

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Octava

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035

Tfno.: 914933929

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0293028

Recurso de Apelación 991/2017 D

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 92 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 67/2016

APELANTE: Dña. _____

PROCURADOR D. PABLO JOSE TRUJILLO CASTELLANO

APELADO: COMPAÑIA DE SEGUROS ZURICH INSURANCE PLB

PROCURADOR Dña. MARIA ESTHER CENTOIRA PARRONDO

SENTENCIA N° 99/2018

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JUAN JOSÉ GARCÍA PÉREZ

Dña. CARMEN MÉRIDA ABRIL

Dña. MILAGROS DEL SAZ CASTRO

En Madrid, a cinco de marzo de dos mil dieciocho. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Procedimiento Ordinario nº 67/2016 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 92 de Madrid, seguidos entre partes; de una, como demandante –apelante _____, representada por el Procurador D. Pablo J. Trujillo Castellanos; y de otra, como demandada–apelada **ZURICH, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS**, representada por la Procuradora Dña. Mª Esther Centoira Parrondo.

VISTO, siendo Magistrada-Ponente la **Ilma. Sra. DÑA. CARMEN MÉRIDA ABRIL**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 92 de Madrid, en fecha 16 de junio de 2017 se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“Desestimo íntegramente la demanda interpuesta por DOÑA _____ y absuelvo a COMPAÑÍA DE SEGUROS ZURICH INSURANCE PLB condenando a la parte actora al pago de las costas.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, D^a _____, fue admitido, y en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso, quedó en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día 28 de febrero de 2018.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los de igual naturaleza de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Antecedentes y objeto del recurso.

1.-El recurso de apelación formulado por D^a _____ trae causa de la demanda por ella interpuesta en reclamación de 1.339.253,50 € en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la deficiente asistencia

médica prestada por el servicio de emergencia (SUMMA 112) el día 10 de diciembre de 2012 cuya Dra. D^a _____, por la falta de atención a los síntomas que presentaba y una exploración neurológica completa, cometió un error de diagnóstico grave confundiendo un cuadro de accidente cardiovascular (ictus) con una gastroenteritis aguda, lo que impidió la instauración inmediata de medidas terapéuticas de sostén y prevención que habrían evitado las complicaciones y lesiones neurológicas que padece la demandante, a consecuencia de las cuales sufre una minusvalía del 85%.

2.-La sentencia de primera instancia, sin entrar en el fondo de la cuestión debatida pues estima la falta de legitimación pasiva, desestima la demanda. Sus razones, en esencia y en lo que aquí interesa, son las siguientes: a) Sobre los efectos que produce respecto de la acción directa del art. 76 LCS la resolución administrativa desestimatoria de la responsabilidad patrimonial exigida por la demandante, resolución firme y consentida por la actora al no haberla impugnado en la vía contencioso administrativa, el art. 57 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece una presunción de legalidad de los actos administrativos que solo puede ser desvirtuada mediante la impugnación de ese acto en sede judicial, la contencioso administrativa (SSTS 12 de febrero y 25 de noviembre de 2009), presunción que, en este caso, no ha sido desvirtuada por la parte actora, que consintió la declaración de inexistencia de mala praxis en la asistencia sanitaria que le fue dispensada; b) la acción directa contra la aseguradora en la vía civil no puede constituir una vía alternativa para impugnar actos administrativos que ha sido consentidos, siendo contrario a los principios generales al ordenamiento jurídico que se declare en vía civil una responsabilidad de la entidad aseguradora cuando no ha sido declarada la del asegurado, el Servicio Madrileño de Salud, y ello ha sido consentido por la perjudicada.

3.- El recurso planteado por la demandante se articula en cinco alegaciones que se introducen con las siguientes fórmulas:

“PRIMERA.- Error en el cómputo de plazos

SEGUNDO.- El plazo de prescripción de la acción del artículo 76 LCS será el mismo que el perjudicado tiene frente al asegurado. Vulneración del artículo 76 LCS y 9.3 y

24 CE.

TERCERO. Por vulneración de los artículos 1973 y 1974 del CC, art 9.3 de la Constitución. Plazo de prescripción de la acción civil frente a la aseguradora. Acción directa, Solidaridad propia, interrupción por comunicación extrajudicial al asegurado.

CUARTO. Equiparación de Cosa Juzgada y Presunción de legalidad del acto administrativo.

QUINTO. Momento de interposición de la acción directa frente a la Aseguradora de la Administración. Interpretación restrictiva de la Prescripción.

Y en él termina suplicando el dictado de una sentencia por la que “*se estime íntegramente el presente recurso de apelación y revocando la sentencia de instancia, declare la legitimación pasiva de la demandada Zurich Seguros, recupere el conocimiento del fondo del asunto y estime íntegramente los pedimentos del escrito de demanda con todos los pronunciamientos que le son inherentes, con expresa condena en costas.*”

Subsidiariamente: Dicte sentencia mediante la que se estime íntegramente el presente recurso y declarando la nulidad de la sentencia de instancia declare la legitimación pasiva de la aseguradora demandada, devolviendo los autos al Juzgador de Instancia para que dicte sentencia que resuelva el fondo del asunto, según lo solicitado en nuestro escrito de demanda.”

4.- La demandada recurrida interesó la confirmación de la sentencia, de acuerdo, en lo sustancial, con los fundamentos de la misma, con imposición de costas a la parte apelante.

SEGUNDO. - Motivos del recurso: Sobre el error en el cómputo de plazos de prescripción. Vulneración del artículo 76 LCS, 9.3 y 24 CE, 1973 y 1974 del CC, art 9.3 Equiparación de Cosa Juzgada y Presunción de legalidad del acto administrativo.

El sustento jurídico y los razonamientos que fundamentan todos los motivos del recurso están estrechamente relacionadas pues, en definitiva, están preordenados a combatir

la falta de legitimación pasiva acordada en la instancia y, en ocasiones, son reiterativos y homogéneos, por lo que la respuesta de esta Sala será única y conjunta para todos ellos.

En el desarrollo argumental de los motivos invoca el apelante, en síntesis, que la sentencia incurre en un error en el cómputo de plazos ya que la demanda civil contra la aseguradora de la Administración se interpuso dentro del plazo de dos meses, que establece el artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ; que no puede estimarse prescrita la acción frente a la aseguradora pues la reclamación administrativa debe entenderse como una reclamación extrajudicial al asegurado y sus efectos deben aprovechar también al deudor solidario, la aseguradora, así la reclamación previa administrativa interrumpe la prescripción de la acción civil recogida en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, hasta que la Administración (asegurado) decida por medio de una resolución poner fin a dicha vía extrajudicial, abriendo en ese momento la posibilidad al administrado para continuar por la vía civil frente a la aseguradora. Alegaciones todas ellas extrañas a la *ratio decidendi* de la sentencia apelada cuya fundamentación no se asienta en la prescripción extintiva de la acción entablada.

Sin embargo, también alega el apelante que la existencia del procedimiento administrativo en nada influye en una posterior acción directa contra la aseguradora, y desde luego no puede tener el efecto de cosa juzgada, o similar, pues debe prevalecer el derecho del administrado a una tutela judicial permitiendo el análisis del fondo del asunto ante la legitimación de la aseguradora demandada; legitimación pasiva que esta Sala comparte, por los siguientes motivos:

- 1.- Por la autonomía procesal de la acción directa ejercitada en la demanda.

El artículo 76 LCS estableció que *“El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste”*.

Con dicho precepto no sólo se reconoció legalmente la acción directa, sino que, además, se le dio un estatuto jurídico privilegiado, con relación al resto de las acciones directas conocidas por el ordenamiento: la inmunidad a las excepciones asegurador/asegurado. Si la Aseguradora no puede oponer a la víctima las excepciones propias de la relación contractual entre ésta y el asegurado, ello significa, de un lado, que el fundamento de la acción directa no puede estar en el mismo contrato (pues la obligación frente a la víctima va más allá de los límites del contrato), y de otro lado, que la acción directa goza de una clara autonomía procesal respecto de la obligación propia del asegurador frente al asegurado pues la accesoriedad o dependencia “sustancial” de la obligación de la aseguradora respecto de la responsabilidad de la entidad asegurada no es óbice para la autonomía “procesal” de la acción directa, así lo ha querido el legislador.

En este sentido la STS, Sala Primera, de 3 de septiembre de 2012, sostuvo que la existencia de una reclamación administrativa previa no puede obstar a la reclamación ante el orden jurisdiccional civil de los potenciales sujetos privados, afirmación que razonó en los siguientes términos:

<<CUARTO.- A partir de esta situación la mercantil recurrente se adentra en las consecuencias jurídico-procesales que ha de tener la existencia de esas reclamaciones patrimoniales sobre la base del principio de "unidad jurisdiccional" que se instaura en el art. 9.4 LOPJ (LA LEY 1694/1985). En el sentir de la mencionada recurrente con la presentación de esas reclamaciones administrativas "los demandantes accionaron los resortes de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; que exige como requisito la existencia de un acto administrativo", que en este caso estaría representado por la resolución administrativa que resolviese esa reclamación previa. Desde ese planteamiento, activado el procedimiento administrativo no cabe ya demandar en vía civil a los sujetos privados potencialmente responsables de manera concurrente con la Administración. Lo contrario supondría, según el recurso, un fraude de Ley y procesal y una actuación contraria a la teoría de los actos propios: "la presentación de las reclamaciones -se dice en el recurso- creó una situación de Derecho la cual no puede ser alterada unilateralmente a posteriori por sus autores".

La Sala no comparte las conclusiones de la recurrente. El principio de "unidad

jurisdiccional" que se instaura en el art. 9.4 LOPJ (LA LEY 1694/1985) significa lo que la norma dice y nada más. Esto es que la concentración de las reclamaciones en un único procedimiento y en un único orden jurisdiccional, el contencioso-administrativo, se produce por y para el ámbito jurisdiccional; no opera fuera del mismo. La existencia de una reclamación administrativa previa no puede obstar a la reclamación ante el orden jurisdiccional civil de los potenciales sujetos privados. Porque eso sólo vendría impedido por un acto que tuviera la fuerza de generar el efecto de litispendencia (art. 411 y ss Lec), y eso sólo lo provoca la acción judicial. No un mero procedimiento administrativo, mero paso previo generador del acto administrativo, dada la naturaleza esencialmente revisora de la jurisdicción contenciosa. La jurisprudencia civil siempre recondujo la reclamación administrativa previa en el sentido de equipararla al acto de conciliación, cuya ausencia se entendió subsanable y cuyo verdadero sentido era asegurar que la Administración tuviera un previo conocimiento de la pretensión (sentencias de 11-XI-2003 (LA LEY 183733/2003) y de 14-5-2002), de manera que aun ahora, en el marco de la concentración del conocimiento de la responsabilidad patrimonial en el orden jurisdiccional contencioso, como elemento preparatorio de la acción judicial, la existencia del mismo no obsta a que pueda, durante su tramitación, ejercitarse acciones ante la jurisdicción civil frente a los sujetos privados que puedan concurrir potencialmente con la responsabilidad, también potencial, de la Administración Pública.

No se incurre en mala fe procesal ni se va contra los propios actos si se presenta la reclamación administrativa y durante su tramitación se ejercitan acciones frente a los sujetos privados ante la jurisdicción civil. En los perjudicados se residencia la decisión final de a quien demandar de entre los potenciales responsables y si optan por hacerlo sólo frente a los sujetos privados nadie les puede imponer que demanden a la Administración y que esa posibilidad técnica haga claudicante la acción civil.

Es verdad que una parte de razón subyace en la argumentación de la mercantil recurrente, pues la unidad jurisdiccional impuesta en el art. 9.4 LOPJ (LA LEY 1694/1985) no tolera procesos diferenciados de reclamación ante la jurisdicción civil, con relación a los sujetos privados, y ante la contenciosa la Administración Pública como tampoco muy posiblemente procesos sucesivos. Pero ninguna de las situaciones concurre ni hace que lo haga un mero procedimiento administrativo de reclamación previa, mero acto preparatorio

del contencioso que convierte a este en algo meramente teórico y potencial. No hay proceso contencioso y no se infringe el art. 9.4 LOPJ (LA LEY 1694/1985). Y si se llegara a un hipotético y potencial proceso contencioso ello lo que en su caso generaría sería un potencial efecto consuntivo de la acción de reclamación patrimonial. Pero la posibilidad de ese futuro no obsta a la acción civil, cuando no existe un actual proceso contencioso. El motivo debe pues decaer>>.

2.- Las resoluciones administrativas no producen efecto de cosa juzgada.

La STS, Sala Civil, de 5 de mayo de 2016, razona que “las resoluciones administrativas no tienen eficacia de cosa juzgada en un litigio civil. Con carácter general, su trascendencia se limita a que el relato de hechos que se contiene en la misma tiene un valor probatorio que debe ser ponderado junto al resto de las pruebas practicadas en el proceso. En línea con lo declarado por las sentencias de esta la Sala 23/2012, de 26 de enero, y 532/2013, de 19 septiembre, puede afirmarse que el art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones, y menos aún por los órganos administrativos.”

En el mismo sentido, la SAP Madrid, sección 13, del 07 de marzo de 2017, rec.716/2016, consideró que «El derecho a la tutela judicial efectiva que tiene la parte actora impone la necesidad de pronunciarse sobre la acción ejercitada sin que existe impedimento o sea obstáculo la existencia de procedimiento administrativo o resolución administrativa al respecto. Se alega la existencia de resoluciones administrativas de 20 de agosto de 2015 y 26 de octubre de 2015, las mismas no pueden tener otro valor probatorio que el de prueba documental de parte, sin que lo resuelto por la administración sobre su propia actuación prejuzgue ni condicione el futuro de la presente acción. En primer lugar, por el carácter de parte interesada y falta de objetividad al ser la propia administración la que resuelve sobre su propia responsabilidad. Por otro lado, en atención a la regulación existente en arts. 40 y ss. LEC sobre cuestiones prejudiciales y en atención a la regulación de la cosa juzgada regulada en el art. 222 LEC que en todo caso se refieren a sentencias. Por otro lado, se considera que la jurisdicción civil es competente en la presente materia

como después se señalará más extensamente. Resulta así que no existe obstáculo para resolver sobre la acción planteada por la parte actora en vía civil, no siendo obstáculo la existencia de resolución administrativa al respecto sin perjuicio de que la misma se valore, en su caso, como prueba documental de las partes».

El motivo se estima. La estimación de la legitimación pasiva de la aseguradora demandada determina la necesidad de abordar en esta alzada el examen de la responsabilidad sanitaria que constituye el objeto de la demanda.

TERCERO.- Sobre la responsabilidad de Zúrich, Compañía de Seguros y Reaseguro. Hechos probados. El error de diagnóstico y el retraso en el tratamiento terapéutico.

Para la adecuada decisión del recurso cumple recordar que la responsabilidad del asegurado (en el caso, la responsabilidad patrimonial de la Administración asegurada) es un presupuesto técnico de la acción directa. Como ya expusimos, la acción directa es procesalmente autónoma, pues no hay que reclamar ni antes ni conjuntamente al asegurado, pero sustancialmente accesoria, pues no prosperará si no se acredita la responsabilidad del asegurado.

La Compañía de Seguros no responde por el “*hecho de otro*” (artículo 1.903 CC), sino por la “*responsabilidad de otro*”. El fundamento de la acción directa no está en haberse comprometido a indemnizar un daño, sino en haberse comprometido a cubrir, en favor del asegurado y de la víctima, la responsabilidad de aquél.

Sentado lo anterior, son hechos probados sobre los que no se suscita contienda y que se contienen en el informe de la inspección sanitaria de Madrid (doc.11 de la demanda) y en los informes asistenciales del SUMMA (doc. 3 y 4 demanda) los siguientes:

1.-El día 10 de diciembre de 2012 a las 14:47 horas, la hija de la demandante realiza una llamada al SUMMA 112 en la que se registraron como síntomas “calambres en las manos, dolor en zona temporal, dolor de cuello, mareo y náuseas y la paciente está muy agitada.” Que un vehículo de intervención rápida se desplazó al domicilio de aquella,

personándose en el mismo a las 15.37 horas, siendo atendida por la médico D^a _____ y por el enfermero D. _____ y tras su exploración fue diagnosticada de gastroenteritis aguda, pautándose como tratamiento metoclopramida y protector gástrico (doc.3 demanda).

Consta en el informe asistencial médico de dicha fecha como anamnesis y exploración la siguiente:

“ANAMNESIS_-Alergias: no_-Antecedentes personales: hernia lumbar 14/15 en tto. Analgésico-tratamiento Habituales: aines._-Motivo de consulta/Problema de salud actual: vomito alimentario, mareo y cefalea de características tensionales

EXPLORACION.__ Evaluación Primaria:-Vía aérea: permeable.-Ventilación: Eupnea -Circulación: relleno capilar<2 seg.; pulso Radial; piel normal -Valoración neurológica: pupila derecha Reactiva, Media; pupila izquierda Reactiva, Media; -Glasgow Coma Score: 15 (Ocular:4; Motora:6; Verbal:5)”

2.-A las 18: 58 horas del mismo día, la hija volvió a dar aviso a los Servicios de emergencia siendo nuevamente asistida sobre las 19,31 horas, y diagnosticada de déficit neurológico por ACV, ordenándose su traslado al servicio de urgencias del Hospital Universitario Puerta de Hierro donde ingresa a las 20.23 horas (doc.4 demanda) y tras la práctica de diferentes pruebas diagnósticas se apreció hemorragia subaracnoidea siendo ingresada en la Unidad de Cuidados Intensivos, e instaurándosele drenaje ventricular derecho.

3.-La inspectora médica emite informe el 2 de abril de 2014 en el que concluye que la primera asistencia prestada por el SUMMA fue incorrecta e insuficiente. Dice así que *« la asistencia sanitaria otorgada a D^a _____, por parte del conjunto del Servicio SUMMA 112 de Madrid, en lo relativo a la llamada de las 14:47 horas del día 10 de diciembre de 2012, se considera para esta Inspección como incorrecta, insuficiente, en función de lo que se valore como deficiencias, las reseñadas más arriba, en el enjuiciamiento del caso en este informe»*, y lo razona en los siguientes términos: *“a criterio de esta inspección, teniendo a la cefalea como síntoma capital con las características*

referidas, se entiende que podría haber existido una aproximación más certera al juicio clínico del caso o a considerarlo merecedor de derivación. La presencia de náuseas y vómitos, precisamente unidos a ella, se considera hacían un cuadro sospechoso, lo que podía haber contribuido a su mejor enjuiciamiento diagnóstico. Por todo ello se considera que no fue completamente adecuada la integración y transmisión de la información clínica desde el inicio del contacto con SUMMA. Asimismo, que en el motivo de Consulta del Informe de la Asistencia se indique “cefalea de carácter Tensionales” se considera con insuficiente fundamento, dadas precisamente las características de las cefaleas tensionales (como se ha resumido en consideraciones Clínicas) y las descritas en la cefalea presentada. En relación con la exploración acometida se valora: se considera parcialmente insuficiente: La valoración neurológica mínima si se tuviera la cefalea bien presente, debe incluir, entre otras, la exploración de cuello y signos de posible meningismo (realmente se debe incluir en cualquier exploración neurológica). A su vez está indicada esa exploración al referirse cervicalgia no leve y rigidez. Se indica que el vómito no unido a cuadro diarreico ni dolor abdominal y ausencia de exploración en dicho abdomen-, se considera sin suficiente base. Se valora la asistencia, por tanto, en su conjunto, como deficitaria. En concreto, en los aspectos referidos”.

4.- La demandante padece un “grado de discapacidad del 85% +3 FSC (88%) en base a hemiplejia izquierda por aneurisma, trastorno cognitivo por hemorragia subaracnoidea, hemiplejia izquierda por hemorragia subaracnoidea.”

De lo que antecede se estima procedente declarar probado que en la primera asistencia existió un claro error de diagnóstico, pues con independencia de que en la audiencia previa se introduzca en el debate litigioso si la primera asistencia domiciliaria fue o no ajustada a la lex artis y de que los peritos propuestos por la aseguradora demandada sostengan que esta fue correcta en atención a los síntomas que presentaba la Sra. _____, así lo declaran D^a Ana _____ y D^a _____, la propia asegurada, la Administración sanitaria, no la cuestionó en su resolución de 27 de octubre de 2015 en la que acogió las conclusiones transcritas del informe de la Inspección Sanitaria de 2 de abril de 2014 « no solo por las características de independencia y objetividad, siguiendo el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sino porque la lectura de su informe, permite comprobar que llega a sus conclusiones a raíz de un minucioso contraste entre los datos clínicos que presentaba la

paciente y la anamnesis, a partir de la información que suministró al SUMMA 112 la paciente y sus familiares», por lo que la resolución de la contienda ha de partir del hecho aceptado por la asegurada de que , efectivamente, la primera asistencia domiciliaria fue inadecuada y su diagnóstico erróneo, lo que determinó un retraso de 4 horas (tiempo transcurrido entre la primera y la segunda llamada), que no 5 horas como sostiene el apelante, en la instauración de las medidas terapéuticas.

Sentado lo anterior, la cuestión nuclear bascula sobre la determinación de si el daño que padece la demandante fue consecuencia del referido error y retraso en el correcto diagnóstico del padecimiento de la Sra. _____ y de su tratamiento.

CUARTO.- *Sobre la relación causal entre el error de diagnóstico y retraso en el tratamiento y las secuelas que padece la demandante. Sobre la pérdida de la oportunidad asistencial o terapéutica sanitaria.*

Llegados a este punto, se ha de analizar si la hemiplejía y el trastorno cognitivo que padece la demandante es secundaria al inicial error de diagnóstico y retraso en el tratamiento pautado. Dicho de otro modo, si las secuelas se podrían haber evitado con un diagnóstico y tratamiento precoz.

Y sobre esta cuestión no existe certidumbre; la certidumbre precisa de que la causa directa e inmediata de las secuelas que padece la Sra. Bito lo haya sido el diagnóstico y tratamiento tardío, y de la secuencia que hubieran tomado los hechos dentro del ámbito de la causalidad material o física de haber sido tratada temporáneamente, pues esa es la conclusión que puede obtenerse de la valoración de la prueba practicada, en particular, del dictamen de D. _____, especialista en neurología, en el que la apelante sustenta su pretensión, y el de D. _____, D. _____ y D^a _____ en el que el demandado apelado apoya su motivo de oposición, conforme al criterio legal de valoración de la prueba pericial según reglas de la sana crítica, a tenor del art.348 de la LEC.

Las reglas de la sana crítica no están codificadas, han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana. Así, debe ser, que no existiendo normas legales sobre la sana crítica hay que atender a criterios lógico racionales, valorando el contenido de

los dictámenes y no específica y únicamente su resultado en función de los demás medios de prueba ponderando, entre otras, las siguientes cuestiones:

1º Los razonamientos que contengan los dictámenes, y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos

2º Las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten, tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes, como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes (STS 4 de diciembre de 1.989)

3º El examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes (STS 28 de enero de 1.995)

4º La competencia profesional de los peritos que los hayan emitido, así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar, en el sistema de la nueva L.E.C., a que se dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes (STS 31 de marzo de 1.997)

En definitiva, la adecuación del informe al objeto de la prueba exige que el juez valore la fuerza y motivación de las deducciones del perito, su claridad, precisión, firmeza y coherencia, pues como ya declaró el TS *«no son las conclusiones por sí solas las que determinan la eficacia probatoria de esta prueba, sino los razonamientos y el encadenamiento lógico de dichas conclusiones a los datos que constituyen el punto de partida»*, (Sentencia 11/7/1995).

De la aplicación al caso de los precedentes criterios se sigue que ni el demandante, a través de su pericial, ha acreditado que de haberse diagnosticado la patología en la primera asistencia domiciliaria y adoptado las medidas terapéuticas oportunas la Sra. _____ no habría sufrido ninguna secuela ni incapacidad o que lo hubiera sido en menor intensidad, ni la aseguradora demandada, a través de su pericial, ha podido acreditar que aunque el tratamiento se hubiese instaurado tras la primera asistencia, las secuelas e incapacidad que

padece hubieran sido las mismas. Ni esta conclusión se deduce de las consideraciones de la resolución administrativa de 27 de octubre de 2015 (doc.12 demanda), en la que aceptándose que la atención prestada por el SUMMA en la primera asistencia fue *inadecuada*, ya lo expusimos, se expresa en los siguientes términos:

“Efectivamente la hemorragia cerebral padecida por la reclamante ha ocasionado importantes secuelas, pero los informes permiten establecer que no son debidas a la actuación del SUMMA 112 por más que esta no fuera todo lo correcta que debería.

Los informes médicos ponen de manifiesto que hay que diferenciar entre lo que son los ictus isquémicos, en los cuales el tratamiento precoz es esencial para asegurar la mayor eficacia del tratamiento fibrinolítico, y los ictus hemorrágicos como es el caso de la hemorragia subaracnoidea, en los cuales el diagnóstico del aneurisma que la produce requiere la práctica de una arteriografía, prueba que solo se realiza en dos hospitales de la Comunidad de Madrid y que suele tardar en realizarse una media de 24 horas.

Por ello, como señala el informe de Medicina Intensiva, el diagnóstico de presunción que hubiera podido realizar el SUMMA 112 "unas pocas horas antes no hubiera tenido ningún valor ni significado en el diagnóstico, tratamiento y evolución de la enfermedad'. Es más, como recoge el citado informe, la embolización del aneurisma tiene como finalidad evitar sangrados posteriores pero no corrige el inicial.

Así pues, no puede establecerse una relación de causalidad precisa y directa entre las secuelas de la reclamante y la no realización del diagnóstico correcto en la primera asistencia del SUMMA 112.

Es más, el análisis de la evolución de la paciente tras su ingreso hospitalario, permite comprobar que las secuelas que padece son más bien debidas a la tórpida evolución de su patología que requirió diversas intervenciones, sufriendo incluso una rotura de la arteria comunicante anterior al intentar la embolización del aneurisma.

Tampoco puede hablarse de pérdida de oportunidad, puesto que como indica el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 171/15, de 15 de abril "...la

teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario implica un retraso de diagnóstico y/o de tratamiento que obvia la probabilidad de haber obtenido un resultado distinto y mejor.". Y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de abril de 2015 (recurso 1029/2012) con cita de la del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 considera 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".

Por todo ello, en el presente caso, los informes médicos aportados no solo no permiten presumir que, de haberse diagnosticado precozmente, el resultado hubiera sido distinto, sino que lo niegan categóricamente, sin que las reclamantes aporten prueba alguna en sentido contrario. Por tanto, no puede considerarse que exista relación causal alguna entre las secuelas que padece la paciente y la actuación de los servicios del SUMMA 112."

Y no lo acredita pues si bien parte en sus consideraciones de que la causa de las secuelas está en la hemorragia, así dice que *la embolización del aneurisma tiene como finalidad evitar sangrados posteriores pero no corrige el inicial*, en cambio no afronta cual hubiera sido el curso del sangrado inicial de haberse instaurado de inmediato las medidas terapéuticas adecuadas; y por supuesto, no puede compartirse su apreciación sobre el hecho de que la práctica de la arteriografía solo se realice en dos hospitales de la Comunidad de Madrid pues, en tales casos y de estimarse indicada en la fase inicial del tratamiento, el paciente debería haber sido derivado al centro adecuado para el diagnóstico y tratamiento de su patología.

El demandante tampoco acredita que de haberse diagnosticado la patología en la primera asistencia domiciliaria y adoptado las medidas terapéuticas oportunas la Sra. _____ no habría sufrido ninguna secuela ni incapacidad o que lo hubiera sido en menor intensidad, pues D. _____, especialista en Neurología, quien conviene con el informe de la inspección médica en la deficiente asistencia, afirma en su dictamen que *"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 5 horas que trascurrieron entre la primera llamada de su hija hasta la llegada al Hospital Puerta de Hierro fueron nefastas*

para una evolución posterior. (...) De hecho, a su llegada a la UVI tuvo que ser conectada a un respirador.”(...) La paciente se encontraba en un estadio inicial cuando fue valorada por primera vez por el SUMMA el cual progresó inexorablemente hasta un estado comatoso 5 horas después. Esas 5 horas fueron cruciales porque se podrían haber iniciado medidas de sostén y de prevención del resangrado”; sin embargo, el referido perito sitúa el origen del daño cerebral sufrido por la Sra. Bitó en la falta de oxígeno durante 41 minutos, así lo declara en el acto del juicio, enfatizando en que desde las 7 menos diez hasta las siete y media estuvo con hipoxia cerebral, apreciaciones que no pueden ser acogidas pues en el segundo parte de la asistencia domiciliaria (doc.4 demanda) se constata que en el momento de la segunda asistencia presentaba un nivel de saturación de oxígeno del 95%, dentro de los parámetros de normalidad, lo que el Sr. _____ justificó como la consecuencia de haberse procedido a su previa intubación, lo que no solo es negado por D^a Ana Caravaca y D.^a Lucia Alcázar quienes convienen en que tan solo fue intubada cuando entró en la UCI, sino que tampoco resulta del informe de la segunda asistencia prestada.

Si a lo anterior se suma que el propio perito de la demandante reconoce en el acto del juicio que hasta un 20% de las hemorragias subaracnoideas, tienen posibilidades de quedar con secuela aunque se *pueden* evitar si se tratan correctamente, hemos de colegir que no existe certeza sobre las consecuencias del ictus hemorrágico sufrido por la Sra. Bitó aun de haber recibido tratamiento con celeridad, criterio también sostenido por la perito valoradora del daño corporal D^a _____, quien enfatizó en el acto del juicio que una vez instaurada la hemorragia subaracnoidea el riesgo de fallecer o de padecer secuelas neurológicas es muy alto.

Y finalmente, el dictamen pericial aportado por la apelada demandada y elaborado por los especialistas en Neurología, D. _____, neurocirujano del Hospital Universitario La Princesa, D. _____ y D.^a _____, neurocirujana del Hospital Universitario La Princesa, tampoco es suficiente para acreditar que aunque el tratamiento se hubiese instaurado tras la primera asistencia, las secuelas e incapacidad que padece la Sra. _____ habrían sido las mismas. Concluyen los peritos que “ *de haber ingresado la paciente en el hospital cuatro horas antes no se habría realizado la arteriografía cerebral en ese momento ni se habría indicado el tratamiento del aneurisma en las primeras horas posthemorragia , no es cierto que se hubiera realizado “ de forma*

*inmediata” como indica la parte demandante; en general, la arteriografía se intenta hacer en las primeras 24 horas, en días laborables y en horario de mañana, ya que no se realiza de urgencia en la gran mayoría de Centros, pero a pesar de los múltiples estudios existentes no está claro el “timing” más adecuado que a dicha prueba ni para el tratamiento del aneurisma; se cree que en las primeras 6 horas dicha exploración puede favorecer el resangrado. El diagnóstico cuatro horas antes no habría tenido ninguna relevancia en el tratamiento ni en la evolución de la paciente; sus secuelas neurológicas están íntimamente relacionadas con tipo y cuantía de la HSA sufrida (vasoespasma, infartos cerebrales y hemorragias intraparenquimatosas) y no a un retraso en el ingreso hospitalario de 4 horas máximo”; sin embargo, y como resulta de la declaración de D^a _____, la entidad de la hemorragia no es un dato irrelevante, al punto de afirmar que *la causa lo fue el grado de hemorragia sufrida que habla de una evolución tórpida, que con un diagnóstico precoz la supervivencia es alta, dependiendo de la cantidad de hemorragia, que en el caso de la demandante estaba en el grado 3-4, moderado grave, que sobre todo el grado de la hemorragia determina el mal pronóstico, y que la hemorragia subaracnoidea, es una emergencia médica en la que es esencial el tratamiento precoz,* lo que permite colegir que el retraso de cuatro horas en el tratamiento y en la administración de nimodipino sí pudo influir en el aumento de la hemorragia.*

De lo expuesto se deduce que la única certeza que puede alcanzarse es la de la privación a la paciente de la ocasión de mejorar las expectativas de curación o de las consecuencias asociadas a esta por efecto del error en el diagnóstico y el retraso en el tratamiento, cuando, según *lex artis ad hoc*, esa falta se demostraba injustificada.

El error ha privado a la paciente de la oportunidad de anticipar un tratamiento que hubiera podido incidir favorablemente en la evolución del padecimiento, y en las secuelas que actualmente sufre. Al no diagnosticar en forma ni ofrecérsele un tratamiento adecuado, se le generó, con independencia de cuáles hubieran sido los resultados finales de ese tratamiento, la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia, privación que es la que ha de ser indemnizada. (STS III 6^a de 23 de octubre de 2007, recurso n^o 6676/2003) en tanto que la frustración de una expectativa actual, o de una oportunidad real, es un daño cierto en sí mismo, fuente tanto de daños patrimoniales como extrapatrimoniales. (STS I 1^a de 23 de octubre de 2008).

QUINTO. - Sobre la indemnización de daños y perjuicios.

Se reclaman por la actora, con aplicación del Baremo previsto en el Real Decreto Legislativo 8/2004, y con base en el informe de valoración del daño corporal emitido por D. _____ un total de 1.339.253,50 € desglosados en las siguientes cantidades y conceptos:

a.- Incapacidad temporal: 242 días de hospitalización y 278 improductivos. Total: 32.580,40 €.

b.- Lesiones permanentes: Existen 7 secuelas funcionales que suman un total de 218 puntos. Total: 261.630 €

c.- Perjuicio estético: 22 puntos. 22 puntos x 1025,77 euros/punto: 22.566,90 €.

d.- Factores de corrección 817.919,66 €.

e.- Gastos soportados. 37.137,53 €.

f.- Gastos futuros. 200.000 €.

La demandada, en su escrito de contestación, se opuso a la cuantía reclamada alegando que la actora relacionaba de forma exclusiva la situación de la paciente con el manejo asistencial recibido, obviando la existencia de la propia lesión que desencadenó la actuación médica, la HSA, de tal forma que de estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración debería partirse de una minoración del 50% de la cantidad que resulte por la situación actual de la paciente, debiendo contemplarse además que lo indemnizable es la pérdida de oportunidad. Y aportó el informe de valoración del daño corporal emitido por D^a _____ del que se extrae su disconformidad con los días improductivos, considerando además que 180 días corresponderían a los propios de ingreso hospitalario y rehabilitación de una propia HSA, que existe duplicidad de secuelas, que alcanzarían un total de 85 puntos de lesiones permanentes, y que aun estando de acuerdo con los factores correctores propuestos por el perito de la demandante su traducción económica en el máximo de la horquilla no tiene en cuenta la esperanza de vida de la paciente.

Desde lo anterior, la determinación del importe indemnizatorio exige analizar el dictamen de D. _____ en el que el demandante apelante sustentó su pretensión, y el de

D^a Rosa Romay López, en el que el demandado apelado apoyó su motivo de oposición, a tenor del art.348 de la LEC, lo que permite concluir la superior fuerza probatoria de este pues el Sr. _____ parte de un error de concepto en la valoración del daño al no tener en cuenta como estado previo el existente después de la instauración de la hemorragia, lo que permite dudar de sus conclusiones. En este caso, no se reclama porque la asegurada de la parte demandada haya causado el ictus sino por un retraso en el tratamiento de dicha patología consecuente a un error de diagnóstico, por lo que la comparación del estado previo se debe hacer teniendo en cuenta el estado posterior a la hemorragia con sus naturales secuelas. Es por ello que la Sra. _____ advierte que *“se está valorando el estado final de la paciente como derivado de la asistencia sanitaria cuando el hecho de que se cumplan los criterios de causalidad entre la HSA y las secuelas, no implica que la HSA y las secuelas sea consecuencia de la asistencia prestada. Según todos los informes periciales, la HSA fue espontanea (...) en el caso de que el juzgador determine que existe responsabilidad, solo se podría aplicar una mínima pérdida de oportunidad sobre la indemnización”*.

Tampoco puede omitirse, como se desprende del examen ambos informes, que estos han sido emitidos en base a una distinta interpretación médica de los mismos datos, y no en atención a otros datos objetivables que pudieran haberles dotado de mayor credibilidad a uno u otro.

Sentado lo anterior, y acogiendo el contenido del informe de la perito Sra. _____, quien muestra su conformidad con los factores correctores propuestos por el Sr. _____ se determina la valoración del daño en consideración a 176 días de hospitalización (12.251,36 €), 85 puntos de secuelas funcionales (a razón de 2.315,35 € /punto dada su edad de 57 años – 196.804,75 €-), 22 puntos de perjuicio estético (22.566,90 €) y factores de corrección de lesiones permanentes, esto es, 10 % de perjuicios económicos (21.937,165 €), daños morales complementarios (92.882,35.€), gran invalidez, adecuación de vivienda y perjuicio moral a familiares (total 603.735,23 €), que sí se estiman de aplicación en su grado máximo dada la edad de la demandante y que sumado a las cantidades reclamadas por gastos soportados y futuros (237.137,53 €) a los que no se opuso el demandado en su contestación, y cuyo importe tampoco fue impugnado, asciende a un total de 1.187.315,28 €.

La cuantificación de la indemnización, por tanto, atendiendo a las circunstancias del

caso, exige tener en cuenta que en la pérdida de oportunidad no se indemniza la totalidad del perjuicio sufrido, sino que precisamente ha de valorarse la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el desenlace, y la gravedad de éste. Por tanto, y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016, “a la hora de valorar el daño así causado, hay que partir de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo”.

Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta que la HSA es el ictus que cualitativamente presenta una mayor morbimortalidad: el 12% de los pacientes fallecen antes de llegar al hospital, 45% de los pacientes fallece en los primeros 30 días y en el 50% de los supervivientes queda algún tipo de secuela irreversible, así lo constata la perito siguiendo los informes de los especialistas, consideramos ponderado indemnizar esa pérdida de oportunidad en un 25 %, de lo que resulta la cantidad de 296.828,82 €.

SEXTO.- Sobre la aplicación del interés del art. 20 LCS.

Reclama la apelante la condena al pago del interés del art.20.4 LCS desde la fecha del siniestro, petición a la que se opuso la apelada ya en su escrito de contestación alegando que es de aplicación el art.20.8 LCS ante la existencia de causa justificada de la falta de satisfacción de la indemnización que en el presente caso es de apreciar ante la Resolución Administrativa de 27 de octubre de 2015 que desestimó la reclamación de daños y perjuicios formulada por la Sra. Bito y Sra. Colmenero y, con ello ,la responsabilidad patrimonial de la asegurada contra la que estas no interpusieron recurso alguno.

Las cantidades fijadas en esta sentencia devengaran desde la fecha de interposición de la demanda el interés legal del dinero, conforme a los arts.1100, 1101 y 1108 del Código Civil, incrementado en dos puntos desde la fecha de esta resolución a tenor del art.576 LEC.

SEPTIMO - Costas.

La estimación parcial del recurso y de la demanda comporta que no se haga expresa condena en costas en ninguna de las instancias, de acuerdo con los artículos 394 y

398 de la L.E.C.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS

1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por la representación procesal de _____ , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 92 de Madrid en fecha 16 de junio de 2017, en los autos de Procedimiento Ordinario número 67/2016.

2º.- REVOCAR la sentencia dictando otra por la que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** la demanda interpuesta por _____ contra **ZURICH, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS** condenamos a esta al pago de **296.828,82 €** más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, sin expresa condena en costas.

3º.- No hacer expresa condena de las costas del recurso.

La estimación parcial del recurso determina la devolución del depósito constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la *Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial*, introducida por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

En cumplimiento de lo dispuesto en el *artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los *artículos 469 y 477 del texto legal antes citado*, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia fue hecha pública por los Magistrados que la han firmado. Doy fe. En Madrid, a diecisiete de abril de dos mil dieciocho.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ