

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**  
**Sección Undécima**

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933922

37007740

N.I.G.: 28.079.42.2-2014/0021936

**Recurso de Apelación 394/2015**



(01) 30564408221

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de Madrid  
Autos de Procedimiento Ordinario 191/2014

**APELANTE:** D./Dña. [REDACTED]

**PROCURADOR D./Dña.** [REDACTED]

**APELADO:** WR BERKLEY INSURANCE EUROPE LIMITED SUCURSAL

**PROCURADOR D./Dña.** [REDACTED]

## **SENTENCIA**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

**ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE:**

D. CESÁREO DURO VENTURA

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

Dña. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA

D. ÁLVARO RUEDA TORTUERO

En Madrid, a trece de mayo de dos mil dieciséis.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 191/2014 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de Madrid a instancia de Dña. [REDACTED] como parte apelante, representada por la Procuradora Dña. [REDACTED] contra **WR BERKLEY INSURANCE EUROPE LIMITED SUCURSAL** como parte apelada, representada por la Procuradora Dña. [REDACTED] todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 25/02/2015.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D. ÁLVARO RUEDA TORTUERO**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 25/02/2015, cuyo fallo es del tenor siguiente:

**“QUE DEBE DESESTIMAR Y DESESTIMO LA DEMANDA** formulada por [REDACTED], representada por el Procurador [REDACTED] [REDACTED] contra la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BERKLEY**, representada por la Procuradora [REDACTED], **absolviendo a ésta de los pedimentos de la actora y expresa imposición a dicha parte de las costas.”**

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de [REDACTED], que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formuló oposición al recurso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

## **II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** El presente recurso se interpone contra la sentencia que, en primera instancia desestimaba a demanda formulada por [REDACTED], en reclamación a la Cía Aseguradora, hoy apelante, **W.R. F BERKLEY INSURANCE EUROPE LIMITED, SUCURSAL EN ESPAÑA**” de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento sobrevenido de su esposo, por causa de un actuar profesional negligente imputable al personal sanitario del servicio público de salud de Murcia (hospital de Cieza) al incurrir en retraso de diagnóstico de cáncer de colon; dehiscencia de la anastomosis a consecuencia de la cirugía que le provocaría una infección abdominal, y tratamiento tardío de dicha complicación, que originó una peritonitis, sepsis y posterior muerte. La acción directa que se ejercita contra la aseguradora, al amparo de lo dispuesto en los arts. 1 y 73 de la LCS, se enmarca dentro del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del

Servicio Murciano de Salud, entidad dependiente de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Murcia que presta servicios médicos a los afiliados a la Seguridad Social de su territorio.

Son hechos y circunstancias base de la acción que se ejercita aquéllas que sintéticamente extracta el informe pericial que acompaña a su escrito rector, emitido a instancia de los peritos [REDACTED] y [REDACTED], en los siguientes términos:

*"1.-Ha existido un retardo en el diagnóstico de la Neo de recto-sigma de al menos 7 meses.*

*2.-Ha existido una posible demora en el tratamiento del Adenocarcinoma de sigma, achacable a la entrada en lista de espera (retardo de 1 mes en el tratamiento quirúrgico en un paciente con un carcinoma de recto-sigma estenosante, y posteriormente obstructivo y sangrante), que ha influido en la morbimortalidad del paciente debido al estado de obstrucción intestinal con el que fue intervenido.*

*3.- El tipo de abordaje laparoscópico con el que se comenzó la intervención de la Neo de recto-sigma está perfectamente contemplado y no ha influido en las complicaciones posteriores sobrevenidas.4.-Ha existido retardo en el tratamiento de la peritonitis por dehiscencia de anastomosis rectal.*

*4.-El retardo en el tratamiento de la complicación de dehiscencia de anastomosis que presentó el paciente, y que ha sido la causa directa de su fallecimiento, ha influido directamente en este desenlace.*

*5.-La parada cardiaca por hipoxia por obstrucción del tubo orotraqueal por secreciones no ha influido en el fallecimiento del paciente, aunque ha podido precipitar dicho desenlace.*

*Conclusión : "Ha existido un retardo en el diagnóstico de la neo de recto-sigma de al menos 7 meses, por lo que ha existido una posible demora en el tratamiento del*

*adenocarcinoma de sigma, achacable, entre otras cosas, a la entrada en lista de espera (que demoró el tratamiento quirúrgico 1 mes en un paciente con carcinoma de recto sigma estenosante y posteriormente obstructivo y sangrante), que ha influido en la morbimortalidad del paciente debido al estado de obstrucción intestinal con el que fue intervenido. Fundamentalmente, ha existido retardo en el tratamiento de la peritonitis por dehiscencia de anastomosis rectal, lo que ha marcado la tórpida evolución del enfermo”*

La entidad aseguradora se oponía negando la concurrencia de negligencia profesional sobre la base de las conclusiones emitidas también por los peritos [REDACTED] de [REDACTED] y [REDACTED], según los siguientes términos:

*1º.- Se reconoce un retraso en el estudio de la anemia presentada por el paciente, que dio lugar a un retraso de siete meses en el diagnóstico del carcinoma de colon.*

*2º.- El tiempo transcurrido entre el diagnóstico del cáncer de colon y su tratamiento quirúrgico está ajustado a los estándares habituales, no existiendo datos objetivos de complicación de su enfermedad durante dicho intervalo.*

*3º.- En cualquier caso, ninguna de las circunstancias anteriores tiene relación causal con el fallecimiento del paciente, toda vez que este no se produjo por progresión tumoral sino por una complicación quirúrgica que nada tiene que ver con la demora en el tratamiento.*

*4º.- La complicación desarrollada (dehiscencia de sutura quirúrgica) es propia y no infrecuente en la cirugía realizada, en muchos casos impredecible e inevitable, no se relaciona con actuación médica incorrecta y figura específicamente reseñada en el documento de consentimiento informado firmado por el paciente.*

*5º.- A la vista del contenido de las anotaciones de evolución postoperatoria, la complicación fue diagnosticada cuando el cuadro clínico presentado por el paciente lo hizo posible y fue tratada adecuadamente, pese a lo cual no pudo evitarse el fallecimiento”*

La Juzgadora de primera Instancia dictó sentencia desestimatoria entendiendo que si

bien “existió un retraso no justificado en el diagnóstico del tumor, pues la anemia estaba constatada desde enero de 2012 y no se solicitó estudio al servicio de Digestivo hasta el mes de septiembre de 2012, sin embargo no fue ésta la causa del fallecimiento, por lo que no existe ninguna relación de causalidad entre el retraso y el óbito. Entiende que se preparó la operación para extirpar el tumor, un mes después del diagnóstico concretamente para el 19 de octubre, la intervención se inicia mediante laparoscopia pero tiene que reconvertirse en cirugía abierta laparotomía, pasando a la unidad de reanimación Postanestésica.

La historia clínica del paciente recoge todas sus asistencias y buena evolución. Los días posteriores a la intervención y así el día 20 se señala escasa diuresis con orina concentrada. El día 21 se anota paciente sin dolor, con buenas tensiones, presenta alguna complicación respiratoria que como señalan los peritos de la demandada, es compatible con los antecedentes de EPOC que presentaba el demandante, no consta la existencia de dehiscencia en ese momento.

El día 22 de octubre se anota que el paciente esta con mejor estado. El día 23 se anotó que el paciente presenta oliguria episodios de taquicardia y empeoramiento progresivo del estado respiratorio, no se constatan hallazgos que puedan relacionarse con una complicación abdominal, como así lo constata la ecografía realizada no es hasta el día 24, cuando se realiza un TAC que informa de neumoperitoneo con infección de partes blandas por lo que se decide revisión quirúrgica urgentes en la que se aprecia peritonitis fecaloidea por dehiscencia.

Que en base a ello puede decirse que si bien podía haberse realizado el día 23 un diagnóstico más correcto con la realización de un TAC, habida cuenta la sintomatología previa que presentaba el fallecido el no hacerlo no supuso infracción de la Lex Artis, cuando además dicha complicación es frecuente en la cirugía realizada y fue tratado correctamente, por todo lo cual procede la desestimación de la demanda”.

La representación de [REDACTED] se alza en apelación, alegando infracción del art. 218 de la LEC al no haber procedido a dar respuesta mínima a las cuestiones planteadas, adolecer de incoherencia, y error en la valoración de la prueba documental con infracción de lo dispuesto en el art. 217, 319, 348 y concordantes de la Lec,

cuando no arbitrariedad causante de indefensión contraria a los arts. 9.3 y 24 de la C.E. En particular aduce error en la interpretación y valoración de la prueba de peritos al apartarse de la literatura médica y manuales consultados por los peritos de la apelante, como primera referencia científica para la práctica de la pericia, y en consecuencia no reconocer el retraso en el diagnóstico y tratamiento de la peritonitis; el retraso inexcusable entre el momento en que se prescribió la TAC y se intervino al paciente; y finalmente sobre el efecto del retraso de diagnóstico de adenocarcinoma de colon, y su trascendencia como concausa de la complicación postoperatoria (“dehiscencia de la sutura quirúrgica”). Finalmente impugna el pronunciamiento en materia de costas impetrando la no imposición de costas para el caso de desestimarse el recurso de apelación por las serias dudas de hecho y complejidad técnica que este tipo de litigios presenta.

**SEGUNDO.-** La Sala acepta la fundamentación jurídica esgrimida por la juzgadora de Instancia en el fundamento segundo primer párrafo de la recurrida, pero no la valoración que del material probatorio ha efectuado y la conclusión fáctica a que llega. No obstante lo anterior, debe significarse que conforme a una reiterada Jurisprudencia, la actividad intelectual de valoración de las pruebas se incardina en el ámbito propio de las facultades del Juzgador de instancia favorecido por el principio de inmediación; por ello, cuando se trata de valoración probatoria, la revisión de la sentencia deberá centrarse en verificar la legalidad en la producción de las pruebas, la observancia de los principios rectores de su carga y, en su caso, de las reglas relativas a la prueba tasada y si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez "a quo" de forma arbitraria, ilógica, insuficiente, incongruente o contradictoria o si, por el contrario, la apreciación conjunta del mismo es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso. Como recuerda la STS de 23 de mayo de 2013, la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en su labor de interpretación del artículo 24 de la CE, ha establecido que concurre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta equivocado a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración - sentencias 55/2001, de 26 de febrero, 29/2005, de 14 de febrero y 211/2009, de 26 de noviembre -.

Y en materia de interpretación de dictámenes periciales encontrados o contradictorios en sus asertos técnicos, no podemos sino atender a criterios o reglas generales de la sana crítica

conforme a lo dispuesto en el art. 348 de la LEC para aquilatar ,con el resto de pruebas practicadas en el proceso ,la mayor eficacia de un informe sobre otro, en base a criterios valorativos tan diversos como el mayor rigor técnico, ausencia de contradicciones o congruencia interna del proceso intelectual que justifica una conclusión fundada en criterios estrictamente técnicos, explicación razonada y razonable de las dudas que el informe pueda suscitar a las partes, etc..que es como ha procedido la Juez a quo dando mayor peso valorativo a los [REDACTED] y [REDACTED], cuestión ésta que entra dentro de la soberanía del juzgador, y que no puede sustituirse por el criterio parcial e interesado de la parte.

Y entrando a analizar el fondo del asunto, con carácter previo debemos precisar que la reclamación ejercitada se enmarca dentro del régimen jurídico de la acción directa contra una aseguradora por verificación del siniestro objeto de cobertura, en este caso la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos regulada en la ley 30/1992 y el RD 429/1933, conforme a lo dispuesto en el art. 73 de la LCS por responsabilidad subyacente de su asegurado, en este caso el servicio público de salud de Murcia, y en segundo lugar, por cuanto, en la determinación de las bases para declarar la responsabilidad del personal sanitario que intervino a [REDACTED] [REDACTED] fallecido esposo de la hoy demandante, la sentencia, aun sin hacer mención expresa, emplea, como veremos, los principios y elementos generalmente exigidos por la normativa administrativa y jurisprudencia que la desarrolla, para establecer la responsabilidad patrimonial de la Administración en supuestos de negligencia médica de sus servicios públicos de salud.

Y en este contexto normativo, existe un vasto repertorio jurisprudencial del que puede ser ejemplo la Sentencia núm. 1474/2008 de 24 julio Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que reitera que en materia de responsabilidad patrimonial derivada de una actuación médica, el criterio básico utilizado es el de la "Lex Artis", de suerte que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados: La obligación del médico es prestar la debida asistencia y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por ello, la "Lex Artis", constituye el parámetro de actuación de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos imponiendo al profesional la obligación y el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental a la hora de delimitar la responsabilidad.

Al respecto cabe señalar la STS de 27 de noviembre de 2000 en la que se recuerda que "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."

Asimismo sentencias como la de 23 febrero 2009 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), recuerdan que " la respuesta pasa por recordar que, como hemos indicado en fechas recientes [Sentencia de 7 de julio de 2008, la responsabilidad de las administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa [por todas, véanse las sentencias de esta Sala de 11 de mayo de 1999, 24 de septiembre de 2001, 23 de noviembre de 2006, 22 de abril de 2008, se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso, sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 2005 20 de marzo de 2007 y 26 de junio de 2008 - Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad y 38 , apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992; nada más y nada menos.

Esta peculiar configuración exige de quien reclama que justifique, al menos de modo indiciario, que se ha producido por parte de las instituciones sanitarias un mal uso de la lex artis. Esta prueba puede ser, como acabamos de indicar, la de presunciones, admitida actualmente en nuestro derecho por el artículo 386 de la LEC, de modo que si, a partir de circunstancias especiales debidamente probadas y acreditadas, se obtiene, mediante un enlace preciso y directo conforme a las reglas del criterio humano, que el daño que sufre el



paciente resulta desproporcionado y desmedido con el mal que padecía y que provocó la intervención médica, cabrá presumir que ha mediado una indebida aplicación de la *lex artis* [véanse las Sentencias de la Sala Primera del TS 17 de mayo de 2002 y 26 de marzo de 2004].

En tales hipótesis, una vez 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. De otra forma se desconocerían las especialidades de la responsabilidad pública médica y se trasladaría 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 [pueden consultarse las Sentencias de 25 de abril de 2007 y 2 de noviembre de 2007].

Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002 por referencia a la de 22 de diciembre de 2001 señala que "en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, 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 ésta 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 éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la ley 30/1992 redactado por Ley 4/1999 de 13 de enero que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto"

Llegados a este punto, y aplicando la doctrina así vertida al caso de autos, debemos partir de las siguientes circunstancias para engranar el juego de las reglas que en materia del "onus probandi" es de aplicación a supuesto de responsabilidad médica por imprudencia profesional, en el marco de la medicina curativa prestada en servicios público de salud.

Para ello partimos de la secuencia objetiva de hechos y circunstancias que

concurrieron en el luctuoso suceso y que de forma sintética relacionan los peritos de la parte demandada ( ██████████ y ██████████ ) y que pasamos a reproducir, sin perjuicio de la valoración que de algunos de los puntos relacionados o de sus omisiones iremos efectuando en sucesivos razonamientos. Así;

1.- D. ██████████, de 78 años de edad, con antecedentes de neumopatía restrictiva por EPOC, hipertensión, cardiopatía hipertensiva, fibrilación auricular tratada con Sintrom, hipertensión pulmonar moderada-severa, hernia inguinal y hemorroides fue derivado desde al Servicio de Neumología al de Digestivo para interconsulta el día 4 de septiembre de 2012 por presentar anemia ferropénica severa, constatada al menos desde el 27 de enero de ese mismo año (fecha del primar análisis aportado con descenso de la cifra de hemoglobina).

2.- Había sidoprogramado para corrección quirúrgica de la hernia y las hemorroides para mayo de 2012 si bien la intervención se suspendió por la anemia.

3.- El 12 de septiembre presentó dos episodios presíncopales que se atribuyeron a la anemia procediéndose a transfusión.

4.- El 19 de septiembre, en el contexto del estudio por el Servicio de Digestivo, se realizó una colonoscopia en la que se observó una masa tumoral estenosante de la que se tomaron muestras para biopsia que fue informada de adenocarcinoma infiltrante. Se programó cirugía para resección del tumor el día 19 de octubre, pasando el paciente a lista de espera quirúrgica.

5.- El 11 de octubre acudió a urgencias por rectorragia, sin nauseas o vómitos ni dolor abdominal. Valorado por el Servicio de Cirugía se procedió a nueva transfusión y se dio de alta al paciente a la espera del ingreso para la intervención programada, con preparación intestinal (enemas de limpieza diarios y dieta líquida y semiblanda).

6.- Ingresó el día 18 de octubre para cirugía programada que se llevó a cabo el día 19 de octubre. La intervención se inició mediante laparoscopia pero tuvo que reconvertirse a cirugía abierta (laparotomía) por dilatación de asas de intestino delgado y colon. A 7 cm de

*la reflexión peritoneal se apreció neoplasia se signa estenosante reseándose el segmento intestinal afectado con endoghia 60 proximal y Contour distal. Anastomosis término-terminal transanal con CEEA Premium 31, refuerzo anastomótico con tissucol y comprobación de la estanqueidad; drenaje perianastomótico. No se describen incidencias intraoperatorias.*

*7.- Tras la intervención el paciente pasó a la Unidad de Reanimación Postanestésica, hemodinámicamente estable y con diuresis mantenida con diuréticos.*

*8.- El día 20 de octubre escasa diuresis con orina concentrada que requiere de aporte de diuréticos. No se recogen otras incidencias en las anotaciones de ese día (2:04h y 17:19h)*

*9.- El día 21 de octubre se anota a las 0:00h paciente sin dolor, con buenas tensiones (124/74). Diuresis aceptable .... Se queja de fatiga desde las 21:00h. Auscultación pulmonar con hipoventilación basal, sin ruidos patológicos. Saturación a 94% con Ventimask a 50%. No está disneico. Tranquilo. A las 4:19h avisan por disnea. El paciente presenta broncoespasmo: nebulización más corticoides. Rx tórax similar a la de ayer. (...)Presenta mejoría subjetiva. Saturación a 95%.*

*10.- El 22 de octubre a las 9:35h se anota paciente en mejor estado, con buena diuresis. Un episodio por la mañana de taquicardia e hipertensión arterial que responde a dosis bajas de antihipertensivo (labetalol). (...) Disnea muy leve. Excitación nocturna que no cede con midazolam y requiere haloperidol. Atelectasia en radiografía de tórax. Analítica con mejores valores.*

*11.- El día 23 de octubre a las 9:27 se anota: durante su estancia en Reanimación el paciente presenta oliguria, episodios de taquicardia que requieren tratamiento con Amiodarona. Presenta episodio de edema agudo de pulmón por lo que se inicia perfusión con furosemida y se disminuye la sueroterapia con el fin de hacer balances hídricos negativos. Durante el día de ayer el paciente presenta empeoramiento progresivo del estado respiratorio con disnea y tiraje. Saturaciones de 90% con ventimask a 50%. Se decide realización de VMNI con IPAP de 10 y EPAP de 5 con mejoría de la mecánica*

*respiratoria y de la saturación. Se realiza nebulización y cambio postural con mejoría pasando a ejercicios de espirometría incentivada. Por la noche nueva desorientación con alteración respiratoria que requiere nueva conexión a CPAP. En la placa de tórax infiltrados intersticiales bilaterales y atelectasia derecha.*

*12.- El día 24 de octubre a las 9:29h se anota: paciente intubado, sedado y conectado a ventilación mecánica. Hemodinámicamente inestable con tendencia a la hipotensión que precisa noradrenalina. Taquicardia que se controla con Amiodarona. Diuresis ajustadas (40 ml/h) con seguril. Ayer pico febril; (...) Drenajes escasos. Presenta lesión cutánea (¿hematoma/celulitis?) en fosas iliacas e hipogastrio. Visto por cirujano no drena nada. Resto de exploración física normal. Se le realizó ecografía abdominal sin hallazgos significativos. (...) Pendiente de radiografía de tórax de control. Juicio clínico: shock séptico de probable origen pulmonar.*

*13.- A las 16:32h de ese mismo día se anota: ayer presentó deterioro clínico con insuficiencia respiratoria (probable distrés)...Se realiza TAC que informa de neumoperitoneo con infección de partes blandas por lo que se decide revisión quirúrgica urgente en la que se aprecia peritonitis fecaloidea por dehiscencia de la anastomosis más infección de partes blandas. Se desmonta la anastomosis...*

*14.- Tras la reintervención evoluciona con necesidad creciente de noradrenalina y oliguria. Ante esta situación de deriva al paciente a la UCI del Hospital Morales Meseguer, donde falleció el 11 de noviembre de 2012, tras parada respiratoria por obstrucción del tubo orotraqueal, recuperada, y nueva reintervención por necrosis del estoma”*

Como vemos, de la lectura de la historia clínica del Sr. ██████, se debe en primer lugar que concluir que su fallecimiento constituyó de forma evidente un daño o resultado desproporcionado y desmedido con el mal que padecía y que provocó la intervención médica: el tratamiento quirúrgico de Neo de sigma.

En segundo lugar, es un hecho incontrovertido que existió un retraso injustificado por los servicios médicos en el diagnóstico de la neoplasia y por tanto en su tratamiento, lo cual implica, según reconoce la propia demandada, una progresión del carcinoma con una peor

evolución a largo plazo (fol 491). Y si bien esta eventual evolución del carcinoma no constituyó la causa inmediata del óbito, en cambio, si parece tener cierta incidencia, como defienden los peritos de la parte actora, en el carácter obstructivo del cáncer colorrectal, (se entiende por la Sala que una evolución natural del tumor es susceptible de provocar mayores grados de estenosis) siendo así que la citada característica incrementa significativamente la morbimortalidad postoperatorio (hasta un 30% más según el Dr. [REDACTED]), cuestión esta que no parecen negar los Drs. [REDACTED] y [REDACTED], o al menos en su exposición no lo desmienten.

Sobre esta particularidad se ha debatido en profundidad en el acto del juicio, pues mientras los Drs. [REDACTED] y [REDACTED] sostienen en su informe y en la vista, que el colon se encontraba obstruido al tiempo de efectuar la colonoscopia en fecha 19 de septiembre de 2012, los Drs. [REDACTED] y [REDACTED] lo niegan, si bien llegan a reconocer que podría presentar subobstrucción. Es particularmente ilustrativa la explicación que, acerca de los perniciosos efectos de esta complicación interna, ofrece el Sr. [REDACTED], afirmando que además de impedir o dificultar la preparación y limpieza del intestino antes de la intervención, la obstrucción produce distensión del tejido por el sufrimiento a que ha sido sometido, lo que puede redundar en una peor evolución de la anastomosis. En este sentido, es cierto que, como éstos advierten con claridad, no habría sido posible, para un paciente con obstrucción, la defecación durante el ingreso acaecido el 11 de octubre, como tampoco habría sido dado de alta hospitalaria a los dos días si presentase la obstrucción que reclaman los Drs. [REDACTED] y [REDACTED]. Sin embargo, el resultado objetivo de la colonoscopia del 19/9/12, hacía mención a “adenocarcinoma estenosante y ulcerado... se intentó franquear con gastroscopio de 1 cm sin conseguirlo, si bien se apreciaba luz permeable a través de la masa tumoral ” (fol 3 del informe de los Drs. [REDACTED] y [REDACTED]), lo que daba muestras de una obstrucción parcial de cierta entidad, que parece confirmarse por el hecho de que no se pudiese abordar la laparoscopia como técnica quirúrgica inicialmente indicada al presentar dilatación de asas del intestino delgado y colon (fol 3 párrafo cuarto del informe de los Drs. [REDACTED] y [REDACTED]) y por no poder proporcionar al paciente los enemas como técnica de preparación preoperatorio y su sustitución por una sonda nasogástrica (en este punto el Dr. [REDACTED] no resultó convincente en la forma de exponer la posibilidad de aplicar enemas a pacientes con obstrucción de colon).

En tercer término y entrando en el periodo postoperatorio y el diagnóstico y tratamiento de la infección abdominal, resulta acreditado que en el lugar de la intervención en fecha 19 de octubre, discurren los días 20 y 21 dignas de mención, siendo el día 22 cuando el paciente comienza a presentar problemas cardiológicos y respiratorios, pasando de un nivel de saturación de oxígeno del 95% el día 22, con necesidad de CPAP. No se discute por la parte actora que la técnica quirúrgica empleada para la resección del colón se ajustó a la práctica de la técnica de la *lex artis*. Pero es significativo en este punto advertir que al fol. 11 del informe de los Drs. [redacted] y [redacted] fol. 492 de actuaciones- se consigna expresamente: *“Por otro lado el paciente en el postoperatorio presenta en los primeros días una evolución con complicaciones cardiológicas y respiratorias que precisan de manejo en cuidados intensivos, estas complicaciones propias de su edad y patología asociada, y no relacionadas con la técnica quirúrgica, indudablemente pueden ser causa de un mayor riesgo de dehiscencia anastomótica como ello así ocurrió”*, siendo a partir de este punto de inflexión, que los peritos de la parte actora sostienen y esta Sala comparte, que las medidas diagnósticas fracasaron no por causa extraña o ajena a la *lex artis*, sino por no haber adelantado o previsto, otras pruebas diagnósticas más certeras que las que se le practicaron en el contexto de un proceso a contrarreloj como es el que se instaura con el advenimiento de una posible peritonitis.

Así, el día 23 de octubre, el Sr. [redacted] presenta ya agravación de la función respiratoria precisando intubación (IOT), y presentando hipotensión y taquicardia, pico febril indicativo de infección y lesión cutánea en fosas iliacas e hipogástric y procediéndose a efectuar una ECO que arrojó el resultado de “sin hallazgos”.

Todos los peritos coinciden en que en esa fecha, el Sr. Cano presentaba de forma concomitante múltiples factores de riesgo (cardiopatía, disfunción respiratoria, edad, carcinoma de colon con obstrucción, cuando menos parcial, y no diagnosticado a tiempo, EPOC). Pero mientras los Drs. [redacted] y [redacted] sostienen que, por la clínica del paciente (patología cardiorrespiratoria), no estaba indicada la TAC, pues dicha prueba comporta un disconfort innecesario para el paciente, y lo apropiado era realizar una ECO, y de resultar negativo, estar a la espera de la evolución del paciente para ir avanzando en el diagnóstico, los Drs. [redacted] y [redacted] por su parte, consideran imperativa, además, la realización de

un TAC, al concurrir múltiples factores de riesgo, y en particular, una intervención quirúrgica, cuya dehiscencia entraba dentro de las hipótesis probables del empeoramiento del Sr. ██████, como también reconocen los Drs ██████ y ██████ al folio 11 de su informe, como ya veíamos más atrás.

Pero, como decimos, lo que se practicó, como hecho incontrovertido, fue una ECO ya el día 23 de octubre- ver fol. 49 de actuaciones- “concluyendo shock séptico de origen pulmonar”, no siendo sino hasta 24 horas después, ya dentro del día 24 de octubre, que, ante el empeoramiento, y mientras la clínica de infección peritoneal se hacía más evidente, se ordenó practicar un TAC, ya tardío, cuando, según recoge la literatura médica, a la que parece recurrir el letrado de la actora como un dogma de fe, los cuadros de peritonitis disparan la mortalidad hasta un 30%, pasadas 6 horas desde el comienzo de la infección. El Dr. ██████ admite en el acto del juicio, que la tramitación de la TAC se demoró por meras cuestiones burocráticas y por la limitación de medios con que cuenta un centro hospitalario público, de modo que lo que podría hacerse en una hora, si se tratase de un único paciente, en un centro de esta naturaleza se prolongó durante horas.

Y en este punto, conviene traer a colación, a los efectos de la aplicación de la doctrina de la inversión de la carga de la prueba en materia de consumidores, (pues a ello no puede sustraerse la prestación de servicios sanitarios por centros públicos) el artículo 147 de la Ley de Consumidores y Usuarios de 2007, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre: “Régimen general de responsabilidad”: al señalar que *los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio. Y el art. 148 “Régimen especial de responsabilidad”, que dispone que “se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios,....”*

Estas disposiciones, previenen un principio de responsabilidad objetiva para el caso en que se produzca un evento lesivo en el marco de una actividad de las descritas en dichos preceptos, entre las que sin duda se han de incluir la prestación de servicios sanitarios distintos a las actuaciones propias de la ciencia médica. Este principio, no obstante opera en el régimen de la culpabilidad como elemento constitutivo de la obligación de resarcir pero nunca en el de la causalidad, cuya prueba siempre corresponde a quien postula ser reparado del mal sufrido. Y en este sentido debe precisarse que la exigibilidad de responsabilidad civil, ya sea contractual como extracontractual, exige la concurrencia de una conducta culposa en la parte demandada, de manera tal que le sea imputable el resultado producido. A tales efectos se acude a la doctrina de la imputación objetiva, que exige una relación causal doble: una puramente física conforme al criterio de la equivalencia de las condiciones, y otra desde el punto de vista jurídico (causalidad jurídica), que partiendo de la primera posibilite efectuar a una persona un juicio de reprochabilidad por el resultado acaecido.

De este modo, no existiendo duda sobre el nexo causal entre la intervención quirúrgica analizada y el óbito del Sr. [REDACTED], y descartada la incorrección de la técnica quirúrgica empleada para la resección, la responsabilidad del centro sanitario se configura como directa y objetiva ante la demora en la tramitación de la petición y realización de la TAC, aun contemplada desde la óptica de un uso correcto del servicio sanitario, como previene específicamente el art .148 transcrito.

En definitiva, la Sala comparte las conclusiones defendidas por los Drs. [REDACTED] y [REDACTED], para estimar que el fallecimiento se debió a una cadena cumulativa de diversos errores médico-sanitarios imputables bien a la omisión de las exigencias de la lex artis médica, bien al propio funcionamiento del servicio sanitario prestado en el hospital de Cieza, y que principió con el retraso culpable en el diagnóstico del adenocarcinoma de colon, siguió con el “desprecio” de la significada estenosis del intestino grueso en el punto de localización de la neoplasia y su incidencia en el éxito de la anastomosis subsiguiente a la resección del tramo intestinal afectado, para finalizar con el retraso en el diagnóstico de la peritonitis instaurada tras la dehiscencia de la sutura quirúrgica, y su abordaje tardío e irreversible.

**TERCERO.-** En relación con el importe de la indemnización solicitada, debe señalarse que como ya tuvo ocasión de pronunciarse esta sección en sentencias como la de 16 de octubre



de 2014: “El presente caso no es un caso de circulación vial en que por imposición legal sólo cabe acudir al Baremo para la valoración de los daños corporales acaecidos como consecuencia de un accidente de tráfico. Y aunque es cierto que dicho Baremo es utilizado a veces por los tribunales y los letrados para tener un punto de referencia para la valoración de otros casos no incluidos en el fenómeno circulatorio (con obligación de seguirlo una vez comenzado a aplicar), hay que poner de relieve que, en otros casos, como el presente en que ni se trata de tráfico vial ni se trata de caso de asunción del baremos por el juzgador, existe libertad de determinación del valor del daño siempre y cuando sea aprobada y asumida esa valoración jurídicamente y judicialmente.

Podrá la parte demandada impugnar el criterio de determinación, podrá impugnar la cuantía, pero no puede exigir a la parte actora que se atenga a las cuantías y criterios del Baremo de valoración corporal.”

“Pero, una vez que -como acabamos de decir- no hay por qué aplicar obligadamente el sistema de valoración que ofrece el Baremo de los accidentes de circulación, lo que procede es ponderar si la cuantía solicitada por la parte actora se sitúa en el campo de racionalidad que refleja el conjunto de pronunciamientos judiciales que ha habido al respecto al valorar el fallecimiento...”

En este caso la Sra. ██████ postula la nada desdeñable suma de 500.000 euros, cantidad que combate la aseguradora tomando como punto de referencia el baremo de accidente de tráfico del año 2012 para viuda de edad de fallecimiento entre 66 a 80 años, y que sitúa en 83.594,11 Euros.

La apelante sostiene que se trata de una persona con pocos recursos, siendo perceptora de una pensión de viudedad por importe de 892,50 euros (fol. 34) y reconocida una minusvalía del 50%, así como tiene a su cargo un hijo mayor de edad al que la Subdirección de Gestión de Servicios Sociales de la Consejería de Trabajo y Seguridad Social de Murcia le ha reconocido un grado de minusvalía del 24% (fol. 36). Pues bien, sin perjuicio de no existir prueba acerca de la dependencia del hijo mayor de edad, de las prestaciones que por su minusvalía pueda estar percibiendo, o el descenso de ingresos de la unidad familiar con ocasión del fallecimiento del esposo de la actora, la Sala en ponderación de las circunstancias concurrentes, estima procedente conceder con carácter discrecional una indemnización de 100.000 euros. Esta cantidad podría aproximarse a la indemnización por causa de muerte según Ley 35/2015, de 22 de septiembre Ley 35/2015, de 22 de septiembre,

de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, Tabla 1ªa) más Tabla 1c), Tabla 1c1), tomando como referencia datos tales como indemnización cónyuge viudo “Hasta 15 años de convivencia, si la víctima tenía desde 67 hasta 80 años, y 1000 euros más adicionales por cada año de convivencia.”

**CUARTO.-** En relación con los intereses legales del art. 20 de la LCS interesados por la demandante la STS de 29 de junio de 2009, señala al respecto que "Está asumido doctrinalmente, y así lo ha dicho en multitud de ocasiones esta Sala (entre las más recientes, Sentencias de 16 de octubre de 2008 y de 6 de septiembre de 2009) que el artículo 20 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro es un precepto que establece para las aseguradoras, en el ámbito de los intereses de demora ("interés especial de demora" según STC 5/93 de 14 de enero), y para el caso de que la aseguradora se retrase en el pago excediendo así del plazo legal, la imposición por el órgano judicial, de oficio, de unos intereses claramente sancionatorios y por tanto disuasorios respecto de una conducta que dificulta o aventura el pago de una indemnización" y a continuación concreta "en cuanto a la apreciación de la existencia o no de causa justificada, ... consolidada jurisprudencia viene afirmando (SSTS de 1 de julio de 2008, 16 de octubre de 2008, 16 de octubre de 2008 y 6 de septiembre de 2009, entre otras muchas) que la valoración de la existencia de tal excepción cabe hacerla en casación, como concepto jurídico indeterminado que es, siempre y cuando no se altere la base fáctica sobre la que se configura el juicio jurídico, deduciéndose del art. 20 LCS, en primer lugar, que la apreciación de la conducta de la aseguradora para determinar si concurre causa justificada debe efectuarse teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso y la finalidad del precepto, que no es otra que impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados; y, en segundo lugar, que la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, no es causa per se justificadora del retraso, ni presume la razonabilidad de la oposición, no siendo el proceso un óbice para imponer a la aseguradora los intereses siempre que no se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional (Sentencias de 12 de marzo de 2001 y 7 de octubre de 2003, además de las ya anteriormente citadas), pues, de no entenderlo así, se llegaría al absurdo de que la mera oposición procesal de la aseguradora demandada, generadora por sí de la controversia, eximiría de pagar intereses, siendo por tanto lo decisivo «la actitud de la aseguradora ante una obligación resarcitoria no nacida en

la sentencia ni necesitada de una especial intimación del acreedor» (Sentencia de 12 de febrero de 2009 )... para la jurisprudencia reciente la mera iliquidez de la deuda, esto es, la falta de determinación de la cuantía de la indemnización, no constituye razón de entidad suficiente como para justificar por sí misma el retraso de la aseguradora en el cumplimiento de su obligación de pago, dado que, y relacionado con el brocardo in iliquidis non fit mora y con su reciente interpretación jurisprudencial, la doctrina ha ido evolucionando hacia un mayor rigor para con las aseguradoras, de modo que el asegurador está obligado a pagar o consignar la indemnización sin que pueda excusarse por la referida iliquidez de la deuda en la medida en que el derecho a la indemnización nace con el siniestro, y la sentencia que finalmente fija el "quantum" tiene naturaleza declarativa, no constitutiva (es decir, no crea un derecho "ex novo" sino que se limita a determinar la cuantía de la indemnización por el derecho que asiste al asegurado desde que se produce el siniestro cuyo riesgo es objeto de cobertura), razones por las cuales ni siquiera la concesión de una suma inferior a la reclamada es obstáculo para imponer a la aseguradora el recargo por mora, en cuanto dicha cantidad inferior se debía ya desde el inicio de las actuaciones judiciales, limitándose la sentencia a declarar un derecho a percibir una cantidad, que es anterior a la resolución judicial, que ya le pertenecía al asegurado o perjudicado, y que debía haberle sido atribuido al acreedor, que, para una completa satisfacción, ostenta el derecho a que se le abonen los intereses de la cantidad principal, aún cuando ésta fuese menor de la inicialmente reclamada".

En el caso, no se ha puesto duda que la entidad aseguradora demandada no hubiese cumplido la prestación a su cargo en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro, ni tan siquiera que hubiera consignado o abonado la cantidad que consideraba debida, por lo que la petición de condena al pago de dicho intereses resulta plenamente acomodada a las reglas del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

**QUINTO.-** Por último, en relación con las costas procesales, el carácter discrecional y siempre contingente del proceso interno de valoración del daño por lesiones o fallecimiento que no derivan de un accidente de circulación, podría llegar a justificar en casos de estimación parcial de la demanda, la imposición de las costas a la parte contraria, cuando se concede una cantidad próxima a la solicitada, merced, como decimos, al relativismo que siempre opera en este campo, pero no en supuestos como el presente, en que la suma postulada resulta exorbitante en relación con las estimaciones medias barajadas por Juzgados

y Tribunales en hipótesis similares, razón por la cual no procede efectuar expreso pronunciamiento en esta materia ni en primera ni en segunda instancia.

Vistos los artículos citados, y demás de legal y pertinente aplicación.

### **III.- FALLAMOS**

Con estimación parcial del recurso de apelación formulado por Dña. [REDACTED], contra la sentencia de veinticinco de febrero de dos mil quince, dictada por el Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Madrid, debemos revocarla y en su lugar debemos condenar y condenamos a la entidad aseguradora WR BERKLEY INSURANCE EUROPE LIMITED SUCURSAL a abonar a Dña. [REDACTED], la suma de CIEN MIL EUROS (100.000 euros) con más los intereses del art. 20 de la LCS desde la fecha de fallecimiento de su esposo, sin declaración en materia de costas ni en primera ni en segunda instancia.

La estimación del recurso determina **la devolución del depósito constituido**, 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 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2578-0000-00-0394-15, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso

formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe