultaba factible para el servicio sanitario realizar dicho diagnóstico y que el mismo, de haberse realizado, posibilitara alguna oportunidad de curación. En definitiva es necesario que la falta de



diagnóstico o bien su error o su retraso sea imputable a la Administración y por ello sea determinante de la lesión del derecho del paciente a un diagnóstico correcto en tiempo oportuno.

El error de diagnóstico es fuente de responsabilidad de la Administración, por incumplimiento de la obligación de aplicar las técnicas sanitarias en función del proceso a conocimiento de la práctica médica. Ahora bien, no todo error de diagnóstico da lugar a responsabilidad y ha de insistirse en que, para que ello suceda, es necesario que como consecuencia del error no se haya procurado al paciente la asistencia sanitaria exigible.

Con tales premisas y atendiendo a la documental aportada y a los informes periciales que se han ratificado en juicio por sus emisores, resulta acreditada la mala praxis que se imputa por la actora en la prestación del servicio público.

En primer lugar consta acreditado por las llamadas efectuadas al servicio de Emergencias de Oxakidetza que el esposo de la fallecida comunicó al médico a que la misma, mayor de 50 años, llevaba varios días con dolor de cabeza, que la misma no padecía migrañas y que se había despertado de madrugada con un dolor de cabeza muy fuerte, por toda la cabeza, como un casco y literalmente que le iba estallar la cabeza, siendo el dolor insoportable. Indica que había tomado analgésicos y no remitía le dolor y no podía ni hablar. Ante tales síntomas la médico que atiende telefónicamente el servicio, manifiesta que va a enviarle un médico.

Este último al llegar al domicilio de la paciente y con los antecedentes referidos, elabora un denominado “Informe médico” que se aporta como documento nº 5.3 en que consta que permaneció media hora atendiendo a la paciente de 4:30 a 5:00. No consta que efectuase exploración alguna, encontrándose en blanco el apartado correspondiente y consignado como diagnóstico cefalea, pautando diclofenaco y consulta con su médico de atención primaria en 24 horas. Dicho facultativo citado como testigo, trabajador de Care4 Chronics, ha declarado en juicio no recordar a la paciente ni su actuación por el tiempo transcurrido, limitándose a alegar de forma genérica que exploraría a la paciente como hace siempre, buscando signos meníngeos y otros como somnolencia o conciencia y no se evidenciarían signos de urgencia que determinasen su traslado al hospital, pese a no reseñar el resultado en el informe en que no consta siquiera que la exploración era normal, ni las características del dolor o forma de aparición, ni sus antecedentes en lo relativo a cefaleas o migrañas.

Dicha actuación que es la controvertida, se estima que constituyó una mala praxis y un defectuoso funcionamiento del servicio público de salud, prestado por entidad dependiente del servicio a efectos de la paciente y cubierta por la aseguradora demandada. Y ello, al no poner los medios precisos a disposición de la paciente existentes en ese momento, para evitar el daño que fatalmente se produjo y que consistió en este caso en el fallecimiento de la paciente.

En este punto el perito de la parte actora Sr. Benito León, especialista en neurología ha ratificado en juicio su informe, poniendo de manifiesto la incompleta exploración, debiendo haberse comprobado al menos la sensibilidad o el fondo de ojo y constatar los hallazgos o su ausencia, para que se pueda tener en cuenta por el siguiente médico que atienda al paciente, no siendo la cefalea un diagnóstico, sino un síntoma. No



se reseña siquiera si el dolor es fuerte o no, su localización, forma de aparición etc; elementos esenciales para efectuar mínimamente un diagnóstico

Señala de forma acorde a Guía de la Sociedad Española de Neurología, que la paciente presentaba los tres factores importantes que advertían de la posible hemorragia que se desencadenó posteriormente que precisaban su derivación inmediata al Hospital, para el oportuno tratamiento con reposo y demás medidas que concreta en una unidad especializada en ictus, pudiendo haberse evitado el fatal desenlace y además con posibilidad de no quedarle secuelas. Se trataba de una mujer de 55 años sin antecedentes de migraña y con dolor persistente de varios días con brusca evolución y muy fuerte, que no remitía con analgésicos. Ello evidenciaba una cefalea centinela que permitiría en el Hospital con oportuno tratamiento prevenir la hemorragia que se desencadenó o al menos tratarla al entender su causa en un 99% de los casos un aneurisma, verificándose la rotura en el Hospital con posible tratamiento según las Guías médicas, que en un 50% de los casos no es mortal. En cambio se produjo el fallecimiento al verificarse en el domicilio la rotura y sin una mínima advertencia de reposo a la paciente que estuvo 11 horas sin control médico hasta que fue encontrada en coma por su hijo y ya con la hemorragia desencadenada. Precisa que no se puede descartar como causa de la muerte el aneurisma que lo es en un 99%, tratable en las condiciones expuestas, ante ausencia de malformaciones. Ello al no efectuarse la autopsia y no poder mostrarse así el aneurisma en el Tac efectuado, ya con muerte cerebral.

Ratifica por ello una mala praxis en la atención domiciliaria por desconocimiento del facultativo, que acudió al domicilio sin los medios precisos para efectuar un fondo de ojo como prueba importante para el diagnóstico en este caso, dados los síntomas comunicados telefónicamente, portando un oftalmoscopio y sin una exploración adecuada, ni una derivación inmediata de la paciente al Hospital.

En este punto el perito de Oxakidetza, Sr. (que no es especialista en neurología, pero sí en prestación de Servicios de Urgencias, además de internista), no contradice la mala praxis. Así aunque entiende que no es un instrumento que habitualmente se lleve en una atención de urgencias, no desvirtúa que con los síntomas comunicados telefónicamente, no fuese lo adecuado. Igualmente corrobora en su informe que concurrían dos factores importantes que hubieran precisado derivación y estudio con prueba de imagen en Centro hospitalario que afectan a una consulta por cefalea. La primera es la edad y sobre todo la ausencia de antecedentes de cefaleas previas, que implica descartar una cefalea secundaria. El desenlace posterior hace pensar de forma razonable que el cuadro, poco expresivo durante la primera valoración domiciliaria, podía haberse ya iniciado, lentamente. Ratifica en el acto del juicio que debió trasladarse a la paciente de forma inmediata al Hospital para ser tratada de esa posible hemorragia que se estaba advirtiendo y que de haberse tratado en el hospital con los medios del mismo, se hubiese salvado probablemente. Igualmente señala en el informe que Las valoraciones realizadas en los Sistemas de Urgencias y Emergencias deben encajarse en un continuo asistencial. No son actuaciones finalistas. Es por ello que en el informe controvertido deberían constar los datos necesarios para que el siguiente facultativo que atiende a la paciente conozca los síntomas y atenciones recibidas, lo que tampoco se contradice, alegando que si no se ponen es posible que no se observen, lo que se contradice con lo manifestado telefónicamente por el esposo de la fallecida. Admite no obstante por los dos factores que concurrían, la necesidad de su traslado al Hospital, siendo esencial que hubiese hecho constar el facultativo cómo se



desencadenó el dolor, así como la intensidad, localización del dolor, antecedentes etc., para un adecuado diagnóstico y tratamiento, lo que se omitió.

Por ello el hecho de no existir una especialidad de Urgencias y exista o no protocolo sobre su actuación, no excluye que sea esencial en la actuación médica que se prestó como admiten los dos peritos antes referidos, reseñar el resultado de una adecuada anamnesis y exploración, para partir de ella los facultativos que actúan posteriormente, aunque sea para constatar una normalidad, no pudiendo deducirse esa normalidad de la omisión de datos, que además en este caso concurrían y están acreditados por las previas llamadas y la constatación en ese mismo documento 5.3 de los síntomas de cefalea de varios días de evolución y la propia edad de la paciente.

Finalmente el perito Sr. Perianes Matesanz, también internista y con experiencia en servicios de urgencias, tampoco desvirtúa la mala praxis acreditada. En primer lugar alega que no se hacen informes en urgencias, pese a constar que es un informe el documento 5.3 y manifiesta en juicio que sólo se hacen presunciones. Entiende en contra de los otros dos peritos y las Guías médicas, que no es relevante poner las características del dolor y que los factores que los otros dos peritos toman en cuenta para descartar el diagnóstico de la hemorragia no eran relevantes para derivar a la paciente al hospital, aunque reconoce que uno de ellos era la edad. Entiende suficiente lo redactado y a la vez admite que difícilmente el médico que posteriormente atendiese a la paciente podrá conocer por el mismo los síntomas que ha tenido para lo que entiende es el diagnóstico de “cefalea” sin más, con lo que consta en el informe, que es nada. Alega que se manifestó por teléfono que la paciente ya tenía migrañas cuando lo que se manifestó es que no y que el dolor cursaba unos días antes. Manifiesta que la prueba de fondo de ojo es muy peligrosa y está descartada por los propios oftalmólogos como reseña el Manual Harrison que cita en su informe, cuando el referido Manual manifiesta lo contrario indicando que el riesgo de glaucoma es remoto y queda más que compensado por el posible beneficio que representa para el paciente el descubrimiento de una lesión oculta en el fondo del ojo.

Tampoco justifica que se hubiese producido necesariamente el fallecimiento de haberse detectado inicialmente la posible hemorragia, en contra de lo indicado por los otros peritos, señalando que sólo hay como mucho en Bilbao unidades especializadas de Ictus y no en Donosti, sin justificar tampoco que no pudiese ingresar en ellas. Reconoce que no se hizo autopsia y no se puede descartar la presencia del aneurisma.

Acreditada la mala praxis y el mal funcionamiento del servicio público, con entidad suficiente conforme se ha expuesto para ocasionar el fallecimiento de la Sra., no resulta aplicable tampoco la doctrina sobre la pérdida de oportunidades a efectos de reducir el quantum indemnizatorio como se pretende, pues la misma perdió su vida y no un mero tratamiento que hubiese meramente mitigado su dolencia o el necesario desenlace fatal (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2005 y 26 de junio de 2008) Y ello porque tanto el perito de la actora, como el de Osakidetza han ratificado que con su remisión inmediata la Hospital hubiese salvado su vida y curado, incluso sin secuelas, según el especialista en neurología.



Todo lo anterior determina la responsabilidad de la parte demandada, procediendo estimar la demanda y condenar a la parte demandada por la mala en que incurrió su asegurada, que desencadenó el resultado final de fallecimiento en este caso.

En cuanto al montante de la indemnización que se reclama, con base en el Baremo de accidentes de circulación utilizado de forma orientativa y cuya aplicación analógica admiten las partes y la misma Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 19-6-97, 27-11-06, 20-2-08 o 22-7-08); se estima adecuada la suma reclamada por fallecimiento que no se discute por ninguna de las partes, en cuanto al daño moral que implica y del que debe responder la demandada, como se ha expuesto, al desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva y por importe de 114.691,11€.

Procede la condena de la demandada abono de la cantidad reclamada acorde a Baremo y no desvirtuada, incluyendo el 25% de perjuicio excepcional por las penosas circunstancias en que se produjo el fallecimiento, encontrándose el menor a su madre en coma de forma repentina, sin posibilidad de supervivencia, sin haberse discutido específicamente este extremo por la demandada.

Debe además la aseguradora abonar los intereses del artículo 20 de al LCS, desde la fecha del siniestro, al no haber ofrecido o consignado el importe mínimo que estimaba procedente, ni siquiera en esta vía, tras la celebración de la audiencia previa, no oponiéndose las partes además a aplicar el mismo Baremo. Así aunque es cierto que la responsabilidad médica profesional presenta siempre enormes dificultades de prueba teniendo que demostrar la no conformidad del acto médico realizado con la “lex artis ad hoc”, en este específico supuesto, no se considera que concurra causa alguna que justifique la exoneración en este caso del abono de intereses moratorios del artículo 20 de la LCS, Ello al admitir el mismo perito de Osakidetza la mala praxis en su informe. Además se aportó por el mismo Osakidetza en las Diligencias Preliminares la póliza de Sham a la actora, siendo responsable sin duda en función de la relación entre las partes, por el contrato de seguro existente. Tampoco acredita la demandada como le compete más que por alegación, que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación, que sí conocía o al ejercicio de la acción directa por los herederos.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC, procede imponer a la parte demandada las costas causadas. No se hace expresa imposición de las costas causadas respecto del Servicio Vasco de salud, Osakidetza (en este sentido SAP Madrid 7-9-10).

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

FALLO.- Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana Villa Ruano nombre y representación de DON que actúa en su propio nombre y derecho, así como en el de su hijo menor de edad contra la entidad SOCIÉTÉ HOSPITALIÈRE DÁSSURACES MUETELLES (SHAM) SUCURSAL ESPAÑA representada por la Procuradora Doña María Esther Centoira Parrondo, con intervención voluntaria adhesiva de la SERVICIO VASCO DE SALUD (OSAKIDETZA), representado por el Procurador Don José Luis Martín Jaureguibeitia y en consecuencia,

debo condenar y condeno a la demandada SOCIÉTÉ HOSPITALIÈRE D'ASSURANCES MUETELLES (SHAM) SUCURSAL ESPAÑA a abonar a la parte actora, la cantidad de 248.300 euros, más los intereses moratorios del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro y al abono de las costas causadas en esta instancia. No se hace expresa imposición de las costas causadas respecto del SERVICIO VASCO DE SALUD (OSAKIDETZA).

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de Apelación en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación.

Así por esta mi sentencia de la que se unirá certificación a los autos correspondientes, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada que fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrada que la suscribe, en el día de su fecha, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por M^a JOSE LORENA OCHOA VIZCAINO