

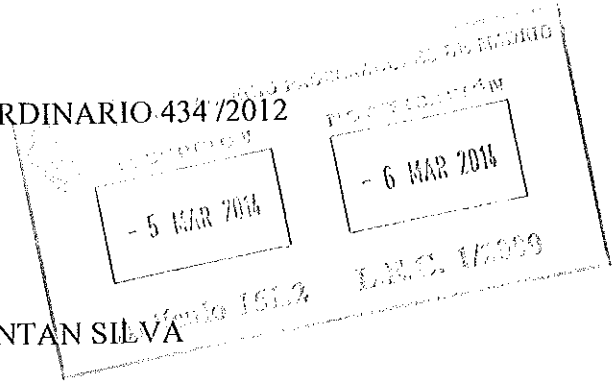
**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 34
MADRID**

SENTENCIA: 00048/2014

CAPITAN HAYA Nº 66 4ª PLANTA

N.I.G.: 28079 1 0057597 /2012

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO-434/2012



JUEZ QUE LA DICTA: D. EDUARDO JOSE FONTAN SILVA

Lugar: MADRID

Fecha: veinticuatro de febrero de dos mil catorce

PARTE DEMANDANTE: JUANA [REDACTED] JUAN [REDACTED] ROSA MARIA [REDACTED]

Procurador: ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN, ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN, ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN

PARTE DEMANDADA W.R. BERKLEY INSURANCE EUROPE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA

Procurador: MACARENA RODRIGUEZ RUIZ

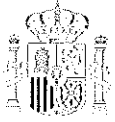
OBJETO DEL JUICIO: OTRAS MATERIAS

S E N T E N C I A

Vistos los presentes autos de juicio Ordinario nº 434/2012, por el Magistrado Juez titular de este JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 34, D. EDUARDO JOSE FONTAN SILVA, seguidos a instancia de D. JUANA [REDACTED] D. JUAN [REDACTED] y D^a. ROSA [REDACTED] representados por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillen, como parte demandante, y W.R. BERKLEY INSURANCE EUROPE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA, representada por la Procuradora D^a. Macarena Rodríguez Ruiz, como parte demandada, ha recaído la presente resolución en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora doña Olga Navas Carrillo, después sustituida por D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de D^{ña}. JUANA [REDACTED]



██████████, DON JUAN ██████████ Y DOÑA ROSA MARIA ██████████ se formuló, con fecha 16 de marzo de 2012, demanda de juicio ordinario frente a W.R. BERKLEY INSURANCE EUROPE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA, en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado: “dicte sentencia por la que, estimando la demanda, se le condene (a la demandada) a pagar a mis mandantes las siguientes cantidades: A Dña. Juana ██████████ la cantidad de 81.634,87 euros; a D. Juan ██████████ la cantidad de 18.141,08 euros; a Dña. Rosa-María ██████████, la cantidad de 18.141,08 euros. Con costas”.

Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la entidad demandada, citándola y emplazándola para que la contestase en el plazo y en la forma legalmente establecida, lo que así hizo, suplicando al Juzgado, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, que se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda.

Seguidamente se mandó convocar a las partes al acto de la Audiencia Previa, a la que comparecieron las partes personadas, ratificándose cada una de ellas en los términos de sus respectivos escritos rectores. Ambas partes solicitaron el recibimiento del pleito a prueba, interesando la admisión y práctica de la que por turno propusieron, y, admitida con el resultado que obra en autos, se señaló día para la celebración del correspondiente juicio, lo que se verificó en legal forma.

SEGUNDO: Llegados el día y hora señalados, tuvo lugar la celebración del correspondiente juicio con la asistencia de las partes, practicándose las pruebas que fueron admitidas en el acto de la Audiencia Previa, con el resultado que obra en autos. Formuladas las conclusiones por los letrados de las partes, quedaron los autos conclusos y vistos para sentencia.

TERCERO: En la tramitación de este pleito se han observado las prescripciones legales, con la excepción de los plazos para los señalamientos, de imposible cumplimiento, habida cuenta del ingente número de asuntos tramitados por el Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los actores ejercitan frente a la compañía de seguros demandada, en su condición de aseguradora del riesgo de responsabilidad civil del Servicio Murciano de Salud,





dependiente de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Murcia, la acción directa con base en la responsabilidad civil (patrimonial) de dicho Servicio derivada del fallecimiento de don Alfonso [REDACTED] quien fue esposo y padre, respectivamente, de los demandantes.

Los hechos que sirven de base a la demanda son los que seguidamente, y de forma sintética, se exponen.

El Sr. [REDACTED] que era beneficiario de la Seguridad Social y por tanto de los servicios médicos del Servicio Murciano de Salud, ingresó el día 17 de febrero de 2011 en el Hospital Virgen del Alcázar de la ciudad de Lorca para ser intervenido quirúrgicamente por laparoscopia de una colecistectomía. La intervención, que, según el informe quirúrgico se llevó a cabo sin incidencias, tuvo lugar entre las 17:45 y las 18:45 horas del mismo día 17 de febrero. Durante el postoperatorio inmediato se advirtió, sin embargo, que el enfermo sangraba profusamente hasta el punto de tener que cambiarle la cama a las 08:30 y a las 09:00 horas de la mañana del siguiente día 18 de febrero. Habiendo sido advertido el cirujano que había llevado a cabo la intervención, este se limitó a prescribir por teléfono, sin desplazarse para visitar al enfermo, que se le hiciera una ecografía abdominal con el fin de comprobar si existía derrame sanguíneo en el interior del abdomen, además del profuso derrame exterior apreciable a simple vista. Toda vez que el Hospital carecía de medios para realizar la ecografía abdominal, el enfermo fue trasladado al Hospital Rafael Méndez, en el cual ingresó el mismo día 18 de febrero en estado de shock hipovolémico y abdomen agudo, motivo por el cual, sin necesidad de practicar la ecografía abdominal, fue intervenido quirúrgicamente. En el curso de la intervención se produjo el hallazgo de un hemoperitoneo –sangre libre en la cavidad abdominal- de 500 cc., junto con abundantes coágulos en toda la cavidad abdominal, consecuencia de la hemorragia. Tras la intervención el paciente fue ingresado en la UCI en coma anestésico –coma inducido por la sedación-. El día 22 de marzo se suspendió la sedación y el enfermo tuvo un despertar anómalo, sin conectar con el medio, presentando un encefalograma con sufrimiento cerebral difuso. Su estado se deterioró progresivamente hasta su fallecimiento el 28 de marzo de 2011, tras 39 días en la UCI. El diagnóstico indica: “Shock hemorrágico 2º colecistectomía. Probable sufrimiento cerebral secundario. Neumonía asociada a ventilación mecánica. Fracaso renal agudo. Bacterimia (cultivo de carácter positivo) por *Candida albicans*. Fracaso multiorgánico.





El dictamen pericial que sirve de base a la demanda, elaborado por el perito Dr. don Fernando Ladero Alvarez, pone de relieve, en primer término, que, puesto que el Hospital Virgen del Alcázar no disponía de medios para realizar en él una ecografía abdominal, no era un centro dotado suficientemente, y, por tanto el Servicio Murciano de Salud no debió derivar al enfermo a dicho centro, sino ingresarlo en el Hospital Rafael Méndez, sito en la misma localidad, que estaba dotado de todos los medios necesarios al caso.

En segundo lugar, pone de manifiesto las importantes lagunas que presentaba el informe de intervención quirúrgica del Hospital Virgen del Alcázar, que se limitó a indicar: "Colelitiasis. Colecistectomía sin incidencias", omitiéndose en cambio datos importantes. Destaca el perito en su consideración médico-legal cuarta que el paciente, según el informe de ingreso en la UCI, precisó oxigenoterapia al finalizar el procedimiento por hipoxia, y que tras la intervención se mantuvo con disnea toda la noche y con tendencia a la hipotensión, habiendo sangrado por el Redon 500 cc. y una cantidad indeterminada por el peritubo. El cuadro se acompañó de dolor abdominal que aumentaba con la tos y la palpación, siendo patente que el enfermo padecía una hemorragia aguda, muy abundante, al no ser capaz el Redon de evacuarla y al buscar salida alrededor del tubo de drenaje.

El perito Dr. Ladero considera que la actuación del doctor que practicó la intervención no fue correcta, como tampoco actuó diligentemente al ser avisado tras ella ante el estado del paciente, habiéndose limitado a prescribir la ecografía abdominal sin visitar al enfermo. Considera asimismo que la actuación en el Hospital Rafael Méndez tampoco fue correcta, pues la analítica previa a la intervención realizada en este hospital mostraba que el hematocrito había descendido diez puntos en relación al previo que indicaba la analítica del 18 de febrero, habiendo descendido del 38,2% -niveles ya relativamente bajos- al 28,6%, por lo que se podía calcular que cuando el enfermo entró en el Hospital Rafael Méndez había perdido entre 1.550 y 2.000 centímetros cúbicos de sangre, lo que evidenciaba una hemorragia muy grave, cuyo tratamiento consistía en cortar rápidamente la fuente de la hemorragia haciendo hemostasia provisional y definitiva, y reponer la sangre perdida para mantener la volemia y luchar contra el shock hipovolémico. La intervención quirúrgica practicada en el Hospital Rafael Méndez comenzó a las 14:51 horas del día 18 de febrero, cuando el enfermo llevaba veinte horas sangrando. El protocolo de la intervención quirúrgica, donde se indica que el cirujano encontró unos puntos sangrantes que podían dar lugar a la hemorragia, no reflejó la realidad. La vía de acceso que eligió el cirujano -una incisión subcostal- no era, además, la más adecuada para llegar a la cavidad peritoneal y para





encontrar el punto de origen de la hemorragia. Pese a que el enfermo había perdido mucha sangre, pérdida que aumentó en el curso de la segunda operación, no se le hizo durante la misma ninguna transfusión, habiendo descendido el hematocrito al 14% cuando el paciente ingresó en la UCI. Estas pérdidas hemáticas superiores a los 3.000 c.c. en un paciente de 76 años, que no tolera una anemia aguda sin que aparezcan signos isquémicos, le causaron un sufrimiento cerebral difuso córtico-subcortical de mal pronóstico que contribuyó al fallecimiento del enfermo. La conclusión que alcanza el Dr. Ladero se resume en que las alteraciones cerebrales se produjeron como consecuencia de un shock con anemia aguda e hipoxia secundarios a la hemorragia postcolecistectomía laparoscópica que no fue diagnosticada ni tratada con la urgencia que el caso requería, no habiéndose diagnosticado la isquemia cerebral en el momento de producirse por haber estado sedado el enfermo. La causa fundamental de su fallecimiento fue una colecistectomía torpemente realizada; y como segunda causa, subsiguiente a la anterior, una hemorragia que no fue diagnosticada ni tratada a tiempo, con la urgencia que el caso requería. Una vez cometidas esas dos claras negligencias médicas, el enfermo se vio privado de toda posibilidad de curación.

La fundamentación jurídica de la pretensión que ejercitan los actores se encuentra en la existencia de la responsabilidad civil patrimonial del Servicio Murciano de Salud, cuya verificación ha de realizarse con carácter prejudicial atendiendo a los requisitos establecidos en el art. 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y preceptos concordantes. La imputación de la responsabilidad a la entidad demandada se fundamenta, por su parte, en los artículos 20, 73 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), 1903 del Código Civil (CC) y 1, 26 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU).

En el acto de la audiencia previa al juicio, los demandantes modificaron la cuantía reclamada en concepto de indemnización para los hijos, que se cifró en 18.141,08 euros para ambos.

SEGUNDO.- La entidad demandada, después de haber alegado la excepción procesal de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido llamados al proceso el Hospital Virgen del Alcázar y el Servicio Murciano de Salud –excepción que fue desestimada en la audiencia previa-, se ha opuesto a la pretensión de los actores alegando la prescripción de la acción, y de forma subsidiaria, rechazando que la actuación de su asegurada haya obedecido a una mala praxis, así como la antijudiricidad del daño, al ser consecuencia de los riesgos típicos de la intervención quirúrgica respecto de los cuales el paciente fue informado y prestó el





consentimiento informado. Y, además de poner de relieve la aplicación errónea del baremo con arreglo al cual se ha calculado en la demanda la indemnización reclamada para los hijos, sostiene la inexistencia de responsabilidad, por ser el daño consecuencia de un riesgo propio de la técnica respecto del que el paciente fue informado, quien, por tanto, prestó el consentimiento a la intervención quirúrgica debidamente informado de sus riesgos, y por no haber mediado mala praxis, estándose en todo caso en presencia de un supuesto de pérdida de oportunidad que conllevaría una reducción de la indemnización procedente, en un porcentaje que cifra en el 30% de lo establecido en el baremo. Se opone, por último, a la aplicación de los intereses del art. 20 de la LCS, por no existir mora de la compañía en tanto no se establezca la responsabilidad del asegurado y la cuantía a indemnizar.

TERCERO.- La entidad demandada sostiene que, de haberse interpuesto la demanda con posterioridad al 28 de marzo de 2012, la acción habría prescrito al haber transcurrido el plazo anual de prescripción establecido en el art. 142.5 de la Ley 30/1992 y en el art. 4.2 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial de la Administración, computado desde la fecha del fallecimiento, que tuvo lugar el 28 de marzo de 2011, sin haber sido interrumpido por alguno de las formas establecidas en el art. 1973 del CC.

La virtualidad de la excepción se encuentra subordinada, por tanto, a que la demanda se haya presentado con posterioridad al 28 de marzo de 2012, momento en que se cumplía el plazo del año de prescripción, al no haber constancia de hecho alguno capaz de interrumpir el cómputo del plazo prescriptivo. La mera constatación, pues, de que la demanda fue presentada el 26 de marzo de 2012 deja sin fundamento y desactiva la excepción alegada, al haberse ejercitado la acción dentro del plazo de prescripción establecido para exigir la responsabilidad patrimonial, coincidente, por lo demás, con el establecido en el art. 1968.1 del CC para el ejercicio de la acción de responsabilidad por culpa extracontractual.

CUARTO.- El examen de la concurrencia de los presupuestos necesarios para apreciar la responsabilidad objeto de la demanda debe hacerse a la vista de aquellos que determinan la responsabilidad patrimonial de la entidad pública asegurada por la compañía de seguros demandada, que se resumen en el funcionamiento normal o anormal de un servicio público por la acción u omisión de dicha entidad, la lesión o daño sufrido por un particular en sus bienes o derechos susceptible de valoración económica, la antijuridicidad del daño, con ausencia de fuerza mayor e inexistencia de la obligación jurídica de soportarlo, y la presencia de un nexo causal entre la actuación –la acción u omisión- y el daño antijurídico producido.





En el marco de la responsabilidad derivada de la prestación de servicios sanitarios, bien sea examinada con carácter prejudicial conforme a los presupuestos y requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración ex art. 141 de la Ley 30/1992, cuando se trata de servicios prestados por entidades públicas, bien lo sea directamente con arreglo a los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual contemplada en los artículos 1902 y siguientes del CC, es elemento común la configuración de dicha responsabilidad como derivada de una obligación de medios, y no de resultado.

En términos generales cabe afirmar que las obligaciones que quienes prestan servicios sanitarios asumen frente al paciente son de medios y no de resultados habida cuenta de que está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible, pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS 20 de noviembre de 2009 y 24 de mayo de 2013). En el marco de la responsabilidad civil extracontractual es recurrente la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*; a lo que no se opone a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución (STS 24 de mayo de 2013).

Por lo tanto, como explica la STS 3 de julio de 2013, en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LEC). *“El criterio de imputación del art. 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (SSTS 24 de noviembre de 2005 ; 10 de junio 2008 ; 20 de octubre 2009 ; 18 de mayo 2012). La prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva (SSTS 11 de febrero de 1998 ; 30 de junio de 2000 ; 20 de febrero de 2003) y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SSTS 6 de febrero y 31 de julio de 1999 , 8 de febrero de 2000), aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al*





buen sentido (SSTS 30 de noviembre de 2001 , 7 de junio y 23 de diciembre de 2002 , 29 de septiembre y 21 de diciembre de 2005 ; 19 de junio , 12 de septiembre , 19 y 24 de octubre 2007 , 13 de julio 2010 y 18 de junio 2013)”.

Este criterio tradicional de la responsabilidad se ve hasta cierto punto modulado en la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado o culpa virtual (*faute virtuelle*), considerando como tal aquel no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médico- sanitaria (SSTS 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007). “*En estos casos –dice la STS de 3 de julio de 2013- en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que el daño se produjo si se presenta en la esfera de su actuación profesional y no es de los que habitualmente se originan sino por razón de una conducta negligente, cuyo enjuiciamiento debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recae sobre el que causa un daño no previsto ni explicable, de modo que la ausencia u omisión de la misma puede determinar la imputación (SSTS de 23 de mayo de 2007 , 8 de noviembre 2007 ; 10 de junio y 23 de octubre 2008)”.*

De igual modo, los criterios de imputación que se derivan de la aplicación de la legislación de defensa de los consumidores y usuarios se alejan de los criterios tradicionales asentados en la culpabilidad para deslizarse hacia concepciones objetivas de la responsabilidad, con la obligada precisión de que, según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, la responsabilidad fundada en la Ley de Consumidores y Usuarios no afecta a los actos médicos propiamente dichos, pues es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, y, por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios (SSTS de 5 de febrero de 2001, 26 de marzo de 2004, 17 de noviembre de 2004, 5 de enero y 26 de 2007, 4 de junio 2009 y 3 de julio de 2013).

Cuando se trata de la responsabilidad patrimonial de entidades públicas, donde impera el carácter objetivo de la responsabilidad derivado de la existencia de un daño antijurídico producto del normal o anormal funcionamiento de aquellas, el esquema no se ve sustancialmente alterado: el carácter objetivo de la responsabilidad no desvirtúa la consideración de la obligación asistencial como de medios y la necesidad de acudir al criterio de la “*lex artis*” para determinar cuál es la actuación correcta, independientemente del





resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, pues no es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la curación o sanidad del paciente. Y desde luego, sea cual sea el criterio de imputación, se hace precisa la existencia de una relación de causalidad entre la acción u omisión a que se contrae el funcionamiento, normal o anormal, del servicio público y el resultado lesivo antijurídico producido.

QUINTO.- La valoración conjunta y conforme a la sana crítica de los dos dictámenes periciales aportados al proceso, junto con las explicaciones ofrecidas por sus respectivos autores en el acto del juicio, conduce a considerar que en el presente caso concurren todos los presupuestos necesarios para apreciar la responsabilidad patrimonial que fundamenta la demanda.

Se debe partir del hecho de que el paciente, causante de los demandantes, ingresó en el Hospital Virgen del Alcázar para ser intervenido quirúrgicamente de una colecistectomía laparoscópica el día 17 de febrero de 2011. Previamente, el día 3 de ese mismo mes había firmado el consentimiento informado para la intervención. En el informe de intervención quirúrgica se indica de forma escueta que la misma fue realizada "sin incidencias", sin precisar, sin embargo, los distintos tiempos operatorios, ni otras precisiones relativas al examen de la cavidad abdominal antes de concluir la intervención, tales como si para instaurar el neumoperitoneo se utilizó la aguja de Veres o el trócar de Hasson, momento en que, según indica el perito Sr. Ladero, se producen la mayoría de las lesiones vasculares que pasan desapercibidas durante el acto operatorio y que no se ponen de manifiesto hasta que no se vacía el neumoperitoneo, o la situación y el calibre del resto de trócares, el desarrollo de la colecistectomía y la situación del drenaje. Al final del procedimiento operatorio el paciente precisó oxigenoterapia para corregir la anoxia que presentaba, y durante toda la noche siguiente a la intervención padeció disnea y tendencia a la hipotensión. Durante esa noche salieron por el drenaje 500 c.c. de sangre y una cantidad indeterminada alrededor del tubo de drenaje que obligó a cambiar la cama en dos ocasiones. El cuadro estuvo acompañado de dolor abdominal que aumentaba con la tos y a la palpación, y con taquicardia (que se reveló como secundaria a una anemia aguda).

Conviene reseñar, en este punto, que ambos peritos coinciden en la escasez de datos y parquedad del protocolo operatorio y en la ausencia de toda indicación sobre el examen de la cavidad abdominal para verificar la presencia de sangrado; y coinciden también que el curso del postoperatorio, con la aparición del sangrado y los restantes síntomas, no era normal, y





que indicaba la presencia de una hemorragia aguda. En la analítica realizada a las 09:45 horas del día 18 de febrero el hematocrito había descendido diez puntos con relación a los valores que ofreció la analítica previa a la operación, e indicaba una hipovolemia subsiguiente a una pérdida de entre 1.550 y 2.000 c.c de sangre. La reposición de la volemia se había realizado con un concentrado de hematíes y cristaloides de alto flujo, medidas insuficientes para permitir la oxigenación sanguínea y evitar el shock hipovolémico, conclusión en la que ambos peritos coinciden.

A la vista del estado del paciente se avisó al facultativo que practicó la intervención, el Dr. ■■■■, quien, sin acudir a visitar al paciente, aconsejó la realización de una ecografía abdominal. Como quiera que el hospital carecía de medios para llevarla a cabo, fue trasladado al Hospital Rafael Méndez. A su llegada al centro hospitalario, el paciente presentaba hipotensión, con intensificación de la anemia, signos de infección y síntomas de fracaso renal. Habida cuenta de que la sintomatología evidenciaba con claridad una hemorragia aguda, fue intervenido quirúrgicamente mediante una incisión subcostal bilateral tras la que se encuentra un hemoperitoneo de 500 c.c. y abundantes coágulos, y se describen unos puntos sangrantes. La presencia de la hemorragia se explica por el Dr. Ladero –y es esta la explicación de la causa de la hemorragia que hay que acoger, al no encontrarse otra igualmente fundada en el dictamen aportado por la demandada- por las lesiones de los vasos retroperineales o mesentéricos, descartando la posibilidad que hubiese sido causada por los puntos sangrantes apreciados, al no existir en la pared del conducto cístico ningún vaso que pudiese producir una hemorragia tan abundante, cuyo origen se explica por no haberse colocado correctamente el clip que cerraba el conducto cístico, y por el hematoma que se almacenó en la pared, fluyendo hacia dentro por el orificio del drenaje mientras la sangre de la cavidad peritoneal buscaba salida hacia el exterior alrededor del tubo de drenaje. No consta que durante el acto operatorio se realizara ninguna transfusión sanguínea.

Tras la operación, el paciente ingresó en la UCI en coma anestésico y respiración asistida, con hipotensión y una intensa anemia, habiendo descendido el índice volémico y el hematocrito, manifestación de una mayor pérdida de sangre durante la segunda intervención sin reposición volémica, e hipoxia que obligó a reintubar al enfermo. El diagnóstico a su ingreso en la UCI mostraba shock hipovolémico por hemorragia abdominal, neumonía nosocomital, insuficiencia respiratoria aguda hipóxica secundaria y fracaso renal agudo. Durante los días siguientes presentó cuadro febril con hipotensión y disfunción renal. En el electroencefalograma realizado el 24 de marzo se detectó un sufrimiento cerebral difuso



córtico-subcortical de mal pronóstico, consecuencia del shock con anemia aguda e hipoxia secundarios a la hemorragia postcolecistectomía laparoscópica, que no fue posible diagnosticar en el momento en que se produjo por causa del estado de sedación del paciente. El cual falleció el 28 de marzo de 2011, tras treinta y ocho días de ingreso en la UCI.

SEXTO.- La valoración jurídica de los hechos expuestos, con la ayuda de la resultancia que arroja la valoración crítica de los dictámenes periciales y de las explicaciones y argumentos con que sus autores sustentan sus conclusiones, conduce a considerar que la prestación del servicio sanitario no se ajustó a los dictados de la “lex artis”. Junto con la insuficiente dotación de medios para realizar pruebas diagnósticas que en modo alguno resultaban extravagantes con relación a los riesgos descritos e informados –como poco frecuentes y graves- y a las consecuencias de la intervención quirúrgica de colicistectomía laparoscópica practicada, se advierte una mala praxis, más allá de la forma en que fue realizado el acto quirúrgico, en la falta de comprobación de la existencia de hemorragia tras la intervención por el facultativo que la llevó a cabo, y en la falta de detección de la misma en el curso del postoperatorio, cuando el enfermo presentaba evidentes síntomas de padecerla, no habiéndose atajado la causa ni habiendo remediado sus efectos mediante la pertinente hemostasia y la reposición del nivel volémico necesario para evitar la hipotensión y la anemia aguda que provocó el daño isquémico y el shock hipovolémico que condujo al fallecimiento del paciente.

Este se presenta como un daño antijurídico desde el momento en que trasciende del riesgo ordinario, descrito y comunicado al paciente. La hemorragia interna puede representar un riesgo típico de la intervención, por más que se califique de infrecuente, y por ello podría considerarse que se encuentra dentro de aquellos que, descritos por el estado actual de la ciencia, son posibles y, por tanto, debe soportar el paciente que ha sido debidamente informado y advertido de ellos. Pero lo que no cabe considerar como riesgo inherente a la técnica es el fallecimiento del paciente cuando éste se muestra causalmente enlazado, no con la complicación posible, sino con la incorrecta praxis para solucionarla y para atajar el luctuoso resultado.

La vinculación y relevancia causal de aquella actuación respecto del resultado lesivo producido se pone de manifiesto desde el momento en que, según se desprende de la valoración conjunta de los dictámenes periciales, con una oportuna detección intraoperatoria de la hemorragia, su oportuna detección postoperatoria y la oportuna hemostasia y reposición



volémica del paciente no se hubiera producido el fatal desenlace, conclusión que sostiene con rotundidad el Dr. Ladero, que no ha sido suficientemente desvirtuada por el Dr. Limones.

Por tanto, debe quedar excluida sin ambages, desde luego, la posibilidad de acudir a la doctrina de la "conducta alternativa conforme a Derecho", según la cual (cfr. STS de 4 de noviembre de 2010) un daño no es imputable a su causante si, de haber actuado el mismo conforme a derecho, se hubiera producido el mismo tipo de daño y en su misma extensión, con el efecto de trasladar la prueba a quien ha actuado de forma negligente para comprobar que la conducta desarrollada por él, comparada con su alternativa diligente, no ha incrementado el riesgo de que se produzca el daño en cuestión; y también debe negarse que la actuación del ente público haya producido una pérdida de oportunidad, en los términos en que es tratada esta consecuencia jurídica por los tribunales del orden contencioso-administrativo, con la subsiguiente incidencia en la reducción de la cuantía de la indemnización proporcional al grado de pérdida apreciado, pues el resultado lesivo, el fallecimiento del paciente, constituye en sí mismo el efecto causalmente enlazado a aquella actuación: no hubo una pérdida de oportunidad de realizar el oportuno diagnóstico y tratamiento, de supervivencia, en fin, en un cierto grado, sino la producción de un daño, el fallecimiento, directamente causado por la mala praxis imputable a la entidad asegurada por la demandada.

Siendo así, concurriendo los presupuestos precisos para apreciar la responsabilidad de dicha entidad, surge la obligación de indemnizar el daño, obligación que se extiende a la compañía de seguros demandada por virtud del objeto del aseguramiento, no estando en cuestión la vigencia y extensión del mismo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1, 73 y 73 de la LCS.

En orden a establecer la cuantía de la indemnización, debe estarse a la resultante de aplicar los criterios contenidos en el baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM), en las cuantías fijadas en la Resolución de la Dirección de Seguros de 20 de enero de 2011, cuya aplicación no discute la demandada, como, en rigor, tampoco la cuantía de la indemnización, si no es para poner de manifiesto una aplicación errónea del baremo en punto a la indemnización solicitada para los hijos; error que los actores han admitido y enmendado en la audiencia previa al juicio, fijando como cuantía de la indemnización para ambos la suma de 18.141,08 euros, esto es, el producto de sumar la cuantía que, conforme al baremo, correspondería a cada uno de ellos, a saber, 9.070,54 euros. Semejante error –producto, evidentemente, de un “lapsus calami”– no ha de impedir el



acogimiento de la demanda, si bien con la corrección efectuada, de forma que la cuantía de la indemnización a cuyo pago viene obligada la demandada ha de cifrarse en 99.775,95 euros, de los cuales corresponden a la cónyuge del causante la suma de 81.634,87 euros, y a cada hijo la cantidad de 9.070,54 euros.

SEPTIMO.- La demandada sostiene la improcedencia de aplicar los intereses del art. 20 de la LCS argumentando que hasta que cobre firmeza la sentencia donde se establezca la responsabilidad del asegurado y la cuantía a indemnizar no se produce la mora. Para sustentar su argumentación acude a cierta opinión doctrinal y al criterio establecido en la STS de 24 de noviembre de 2006.

El alegato entronca directamente con la causa de justificación que contempla la regla octava del art. 20 LCS. De la abundante jurisprudencia interpretativa de dicho precepto cabe establecer como criterio general que quedará exonerada la aseguradora cuando sea discutible la existencia del siniestro, cuando no se hayan determinado sus causas, y de ello dependa la indemnización, esto es, *<<cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia de las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial>>* (STS 16 de marzo de 2010; en similares términos, STS 28 de febrero de 2011), así como cuando exista discusión entre las partes sobre la procedencia o no de cubrir el siniestro, y cuando, junto con la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional para la determinación de la causa de la producción del siniestro, sea necesaria la decisión judicial para la fijación exacta de la cantidad que debe abonar el asegurador por vía de indemnización ante las discrepancias entre las partes; debiendo tenerse en cuenta, en este punto, la atenuación por vía jurisprudencial del rigor del aforismo *in iliquidis non fit mora*, de forma que la iliquidez inicial de la indemnización, cuantificada definitivamente por el órgano judicial en el proceso, no implica valorar éste –el proceso- como causa justificadora del retraso (STS 12 de julio de 2010), y que, como puntualiza la STS de 18 de diciembre de 2012, la mera discrepancia sobre las cuantías reclamadas no es incertidumbre, ni la mera existencia del proceso es causa que justifique el retraso cuando no es preciso acudir a él para poner término a una situación de incertidumbre o duda racional, pues lo contrario llevaría al absurdo de que la simple oposición procesal de la aseguradora le eximiría de pagar el recargo por mora (en este sentido, SSTs 28 de febrero de 2008, cit., 17 de mayo de 2012, y 21 de enero de 2013, entre otras).

Junto con lo anterior debe retenerse que al tiempo en que se aprecia en la doctrina jurisprudencial la exigencia de la culpa de la aseguradora en el cumplimiento de la obligación de indemnizar (cfr. STS 12 de julio de 2012), se advierte también un mayor rigor en la apreciación de las causas de justificación.

Ahora bien, en el presente caso no se trata, en rigor, de determinar si existe o no causa de justificación, sino de establecer si cabe apreciar la mora de la compañía de seguros y de fijar el término inicial del cómputo de los intereses. En efecto, la proyección de los anteriores criterios al caso de autos determina la procedencia de aplicar los intereses previstos en el art. 20 LCS, pues, una vez conocida la existencia del siniestro y dirigida frente a ella la reclamación judicial, la aseguradora debía cumplir su obligación en los términos previstos en la regla tercera del art. 20 LCS, y no puede escudarse en la iliquidez de la deuda, ni en la indeterminación de las causas del siniestro, ni en la implicación de su asegurado, ni, en fin, en la necesidad de acudir a la vía judicial para establecer las responsabilidades, atendido el resultado del proceso, pues eso sería tanto como permitir en todos los casos que la mera existencia del proceso en donde se ventila la responsabilidad en el siniestro y su alcance cerrara el paso a la imposición de los intereses del art. 20 LCS. Una vez conocida la reclamación judicial de los actores, la compañía de seguros no tenía justificación para no atender al cumplimiento de su obligación, por lo que esa falta de cumplimiento se revela culpable, en términos de la STS de 12 de julio de 2012, y debe considerarse que incurre en mora.

Ahora bien, toda vez que no consta que los perjudicados hayan dirigido reclamación alguna con anterioridad al proceso, bien a la entidad asegurada, bien a la compañía de seguros, no era exigible a esta última atender al cumplimiento de su obligación sino desde el momento en que le ha sido comunicado el siniestro y ha podido conocer los hechos determinantes de la responsabilidad de su asegurada y su alcance. Se ha de estar, por tanto, no al apartado primero de la regla sexta del art. 20 de la LCS, sino al apartado tercero de esa misma regla, y conforme a la misma declarar que los intereses previstos en dicho artículo se han de devengar desde la interposición de la demanda originadora del presente proceso; debiendo estarse, por lo demás, a lo dispuesto en la regla cuarta, interpretada conforme a la doctrina establecida en la STS (Pleno) de 1 de marzo de 2007, así como a la regla séptima del mismo artículo.

OCTAVO.- La corrección del error en la fijación del importe de la indemnización correspondiente a los hijos, y la concreción del término inicial del devengo de los intereses



del art. 20 LCS no ha de impedir que la demanda se estime en lo esencial, por lo que las costas del proceso se deben imponer a la entidad demandada (art. 394.1 LEC).

Por lo expuesto,

FALLO

ESTIMO, en lo esencial, LA DEMANDA interpuesta por la Procuradora doña Olga Navas Carrillo, en nombre y representación de DÑA. JUANA [REDACTED] DON JUAN [REDACTED] Y DOÑA ROSA MARIA [REDACTED] frente a W.R. BERKLEY INSURANCE EUROPE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA, y, en consecuencia, **CONDENO** a la demandada a pagar a los actores las siguientes cantidades: A Dña. Juana [REDACTED], la cantidad de 81.634,87 euros; a D. Juan [REDACTED], la cantidad de 9.070,54 euros; a Dña. [REDACTED], la cantidad de 9.070,54 euros. Junto con dichas cantidades ha de abonar el interés previsto en el art. 20 de la LCS, desde la fecha de la interposición de la demanda. Se imponen a la demandada las costas del proceso.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de MADRID (artículo 458 LECn).

El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DIAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn). Sólo se admitirá el recurso mediante la acreditación de la constitución del depósito de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado.





Administración
de Justicia

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.



Madrid