

## JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 03 DE MAJADAHONDA

Avda. de los Claveles, 12 , Planta 1 - 28220

Tfno: 914229422

Fax: 916340058

42020310

NIG: 28.080.00.2-2018/0006148

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 575/2018**

Materia: Obligaciones

GRUPO 1C

**Demandante:** D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. MARIA ISABEL AFONSO RODRIGUEZ

**Demandado:** MAPFRE ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

### SENTENCIA N° 55/ 2020

En Majadahonda, a trece de abril de dos mil veinte.

Vistos en juicio oral por mí, Silvia García-Cuerva García, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de Majadahonda, los presentes autos de Juicio Ordinario, registrados con el núm. 575/2018, y que han sido promovidos por [REDACTED] representados por el procurador Isabel Afonso Rodríguez y asistidos por el abogado contra **MAPFRE ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.** representada por la procuradora [REDACTED] y defendidos por el abogado [REDACTED], he pronunciado, en nombre de S.M. el Rey, la siguiente sentencia

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha de 23 de octubre de 2018 se recibía en este Juzgado presentada por la parte actora antes reseñada contra la parte demandada **MAPFRE ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.** en la que, tras exponer los hechos y fundamentos que consideraba pertinentes, interesaba se dicte Sentencia con el *petitum* que es de ver en el procedimiento.

**SEGUNDO.-** Acordada la admisión a trámite de la demanda y dar traslado por término de veinte días a la parte demandada, contestando la demanda en fecha 5 de diciembre de 2018.

**TERCERO.-** Por diligencia de ordenación de 17 de diciembre de 2018 se acordaba seguir adelante el procedimiento. Se señaló Audiencia Previa para el día 13 de marzo de 2019, a las 12.15 horas.

**CUARTO.-** A la indicada audiencia comparecían las partes, que proponen como medios probatorios que es de ver en el acta soporte de reproducción videográfica. En el acto del juicio señalado para el día 15 de octubre de 2019, a las 12.00 horas, practicada la prueba y tras fase conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente proceso la parte actora ejercita acción de responsabilidad con fundamento en mala praxis médica en relación con el fallecimiento [REDACTED] [REDACTED] acontecido el 8 de marzo de 2016 por una meningitis neumocócica, siendo que según la parte se habría evitado de habersele suministrado por su médico de familia la vacuna antineumocócica y de haber recibido tratamiento antibiótico empírico a su ingreso en el centro hospitalario. Tras relacionar la parte demandante la prueba documental aportada, así como la identificación de las partes con justificación de la legitimación activa y pasiva, incide en la existencia de la esta última y que el Servicio Murciano de Salud quedó sin seguro, no siendo oponible la cláusula *claim made*.

En cuanto al proceso médico objeto de debate, se parte de señalar que la [REDACTED] [REDACTED] comenzó a ser tratada en el año 2010 por el servicio de hematología del Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia (en adelante HUVA) ante una gammapatía monoclonal de significado incierto Bence-Jones kappa positivo de riesgo intermedio que en noviembre de 2015 progresó a mieloma múltiple para el que recibió tratamiento de inducción de primera línea con el esquema PAD, obteniendo remisión parcial tras el segundo ciclo e iniciando el 15 de febrero de 2016 el cuarto ciclo de tratamiento.

El día 21 de febrero de 2016 la paciente comenzó a padecer un cuadro de cefalea intensa y dolor de oído. Se llamó por teléfono al servicio de emergencias (061) y vía telefónica se le pautó por el facultativo tratamiento con gotas para el oído.

El 22 de febrero de 2016, por la mañana, la madre de los reclamantes está semiinconsciente, desorientada, aturdida, con cefalea intensa y otalgia y no puede levantarse de la cama. Nuevamente lo familiares llaman al servicio de emergencias (061) y al llegar éstos a su domicilio recogen en el parte de asistencia que la paciente refiere todo el fin de semana con malestar general y tras (último ciclo QT jueves) se queja mucho de otalgia y cefalea. Se le mide frecuencia cardiaca (118 l.p.m). En otros datos de la exploración exponen: La paciente está desorientada y obedece órdenes pero enlentecida. Como JC concluyen: Desorientación, posible ototoxicidad QT, cefalea (vid documento 5 y 6).

La paciente fue ingresada a cargo del servicio de urgencias y se le realizó TC cerebral por deterioro cognitivo, analíticas y se registró una frecuencia cardiaca de 100 l.p.m. La orientación diagnóstica fue de probable infección de vías respiratorias (doc. 7).

Las analíticas reflejaron leucocitosis (17330) y cifra elevada de neutrófilos inmaduros en sangre (doc. 9)

Después del TAC y del resultado de las analíticas el juicio diagnóstico fue de osteomastoiditis (complicación de otitis media).

No se pautó tratamiento antibiótico empírico de ningún tipo.

La paciente pasó a cargo de hematología con la prescripción de que ORL haría todas las pruebas pertinentes.

A las 23:13: se avisa a otorrino de guardia porque la cefalea se ha exacerbado. Pauta seguir con tratamiento y refleja no signos de mastoiditis (doc. 10.1).

El día 23/02/2016 a las 11:19 horas de la mañana se valora a la paciente por hematología, que dice en la nota de evolución: **DOLOR DESDE ÁPOFISIS MASTOIDES QUE**

*IRRADIA A REGIÓN CERVICAL DERECHA. Se vuelve a establecer como JC: otalgia- y sordera brusca: mastoiditis???? ( Vid. doc. 10.2).*

*A las 13:50 horas consta respuesta de interconsulta con otorrinolaringología donde se expone que la otoscopia ha sido normal, hipoacusia mixta y se constata leve nistagmo rotatorio espontaneo izquierdo (vid. doc. 10.2).*

*A las 11:02 horas de la mañana del día 24/02/2016 consta nota de evolución efectuado por hematología donde se apunta como JC: otalgia y cefalea con sordera brusca bilateral a estudio. También se recoge: afebril, con tendencia a la hipotensión. Hoy presenta aumento de cefalea holocraneal pulsátil. No signos meníngeos. Hiporesia con sensación nauseosa. Leve nistagmo rotatorio espontaneo a izquierda. menos sensación vertiginosa y menos hipoacusia....No dolor a la presión en mastoides. Y se acuerda interconsuta con neurología (doc.10.3).*

*A las 12:04 (día 24) consta nueva nota de evolución de ORL en la que se describe: Presenta REG, tiene cefalea holocraneal según cuenta “eléctrico”, y menos otalgia con persistencia de hipoacusia y acúfenos. Se decide prescribir RMN cerebral y peñascos y tratamiento con antibiótico (doc. 10.4).*

*No es hasta dos días después de su ingreso cuándo se prescribe por primera vez antibiótico.*

*El 24 de febrero, a las 12:43 se incluye nota de valoración por neurología, que tras exploración (...estrabismo divergente con leve extropia de OD e imposibilidad para la convergencia ocular. No limitación de moe's, nistagmo h-r en la mirada extrema a la izquierda, hipoacusia OD, V m y s normal.... RM exaltados en las cuatro extremidades con RCPM mandibular exaltado....) señala: “por los hallazgos en la exploración hay que descartar afectación del SNC” (sistema nervioso central). La neuróloga decide prescribir una RM cerebral (vid. doc. 10.4).*

*A las 13:59 del mismo día 24, se refiere en nota de evolución emitida por ORL: ante hallazgo de ocupación de oído medio derecho, se realiza miringotomía derecha con extracción de moco, que no es purulento. Se manda a microbiología (vid. doc. 10.4).*

*Sin embargo, no es hasta las 17:00 horas y ante el requerimiento de los familiares que son conscientes del progresivo empeoramiento y probable error de diagnóstico, que el hematólogo se dirige a explorar a la paciente y expone: ...encontrando a la paciente confusa, con cefalea intensa holocraneal pulsátil y nuchalgia. También presenta náuseas y vómitos. En la exploración destaca la confusión, cierta afasia nominativa, inestabilidad en la sedestación, rigidez de nuca y signos meníngeos positivos. Leve nistagmo rotatorio espontaneo a izquierda. menos sensación.*

*Aunque está pendiente de RMN cerebral decido realizar punción lumbar ante la clínica de la paciente ante alta sospecha de Meningitis (doc. 10.7).*

*Se le realizó una punción lumbar ante la “alta sospecha de meningitis” (vid. doc. 10.5 y 10.6), siendo el juicio clínico “meningitis infecciosa muy probablemente bacteriana”. Igualmente fue valorada por el neurólogo de guardia que diagnosticó meningoencefalitis.*

*Más tarde, la paciente presentó un grave deterioro y entró en coma, por lo que fue ingresada en UCI (10.7).*

*El 25 de febrero de 2016 se realizó un cultivo bacteriológico que fue positivo para Haemophilus influenzae y Streptococcus pneumoniae.*

*Ante los hallazgos del cultivo bacteriológico y el deterioro que presentaba, se le realizó una nueva TC cerebral (doc. 15) que informó de “lesiones hipodensas en tálamo derecho y lámina cuadrigémina derecha y, de menor tamaño, cápsulo-lenticulares, que podrían corresponderse, dada la patología de base del paciente, con abscesos cerebrales como primera opción diagnóstica”.*

*El 29 de febrero de 2016 se le realizó una RM cerebral y de base de cráneo (doc. 16) que confirmó hallazgos sugerentes de meningoencefalitis.*

*El día 4 de marzo de 2016 recibió el alta de la UCI para ser trasladada a planta con limitación del tratamiento de soporte vital. En informe del neurólogo de guardia de 6 de marzo de 2016 (doc. 17) se señala que la paciente, lejos de mejorar, continuaba en “coma estructural por lesión diencefálica derecha en relación con meningoencefalitis bacteriana (Neumococo)”.*

*Finalmente la paciente falleció el día 8 de marzo de 2016, señalándose en el informe de alta por exitus (doc. 12) como causa principal meningoencefalitis infecciosa por neumococo secundaria a otitis media.*

La parte demandante pivota la mala praxis en dos hechos, partiendo del informe pericial del Dr. [REDACTED], del que transcribe los puntos 6 y 7 y ello relacionada con la falta de vacuna y tratamiento antibiótico empírico a su ingreso hospitalario:

## **6.- CONSIDERACIONES MÉDICO-LEGALES**

1. *Que es cierto que [REDACTED] era una paciente inmunodeprimida debido tanto al mieloma estadio IIIB que presentaba como al tratamiento quimioterápico que recibía para el mismo.*

2. *Que en la situación de inmunodepresión que presentaba el riesgo de infecciones graves por neumococo era muy elevado y así sucedió ya que falleció por una meningitis neumocócica.*

3. *Que, en los pacientes con mieloma, para reducir el riesgo de infección por neumococo, es obligado prescribir la vacuna antineumocócica preferentemente mediante una dosis de vacuna conjugada de 13 serotipos y a las ocho semanas una dosis de vacuna de 23 serotipos polisacárida. Que también se recomienda esta vacunación para los casos de gammapatía monoclonal de significado incierto con riesgo de transformación a mieloma. Que en el historial aportado no consta recibiese la vacunación antineumocócica que de haberse administrado hubiera evitado la meningitis neumocócica y el posterior fallecimiento de la paciente.*

4. *Que además ingreso por cefalea y una otalgia con otitis media presentando en la analítica una intensa leucocitosis con presencia elevada de neutrófilos inmaduros en sangre periférica que es propio de los procesos infecciosos.*

*Que al cumplir al menos dos criterios del síndrome de respuesta inflamatoria sistémica (frecuencia cardíaca superior a 90 l.p.m y más de 12.000 leucocitos) se debió sospechar su presencia y en un inmunodeprimido, como lo era la paciente, que presentaba una sepsis.*

*Que por ello se debió buscar un posible foco infeccioso e iniciar el tratamiento empírico con antibióticos el día 22 de febrero y no consta se prescribiese hasta el 24 de Febrero.*

*5. Que en el tratamiento de la sepsis el pronóstico depende de la precocidad de instauración del tratamiento antibiótico. Que si el tratamiento antibiótico se hubiera prescrito sin la demora de dos días se hubiera evitado el fallecimiento de la paciente.*

## **7.- CONCLUSIONES**

***Que durante el proceso asistencial realizado a D<sup>a</sup> [REDACTED] SE VULNERÓ LA BUENA PRAXIS MÉDICA YA QUE:***

***1. CON ANTECEDENTE DE UN MIELOMA MÚLTIPLE ESTADIO IIIB, FALLECIÓ A CAUSA DE UNA MENINGOENCEFALITIS NEUMOCÓCICA Y QUE ESTANDO INDICADA LA VACUNA ANTINEUMOCOCICA QUE HUBIERA EVITADO LA MENINGITIS NEUMOCÓCICA Y SU FALLECIMIENTO NO CONSTA SE PRESCRIBIESE.***

***2. QUE ESTABA INDICADO A SU INGRESO EN EL HOSPITAL, Y NO CONSTA SU PRESCRIPCIÓN, EL TRATAMIENTO ANTIBIÓTICO EMPÍRICO QUE HUBIERA EVITADO SU FALLECIMIENTO.***

En relación a la prescripción de la vacuna la parte, amén de su informe pericial, se apoya en el informe del Dr [REDACTED] y respecto a la prescripción de tratamiento antibiótico empírico en el Protocolo de Sepsis del Hospital Universitario de Albacete y los parámetros para la sospecha de infección.

La parte demandante argumenta que existe un claro nexo causal entre la mala praxis (no indicar vacuna y no suministrar antibiótico a su ingreso en el Hospital) con el fallecimiento. La parte descarta que se esté en un supuesto de la denominada pérdida de oportunidad terapéutica. El perito informante sin ninguna fisura manifiesta que de no haber habido infracción de protocolos no se hubiera producido el óbito. Remarca que no dice, se “podría”, sino que recoge con contundencia “HUBIERA EVITADO” (vid. CONCLUSIONES en informe pericial).

Por ello, las demandantes entienden que habrá de indemnizar por todo el daño. En cuanto a su valoración, con carácter previo, se precisa que el padre de las demandantes falleció con anterioridad y que la finada apoyaba económicamente a sus hijas, que estaban en situación precaria, presentando una de ellas una discapacidad del 35%. Se cuantifica el daño en 35.000 € para tres de las hijas y la última referida en 45.000 €.

Por su parte, la aseguradora demandada contesta a la demanda, oponiéndose, partiendo de la alegación de la falta de legitimación pasiva *ad causam* por ausencia de cobertura de los hechos de conformidad con el contenido de la póliza.

La aseguradora indica que las demandantes hermanas [REDACTED], ejercitando la acción directa del art. 76 LCS, interponen demanda judicial frente a Mapfre España, en su condición de aseguradora de la póliza del seguro de responsabilidad civil número 0971470047348 suscrita por el Servicio Murciano de Salud el 1 de junio de 2014, por la que solicita que se declare que Mapfre España es la aseguradora del Servicio Murciano de Salud, y solicita que se la condene a indemnizar, conforme al artículo 219.3 de la LEC, los daños causados como consecuencia del fallecimiento de su madre D<sup>a</sup>. [REDACTED], petición indemnizatoria a la que añade también los intereses del art. 20 LCS.

Se alega que al tratarse de unos hechos que no se encuentran cubiertos y amparados en la póliza de seguro en virtud de la cual acciona frente a Mapfre España, en la medida que se trata de un siniestro que se encuentra fuera del ámbito temporal de cobertura de dicho contrato de seguro, como seguidamente procedemos a explicar: La póliza del seguro de responsabilidad civil número 0971470047348 suscrita entre mi mandante y el Servicio Murciano de Salud en fecha 1 de junio de 2014, cuyo plazo de vigencia finalizó el pasado 1 de junio de 2016, tenía por objeto garantizar al asegurado, mediante el abono de la prima estipulada, el pago de las indemnizaciones por las que pudiera resultar civilmente responsable conforme a derecho, por daños corporales o materiales y perjuicios ocasionados a terceros, en el desempeño de su actividad. Además, conforme al artículo 107.2 de la Ley 50/1980 LCS, consta expresamente suscrito por las partes que el Servicio Murciano de Salud, tenía la condición de gran riesgo, por lo que dicho contrato de seguro se regularía en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes (ex art. 1255 C.C.), en todos aquellos aspectos que las partes hubiesen acordado expresamente y entre las que expresamente se incluía el ámbito temporal de la cobertura (así puede leerse en la página 2 de las Condiciones Particulares Adicionales de la Póliza que ha aportado el demandante con el documento nº 21 de la demanda).

En cuanto al ámbito temporal de cobertura del condicionado de la póliza de responsabilidad civil general número [REDACTED], se establece que solamente se amparan siniestros cuya reclamación se formule dentro del ámbito temporal de la póliza; puntualizando la demandada que dicho contenido de la póliza no hizo sino reflejar el Pliego de Prescripciones Técnicas para la contratación de un seguro de responsabilidad civil emitidas por la Consejería de Sanidad y Consumo de la Región de Murcia de fecha 11 de marzo de 2014, y que finalmente se contrató con Mapfre. Se acompaña como documento nº 2, el Pliego de Prescripciones Técnicas suscritas por la Jefa del Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud, Dña. [REDACTED], y cuyos archivos se dejan señalados a los efectos probatorios oportunos. Y como documento nº 3, las Condiciones Particulares, correspondientes al seguro de responsabilidad civil general con número de póliza [REDACTED] suscrito con Mapfre en fecha 1 de junio de 2014, que reproduce fielmente el citado pliego de prescripciones técnicas, y además, coinciden con el documento nº 8 de la demanda. Así la demandada indica que en el caso de autos, las demandantes reclaman que sea declarada la responsabilidad del Servicio Murciano de Salud por los daños ocasionados a las demandantes por la muerte de D<sup>a</sup>. [REDACTED] como consecuencia de su atención médica dispensada en el Hospital de la Arrixaca entre los días 21 de febrero de 2016 a 8 de marzo del mismo año, sin embargo, y en relación a la cobertura del siniestro, la primera reclamación que la parte actora ha realizado a mi representada es la presente demanda, notificada el 6 de noviembre de 2018, y en todo caso, en caso de considerarse válida la realizada en la reclamación administrativa presentada el pasado 1 de marzo de 2017 (documento nº 4 de la demanda vid folio 25 del expediente administrativo), de la que mi mandante no ha tenido conocimiento. Así concluye que, de conformidad con el contenido de la póliza frente a la cual ejercita su acción directa, dicha reclamación se encuentra fuera del ámbito temporal de la póliza de seguro. No sólo por el conocimiento de la demanda en fecha 6 de noviembre de 2018, sino también en el caso de que se nos hubiera dado traslado en fecha 1 de marzo de 2017 de la reclamación administrativa realizada y registrada en esa fecha.

Ahondando en esta cuestión, la aseguradora, rebatiendo el argumento ofrecido de contrario, señala que se niega por la contraparte la virtualidad a la cláusula relativa al ámbito temporal contenido en la póliza, y cita el recurrente en la fundamentación jurídica de la demanda argumentos para considerar que se trata de una cláusula limitativa de derechos que no le es oponible en su condición de perjudicado que está ejercitando la acción directa del art. 76 LCS.

Pues bien, en primer lugar y abordando la cuestión relativa a la acción directa del tercero perjudicado establecida en el art. 76 LCS, que regula el derecho que el tercero tiene frente al asegurador de la responsabilidad civil del causante del daño para reclamarle el pago de

las indemnizaciones, el presupuesto necesario para que prospere dicha acción directa lo constituye la previa y necesaria declaración de responsabilidad del asegurado, conforme a derecho, (cuestión que se abordará de fondo en la presente contestación a la demanda y que ya adelantamos no se acredita por los demandantes) y, además, dicha responsabilidad reclamada tiene que referirse a un hecho previsto en el contrato de seguro de responsabilidad civil existente entre el presunto causante y su aseguradora. Existencia de responsabilidad, de contrato y de cobertura expresa del hecho, son los presupuestos fundamentales para que el tercero reclamante pueda ejercer la acción directa que el art. 76 LCS le otorga como derecho.

Junto a dicho primer requisito, además, resulta que en el contenido obligacional del contrato, existen una serie de cláusulas que delimitan el objeto del contrato de seguro y “constituyen el objeto o núcleo del seguro” (STS de 5 de marzo de 2003), entre las cuales, se encuentran las cláusulas relativas al ámbito temporal de la póliza, en virtud de la cual se delimita temporalmente qué siniestros son cubiertos y amparados por dicha póliza (STS 16 de octubre de 2000 [RJ 2000, 9195]) “se realiza en las pólizas de forma positiva, determinando las causas de los daños cubiertos, y de forma negativa, excluyendo determinadas causas de los daños” (STS de 7 de Julio de 2003 [RJ 2003, 4333]).

No se tratan de cláusulas delimitadoras de los derechos del asegurado o de terceros, ni por supuesto meras excepciones personales que se oponen frente al tercero que reclama de las que tuviera el asegurador frente al asegurado y que el art. 76 LCS prohíbe, sino lo que la doctrina y jurisprudencia ha denominado “excepciones impropias u objetivas” por tratarse más bien de hechos impeditivos del nacimiento del derecho del tercero, y que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha refrendado su oponibilidad frente al tercero que ejercita la acción directa del art. 76 LCS.

La demandada indica que no es cierto como de contrario se mantiene, que no sea posible oponerse a la acción entablada por la demandante, si se trata de una cuestión que afecta al núcleo y objeto del contrato de seguro, como es su ámbito temporal de cobertura, cuestión que las propia partes contratantes expresamente pactaron y así dejaron reflejado nada menos que en el preámbulo del contrato y en su declaración de gran riesgo. No se trata de una cláusula *claim made*, como interesadamente manifiesta la actora. Al tratarse de un seguro de gran riesgo, donde prevalece el contenido del contrato configurado por las partes al principio de autonomía de voluntad utilizado con base en el art. 107.2 LCS, no es de aplicación en este caso lo establecido respecto de su contenido lo preceptuado en la ley de contrato de seguro, por lo que la cláusula de ámbito temporal suscrita entre Mapfre y el Servicio Murciano de Salud es válida y oponible (como se ha expuesto frente al perjudicado), en cuanto esa cláusula es fiel reflejo de lo legítimamente establecido por las partes, frente a lo que mantiene la demandante-recurrente, más teniendo en cuenta la extemporaneidad de la primera reclamación efectuada, si se toma en consideración la misma en relación a mi mandante (el 1 de marzo de 2017). Se aporta en tal sentido la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 67 de Madrid, de 10 de abril de 2018, respecto de la que en la Audiencia Previa, se aporta la SAP de Madrid desestimando el recurso de apelación interpuesto por la demandante. Concluye la parte que la cobertura de la póliza solamente ampara siniestros que hubieran sido reclamados durante el periodo de vigencia de la póliza desde el 1 de junio de 2014 al 1 de junio de 2016, por lo que en nuestro caso, siendo la primera reclamación efectuada el 1 de marzo de 2017 (documento nº 4 de la demanda), no existe obligación por la que Mapfre pueda ser llamada al procedimiento en virtud de un seguro que no ampara la reclamación de la parte actora.

En cuanto al fondo del asunto, se parte de la negación de los hechos contenidos en la demanda en cuanto omitan, difirieran o se opongan a los que la parte recoge. Dejando al margen la alegación relativa a la naturaleza de la acción ejercitada que la parte considera que lo hace buscando la dificultad e indefensión procesal de mi representada por desconocer, al carecer de fuentes directas propias al no haber realizado por sí, o por personal de ella dependiente, las

actuaciones médicas a las que se refieren los demandantes, indica que la demanda se basa en un interesado planteamiento cercano a considerar que la medicina “lo puede todo”, y a la no aceptación del fracaso, cuando lo cierto es que la medicina es una ciencia inexacta, en la que concurren múltiples factores, endógenos y exógenos, que impiden que el médico pueda garantizar un resultado, debido a su gran componente aleatorio.

Así se aduce que la Sra. [REDACTED] -lamentablemente fallecida y que venía padeciendo un mieloma múltiple del que venía siendo tratada – ingresó aquejada de intensa cefalea y dolor de oído, que derivó posteriormente en mastoiditis y posteriormente en meningoencefalitis, indicándose en cada momento el tratamiento más adecuado a sus circunstancias y la evolución de la paciente. Las demandantes, ahora desde su subjetiva e interesada consideración, estiman que ha existido una infracción de la *lex artis* por cuanto, a su juicio, no fue diagnosticada desde su ingreso en el Hospital la meningitis infecciosa, no prescribiéndose el tratamiento adecuado. Es decir, estiman [REDACTED] padecía desde el principio una meningoencefalitis, de la cual no fue tratada inicialmente, y cuando se detectó no recibiendo el tratamiento adecuado causándose la muerte como consecuencia de ello. Se discrepa de tales aseveraciones que no se corresponden con la realidad, considerando que los diagnósticos realizados fueron correctos en cada momento, al igual que su tratamiento, sin que pueda imputarse la causa de la muerte a una negligencia médica, sino a las consecuencias fatales que una infección tiene en un alto porcentaje de casos para pacientes que padecen una inmunodeficiencia generada por el padecimiento de una enfermedad grave como lo es el mieloma múltiple. Por lo que ningún reproche puede realizarse a la asistencia médica prestada, la cual fue, como se comprueba con la lectura de la historia clínica que ha aportado la actora, continúa, diligente y exhaustiva de acuerdo a las patologías que presentaba la Sra. [REDACTED] en cada momento. Por ello se evidencia que no existe en los hechos objeto del presente pleito, ninguna actuación contraria a la *lex artis*, por lo que la demanda no puede ser estimada.

En cuanto a la descripción de los hechos acontecidos entre los días 21 de febrero y 8 de marzo de 2016 la demandada indica que la demandante parte de un relativo sesgado y subjetivo, no ciñéndose siempre a la realidad, destacando por otro lado que la [REDACTED] fue atendida por profesionales de diversas especialidades con el fin de contrastar análisis médicos y ofrecer el servicio médico adecuado. Del mismo modo, se realizaron todas las pruebas necesarias con el fin de aproximar lo máximo posible el diagnóstico, así como la respuesta que debía de darse al mismo.

En cuanto al tratamiento antibiótico, se afirma que *per se*, no contribuye a mejorar de manera indefectible determinadas dolencias. Que se trate de poner el acento por la parte actora en determinadas cuestiones como esa, resulta totalmente improcedente y alejado de las circunstancias del caso pues, como se refiere a lo largo de todos los partes médicos, hasta ese momento que la paciente está afebril, extremo reconocido por la actora en su escrito de demanda. Desde su ingreso, al estar aquejada de mieloma múltiple, permanece bajo la supervisión principal de hematología, pero al darse una dolencia que escapa de esta especialidad en todo momento se somete a exámenes complementarios por las unidades de neurología, otorrinolaringología etc. Otra prueba más que evidente de la diligencia profesional que presidió en todo momento la actuación de los facultativos del Hospital. Que ulteriormente, el 24 de febrero el examen de hematología se complementa con neurología, que se complementa el tratamiento de la paciente, con la prescripción de un antibiótico. Pero se trata de un análisis complementario del realizado con anterioridad, por eso se somete a la inspección de diferentes especialistas en pro de la paciente e intentando su curación, sin que se pueda imputar por ello mala praxis. Que a las 17 horas, la doctora pasa a ver la evolución de la paciente, se detectó en su estado signos, no aparecidos con anterioridad, que pueden indicar la existencia de meningitis. Por ese motivo, se procede de inmediato a realizar una punción lumbar para constatar este indicio. Por lo tanto, dicho examen médico se realizó dentro del control y seguimiento que se



estaba realizando de manera exhaustiva, minuciosa y detallada a la paciente, como refleja la historia clínica y constatan sus actuaciones, y no como relata de forma subjetiva e interesada la parte demandante. El resto de la historia clínica refleja en todo caso, como los cuidados, atenciones y análisis dispensados a la paciente, siguieron en la misma línea que en los días anteriores, tratando en todo momento de alcanzar una mejoría de la paciente que por desgracia no se produjo. No hay que obviar en ningún momento cuales son las circunstancias de la paciente, los antecedentes que presentaba y el estado en el que por desgracia se encontraba que condujeron y agravaron de forma definitiva el final desenlace.

En cuanto al informe pericial de la parte demandante se asevera que resulta atrevido por parte del Dr. [REDACTED] se mantenga en todo momento que desde su ingreso la paciente presentaba meningitis, determinando que un tratamiento antibiótico hubiera impedido su fallecimiento. No se puede mantener esta afirmación en una ciencia como la médica que no es exacta y que depende de tantos factores, siendo fundamental el estado en el que se encontraba la paciente y que como se reconoce que el riesgo de infección es muy elevado. Se impugna el valor probatorio del informe pericial aportado por la actora por su falta de rigor, al realizarse desde el conocimiento de lo ocurrido posteriormente.

La parte demandada muestra su total desacuerdo con la necesidad de vacunar a la Sra. [REDACTED], dado que es una vacuna indicada en menores y en todo caso no presenta una efectividad comprobada, menos aún en cuadros clínicos como el que presentaba la madre de las demandantes.

La parte afirma que conforme el informe del [REDACTED] “el cuadro clínico inicial era compatible con una meningitis, cuyos puntos críticos son la fiebre, náuseas, vómitos con escopetazo, cefalea, diferentes grados de alteración de la conciencia y rigidez de nuca en la exploración física.” Se ratifica a continuación en la aseveración realizada al mantener que “prueba de ello es que no hay constancia de la posibilidad de meningitis en la historia clínica, pese a que la enferma fue vista por varios profesionales en el Servicio de urgencias donde tienen amplia experiencia en el diagnóstico de meningitis y se realizan punciones lumbares inmediatas si hay sospechas y está indicado.” Por lo tanto, para la parte queda probado que los síntomas de ingreso no hacían prever la existencia de infección por meningitis y que de hecho, de haber sido así, se hubiera realizado una punción lumbar para despejar cualquier duda. Este extremo se refrenda con lo que se atestigua en la historia clínica, ya que en el momento en el que se producen los primeros síntomas de esta infección el día 24 de febrero de 2016 a las 17.00 h se procede a realizar de forma inmediata y sin dilación una punción lumbar, que corrobora, ante la sintomatología descrita en ese momento, la existencia de infección por meningitis. La conclusión es clara y determina que la otomastoíditis diagnosticada inicialmente progresó después a las meninges y al encéfalo, determinando una meningoencefalitis. Por lo tanto, primero se produjo la otomastoíditis que derivó por desgracia en meningoencefalitis.

En cuanto al tratamiento antibiótico, no puede imputarse al tratamiento antibiótico una efectividad del 100%, como si se tratara la medicina de una ciencia exacta.

En cuanto al protocolo de sepsis aportado por la demandante, se argumenta que está elaborado en teoría por el Hospital Universitario de Albacete, sin que conste en ningún caso ni la firma de los facultativos que lo realizan, ni tampoco la fecha del documento. No obstante, conviene apuntar que de acuerdo a los síntomas y análisis realizados se realizaron los juicios clínicos adecuados, así como las prescripciones precisas, sin que en ningún caso se diese nunca la existencia de signos determinantes para la existencia de meningitis como puede ser fiebre, náuseas, vómitos con escopetazo, cefalea, diferentes grados de alteración de la conciencia y rigidez de nuca en la exploración física como ha referido el [REDACTED] y que aparecen como tal sintomatología en los tratados médicos, no pudiéndose mantener la existencia de la vulneración del protocolo de la sepsis.

Por último, en cuanto a la valoración del daño, se destaca que solicita más cuantía que la reflejada en el baremo de tráfico.

**SEGUNDO.-** En cuanto a la excepción relativa a la falta de legitimación pasiva *ad causam*.

Resulta preciso con carácter previo al análisis de esta cuestión, comenzando para ello con el propio examen del contrato de seguro, sobre cuya base se asienta la reclamación de las demandantes.

En cuanto al contrato de grandes riesgos.

En cuanto a la definición de los seguros de Grandes Riesgos (*large risk*), la definición de los mismos arranca del artículo 5, parágrafo d) de la Primera Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio, teniendo presente que dicho párrafo d) fue introducido por el artículo 5 Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE y después modificado por el artículo 2 de la Directiva 90/618/CEE del Consejo de 8 de noviembre de 1990. Si bien las Directivas integradas en integradas en Solvencia I fueron llamadas a la derogación por la Directiva Solvencia II (Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio).

Esta última directiva, en su versión refundida, en la que en su Anexo VIII constaba la tabla de correspondencias de las directivas que regularon su materia anteriormente (Directivas, 73/239/CEE, 78/473/CEE, 87/344/CEE, 88/357/CEE, 92/49/CEE, 98/78/CEE, 2001/17/CE, 2002/83/CE, 2005/68/CE y 2007/44/CE), en su artículo 13, punto 27) establecía el concepto de Grandes Riesgos, del siguiente tenor:

27) «grandes riesgos»:

a) los riesgos clasificados en los ramos 4, 5, 6, 7, 11 y 12 de la parte A del anexo I;

b) los riesgos clasificados en los ramos 14 y 15 de la parte A del anexo I, cuando el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad;

c) los riesgos clasificados en los ramos 3, 8, 9, 10, 13 y 16 de la parte A del anexo I, siempre que el tomador supere los límites de al menos dos de los criterios siguientes:

i) un balance total de 6 200 000 EUR en activos;

ii) un volumen de negocios neto, en el sentido de la Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad de 12 800 000 EUR;

iii) un número medio de 250 empleados durante el ejercicio.

Si el tomador del seguro forma parte de un grupo de empresas para el que se elaboran cuentas consolidadas con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 83/349/CEE, los criterios establecidos en el párrafo primero, letra c), se aplicarán sobre la base de las cuentas consolidadas.

Resultado de ello, fue el art. 107.2 LCS:

*Se consideran grandes riesgos los siguientes:*

*a) Los de vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados), la responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista) y la responsabilidad civil de vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista).*

*b) Los de crédito y de caución cuando el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad.*

*c) Los de vehículos terrestres (no ferroviarios), incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, responsabilidad civil en vehículos terrestres automóbiles (comprendida la responsabilidad del transportista), responsabilidad civil en general, y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes:*

*- Total del balance: 6.200.000 ecus.*

*- Importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 ecus.*

*- Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados.*

*Si el tomador del seguro formara parte de un conjunto de empresas cuyo balance consolidado se establezca con arreglo a lo dispuesto en los artículos 42 a 49 del Código de Comercio, los criterios mencionados anteriormente se aplicarán sobre la base del balance consolidado.*

Si bien, a partir del 1 de enero de 2016, la definición de grandes riesgos del número 2 del artículo 107 quedó derogada por la letra a) de la disposición derogatoria de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, en cuyo art 11 se acogió la definición, del siguiente tenor:

*A efectos de lo establecido en esta Ley y en las demás disposiciones reguladoras de la supervisión y contratación de los seguros privados, se entenderá por contratos de seguro de grandes riesgos los siguientes:*

*a) Los de vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados), la responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista) y la responsabilidad civil de vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista).*

*b) Los de crédito y de caución cuando el tomador y el asegurado ejerzan a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad.*

*c) Los de vehículos terrestres (no ferroviarios), incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, responsabilidad civil en vehículos terrestres automóbiles (comprendida la responsabilidad del transportista), responsabilidad civil en general y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes:*

*Activo total del balance: 6.200.000 euros.*

*Importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 euros.*

*Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados.*

*Si el tomador del seguro formara parte de un grupo de sociedades cuyas cuentas consolidadas se establezcan con arreglo a lo dispuesto en los artículos 42 a 49 del Código de Comercio, los criterios mencionados anteriormente se aplicarán sobre la base de las cuentas consolidadas.*

Nuestro legislador no acogió en esta definición una posibilidad que las Directivas ofrecían en relación con los riesgos asegurados por asociaciones profesionales, "joint ventures" y asociaciones de carácter temporal.

Las consecuencias de la consideración de un contrato de seguro como Gran Riesgo son diversas, siendo la principal la de privar del carácter imperativo al régimen regulador del contrato de seguro (LCS) con sus normas tuitivas, rigiendo el principio de autonomía de la voluntad del art. 1255 CC, por lo que el contrato suscrito queda sujeto al contenido establecido en las condiciones generales, particulares y especiales de la póliza del seguro de crédito, lo que se hace constar expresamente en la póliza que rige en el presente supuesto, particularmente la aplicación del ámbito temporal de la póliza y la carencia de entrada en acción del art 73.2 LCS, al margen de la consecuencia jurídica derivada del art 44.2 LCS. Es de sobra conocido que los contratos de Grandes Riesgos y la exclusión de imperatividad se basan en el supuesto fáctico de inexistencia de parte contratante débil pues se presupone una gran capacidad económica del tomador para negociar directamente o por medio de los corredores de seguro, una póliza de seguro en un plano de igualdad; si bien, no se puede obviar, que la libertad de contratación, encuentra los límites del propio art 1255 CC. En tal caso, de ser contrato de Grandes Riesgos, por actuación del ámbito temporal de la póliza, la presente reclamación no podría prosperar por no estar bajo la cobertura del seguro, dado que el siniestro viene marcado no por la data del daño, sino por la de la reclamación, y siendo la primera el 1 de marzo de 2017 y no siendo controvertida la vigencia del seguro desde el 1 de junio de 2014 al 1 de junio de 2016, no habría cobertura.

El contrato se califica de Grandes Riesgos, así consta en el Preámbulo y así se configuraba *prima facie* en el Pliego de Condiciones, como destaca la parte demandada.

Ahora bien, después de repasar el origen normativo del contrato de seguro de Grandes Riesgos, de procedencia europea, se colige que dicha enumeración, antes contenida en el art 107.2 LCS y ahora en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, enumeración que define al seguro de Grandes Riesgos, es una lista cerrada, es un *numerus clausus* y, en consecuencia, no puede ser ampliada por voluntad de las partes, como sucede en este caso, en el que las partes contratantes, aseguradora y Servicio Murciano de Salud, se autocalifican en su contratación como Gran Riesgo, prescindiendo del cumplimiento de los requisitos legales para ello, pues no es un contrato de Gran Riesgo ni por materia ni, por dentro de esta (responsabilidad civil) por el cumplimiento de dos de los tres parámetros económicos del tomador que se exigen que, por la propia naturaleza del SMS (tomador) no puede cumplimentar, no tanto desde la perspectiva del número de empleados sino desde la perspectiva del balance y el importe neto del volumen de negocio, dado que carece de los mismos y, aun cuando lo tuviera, tampoco se acredita.

La naturaleza del contrato de Gran Riesgo viene determinada por definición legal, con independencia de su *nomen iuris*, el contrato es lo que es por naturaleza, no como las partes, interesadamente, lo denominen, interés marcado precisamente por la exclusión de la

imperatividad de la normativa de la LCS y la normativa protectora que en ella se contiene, sobre todo, en cuanto a la delimitación del riesgo y los límites del mismo.

Por esta razón, nada añade al contrato que éste se autoproclame seguro de Gran Riesgo si no se corresponde con los de esa categoría, como es el caso.

En consecuencia, en el presente caso, no estamos ante un Contrato de Gran Riesgo, por ello, procede la aplicación, en todo su rigor, de la LCS.

En cuanto a la cláusula de ámbito temporal y clausula *claim made*.

En relación con las citadas clausulas, de origen anglosajón, fruto de la necesidad de adaptación del mercado de seguros, fruto de las crisis de las aseguradoras en cuanto a los siniestros por daños diferidos e importado a nuestro país, el reconocimiento expreso de las cláusulas *claim made* en nuestro país se produjo a raíz de la modificación del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, operada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, que declaró admisibles las cláusulas de limitación temporal de las pólizas de responsabilidad civil que se ajustasen a los siguientes criterios:

i) que la póliza cubra reclamaciones que se efectúen durante su vigencia por hechos ocurridos durante, al menos, un año antes a la entrada en vigor de la póliza (criterio de la cobertura retroactiva);

ii) que el seguro cubra siniestros producidos durante la vigencia de la póliza y cuya reclamación se efectúe durante, al menos, el año siguiente a la finalización de su vigencia (criterio de la eficacia prospectiva o de futuro).

Así, el párrafo 2 del citado precepto establece:

*Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquéllas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado.*

Con la nueva redacción del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, el Tribunal Supremo ha ratificado la validez de las cláusulas *claim made* en sus sentencias de 14 de julio de 2003, 14 de febrero de 2011, 19 de junio de 2012, 18 de febrero de 2016 y 8 de marzo de 2018, así como en la sentencia de 26 de abril de 2018, en la que aclara la deficiente redacción del artículo 73, en el sentido de que las cláusulas de delimitación temporal previstas en dicho precepto (cobertura retroactiva y prospectiva) son independientes entre sí, por lo que la validez de una de ellas no exige la inclusión de la otra en la misma póliza. Es cierto que con anterioridad a dicha redacción legal, dichas clausulas y su aplicación era desterrada de nuestro ordenamiento, v. gr. STS de 20 de marzo de 1991, en la que la Sala declaró la invalidez de la cláusula al considerarla lesiva para los derechos del asegurado que veía reducidas en su perjuicio sus legítimas expectativas de cobertura, considerándola nula, pues nuestro ordenamiento partía de la relación que en el seguro de responsabilidad civil, el siniestro se

identifica con el momento en que se produce el hecho dañoso, pues es éste momento el que determina el nacimiento de la obligación de indemnizar. Así también aconteció con la STS de 23 de abril de 1992.

Las cláusulas *claim made* alteran el criterio ordinario de cobertura por siniestros ocurridos durante la vigencia del contrato. Existen muchas tipologías de cláusulas *claim made*: i) las que exigen que el siniestro y reclamación se produzcan durante la vigencia del contrato; ii) las que exigen que el siniestro se produzca durante la vigencia del contrato y la reclamación se produzca tanto dentro de la vigencia cuanto en un período ulterior, en un marcado plazo desde la expiración del seguro; iii) las que exigen que la reclamación se produzca durante la vigencia del contrato, con variada gama de variantes en cuanto a la definición de la reclamación.

Con la modificación legislativa, el legislador tolera las cláusulas *claim made* pues la dicción legal es *serán admisibles* y configura la naturaleza jurídica de las mismas de forma confusa, pues indica:

*Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley [...].*

Así, nuestro legislador ha optado por considerarlas cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, con expresa remisión al art 3 LCS y por ello, por ser cláusulas limitativas, las *claims made* no sólo han de ser objeto de redacción clara y precisa, sino que, además, para ser válidas han de estar destacadas y ser aceptadas por escrito por el Tomador. Y ello a pesar que, en esencia, dichas cláusulas no se predicen tanto de cláusula limitativa, sino delimitadora, conforme su propia finalidad, pues si conforme indicó el Tribunal Supremo las “cláusulas delimitativas son aquellas que determinen qué riesgo se cubre, en qué cuantía y en que ámbito espacial” (STS, Sala 1ª, Pleno, de 11 de septiembre de 2006) las *claims made* no sería, en puridad, limitativas, sino delimitadoras del riesgo.

En cualquier caso, la LCS las ha configurado como cláusulas limitativas y por ello, sometidas a un control de inclusión, de viendo ser destacadas de forma especial y aceptadas por escrito (requisito de doble firma), siendo que, en el presente caso, si bien en un principio pareciera que dicho control formalmente no constaría superado por ausencia de ser destacada la cláusula y falta de firma, no se puede desconocer el previo Pliego de Prescripciones Técnicas para la contratación del seguro firmado por la Jefa del Servicio Jurídico del SMS, que da cuenta del perfecto conocimiento que el tomador, el SMS, tenía de dicha cláusula, al haberla impuesto él mismo en su Pliego.

Consecuencia jurídica también derivada de la consideración de cláusula limitativa es el art 76 LCS y la inmunidad de la acción directa del perjudicado. No obstante, teniendo en cuenta su verdadera naturaleza, el Tribunal Supremo ha considerado que estas cláusulas son oponibles al tercero perjudicado siempre que las mismas se ajusten a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 73 y que estén redactadas de manera clara, destacadas y aceptadas por escrito.

Sobre el ajuste al párrafo 2 del art 73 LCS, ha de existir conexión entre el hecho generador de responsabilidad y la reclamación, admitiendo las *claims made* “de cobertura posterior”, contempladas en el primer apartado del precepto y las “de cobertura retroactiva”.

Centrando el estudio en las primeras, es necesario que concurren dos requisitos para poder predicar la obligación de cobertura del asegurador:

i).- En primer que el siniestro, entendido como la obligación a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, se produzca durante su periodo de vigencia; y

ii).- Que la reclamación del tercero perjudicado se realice dentro del periodo de vigencia del contrato, o bien dentro del año siguiente a su terminación.

Dado que en nuestro caso, por no ser contrato de Gran Riesgo, resulta la vigencia del art 73.2 LCS, la cláusula de ámbito temporal de la póliza de seguro ha tornado a ser una *claim made* y, por ello, no se puede considerar su validez por no sujetarse al requisitos de cobertura posterior, que claramente se ha limitado en la póliza de autos a la vigencia del contrato, eliminando la dicción de la cobertura posterior que, en todo caso, la Ley impone que no puede ser inferior a un año.

Aplicado al caso de autos, la cláusula de ámbito temporal, debe respetar el art 73.2 LCS y no lo hace desde la perspectiva de cercenar la temporalidad al no reflejar la admisión de reclamaciones posteriores al año, como aconteció en el presente caso, por cuanto que la extinción del seguro sucedió el 1 de junio de 2016 y la reclamación, entendida como la reclamación patrimonial de las perjudicadas, sucedió el 1 de marzo de 2017 (data no controvertida, pág. 47 del doc. n° 4 de la demanda).

Sobre el cuestionamiento del concepto de “reclamación” no puede sino ser conceptuada desde una perspectiva amplia, conforme un criterio hermenéutico de interpretación, comprendiendo tanto la que se realice al asegurador MAPFRE cuando la que se realice al asegurado SMS, que es lo que así sucedió conforme el doc. n° 4 de la demanda.

Merece la pena recordar la STS de 24 de febrero de 2011, en su Fundamento Jurídico Tercero, que establece:

*TERCERO.- Ineficacia de la cláusula de delimitación temporal por incumplir los requisitos del artículo 3 LCS.*

*A) Definido el seguro de responsabilidad civil por el artículo 73 LCS como aquel por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a Derecho, es bien conocido el debate doctrinal sobre si lo decisivo es el hecho causante de la obligación, el nacimiento de la obligación misma o la reclamación del perjudicado.*

*Esta Sala, en línea con la postura mantenida por una destacada doctrina científica, ha declarado ( STS de 3 de julio de 2009, RC n.º 2688/2004 ) que la deuda de indemnización nace de manera inmediata cuando se verifica el hecho dañoso del que deriva, y que es la causa del siniestro que se encuentra en el origen de la obligación derivada de la responsabilidad civil. Como a partir del momento en que se produce el hecho dañoso, el patrimonio del asegurado se ve gravado por el adeudo generado por aquel y surge el débito de responsabilidad, ha de concluirse que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil coincide con el nacimiento de la deuda generada por el hecho dañoso.*

*La sentencia de 14 de junio de 2002 (RC n° 3847/96 ), en relación con la redacción originaria del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro , declaró que la jurisprudencia de esta Sala interpretaba dicho artículo identificando siniestro con hecho causante y no con reclamación del perjudicado, lo que implica en que el deber de indemnizar nazca desde que se originan los daños y como reacción frente a ellos.*

*Con arreglo a este criterio, las cláusulas de delimitación temporal o "claims made" que buscan desplazar la deuda de responsabilidad al momento en que se produce la reclamación, al*

*margen del seguro vigente al producirse el siniestro, han sido aceptadas por la jurisprudencia únicamente en tanto fueran en beneficio y no perjudicaran los derechos del asegurado o perjudicado, reputándose como lesivas en caso contrario ( SSTS de 20 de marzo de 1991 y 23 de abril de 1992 , la cual declara que una interpretación contraria llegaría al absurdo de excluir de la cobertura daños causados en fecha próxima a la expiración de la póliza pero que los asegurados no hubieran podido comunicar a la aseguradora porque nada se les habría reprochado ni reclamado todavía).*

*Como declara la STS de 14 de julio de 2003, RC n.º 3482/1997 , aunque la de 8 de septiembre de 1998, RC n.º 1326/94 (citada por la recurrente), atendió a la cobertura por reclamación durante la vigencia de la póliza con independencia del momento en que se hubiera producido el hecho causante, lo hizo en beneficio del asegurado, respecto de una póliza que no añadía delimitación temporal alguna del hecho causante y descartando que la comunicación de la reclamación a la aseguradora fuera del plazo de vigencia de la póliza pudiera menoscabar la acción directa del tercero perjudicado. En parecidos términos se pronuncia la STS de 28 de enero de 1998, RC n.º 3279/1993 que también invoca la recurrente. Y la STS de 10 de noviembre de 1995, RC n.º 1726/92 , declaró con carácter general la preferencia de lo pactado en una póliza que atendía primordialmente al conocimiento por el arquitecto asegurado de las consecuencias del daño, pero lo hacía igualmente en beneficio de este y en consideración a una amplia cobertura más allá del plazo de garantía de diez años del art. 1591 CC .*

*Esa consideración no ha variado tras la reforma introducida por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre , pues, según declara la STS de 14 de julio de 2003 , antes citada, la adición de un segundo párrafo al artículo 73 LCS por la D. Ad. 6ª.5 de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados solo demuestra que para la ley las cláusulas en cuestión tienen hoy el carácter de «limitativas de los derechos de los asegurados» (la norma misma les atribuye expresamente esa naturaleza) y por tanto «admisibles» conforme al art. 3 de la misma ley , esto es, con el requisito de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y tener que ser específicamente aceptadas por escrito.*

*B) En aplicación de este criterio jurisprudencial, la decisión de la AP fue correcta, pues las cláusulas que tienen por objeto prescindir del hecho causante y circunscribir la cobertura del seguro de responsabilidad civil a los supuestos en que la reclamación del perjudicado se hace y notifica a la compañía aseguradora dentro del periodo de vigencia del contrato, lejos de delimitar el riesgo cubierto lo que implican es una restricción de los derechos del asegurado y del perjudicado, razón por la que su validez, tanto bajo la vigencia del artículo 73 LCS anterior a la reforma operada por la LOSSP de 1995 "aplicable por razones temporales-, como a partir de la entrada en vigor de esta, se encuentre condicionada al cumplimiento de los requisitos que contempla el artículo 3 LCS referentes a aparecer destacadas de forma especial y haber sido expresamente aceptadas por escrito, que son ambas unas exigencias que no se han respetado en el supuesto de autos, según se desprende de los hechos declarados probados. Además, que el pleito se haya ventilado entre dos aseguradoras y no entre la actora y el asegurado o el perjudicado, sin que haya operado propiamente una subrogación de la actora en los derechos de su asegurado para reclamar lo pagado del tercero responsable en la medida que el único declarado como tal fue el asegurado en ambas, careciendo de la consideración de tercero Seguros Vitalicio (así lo apreció la STS de 26 de febrero de 2010 ), no es razón para no reputar acertada la decisión desestimatoria de la AP, en la medida que la pretensión deducida en la demanda, meramente declarativa pero preparatoria de una posterior reclamación de la indemnización satisfecha por Groupama, se funda en el propio contrato y en la posible oposición al asegurado de una cláusula, la condición especial 1.1 ., que, en contra de lo sostenido, se ha reputado no- oponible, por ineficaz, de tal manera que lo relevante es que la actora no podía según la póliza en vigor cuando se produjo el siniestro determinante de su responsabilidad ni rechazar ésta ni eludir su deber de indemnizar.*



Corolario de lo anterior es que dado que el hecho generador se produjo dentro de la vigencia de la póliza de seguro de MAPFRE, pues es algo que no se niega por ninguna de las partes, la responsabilidad también le es exigible, la cobertura existe, pues conforme a la póliza de seguros aportada la cláusula de limitación temporal de la póliza, que es una *claim made* (no estamos ante un contrato de Gran Riesgo) consta ni resaltada, ni en negrita ni aceptada por el tomador del seguro ni consta firmada la póliza, (si bien se ha soslayado conforme argumentario anterior), empero no es válida tal y como está redactada por no respetar la cobertura temporal posterior, de aplicación imperativa y fijada *ex art 73.2 LCS* en el plazo de un año. Por lo que aplicando dicho precepto, la reclamación estaría incardinada en el plazo del año.

Por ello, procede desestimar la alegación de la falta de legitimación *ad causam*.

**TERCERO.-** En cuanto al fondo del asunto relativo a la vulneración de la *lex artis*.

Cuando se habla de responsabilidad médica nos referimos a un tipo de responsabilidad extracontractual (basada en el principio *alterum non laedere*) prevista en los arts. 1902 y 1903 CC (o también, en su caso, a la contractual *ex arts. 1101 y ss CC*), cuya pretensión indemnizatoria implícita supone la concurrencia de tres requisitos:

(1) acción u omisión voluntaria, no maliciosa, culpable e imputable a una persona determinada (será la actuación profesional del médico, consistente en una acción u omisión; en su caso, supondrá un "incumplimiento" del contrato).

(2) la realidad de un daño económicamente resarcible, probado en su existencia y cuantía.

(3) la relación causal entre aquella y éste, de forma que el daño sea consecuencia necesaria del hecho generador.

La responsabilidad se origina, salvo rotura del nexo causal, por acción del perjudicado o de un tercero, por caso fortuito o fuerza mayor. El elemento de la culpabilidad, está inmerso en la acción u omisión que produce el daño con nexo causal, pues si ésta lo produce necesariamente la culpa se halla en dicha acción u omisión a no ser que medie dolo (es decir, no se habría producido el daño de no haber culpa, de forma que se desplaza la culpa al nexo causal).

Además, la obligación del médico y, en general, la del profesional sanitario, está caracterizada por una serie de notas:

1) Es una obligación de medios ("hacer alguna cosa", dice el art. 1088 CC): tanto la obligación contractual de hacer o de actividad como la extracontractual, implican garantizar al enfermo el empleo de los medios adecuados, proporcionándole todos los medios que requiera según el estado de la ciencia, y estén a disposición del médico, descartándose toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, si bien con variantes por mor de construcciones jurisprudenciales de la pérdida de oportunidad o daño desproporcionado.

En todo caso ha de examinarse qué tipo de prestación ha "comprometido el deudor" y que el acreedor puede razonablemente esperar.

- Si es una obligación de medios la obligación consiste en desplegar una actividad del deudor dirigida a proporcionar la satisfacción del acreedor, o lo que es lo mismo, en el desarrollo de una conducta diligente encaminada a conseguir el resultado previsto por el acreedor; y el deudor debe poner los medios más idóneos, pero no simplemente a utilizarlos de

forma mecánica, sino a través de una conducta diligente, que posibilite el resultado o fin práctico esperado.

Pero el resultado no está, lógicamente, *in obligatione* de forma que el cumplimiento o incumplimiento son independientes de ese resultado, y solo dependen de la actuación diligente o negligente del deudor (diligencia entendida como cuidado, atención, tensión de la voluntad, esfuerzo,...).

-Por ello, si en las obligaciones de resultado el incumplimiento viene dado por la no obtención del mismo, en las de medios la determinación del incumplimiento es más compleja en atención al mayor grado de indeterminación de la prestación: el problema es determinar si la diligencia empleada por el deudor (médico) es aquella que el paciente podía esperar de un médico cuidadoso en el desempeño de la actividad que constituye el objeto de su obligación; por ello el paciente "insatisfecho" debe probar además de la existencia de la obligación, que la prestación no ha sido realizada porque el deudor no ha actuado o no se ha conducido con la diligencia exigida "por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (art. 1104 CC), o sea, que ha incurrido en culpa o negligencia (así STS. 26.5.1986) por desviación de su *lex artis*.

Con ello, el incumplimiento será el hecho de que la conducta o comportamiento del deudor, objetivamente considerado, no haya observado la diligencia (no haya puesto los medios) que la concreta obligación o actuación requiera, o según el modelo de la *lex artis ad hoc*.

- Así como en las obligaciones de resultado el acreedor no tiene que establecer la culpa del deudor (basta que pruebe que el resultado prometido no se ha cumplido, de forma que el incumplimiento "habla por sí mismo", es el *re ipsa loquitur*), de manera que, para exonerarse, el deudor debe probar una causa ajena (caso fortuito, fuerza mayor, conducta del paciente o intervención de un tercero) de forma que conste que actuó sin culpa y que se rompió el nexo causal, en las obligaciones de medios, la carga de la prueba de la culpa pesa sobre el acreedor: debe acreditar que el deudor (médico) no se ha conducido con la diligencia debida es decir, debe probar la culpa o negligencia del médico (STS. 8.9.1998).

2) Consecuentemente no es de aplicación a la actuación del médico ni la presunción de culpa (la responsabilidad debe basarse en una culpa incontestable, patente) ni la inversión de la carga de la prueba admitidas para los daños de otro origen (SSTS. desde 15.2.1995 , ...); es decir que al actor corresponde probar que el profesional incurrió en culpa al actuar (o no actuar) como lo hizo, en definitiva que no se ajustó a la *lex artis*.

Y esa prueba alcanza al daño, a su entidad, a la autoría, a la relación de causalidad y a la infracción de los deberes profesionales es decir a la *lex artis* (SSTS. 13.4.1999), quedando excluida toda responsabilidad más o menos objetiva (SSTS. 7.2.1990, 13.10.1992, 23.3.1993 , ...) y todo ello en base a lo aleatorio de la ciencia médica, al factor reaccional del paciente, a las complicaciones imprevisibles y que al médico no le es exigible la infalibilidad. En definitiva, obligación de medios consistente en proporcionar al paciente todos los medios curativos de que disponga, según el estado actual de la ciencia, incluido el deber de información, debiéndose probar el reproche culpabilístico del agente y la relación o nexo causal entre el acto u omisión culpable y el daño producido.

3) Todo lo cual nos lleva al campo de la diligencia exigible (art. 1104 CC), es decir al módulo para la valoración de la negligencia profesional, identificado como *lex artis ad hoc*, que constituye el núcleo primordial de la actuación médica, funcionando como rector del acto médico o criterio valorativo de concreción en el caso, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla y tiene lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar

profesional, de forma que tiene en cuenta: las especiales características del autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, así como la influencia de otros factores endógenos como el estado e intervención del enfermo, familiares o de la misma organización sanitaria con sus medios materiales.

Por lo tanto nos servirá para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida funcionando el elemento ad hoc como individualización o concreción de la *lex artis* en cada acto médico, teniendo en cuenta aquellos factores (de forma que suele afirmarse que la medicina es una verdad apodíctica: cada acto, una ley previa que lo juzgue).

De manera que si se inició el acto con pleno consentimiento y lucidez del paciente, que asintió expresamente a la intervención, si éste tuvo lugar en un ambiente de idoneidad de medios y circunstancias, parece que el resultado que se obtenga puede perfectamente imputarse al médico en el sentido de aprobación o repulsa, según los dictados más normales.

Todo ello comporta un deber de competencia profesional y de actualización de conocimientos.

4) Elemento fundamental de la lex artis ad hoc que debe acompañar toda intervención profesional del médico, es el deber de información (SSTS. 24.4.1995, 2.10.1997, 13.4.1999, 26.9.2000, 18.12.2003 ...), pues sin información no puede existir, ni en forma presunta, consentimiento del paciente (en este sentido los arts. 18 y 22 del Código Deontológico Médico, arts. 7.1, 1107 y 1258 CC, arts. 43 y 51 CE). Con la Ley General de Sanidad 14/86, en su art. 10, adquiere mayor relevancia si cabe, al configurarse como un deber legal, y la consecuencia de su incumplimiento es la indemnización, de forma que solo en hipótesis excepcionales puede justificarse la absoluta falta de información o la insuficiencia o deformación de la misma (peligro inmediato o inminente y cierto para la salud del enfermo pues en tales casos solo puede contar el interés del paciente y el médico debe actuar en todo caso so pena de incurrir en un delito de omisión de socorro, o en supuestos de urgencia o inconsciencia del enfermo o herido, o demora excesiva en la obtención del consentimiento), máxime atendidos los criterios de la normativa de consumidores, Real Decreto Legislativo 1/2007.

Al médico corresponde pues el deber de informar al paciente o a sus familiares, apareciendo como regla general dos cuestiones: si lo hizo y cómo lo hizo.

En un principio se establecía que la prueba de que no existió información o ésta no fue la adecuada o no fue interesado el consentimiento o no se dieron a conocer las consecuencias del tratamiento, se atribuía al paciente (ciertamente en resoluciones aisladas o en casos en que constaba la información, así en STS 12.7.1994); sin embargo dicho criterio ha sido ampliamente superado en el sentido de atribuir al médico o al centro la carga de la prueba de que existe suficiente información al enfermo, de forma de que su consentimiento fue "informado", basándose en la facilidad y proximidad a la fuente de prueba (el médico o el centro están en posición más favorable para conseguir su prueba) o en que constituye un hecho negativo, frente a la pretensión del actor, la inexistencia de información, correspondiendo al médico o al centro la carga de la prueba del hecho positivo de que existió (por todas la STS 28.12.1998).

En ese contexto, no es posible exponer un modelo prefijado de la información, que abarque "a priori" todo su vasto contenido, hablándose por la jurisprudencia del TS de "mínimos" en base al art. 10.5 de la LGSanidad: así en cuanto a su contenido, las características de la intervención quirúrgica que se propone, las ventajas o inconvenientes de dicha intervención, los riesgos típicos de la misma (no todas las posibles consecuencias, quedando fuera del deber de informar, los llamamos riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes), el proceso previsible del postoperatorio, el contraste con la residual información o al margen de la intervención, las alternativas,...; y en cuanto a la forma, que la información sea clara y sencilla,

en términos comprensibles, en forma completa, continuada, verbal y escrita, incluyendo diagnóstico, pronóstico, y alternativas de tratamiento, así como los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento: y solo de esa manera podrá hablarse de consentimiento informado (SSTS. 19.4.1999, 7.3.2000 ,...). La Ley 41/2002 de 14 de noviembre , básica reguladora de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica (LDP), partiendo del art. 43 CE (derecho a la protección de la salud) que completa la Ley General de Sanidad adaptándola al Convenio del Consejo de Europa (relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, en vigor en España desde el 1.1.2000) cuyos principios básicos son "la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y su intimidad" que "orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica " (art. 2.1).

Como se avanzaba anteriormente, además existen importantes matizaciones sobre la carga de la prueba, que, en definitiva marcan una clara tendencia a la objetivación, en base a la dificultad en que, de ordinario se encuentra el paciente para probar la culpa, y que vienen a relativizar la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, pues muchas veces el paciente ignora en qué consistió la concreta actuación del profesional y normalmente no tiene medios para enjuiciarlo, aparte de que es frecuente la falta de colaboración e incluso la oposición sostenida de los profesionales, así:

a) la recepción de la doctrina francesa de la culpa virtual a través del "resultado desproporcionado": cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias (por su anormalidad) de una terapéutica normal, se hace derivar una presunción de culpa (hubo negligencia en el médico porque la experiencia común revela que en el curso ordinario de las cosas, ciertos accidentes no pueden ocurrir si no es por una crasa incompetencia o falta de cuidado, lo que se produce cuando no guarda proporción con las enfermedades o lesión que llevó al paciente acudir al médico y éste no explica la causa del daño).

Puede afirmarse que el médico no ha actuado de acuerdo con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente es decir "no es posible que no haya incurrido en culpa" (o, si no se hubiese incurrido en culpa, ningún daño se habría producido), deduciéndose la culpa de determinados hechos que prima facie permiten presumirla, según las reglas del criterio humano, de la lógica; incluso llega a extenderse la presunción a la relación causal a través de la causalidad virtual (no es posible que la culpa comprobada no haya jugado un papel causal en la aparición del daño, salvo que el médico demuestre la existencia de una actuación ajena como única causa del daño).

En definitiva, el criterio está basado en el principio *res ipsa loquitur* (el resultado habla por sí mismo), lo que en definitiva es expresión de la prueba de presunciones que produce un desplazamiento de la carga de la prueba.

En este sentido la STS 2.12.1996, declara que va abriéndose camino la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba, a menos que se quiera, en no pocos casos, dejarla prácticamente indefensa por la dificultad de encontrar profesionales médicos que emitan un informe que pueda, en algunos casos, ser negativo para otro profesional de su misma clase...va reafirmando que el deber procesal de probar recae también y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición, gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico, y por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces de los propios médicos..."

En definitiva, se deriva de aquel resultado una presunción desfavorable para el médico, cuando el mal causado, por su desproporción, con lo que es usual, comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados según el estado de la ciencia y de las circunstancias de tiempo y lugar o el descuido en su conveniente y temporánea utilización (SSTS. 29.7.1994, 21.7.1997, 19.2.1998, 22.5.1998, 9.12.1998, 29.6.1999 ...).

b) La aplicación del principio de igualdad de armas de las partes en el proceso (doctrina de la facilidad probatoria o de la concepción en materia probatoria, consecuencia de la buena fe); exige que el médico haga posible al enfermo la prueba de su pretensión, lo cual incide en el deber de información previo que se proyecta sobre la diligencia en la redacción de datos clínicos.

Y así, el médico resulta perjudicado en el plano probatorio si substraer o altera documentos importantes, los oculta no llevándolos al proceso o cuando la redacción de los mismos es inexacta o incompleta.

Se parte pues de que dada la mejor posición probatoria del médico, no puede excusarle de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia ni imprevisión por su parte, llegándose a calificar en alguna sentencia la actuación procesal del médico como de "brazos caídos" (SSTS. 23.6.1993, 2.12.1996, 28.7.1997, 29.7.1998 ,...).

c) La no inversión de la carga de la prueba no excluye la utilización de las presunciones, adoptándose como criterio la probabilidad estadística de que con ocasión o a consecuencia del acto médico ocurriera "algo" de lo que se pudiera deducir la actuación culposa del médico, llegándose a calificar de "verosimilitud"; presunciones tendentes a excluir la concurrencia o influencia entre la actuación médica y el resultado lesivo, de una circunstancia ajena al curso causal de los acontecimientos (partiendo de que tal prueba indirecta tiene condición "facultativa" y no procede cuando concurren pruebas directas), que lleva incluso a afectar a la relación de causalidad al afirmarse que cuando sea imposible esperar la certeza o exactitud en materia de la relación causal bastará con la probabilidad de su existencia (un grado suficiente de probabilidad, en ocasiones próxima a la certeza, en otras veces se habla de alta probabilidad, en ocasiones basta con la probabilidad de más del 50%, y por ello previsible y, consecuentemente, evitable), en el sentido de que cabía esperar que se actuase - en el caso concreto - de una determinada manera (con ello, el paciente no ha de cargar con la prueba de una completa certeza de la relación causal); así las SSTS. 29.9.1995, 1 y 28.7.1997, 8.9.1998, 10.10.1998, 11.12.1998, 20.2.1999 ,...) llegándose a afirmar que la demostración de esa eventual inexistencia de esa relación causal corre a cargo del médico: si no existe prueba que permita atribuir a otra causa distinta de la intervención quirúrgica, tuvo que haber sido la intervención negligente del médico, porque es la única explicación posible.

Es la tesis de la verosimilitud del nexo: la causa adecuada o eficiente exige *una conditio sine qua non*, que no es suficiente por sí sola para definir la causalidad adecuada, siendo necesario que resulte idónea (es decir que exista una adecuación objetiva entre el acto médico y el evento (STS. 3ª 5.6.1998).

Por último estaría la doctrina de la pérdida de oportunidad, la cual es de creación jurisprudencial, y goza de plena aplicación a injustificadas omisiones tanto en la fase de diagnóstico clínico (errores y/o retraso de diagnóstico) o preoperatorio o ya en la fase de tratamiento, por injustificadas omisiones de medios personales y/o materiales de que se disponga por cuanto que el resultado dañoso sufrido por el paciente no es consecuencia directa de la actuación de los médicos, pero tampoco éstos resultan ajenos a dicho desenlace. No existe certeza que de haber operado a tiempo habría sido inexistentes las secuelas, pero si probabilidad

fruto del retraso de poder haber obtenido un mejor resultado, estamos pues en zona probabilista, que es suficiente pero no certera.

Para que pueda ser apreciada la doctrina de la pérdida de oportunidad se requiere que de lo actuado se deduzca una situación relevante, bien de la actuación médica, que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo, bien de otros extremos, como pueda ser una sintomatología evidente indicativa de que se actuó mal, incorrectamente o con omisión de medios.

Esta doctrina se aplica en aquellos supuestos en los que no se puede aseverar con absoluta rotundidad o certeza que los riesgos de sufrimiento innecesario, muerte o secuelas graves e irreversibles podrían haberse evitado de existir una actuación diligente (acorde a la *lex artis*) o más adecuada al estado de la ciencia. Pero en los que, a su vez, sí puede afirmarse, con cierta probabilidad o probabilidad cualificada, que supera un umbral de suficiencia, que se ha privado al perjudicado de posibilidades, expectativas u oportunidades efectivas de éxito, tras la intervención o acto médico practicado; o bien que se le ha privado de la posibilidad de que el resultado final hubiese sido distinto, menos perjudicial y/o más favorable. Esta privación de expectativas constituye, según la STS de 7 de julio de 2008, «un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia, aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones Sanitarias. Como dice la sentencia, los ciudadanos tienen derecho a que no se produzca una falta de servicio».

La teoría de la pérdida de oportunidad pivota en torno a dos cuestiones: la determinación de la antijuridicidad de la conducta y la cuantía indemnizatoria.

Lo que se indemniza es la pérdida de oportunidad de haber obtenido un tratamiento más adecuado en tiempo derivado de la haber existido vulneración de la *lex artis*, esto es, se valora que con un tratamiento plenamente adecuado a la *lex artis* se hubiera producido un resultado final distinto y/o más favorable para el paciente, lo que en sí mismo un daño, siendo en el presente caso la desviación de la *lex artis* el retraso en la operación.

**CUARTO.-** La cuestión en el presente litigio es la de determinar si el fallecimiento de la Sra. Josefa Solano era evitable y fue debido a la vulneración de la *lex artis*, lo que la parte demandante pivota en torno a la ausencia de vacunación contra la meningitis (por parte del médico de familia) y la ausencia de tratamiento antibiótico empírico al ingreso hospitalario.

Al respecto y como suele ser habitual en estos casos existen en la causa varios informes periciales contradictorios.

La parte demandante ha aportado informe pericial del Dr. [REDACTED] profesional cualificado pues es Licenciado en Medicina y Cirugía por la Universidad Autónoma de Madrid, Doctor en Medicina y Cirugía, por la Universidad Autónoma de Madrid, Especialista en Medicina Interna. Con actividad profesional como Jefe de Servicio de M. Interna en el Hospital Infanta Sofía. Profesor Asociado de Medicina de la Universidad Europea de Madrid. Colegiado número 34028 en el Ilustre Colegio de Médicos de Madrid.

Dicho informe consta del apartado de METODOLOGÍA, en el que figura los ANTECEDENTES DOCUMENTALES examinados (historia clínica de HUYA y Centro de Salud El Palmar); lo antecedentes de la finada, siendo los siguientes:

*Que según consta en el historial aportado, D<sup>a</sup> [REDACTED] nacida el 24 de junio de 1950 y con antecedentes médicos de:*

*1. Hemocromatosis heterocigota C282Y.*

2. *Glomerulonefritis mesangial e insuficiencia renal crónica.*
3. *Anemia por déficit de vitamina B12 diagnosticada en 2015.*
4. *En seguimiento en el servicio de hematología desde febrero de 2010 por una gammapatía monoclonal de significado incierto Bence-Jones kappa positivo de riesgo intermedio que en noviembre de 2015 progresó a mieloma múltiple tipo Bence-Jones kappa positivo ISS 3, estadio IIIB de Durie-Salmon de alto riesgo para el que recibió tratamiento de inducción de primera línea con el esquema PAD (bortezomib, adriamicina, dexametasona) encontrándose en remisión parcial tras el segundo ciclo e iniciando el 15 de febrero de 2016 el cuarto ciclo de tratamiento.*
5. *Que de la revisión del historial clínico de su Centro de Salud y del Hospital Clínico Universitario Virgen de la Arrixaca no consta la administración de la vacuna antineumocócica.*

*Que el 22 de febrero de 2016 ingresó en el Hospital Clínico Universitario Virgen de la Arrixaca de Murcia por presentar en las últimas 48 horas otalgia, hipoacusia y cefalea frontal y temporal derecha, somnolencia, desorientación interpretada en el contexto del tratamiento con fentanilo de rescate por dolor óseo y expectoración; describiéndose en la exploración física de urgencias que estaba a 100 l.p.m, afebril y sin rigidez de nuca.*

*Que en los análisis destacaba: 17.300 leucocitos (15.560 neutrófilos con 500 neutrófilos inmaduros), fibrinógeno 716 mg/dl y creatinina de 2,49 mg/dl.*

*Que el mismo día en un TAC cerebral sin contraste se demostró la presencia de múltiples lesiones líticas en la calota craneal secundarias a su mieloma, ocupación de oído medio y celdillas mastoideas en relación con oto-mastoiditis probablemente crónica; que se suspendió el tratamiento para el mieloma y se pautó metilprednisolona intravenosa, no constando la administración de antibióticos, ingresando a cargo de hematología. Que el 23 de febrero se describe que presentaba vómitos.*

*Que el 24 de Febrero presentó hipotensión arterial y aumento de la intensidad de la cefalea, náuseas, sin rigidez de nuca, aunque el mismo día el neurólogo describió que junto a cefalea holocraneal y otalgia derecha presentaba nuchalgia que empeoraba al acostarse, visión doble binocular intermitente y ataxia troncal. Que se realizó miringotomía con cultivo ótico negativo.*

*Que a las 17 horas del 24 de Febrero se encontraba confusa, con intensa cefalea y nuchalgia, afasia nominativa, náuseas y vómitos, rigidez de nuca y signos meníngeos por lo que por sospecha de meningitis se decidió realizar una punción lumbar cuyo resultado en los análisis del líquido cefalorraquídeo mostraron 356 Leucocitos, 62% polimorfonucleares neutrófilos, glucosa 5 mg/dl, proteínas 496,8 mg/dl, visualizándose en la tinción de Gram del líquido cefalorraquídeo streptococcus pneumoniae con antígeno de neumococo positivo en el líquido.*

*Que entonces se pautó el antibiótico ceftriaxona, ingresando posteriormente en situación clínica de coma en la UCI. Que continuó sin cambios en la UCI, con una RNM cerebral realizada el 29 de febrero resultó con hallazgos muy sugestivos de meningoencefalitis y un schwannoma del VIII derecho siendo el resto semejante a lo descrito en el TAC craneal previo.*

*Que la evolución neurológica fue desfavorable quedando con secuela de coma, falleciendo a las 03:30 del 8 de marzo de 2016 siendo la meningoencefalitis neumocócica la causa fundamental de la muerte.*

En el apartado CONSIDERACIONES MÉDICAS se refleja:

1. *Streptococcus pneumoniae* o neumococo es una bacteria que puede causar otitis, sinusitis, bronquitis, neumonía, o también invadir el torrente sanguíneo u otros sitios estériles produciendo una enfermedad neumocócica invasiva principalmente neumonía bacteriémica, septicemia y meningitis. Las infecciones neumocócicas son una importante causa de mortalidad.

2. En general, la población adulta se clasifica en tres grupos de riesgo según la presencia de factores que aumentan la susceptibilidad y el riesgo de enfermedad neumocócica grave y, o frecuente. El grupo de mayor riesgo incluye a los pacientes con asplenia anatómica o funcional y los inmunocomprometidos.

3. El mieloma múltiple es una proliferación tumoral de las células plasmáticas de la médula ósea que cursa con frecuencia con inmunosupresión bien como consecuencia de asociar una deficiencia en la inmunidad humoral, bajo nivel de inmunoglobulinas, o por la acción de la medicación antitumoral con quimioterápicos y fármacos de acción biológica.

El resultado final es que los pacientes con un mieloma tienen un riesgo elevado de padecer infecciones graves especialmente por organismos encapsulados, sobre todo por neumococo.

4. Para evitar la infección por neumococo en los pacientes con mieloma se indica la profilaxis mediante las vacunas tipo inactivadas anti-neumococo.

5. La vacunación para neumococo en los casos de mieloma debe ser precoz e incluso se recomienda en las fases de mieloma quiescente o de gammapatía monoclonal de significado incierto con riesgo para desarrollar mieloma.

6. Actualmente están disponibles dos vacunas antineumocócicas para uso en adultos: la «clásica» vacuna neumocócica polisacárida tricosavalente (VNP23) y la «nueva» vacuna neumocócica conjugada tridecavalente (VNC13).

La principal ventaja de la VNC13 sería su potencial mejor inmunogenicidad, siendo sus principales inconvenientes el elevado coste y la baja cobertura de serotipos en comparación con la VNP23. Las evidencias actualmente disponibles apoyan que, en los adultos con alto riesgo, básicamente inmunodeprimidos como el mieloma y /o asplenia se recomiende la vacunación dual con ambas vacunas (véase en la tabla adjunta, que es una síntesis de un consenso entre 16 sociedades científico-médicas españolas).

7. Que es bien conocido que la presencia en los análisis de sangre de aumento de los leucocitos o leucocitosis asociado a aumento del número de leucocitos neutrófilos jóvenes, inmaduros o en banda también conocidos como cayados es muy sugestivo de un proceso infeccioso.

8. Que en los pacientes inmunodeprimidos la presencia de datos compatibles con una respuesta inflamatoria sistémica aguda de origen infeccioso obliga a instaurar el tratamiento antibiótico empírico aun en ausencia de fiebre y a buscar un foco causal de origen infeccioso.

En el apartado CONSIDERACIONES MEDICO-LEGALES, se refleja:

1. Que es cierto que D<sup>a</sup> [REDACTED] era una paciente inmunodeprimida debido tanto al mieloma estadio IIIB que presentaba como al tratamiento quimioterápico que recibía para el mismo.



2. *Que en la situación de inmunodepresión que presentaba el riesgo de infecciones graves por neumococo era muy elevado y así sucedió ya que falleció por una meningitis neumocócica.*

3. *Que, en los pacientes con mieloma, para reducir el riesgo de infección por neumococo, es obligado prescribir la vacuna antineumocócica preferentemente mediante una dosis de vacuna conjugada de 13 serotipos y a las ocho semanas una dosis de vacuna de 23 serotipos polisacárida.*

*Que también se recomienda esta vacunación para los casos de gammapatía monoclonal de significado incierto con riesgo de transformación a mieloma Que en el historial aportado no consta recibiese la vacunación antineumocócica que de haberse administrado hubiera evitado la meningitis neumocócica y el posterior fallecimiento de la paciente. (H.C. CS El Palmar).*

4. *Que además ingreso por cefalea y una otalgia con otitis media presentando en la analítica una intensa leucocitosis con presencia elevada de neutrófilos inmaduros en sangre periférica que es propio de los procesos infecciosos.*

*Que al cumplir al menos dos criterios del síndrome de respuesta inflamatoria sistémica (frecuencia cardíaca superior a 90 l.p.m y más de 12.000 leucocitos) se debió sospechar su presencia y en un inmunodeprimido, como lo era la paciente, que presentaba una sepsis.*

*Que por ello se debió buscar un posible foco infeccioso e iniciar el tratamiento empírico con antibióticos el día 22 de febrero y no consta se prescribiese hasta el 24 de Febrero.*

5. *Que en el tratamiento de la sepsis el pronóstico depende de la precocidad de instauración del tratamiento antibiótico. Que si el tratamiento antibiótico se hubiera prescrito sin la demora de dos días se hubiera evitado el fallecimiento de la paciente.*

En el apartado CONCLUSIONES se indica:

Que durante el proceso asistencial realizado a D<sup>a</sup> [REDACTED] SE VULNERÓ LA BUENA PRAXIS MÉDICA YA QUE

1. CON ANTECEDENTE DE UN MIELOMA MÚLTIPLE ESTADIO IIIB, FALLECIÓ A CAUSA DE UNA MENINGOENCEFALITIS NEUMOCÓCICA Y QUE ESTANDO INDICADA LA VACUNA ANTINEUMOCOCICA QUE HUBIERA EVITADO LA MENINGITIS NEUMOCÓCICA Y SU FALLECIMIENTO NO CONSTA SE PRESCRIBIESE.

2. QUE ESTABA INDICADO A SU INGRESO EN EL HOSPITAL, Y NO CONSTA SU PRESCRIPCIÓN, EL TRATAMIENTO ANTIBIÓTICO EMPÍRICO QUE HUBIERA EVITADO SU FALLECIMIENTO.

Su bibliografía es:

1. J.J. Picazo, F. González-Romo, A. García Rojas, E. Pérez-Trallero, P. Gil Gregorio, R. de la Cámara, et al. Consenso sobre la vacunación anti-neumocócica en el adulto con patología de base Rev Esp Quimioter. 2013; 26: 232-252

2. M. Campins Martí. Vacunas antineumocócicas. Nuevas vacunas conjugadas para el adulto. Enferm Infecc Microbiol Clin.2015; 33:617-624

3. *Guía de mieloma múltiple. 2014. <https://www.sehh.es/es/documentos/guias-y-documentos/2839-oncoguia-mieloma-multiple-2014.html>*

4. *Documento de consenso grupo asturiano de linfoma y mieloma 2012. <https://www.sehh.es/es/445-documentos/guias/1779-guiasde-diagnostico-y-tratamiento-del-grupo-asturiano-del-linfoma-ymieloma-15-07-2013>.*

Por otro lado, se encuentra el informe pericial de la Dra. [REDACTED]. Profesional cualificada pues es Licenciada en Medicina y Cirugía. Especialista en Medicina Interna. Especialista en Neumología. Profesora Asociada del Departamento de Medicina Interna de la Universidad Autónoma de Madrid. Licenciada en Derecho. Describe las Fuentes del informe, englobando las fuentes del informe pericial de la parte demandante, más la historia clínica de la asistencia 061, certificado de discapacidad, informe del Dr. Moraleda, informe pericial contrario y demanda de juicio ordinario. A continuación realiza un resumen de la historia clínica, pasando seguidamente a las consideraciones médicas, en las que se refleja:

*Los pacientes diagnosticados de mieloma deben recibir diferentes vacunas para minimizar el riesgo de infección, lo que incluye la vacuna frente a la gripe de forma anual y la vacuna antineumocócica en el momento del diagnóstico.*

*En este caso, además, por la insuficiencia renal crónica la vacuna estaba indicada. Existe constancia del uso de vacunas por parte de su MAP administradas el 24 de enero del 2013, 10 de noviembre del 2014.*

*La vacuna frente al neumococo tiene 2 presentaciones. El Pneumovax 23, que cubre más serotipos, pero que es poco inmunogena y el Prevenar 13 que cubre menos serotipos, pero es más inmunogena. Las infecciones por neumococos, incluyendo la neumonía y las enfermedades invasivas como la bacteriemia y meningitis son causa importante de morbi-mortalidad en niños y adultos mayores de 65 años, así como las personas que tengan dificultad para responder fabricando anticuerpos frente a los polisacáridos capsulares. Los pacientes con patología pulmonar crónica y los que tiene insuficiencia cardíaca tiene mayor riesgo de desarrollar complicaciones graves en caso de aparecer una neumonía. Se recomienda la vacunación a los niños y a los adultos que tengan comorbilidades que les suponga un mayor riesgo. La tasa mayor de neumonía invasiva ocurre en niños menores de 2 años, trasplante de órgano sólido, mieloma y HIV. La mayor mortalidad ocurre en mayores de 65 años, con comorbilidades asociadas. Las indicaciones figuran en la siguiente tabla*

*En relación al Pneumovax 23 existe evidencia que previene la enfermedad por neumococo. Una revisión sistemática del 2013 obtuvo los siguientes resultados:*

- 1. Redujo el riesgo de enfermedad invasiva (odds ratio [OR] 0.26, 95% CI 0.14-0.45).*
- 2. En pacientes sanos en países pobres demostró reducción de enfermedad invasiva.*
- 3. En pacientes sanos en países ricos también demostró reducción de enfermedad invasiva (OR 0.20, 95% CI 0.10-0.39).*
- 4. El beneficio era mayor cuando el neumococo estaba incluido en los serotipos que cubre la vacuna (OR 0.18, 95% CI 0.10-0.31).*
- 5. La vacuna no redujo la mortalidad.*
- 6. Hay datos que sugieren que la vacuna era muy eficaz (85-90%) en pacientes <de 55 años, pero que la eficacia de la vacuna disminuye con la edad, además de la protección temporal de la misma. En un estudio en mayores de 65 años la eficacia era del 27% frente al desarrollo de neumonía y del 34% (sic 34%) si era de los serotipos incluidos en la vacuna.*

*El Prevenar 13 tiene ventajas sobre el Pneumovax 23. Los niños responden mejor a este tipo de vacuna. Elimina la situación de portadores nasales, lo que confiere protección también a su entorno. En EEUU se recomienda el uso de Prevenar 13 en adultos de alto riesgo, seguido a los 6 meses de la vacunación con Pneumovax 23. Aquellos pacientes que hubieran recibido el Pneumovax 23 deben esperar 1 año para recibir 1 año (sic).*

*La eficacia de la misma se sitúa en el mayor estudio realizado en un 45% de prevención de la neumonía y un 75% de otras enfermedades neumocócicas invasivas. La protección se mantuvo a lo largo de 4 años. No se pudo estimar el riesgo en relación con la mortalidad.*

*En los pacientes con insuficiencia renal crónica la eficacia del Pneumovax 23 está disminuida, con un 83% de los casos mostrando respuesta de anticuerpos insuficientes en la 4ª semana. La revacunación producía elevación del título de anticuerpos con caída posterior en los 6 meses posteriores. Con el Prevenar 13 parece que la respuesta inmunogena es mayor. A pesar de estos datos se recomienda la vacunación.*

Seguidamente la perito describe el Mieloma Múltiple. Estadios de Durie y Salmon.

En cuanto al análisis de la práctica médica, se apunta que:

*Nos encontramos ante una mujer diagnosticada de un mieloma con muy mal pronóstico, además de una insuficiencia renal crónica por una glomerulonefritis. Se plantean 2 cuestiones en la reclamación: la necesidad de vacunación frente al neumococo y el tratamiento empírico con antibióticos cuando ingresó.*

#### *1.- La vacuna antineumocócica.*

*Los pacientes diagnosticados de mieloma deben recibir diferentes vacunas para minimizar el riesgo de infección, lo que incluye la vacuna frente a la gripe de forma anual y la vacuna antineumocócica en el momento del diagnóstico.*

*En este caso, además, por la insuficiencia renal crónica la vacuna estaba indicada. Existe constancia del uso de vacunas por parte de su MAP administradas el 24 de enero del 2013, 10 de noviembre del 2014.*

*En el momento del diagnóstico del mieloma no recibió la vacuna antineumocócica. Lo que está clara es la indicación, pero no se sabe si el haberla recibido hubiera o no disminuido el desarrollo de la infección posterior ni el fallecimiento por la misma, dada la variabilidad de la respuesta inmunogénica frente a la misma.*

#### *2.- El manejo desde que acudió a la urgencia*

*Cuando acudió a la urgencia coexistían 2 problemas: la somnolencia que fue atribuida al uso de mórficos como la effentora para control del dolor y la pérdida de audición brusca, con tinnitus y otalgia. Estaba en el 8º día del 4º ciclo de quimioterapia. No tenía fiebre, ni mal estado general. Estaba consciente y orientada y salvo el dato de leucocitosis que puede estar en relación con el uso de corticoides del ciclo y los datos de otomastoiditis crónica del TAC no evidenciaban de forma clara un proceso infeccioso.*

*Es cierto que en el caso de mieloma en tratamiento hay que tener un índice muy elevado de alerta ante cualquier dato de sospecha. Por ello se ingresó a la paciente el día 22 para ver evolución. El diagnóstico de sordera súbita suele estar en relación con cuadros vírales, que NO responden al tratamiento antibiótico. Se suele iniciar tratamiento con esteroides, como así se hizo. Los otorrinos realizaron entre ese día y el día siguiente exploraciones complementarias y*

el día 24 en el seguimiento iniciaron tratamiento antibiótico con ceftriaxona 2 g/24 horas, ante los datos de ocupación del oído medio realizando mirringotomía derecha con extracción de moco, cuyo cultivo fue negativo. Solicitaron una RNM que mostro posteriormente un schwannoma de VIII par derecho que justificaba la pérdida de audición. Es decir, que se siguió a la paciente de forma cuidadosa, atendiendo a la situación de la misma en un espacio de 48 horas.

Ese mismo día, el día 24, fue explorada por neurología sin que encontraran signos meníngeos ni borramiento de papilas, ni datos que hicieran sospechar una meningitis o meningoencefalitis. Solicitaron una RNM cerebral, considerando que tenía patología del oído interno.

Los pacientes con pérdida de audición brusca suelen referir esta pérdida al despertarse. La mayoría tiene un carácter unilateral, pero un 3% son bilaterales. En muchos casos tiene sensación de ocupación en el oído y no reconocen claramente la pérdida de audición. Más del 90% refieren tinnitus. Vértigo en un 20-60% de los casos y ocasionalmente refieren dolor en el oído o parestesias. En el examen físico No tiene que existir datos de otitis media ni obstrucción del canal auditivo. Se puede plantear disección de la arteria vertebral en casos de dolor occipital o nuchalgia.

La etiología en la mayoría de los casos es desconocida. Se plantea infección viral de la cóclea, problemas vasculares o autoinmunes. La enfermedad por herpes simple tipo 1 puede ser un agente etiológico.

La afectación en la mastoides tiene todo un espectro de manifestaciones clínicas. La afectación se ve en el TAC en pacientes con otitis media aguda y crónica, y no suele ser relevante. Como complicación rara puede producir un cuadro agudo con erosión sea y absceso del lóbulo temporal y/o trombosis del seno lateral. Las manifestaciones clínicas incluyen fiebre, otalgia y/o eritema sobre la región mastoidea. Requiere siempre la realización de un TAC y/o RNM. Si se considera que existe una mastoiditis aguda se debe administrar antibióticos IV. En la valoración inicial se consideró que era sugestivo de afectación crónica en el TAC, aunque se dejó constancia de que debía valorarse en el contexto de la paciente. En este caso no se apreciaron datos de otitis media hasta el día 24, cuando se inició el tratamiento antibiótico IV con otoscopia normal en los días 22 y 23.

Los schwannomas vestibulares o neurinomas del acústico. Son tumores que aparecen en el VIII par. Constituyen el 8% de los tumores intracraneales y el 80-90% de los tumores del ángulo pontocerebeloso. Los síntomas pueden ser debidos a la afectación del nervio, compresión cerebelosa o progresión tumoral. El 95% de los casos refieren pérdida de audición y tinnitus. La sordera suele ser crónica, pero puede ser sordera súbita. La afectación vestibular condiciona inestabilidad en la marcha que puede fluctuar en intensidad. La aparición de vértigo clásico es poco frecuente. Puede aparecer afectación del trigémino en un 17% de los casos. Con parestesias en la cara y dolor. También puede aparecer parálisis/paresia facial en un 6%. La progresión tumoral puede producir datos por compresión en el tronco con ataxia, herniación amigdalárica, hidrocefalia y muerte. El diagnóstico se suele sospechar por la presencia de pérdida de audición unilateral que requiere pruebas de imagen. El diagnóstico diferencial incluye el meningioma, colesteatoma, hemangiomas, aneurismas, quistes aracnoideos etc.

En este caso, se confirmó en al RNM la presencia de una schwannoma, lo que apoya la evaluación inicial de ORL y de neurología del día 24.

*Todo esto pone de manifiesto la dificultad de sospechar el proceso infeccioso en un primer momento en una paciente sin fiebre y con manifestaciones auditivas como dato orientativo, que evolucionan en pocas horas.*

*Es decir, ni los facultativos de urgencias, ni los hematólogos, ni los ORL ni los neurólogos sospecharon con los datos clínicos ni de exploración, ni de exploraciones complementarias los días 22, 23 y mañana del 24 que sufriera una meningoencefalitis. Las sospechas diagnósticas se confirmaron en la RNM, pero a las pocas horas el día 24 se apreció un deterioro clínico de la paciente, ya cuando había sido pautado el antibiótico (ceftriaxona) que replantearon el caso y ya recibiendo esteroides, indicados en el caso de la meningitis neumocócica.*

***Existía un diagnóstico alternativo que motivo que no se prescribiera antibiótico empírico, dada la posible explicación, a los síntomas y a la leucocitosis que presentaba.***

*Los datos de síndrome de respuesta inflamatoria son inespecíficos y pueden aparecer en el curso de patología muy variada, incluyendo cuadros virales que NO responden a antibióticos. En este caso eran dos datos altamente inespecíficos como una frecuencia cardiaca mayor de 90 y una leucocitosis que tenían otras posibles explicaciones.*

***Si se hubiera iniciado el antibiótico en el momento del ingreso, tampoco se puede saber cuál hubiera sido la respuesta posterior.***

*La meningitis bacteriana es una emergencia dado que los casos que no reciben tratamiento tiene una mortalidad del 100% e incluso con tratamiento óptimo la mortalidad es muy elevada. La posibilidad de meningitis bacteriana se sospecha ante la presencia de fiebre, alteración del estado mental, cefaleas y rigidez de nuca. El 99% tiene al menos uno de la tríada clásica de fiebre, rigidez de nuca y alteración del estado mental. **En este caso la alteración del nivel de conciencia se modificó al recuperarse del uso de morfínicos, lo que hizo que no se sospechara, siendo evaluada por múltiples especialistas.***

***El retraso en la administración de antibiótico tiene un impacto negativo. En un estudio retrospectivo de 119 adultos el predictor más importante de muerte fue la ausencia de fiebre al comienzo, Este hecho con el dato de ausencia de rigidez de nuca es una de las causas de retraso en la administración de antibiótico.***

*En un estudio retrospectivo de 269 pacientes con meningitis bacteriana, 3 marcadores clínicos, hipotensión, alteración del estado mental y convulsiones, empeoraban sin la administración de antibiótico precoz y por tanto empeoraban la mortalidad y/o defecto neurológico al alta. **Estos marcadores empeoraban un 15% con el retraso en la administración de antibiótico.***

***En otro estudio prospectivo de 156 paciente con meningitis neumocócica, un retraso en la administración de más de 4 horas tras el ingreso hospitalario fue un factor fuerte e independiente de mortalidad. En un estudio de 119 meningitis bacteriana analizando la mortalidad en relación con el momento de administración de antibiótico el odds ratio ajustado fue 8,4 veces mayor con una diferencia de la administración de más de 6 horas.***

***Es decir: la administración precoz mejora la supervivencia, pero no quiere decir que la administración precoz GARANTICE en modo alguna la misma. Hay una mortalidad importante aun cuando se utilicen los antibióticos correctos. La mortalidad aumenta con la edad, no habiéndose modificado la misma en los periodos de 1998-1999 y 2006-2007, situándose entre el 20-30%.***

*En el caso de la meningitis neumococica además de los antibióticos es necesario el uso de esteroides, lo que en este caso se llevó a cabo desde el principio.*

La perito arroja como conclusiones las siguientes:

1 Dña. [REDACTED] estaba diagnosticada de mieloma múltiple tipo Bence-Jones Kappa positivo ISS3, estadio IIIB de Durie-Salmon de alto riesgo, además de insuficiencia renal crónica por glomerulonefritis mesangial. Había iniciado quimioterapia con respuesta parcial.

2. *En la revisión del Centro de Salud, consta la administración de vacuna gripe anual y vacunas en 2013. No se hace referencia a la administración de vacuna frente a neumococo.*

3. *Tras en diagnóstico de mieloma se debe administrar la vacuna neumococica, que la paciente no recibió, lo que no es correcto.*

4. *La capacidad inmunogenica de la vacuna no es uniforme y no garantiza que la infección neumococica no exista, ni que no condicione mortalidad.*

5. *Cuando es ingresada en el Hospital Virgen de la Arrixaca el día 22 de febrero refería sordera súbita, otalgia y cefalea, además de somnolencia.*

6. *La somnolencia se interpretó en el contexto del uso de mórficos.*

7. *En ningún momento tuvo fiebre. Tenía una frecuencia cardiaca de 100 Ipm. Los días 22, 23 y la mañana del 24 no tenía rigidez de nuca, faltando los síntomas cardinales de sospecha de meningitis.*

8. *Se realizaron múltiples exploraciones complementarias, donde el único dato que sugería infección era la leucocitosis, que también podía explicarse por el uso de corticoides del ciclo de quimioterapia.*

9. *Fue ingresada y valorada por múltiples especialistas: en urgencias, hematólogos, otorrinos y neurólogos, sin existir en ningún momento datos sugestivos de meningitis.*

10. *El foco de infección de ORL se barajó desde el primer momento, iniciando tratamiento con esteroides al valorar la sordera súbita (causas virales), hasta el día 24 donde se evidencia afectación del oído medio cuando se instauraron tratamiento antibiótico.*

11. *El día 24 se objetivo una meningitis neumococica que motivo su ingreso en UCI, a pesar de lo cual evoluciono de forma desfavorable, falleciendo.*

12. *En los pacientes inmunodeprimidos siempre se debe considerar la posibilidad de un cuadro infeccioso, pero en este caso la sordera súbita hizo sospechar un cuadro de origen viral, para lo que los antibióticos no son útiles.*

13. *Se valoró de forma continua a la paciente, iniciando el tratamiento antibiótico el día 24, antes de haber diagnosticado la meningitis neumococica.*

14. *Aun cuando la administración precoz de antibiótico se suele acompañar de un mejor pronóstico, esto no quiere decir que en todos los casos exista respuesta clínica, pudiendo evolucionar de forma desfavorable.*

15. *La mortalidad de la meningitis neumocócica, aunque se reciba el tratamiento precoz y correcto de antibiótico se sitúa entre un 20-30% en las series reportadas.*

La conclusión es:

*La vacuna frente al neumococo estaba claramente indicada desde el momento en el que se diagnóstico del mieloma y no existe constancia de que se administrara. No se puede saber la respuesta a la misma. La atención en urgencias es correcta en función de los datos clínicos referidos, ingresando a la paciente para ver evolución. En caso de haber recibido antibióticos empíricos es difícil saber cuál hubiera sido la evolución, pero su uso NO garantiza ni la curación ni la ausencia de secuelas en ningún caso.*

Su bibliografía era:

*www.uptodate.com, 2018*

1. *Pneumococcal vaccination in adults.*
2. *Immunizations in patients with end-stage renal disease*
3. *Sudden sensorineural hearing loss*
4. *Chronic otitis media, cholesteatoma, and mastoiditis in adults.*
5. *Vestibular schwannoma (acoustic neuroma)*
6. *Initial therapy and prognosis of bacterial meningitis in adults*

Ante tales dispares conclusiones hemos de convenir que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente, no en sus afirmaciones ni en la condición o categoría de sus autores, todos ellos cualificados, sino en su mayor o menor fundamentación y razón de ciencia, en apoyatura correcta de hechos (que resulten probados), debiendo tener, por tanto, como prevalentes, en principio, aquéllas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una superior explicación racional, sobre la base de hechos, que a la postre resulten probados, sin olvidar otros criterios auxiliares como el de la mayoría coincidente o el del alejamiento al interés de las partes.

Entre estos criterios se halla también el de la objetividad del dictamen y no puede olvidarse que los informes periciales no judiciales se caracterizan porque la parte ha podido escoger a un perito de su conveniencia, lo que le puede garantizar un control sobre el resultado en el sentido de que si éste no es favorable puede encomendar un nuevo dictamen a otro perito hasta así obtener uno que sea favorable a su tesis.

Ahondando en la valoración de los dictámenes periciales, son criterios de valoración se ha tener presente que:

1.- El peritaje que responda a las reglas lógicas de validación científica debe ser respetado.

2.- Debe rechazarse la conclusión pericial que presente vicios de arbitrariedad, incoherencia, contradicciones u omisiones manifiestas, que la presenten plenamente ilógica y atentatoria de forma frontal a los elementales principios que rigen los procesos deductivos, emanados de un actuar intelectual, consecuente con el material examinado.

3.- El peritaje puede ser válido aunque sea lacónico (STS 21 de julio de 1999) pero debe contener, en todo caso, una explicitación del método o una motivación del conocimiento que se vierta en él. Por ello, no es válida la conclusión pericial que se construya sin apoyo científico, dando por supuesto el perito el saber técnico y no explicitando su contenido o no exponiendo las razones que le llevan a la afirmación.

4.- No es aceptable la conclusión pericial que no da cuenta de las formas de adveración o del test de comprobación.

5.- La conclusión pericial manifiestamente errónea, que no responda a un enlace preciso con las premisas que la precedan, no puede tomarse en consideración.

También se ha tener presente:

1.- Las cualidades personales del perito, como la competencia profesional y las que hagan presumir su objetividad (STS 31 de marzo de 1997), son el primer presupuesto de un buen dictamen y el primer elemento del análisis judicial.

2.- En la metodología judicial, se incluye, la valoración del procedimiento pericial. Es importante también la claridad y concreción en la descripción del objeto de pericia, en la narración de las operaciones de comprobación llevadas a cabo y en la redacción final del informe pericial.

Además, en cuanto a la prueba pericial ha de recordarse que la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado se ha de apreciar según las reglas de la sana crítica, por ser el módulo valorativo establecido en el art. 348 LEC, que no se encuentran codificadas, entendiéndose por tales las más elementales directrices de la lógica humana, y deberá ser apreciada por los tribunales, no de forma aislada, sino en conjunción con el resto de actividad probatoria practicada en el proceso. Por ello, el juez debe valorar los dictámenes teniendo presente sus máximas de experiencia, cuales son, como dice la jurisprudencia, la lógica interna del informe del experto, su ajuste a la realidad del pleito, la titulación del perito con relación a lo que constituye el objeto de la pericia, la relación entre el resultado de la pericial y los demás medios probatorios obrantes en autos, el detalle y exhaustividad del informe, la metodología o las operaciones practicadas para la obtención de conclusiones, como son la inspección, la extracción de muestras o la realización de análisis y, también, la objetividad del mismo. Y de concurrir varios pueden atender al que se presente más completo, determinante y más objetivo para resolver la contienda, sin perjuicio del necesario juicio de ponderación en la elección entre los diversos dictámenes no concordes practicados.

Además, y como dice la SAP Toledo de 19 de septiembre de 2006 " la prueba por dictamen de peritos no se integra únicamente por el contenido del informe escrito que se aporta a los autos sino que también se compone por lo que el propio perito manifieste en su intervención en la vista en casos como el presente en que sea llamado a la misma, y con ello por las explicaciones que ante las partes y el Juez dé de su informe y por las respuestas, ampliaciones y aclaraciones que ofrezca a preguntas u objeciones de las partes y el tribunal (art. 347 LEC).

Ello trae a colación las deposiciones realizadas en el acto del juicio por los peritos (junto al testigo).

El testigo Dr. [REDACTED] juramentado, declara que se ratifica en su informe, es el jefe de Servicio de Hematología y Hematoterapia del HUVA, la paciente tenía un mieloma múltiple, por ello lo lleva el servicio de hematología, y fue a urgencias por dolor de oídos y la atendió el servicio de ORL, que era su responsabilidad inicial, también la vio el servicio de neurología y nefrología, como ocurre con las enfermedades complejas. El mieloma múltiple es un cáncer de la sangre que mata en los pacientes, la supervivencia mediana depende del pronóstico, de la carga tumoral y cuando es muy alta, como ocurría en la paciente, la supervivencia es inferior a dos o tres años, con pronóstico muy grave. Que no recuerda la fecha del diagnóstico, pero quizá 4/5 meses desde la progresión del mieloma múltiple activo.



Preguntado si al ingresar había signos de meningitis, que no tenía síntomas clínicos de meningitis, que tenía dolor de oído y sordera, por eso la vieron los otorrinos.

Preguntado si había signos de infección, que la infección tiene un síntoma cardinal, que es la fiebre, que la paciente no tenía fiebre, que tenía dolor de cabeza, oído y sordera y no tenía fiebre, se considera el diagnóstico diferencial, pero no era obligado poner antibiótico frente a algo que no se sabe lo que es.

Preguntado si es mala práctica poner antibiótico, que es un problema mundial el poner antibióticos, hay campaña de restricción de antibiótico de amplio espectro para evitar la resistencia bacteriana.

Preguntado sobre frecuencia cardíaca 90 pulsación por minutos y más de 12.000 leucocitos y si es infección u otra cosa, que la infección es por demostración de germen que la provoca, que en ese momento no existía recuperación de germen, que son signos indirectos que pueden estar ocasionados por la patología de la paciente, o su tratamiento, mieloma múltiple, tratada con quimio y esteroides, y la leucocitosis puede ser por los esteroides y la pulsaciones es inespecífico y se explica por la anemia, que es propia del mieloma.

Preguntado si las medidas del 22-2-2016, que fueron adecuadas, hacer la historia, exploraciones y pruebas adecuadas, de alto nivel, TAC según recuerda y se llega a un diagnóstico, llega al diagnóstico y el tratamiento adecuado.

Preguntado sobre el cuadro del 24-2-2016 y si hay clínica diferente, que las enfermedades tienen evolución natural y esa paciente, el curso de la evolución, empieza con aumento de sintomatología neurológica, que le ve el neurólogo, que le ve el TAC y la RMN y ve síntomas de posible afectación meníngea (náuseas, vómitos, rigidez de nuca), cuando aparecen los síntomas se hace la punción lumbar y el líquido y se diagnostica la meningitis neumocócica y se le pone el tratamiento.

Preguntado si influía en el tratamiento los antecedentes médicos patológicos de la Sra. y la clínica, que sin duda, siempre que establecen diagnósticos diferenciales, por enfermedad intercurrente, complicación, tienen en cuenta la enfermedad de base, tenía el mieloma, insuficiencia renal, una anemia, su pronóstico era malo.

Preguntado sobre la prescripción y administración de la vacuna antineumocócica y si es procedente, que claro que es procedente, todas las personas que tienen más de 64 años, con factores de riesgos, inmunodepresión o enfermedades concomitantes y ella entraba en esa población.

Preguntado si en el hospital administran las vacunas, que en los hospitales de 4º escalón no son centro de vacunación, que sean en los CS en medicina primera, en otro escalón, que les sugieren que se vacunen si no lo están vacunada ya. Aconsejan y sugieren, pero no pueden obligar. No les corresponde la vacunación al servicio de hematología, que eso es de asistencia primaria.

Preguntado si por los antecedentes que tenía si puede ser que se administrara con años de antelación, que puede ser.

Preguntado si las vacunas se pueden administrar al margen de la administración pública, que cree que sí.

Preguntado partiendo si tuviese la vacuna es garantía de no contraer la meningitis, que en medicina no existen garantías, pero en este caso concreto tampoco, está protegido para los serotipos para los que la vacuna está fabricada, el neumococo tiene muchos serotipos, tenemos de 13 y 23, pero hay más, si el que ataca no es de esos 23 no se tiene garantía, en pacientes en inmunocomprometidos y esta lo era, la eficacia no es 100%, sino que está muy disminuida y más por su enfermedad, no era garantía para que le protegiera.

Preguntado sobre el tratamiento antibiótico empírico hubiera evitado el fallecimiento, que no está de acuerdo el tratamiento antibiótico empírico se supone que existe, pero puede no existir, que la fiebre es un síntoma capital, si no hay fiebre es menos probable que no haya infección, no imposible, que en un hospital donde se restringe el antibiótico para evitar resistencia, que no es buena practica el poner un tratamiento empírico, porque están tratando de evitar, es una recomendación de la OMS. Cuando empieza la sintomatología, es más indicativa.

A la parte demandante, preguntado si en la nota de ingreso establece como diagnostico una osteomastoiditis que no es infección, es una inflamación.

Preguntado sobre la derivación en meningitis, que con interpretación retroactiva, cuando sabe lo que ha habido una meningoencefalitis por neumococos, que es más fácil saber que fue por una otitis.

Preguntado sobre los signos de infección: leucocitosis y una frecuencia cardiaca de 100 y que también se asocia una aumento de neutrófilos inmaduros o cayados y si es cierto que la leucocitosis asociadas a neutrófilos inmaduros se asocia a infección, que no es cierto, la leucocitosis con neutrófilo no es solo indicativo de infección, que la mayor parte de los leucocitos son neutrófilos pasa en procesos inflamatorios o con los corticoides, que es especialista en el tema.

Preguntado si le sugirieron que se prescribiera la vacuna y donde consta, que se lo sugieren, que no sabe si está o no, y que no se pone todo lo que consta, que también recomiendan ir al baño una vez al día y no ponen en la historia clínica, que se daba por asumido que era paciente de riesgo y tendría la vacuna puesta, que también de gripe y neumococo si no la tiene puesta.

Preguntado qué protección asociada o nivel de protección tiene la vacuna para esta paciente en porcentajes, que es muy variado, que el % de protección es variable, no es lo mismo tener mieloma de baja carga tumoral que de alto riesgo, o tener con tratamiento y se quedan sin célula plasmática o no, es difícil dar una cifra concreta de que tanto % de personas pueden estar protegidas, no protegidas al 100%, siempre frente a los antígenos.

Preguntado si había remisión parcial con la quimioterapia, que sí, es así.

Por último, que no se analizó que tipo de neumococo para ver si estaba protegida, que puede ponerse la vacuna y no ser eficaz, puede ponerse la vacuna y no generar el anticuerpo y ese es el problema del mieloma y no tener en anticuerpo y aunque los tenga, puede que no lo cubra por el tipo de serotipo.

████████████████████, juramentado que se ratifica en su informe, que es Jefe de Servicio de Medicina Interna del Infanta Sofía. Preguntado sobre signos claros de infección al ingreso, que hay que partir de la enfermedad, es una paciente que presentaba inmunosupresión, especial probabilidad de sufrir infecciones, con comportamiento atípico y grave, la presencia de dos factores como la frecuencia cardiaca y el incremento de leucocitos debe alertar que en el contexto de una persona inmunodeprimida debe comenzar un tratamiento antibiótico empírico porque se pone sin saber que pasa, además en el análisis de sangre existe

un aumentado leucocitos tipo neutrófilos jóvenes, llamados en banda o cayados y están asociados a infección y al ser inmunodeprimida justifica el tratamiento antibiótico empírico inicial es muy habitual en medicina hospitalaria y garantiza la eficacia frente al neumococo.

Preguntado que los cayados con leucocitosis no es signo de infección, que no, que viene en los libros, que son altamente sugestivo de infección, es un conocimiento usual de medicina que las formas jóvenes que son indicativo de infección, a diferencia de leucocitos, que no, que la presencia de leucocitos y taquicardia tenía infección en ese momento por ser inmunodeprimida, la cifra de leucocitos solo no.

Que se erró al no aplicar el antibiótico.

Preguntado si por su patología basal era candidata al suministro por la vacuna y sobre la eficacia de la vacuna, que la eficacia de la vacunación frente al neumococo es tan reconocida que forma parte del calendario vacunal infantil y desde las instancia de sanidad y del Ministerio se recomienda vacunar a las personas de más de 65 años, en los pacientes inmunodeprimidos deben recibir una serie de vacunas y entre ellas está la vacunación antineumocócica, doble, con los dos tipos, la antigua y la moderna, los grados de protección son próximos al 90%, que para eso se pone, que el 100% no existe ni en esta ni en ninguna vacuna. La protección que ofrece la combinación de la doble vacunación ofrece protección, que puede haber alguno caso, pero es excepcionalmente previo.

Preguntado sobre quien prescribe las vacunas, que normalmente suele ser el servicio que lo lleva, generalmente el servicio de hematología, otra cosa es que haya concierto con servicio de medicina preventiva con el hospital.

Preguntado que con la vacunación no habría tenido infección grave de neumococo, que no y con el tratamiento antibiótico precoz lo normal sería la supervivencia.

Preguntado si es mala praxis el antibiótico, que no y menos es un paciente inmunodeprimido, que si no es necesario, se quita a las 24 horas.

A la parte demandada, que las vacunas protegen y en combinación en el 90-95% de las especies, son pocas las especies que no se cubren con la vacuna, que la probabilidad que vacunado, hubiera infección y fuera grave sería muy improbable. Que no es necesario conocer el tipo, hay que poner vacunación previa y el tratamiento antibiótico empírico y si después hay en cultivos neumococo y las resistencias se pone en antibiótico e incluso se cambia el que se ha puesto.

Preguntado si vacunado puede no generar el anticuerpo, que la posibilidad es remota cuando se utiliza la doble vacunación, que le puede decir que puede haber pacientes con la vacuna antigua que sufran infección por neumococo y lo que se recomienda es la doble vacunación y se complementa el espectro de las cepas.

Preguntado sobre la vigencia doble, que en 2016 se tenía conocimiento del paciente inmunodeprimido de usar los dos.

Preguntado si sabe que el diagnóstico fue en 2003, que se inició en 2016 el 4º ciclo de tratamiento y era subsidiaria de esta medida, desde el principio la vacuna antigua y no se hizo y es insuficiente y se necesitan los dos. Y no le consta en el expediente que se le aportó.

Preguntado si conoce el sistema de salud preventiva en Murcia, que no. Que no sabe si es lo que sucede en Murcia, que los pacientes inmunodeprimidos se hacen en el servicio o pasa

interconsulta al servicio de medicina interna. Que las vacunaciones las ponen el servicio de medicina preventiva y se administra en hospitalización, que no puede decir en el caso concreto.

██████████ juramentada que se ratifica, que es especialista en medicina interna y neumología. Preguntada sobre el proceso infección cuando ingresa y si debe aplicarse antibiótico que tiene un problema, problemas de audición y sin fiebre, que no tiene datos para iniciar tratamiento antibiótico en ese momento, sí de ingresarla y ver qué pasa, que la imagen que se ve en el escáner, lo que tiene en general no requiere tratamiento antibiótico, pero la leucocitosis obliga una vigilancia, debían ingresar, seguirla y ver qué pasa.

Preguntada si coincide con cada perito, que en la situación clínica del paciente, que lo indicado era tomar cultivos y estar encima, que tenía mórficos, los datos de exploración no sugieren meningitis, no desarrolla fiebre, y la actitud de estar encima y tomar muestras, es prudente, que es la que se hizo.

Preguntada sobre el signo que aconsejaba infección neutrófilos jóvenes o inmaduros, que está recogido en su informe, no se trata de los leucocitos, que se trata a un paciente en un contexto clínico, es un dato más para tener en cuenta pero no obliga a poner antibiótico a nadie.

Preguntada sobre la vacuna, que es adecuada, profiláctica.

Preguntada sobre si lo hace atención primaria y no viene en el informe no vienen datos de la vacuna y en el supuesto que la vacuna estuviera puesta existe garantía que se hubiera evitado la enfermedad, que no, hay dos, la 23 era la que se usaba, hay más de 100 serotipos, hay dos, unas cubren 23 y otras 13, en ese época se usaba la 23, la política de vacunación ha cambiado y esa decisión de cubrir 23 o 13 serotipos vas en relación a los más frecuentes y la capacidad de la vacuna de generar anticuerpos, la 23 genera pocos anticuerpos y menos en pacientes con insuficiencia renal, se puede usar, intentar proteger, pero no garantizar, si se disminuye el riesgo de tener cuadros graves, que sí hace, que es obligación suya, que el 13 se vacunaba a los niños y lo retiraron.

Preguntada sobre el tipo de serotipo, que no se sabe.

No garantiza ninguna protección, pero sí se recomienda, por cuestiones estadística, parece que disminuye cuadros graves, pero no afecta a la mortalidad.

Preguntada que la atención hospitalaria cuando acude la Sra. son adecuadas y pertinentes, que es valorada en urgencias, hematología, neumología, ORL, que se está encima de la paciente, se hace escáner, resonancia, le toman constante y a la vista que evoluciona y supera el resultado le ponen antibiótico, que es una ciencia de medios, no resultados y están acuerdo de todos los que la ve de no iniciar tratamiento antibiótico empírico y se plantea que el cuadro es viral, no se inicia el antibiótico y se vigila, que es correcto.

Preguntada que el mieloma múltiple y limitación de vida, que la mortalidad es muy alta si es que se puede decir de curación, con el trasplante de medula se incrementa, pero tenía mórficos, insuficiencia renal, la esperanza es limitada.

A la parte demandante; preguntada sobre el dato de leucocitosis más de 17.000 asociados a un dato de más de 500 neutrófilos jóvenes en el contexto de paciente inmunodeprimida hacía pensar en proceso infeccioso, que no está de acuerdo, que le han dado quimioterapia, corticoides y hay que ver cómo funcionan, no sabe si es viral o bacteriano y la ingresa y la sigue.

Preguntada si es proceso infeccioso y dar antibióticos, que cuando se valora que si piensa que el cuadro es viral no debes poner antibiótico, que le siguen los neurólogos, que la siguen y la evalúan y no ven cuadro neurológico que obligue a poner antibiótico, que venían la paciente, que podía ser otra causa y por eso no pautaron el tratamiento antibiótico, que le pusieron corticoides, que los cuadros de otitis no están indicados el tratamiento antibiótico.

Que la valoraron adecuadamente y constante, y tomaron la decisión de cómo estaba, que lo hicieron bien.

Si fuera así le habría puesto antibióticos todos desde el principio, que se valora a la paciente.

Se debiera haber prescrito la vacuna. No consta que se le administraba, que se debía y que habérsela administrado no garantiza resultado sobre todo en el dato de la mortalidad.

Que sabe el grado de protección de la vacuna, que esa época, en España no está protocolizado poner las dos. Lee datos con insuficiencia renal. Que dice los datos separados, que es la información que se recoge.

Después de un análisis en conciencia de dicha prueba y examinada la documentación médica aportada por la parte, se analizarán separadamente cada hecho controvertido, partiendo que cada perito ha ofrecido una necesaria explicación médica sobre determinados aspectos conceptuales para encuadrar el supuesto de hecho y con ello comprender el contenido de sus informes, apoyados en bibliografía científica y protocolo, siendo que no se discrepa de la situación basal de la Sra. Josefa, sus enfermedades previas y la actuación realizada a nivel médico en el HUVA.

#### En cuanto al tratamiento antibiótico empírico.

El [REDACTED] indica en sus consideraciones médico legales que la Sra. Josefa era una paciente inmunodeprimida debido tanto al mieloma estadio IIIB que presentaba como al tratamiento quimioterápico que recibía para el mismo. A esto se añade que además presentaba insuficiencia renal.

Ambos peritos parecen estar de acuerdo que en situación de inmunodepresión que presentaba un especial riesgo en la Sra. Josefa, siendo que en relación con el tratamiento antibiótico empírico el [REDACTED] indicaba que [REDACTED] *además ingreso por cefalea y una otalgia con otitis media presentando en la analítica una intensa leucocitosis con presencia elevada de neutrófilos inmaduros en sangre periférica que es propio de los procesos infecciosos. Que al cumplir al menos dos criterios del síndrome de respuesta inflamatoria sistémica (frecuencia cardíaca superior a 90 l.p.m y más de 12.000 leucocitos) se debió sospechar su presencia y en un inmunodeprimido, como lo era la paciente, que presentaba una sepsis. Que por ello se debió buscar un posible foco infeccioso e iniciar el tratamiento empírico con antibióticos el día 22 de febrero y no consta se prescribiese hasta el 24 de Febrero. Que en el tratamiento de la sepsis el pronóstico depende de la precocidad de instauración del tratamiento antibiótico. Que si el tratamiento antibiótico se hubiera prescrito sin la demora de dos días se hubiera evitado el fallecimiento de la paciente.*

Esta interpretación pericial no se puede acoger como verdad absoluta por cuanto que ha quedado debidamente refutado por la perito [REDACTED], Jefe de Hematología, que trató a la Sra. Josefa, que ha indicado que es especialista en la materia cuestionada y que, efectivamente, sobre la base de la sintomatología que presentaba la Sra. Josefa en su ingreso hospitalario, el Dr [REDACTED], desde una visión retroactiva y a sabiendas del desenlace final, como todos los dictámenes periciales, atiende a dos parámetros:

leucocitosis (con alto nivel de cayados) y frecuencia cardíaca, para derivar la consecuencia que existía proceso infeccioso y con él, al estar inmunodeprimida, de la necesidad de tratamiento antibiótico empírico, pero prescinde de la situación basal de la [REDACTED], que en su informe omite, no tanto dicha situación, sino la alternativa explicación, para descartarla, de la justificación asistencial recibida. La Sra. [REDACTED] tratada de un ciclo de quimioterapia, con morfínicos, con corticoides, el testigo y la perito [REDACTED] han indicado la circunstancia influente de tales cuestiones en el nivel de leucocitos que explicarían dichos niveles. Se ha reconocido la existencia de la otitis, pero esta reducción no simplista, pero sí extrema del perito Dr. [REDACTED] prescinde de la clínica de la Sra. [REDACTED] que tenía otitis, diagnosticada, que no tenía signos meníngeos, que no tenía fiebre y que las infecciones pueden ser provocadas por virus, que no se tratan con antibióticos. Dichas explicaciones plausibles, omitidas y no consideradas por el Dr. [REDACTED], únicamente observando dos parámetros de forma aislada, y un protocolo de Albacete (respecto del cual, se desconoce fecha de elaboración, vigencia, ámbito de aplicación temporal y espacial, si es doctrina científica comúnmente admitida por todos los profesionales médicos de todo el país u hospitales o no) sin ponerlos en relación con el tratamiento que la Sra. venía recibiendo y recibió en el HUVA, donde fue tratada por el servicio de hematología, neurología, nefrología y otorrinolaringología, donde se le realizaron exploraciones y pruebas diagnósticas, ello determina que no se acojan dichas conclusiones por parciales, siendo además que el Dr. [REDACTED] ha sido perspicuo en indicar que el HUVA, conforme recomendaciones de la OMS, limita el uso de antibióticos en orden a la erradicación de las bacterias resistentes. El Dr. [REDACTED] afirma con rotundidad que de haber suministrado el antibiótico se habría evitado el fallecimiento, en clara alusión que todo tratamiento médico tiene una fiabilidad absoluta, pero ello se confronta con la realidad, y que dicha afirmación carece no tanto de razón de ciencia, sino de un adecuado soporte fáctico y científico que permita realizar tal aseveración, máxime cuando la [REDACTED] fue tratada con antibiótico el día 24 de febrero, lo que supone afirmar que por “retraso” de dos días en el tratamiento antibiótico ello desencadenó el óbito, lo que la [REDACTED] refuta en su informe, partiendo del carácter falible de la medicina y que la meningitis bacteriana (que a la postre se averiguó que era la sufrida por la Sra. Josefa), sin tratamiento, tiene mortalidad del 100%, pero aun con tratamiento, tiene una elevada mortalidad, por lo que no se acierta a averiguar la justificación médica para indicar que con el tratamiento antibiótico con dos días de antelación se habría evitado el óbito. Ha sido la [REDACTED] la que en su informe refuta dicha conclusión con datos científicos, basados en estudios y sobre dicha base queda claro que una administración precoz de antibióticos mejora la supervivencia, pero no quiere decir que garantice la misma, máxime si dicha afirmación está huérfana de estudios o de refrendo alguno más allá de la propia aseveración del perito que lo emite.

El [REDACTED], que ha declarado como testigo, predicándose una declaración lógica, coherente y sin contradicción alguna, y con la razón de ciencia propia de su profesión y con conocimiento del caso, por haber tratado a la [REDACTED] y preguntado por los signos de infección ha sido categórico en afirmar que no es cierta la afirmación del perito [REDACTED] sobre la leucocitosis y afirmó que la leucocitosis con neutrófilo no es solo indicativo de infección, que la mayor parte de los leucocitos son neutrófilos pasa en procesos inflamatorios o con los corticoides, que es especialista en el tema, lo que implica que ante dicha situación, los médicos que atendieron a la [REDACTED] tenían una situación basal, enmarcada en una concreta clínica de la paciente, que no presentaba fiebre, que tenía insuficiencia renal, un mieloma, tratada recientemente con quimioterapia, con corticoides y por ello, dicho resultados clínicos encontraban una justificación médica, una justificación científica y ello implica que aun cuando había cierto abanico de posibilidades en función de la consideración más o menos conservadora de cada médico en el uso de antibióticos, el tener un diagnóstico alternativo que justificaba los síntomas de la [REDACTED] (diagnóstico a su vez continuamente ratificado), que justificaba la clínica de la paciente, que justificaba el resultado del análisis, ello implica que desde la perspectiva del HUVA, donde varios profesionales médicos, decidieron no prescribir

tratamiento antibiótico empírico, dicha decisión no se considere que vulnere, con los parámetros jurisprudencialmente exigido la *lex artis ad hoc*.

sEn cuanto a la vacuna.

Ambos informes periciales informan de las dos presentaciones vacunales existentes, la clásica vacuna neumocócica polisacárida tricosavalente (VNP23) y la nueva vacuna neumocócica conjugada tridecavalente (VNC13), de la que la [REDACTED] arroja sus nombres, Pneumovax 23 y Prevenar 13. Ambos relacionan las vacunas, analizando que la ventaja de la nueva es su mejor inmunogenicidad, siendo sus principales inconvenientes el elevado coste y la baja cobertura de serotipos en comparación con la VNP23. El informe de la [REDACTED] es más profuso en cuanto a las consideraciones médicas de la vacuna. No pasa desapercibido que por la situación médica de la Sra. Josefa se le debía haber prescrito la vacuna, esto es una conclusión por ambos peritos admitida y a la vista de la historia clínica de la Sra. Josefa de su centro de salud, tanto la aportada en la demanda, cuanto por mor de la diligencia final, no consta prescripción ni suministro de dicha vacuna, sí de la gripe por el contrario. Este hecho sí supone una desviación de la *lex artis* del servicio murciano de salud. La parte demandada pretende desviar la atención en cuanto al concreto servicio que debía prescribir la vacuna, el [REDACTED] desconoce el concreto funcionamiento en tal materia del servicio murciano de salud, pero lo cierto es que la demanda enraíza dicha omisión en el centro de salud, quien es de ordinario, y ello es notorio, el que, en los servicios públicos, prescribe y suministra las vacunas, conforme calendario vacunal, ora sea infantil ora sea de adultos. Resulta indiferente qué servicio debía indicar la vacunación, si el servicio de hematología, donde no consta, o el servicio del centro de salud, en cuyo historial de la [REDACTED] se constaba que era conocedor de la patología que sufría la misma, por lo que la omisión, con independencia de la autoría de la misma o quién debía prescribirla, suministrarla o cómo debía coordinarse el médico de atención primaria por el especialista del HUCA, pero lo cierto es que la Sra. Josefa debía estar vacunada y no lo estaba ni dicha vacuna figura prescrita en modo alguno en toda la documentación médico de la finada.

La siguiente cuestión a analizar es si de haber estado vacunada la [REDACTED] se habría evitado el óbito. Se evidencia el futurible, la hipótesis, el desconocimiento de hasta qué punto la [REDACTED], con mieloma, de edad avanzada, con insuficiencia renal, con la vacuna recomendada en la época, habría evitado, minimizado o superado la fatal meningitis, máxime si, como ha indicado el [REDACTED], por su especial enfermedad, existía menos posibilidad de generar anticuerpos y por el hecho que se desconoce del serotipo que afectó a la Sra. Josefa (lo que no ha de ser constitutivo de óbice alguno por cuanto que dicha omisión, salvable mediante autopsia clínica o pertinente análisis, únicamente resultaría achacable al hospital, cuya actuación se cuestiona), siendo especialmente prolijo en cuanto a datos el informe de la [REDACTED], a diferencia del [REDACTED], donde se esbozan diferentes estadísticas y estudios.

Aquí entra la teoría de la pérdida de oportunidad en la valoración del daño por cuanto que la relación de causalidad entre la omisión de la vacuna y el fatal desenlace está quebrada por lo argumentado al caer en el campo de la hipótesis en cuanto a la eficacia de la vacuna y ello por cuanto que el reproche civil se fundamenta en la no prescripción de la vacuna con la consiguiente pérdida de oportunidad, pero ello no se puede afirmar, por no existir prueba en tal sentido, que con la vacuna se habría en todo caso evitado la enfermedad.

Como se ha expuesto la doctrina de la pérdida oportunidad es de creación jurisprudencial, y goza de plena aplicación a injustificadas omisiones tanto en la fase de diagnóstico clínico (errores y/o retraso de diagnóstico) o preoperatorio o ya en la fase de tratamiento, por injustificadas omisiones de medios personales y/o materiales de que se disponga por cuanto que el resultado dañoso sufrido por el paciente no es consecuencia directa de la actuación de los médicos, pero tampoco éstos resultan ajenos a dicho desenlace, como es el caso. No existe certeza, sobre la base del informe pericial de la [REDACTED] (dado que el Dr. Gómez Cerezo nada indica en este sentido, sino únicamente arroja conclusiones nuevamente

carentes de suficiente apoyatura científica, pues el [REDACTED], sin más referencia que su mera afirmación, parte de la consideración de la total y plena eficacia de la vacunación, conclusión que está convenientemente refutada, con un profundo estudio por la [REDACTED] y por la propia afirmación del [REDACTED] que en el caso concreto, atendiendo a la patología de la [REDACTED] que no parece tener en cuenta el Dr. [REDACTED], tenía menos posibilidades de generar anticuerpos, no solo por razón de edad, como indica la Dra [REDACTED] sino por razón de su enfermedad basal y por la presencia de insuficiencia renal, datos todos ellos que el perito Dr. [REDACTED] omite, silencia y con ello, resta a su informe por falta de completud, sin tener presente las características del caso concreto) que de haberse vacunado la [REDACTED] se habría evitado el desarrollo de la enfermedad y, correlativamente, el óbito de la [REDACTED].

Estamos pues en zona probabilista, que es suficiente, pues la [REDACTED] con la vacuna, tenía probabilidad positiva a su favor, en tal sentido, pág. 8 del informe de la perito Dra., pero no certeza ni siquiera alta probabilidad, por cuanto que junto con la menor eficacia por razón de la edad coadyuvaba de forma negativa, pues en pacientes con insuficiencia renal crónica (como en el caso), un 83% de los casos mostraban en la cuarta semana anticuerpos insuficientes.

Para que pueda ser apreciada la doctrina de la pérdida de oportunidad se requiere que de lo actuado se deduzca una situación relevante, bien de la actuación médica, que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo, bien de otros extremos, como pueda ser una sintomatología evidente indicativa de que se actuó mal, incorrectamente o con omisión de medios.

Esta doctrina se aplica en aquellos supuestos en los que no se puede aseverar con absoluta rotundidad o certeza que los riesgos de sufrimiento innecesario, muerte o secuelas graves e irreversibles podrían haberse evitado de existir una actuación diligente (acorde a la *lex artis*) o más adecuada al estado de la ciencia. Pero en los que, a su vez, sí puede afirmarse, con cierta probabilidad o probabilidad cualificada, que supera un umbral de suficiencia, que se ha privado al perjudicado de posibilidades, expectativas u oportunidades efectivas de éxito, tras la intervención o acto médico practicado; o bien que se le ha privado de la posibilidad de que el resultado final hubiese sido distinto, menos perjudicial y/o más favorable. Esta privación de expectativas constituye, según la STS de 7 de julio de 2008, «un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia, aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones Sanitarias. Como dice la sentencia, los ciudadanos tienen derecho a que no se produzca una falta de servicio».

La teoría de la pérdida de oportunidad pivota en torno a dos cuestiones: la determinación de la antijuridicidad de la conducta y la cuantía indemnizatoria.

Lo que se indemniza es la pérdida de oportunidad de haber obtenido un tratamiento más adecuado en tiempo derivado de la haber existido vulneración de la *lex artis*, esto es, se valora que con un tratamiento plenamente adecuado a la *lex artis* se hubiera producido un resultado final distinto y/o más favorable para el paciente, lo que en sí mismo un daño, siendo en el presente caso la desviación de la *lex artis* la omisión de la vacuna.

Por ello, la indemnización no alcanza al daño final sufrido por el paciente. Así la indemnización se cuantifica, partiendo del resultado lesivo al que la actuación médica no resulta ajena y modulando a la posibilidad de que no de no haber sufrido la omisión en la vacuna, que es la desviación de la *lex artis*, otro podría haber sido el resultado.

Establecida la aplicación de esta doctrina resta la cuantificación del daño de la pérdida de oportunidad que, como se ha avanzado, gira en torno al daño final, modulado por su pérdida de oportunidad, que fundamenta la necesidad de un cálculo de probabilidades, escueto, por el siempre manido recurso de que la medicina no es una ciencia exacta. Lo que resulta perspicuo



es que a mayor probabilidad de que la conducta diligente habría evitado el resultado dañoso más es la probabilidad de la oportunidad perdida y con ella mayor indemnización.

Por ello, partiendo de la edad de la paciente, la patología que sufría y eficacia estimada de la vacunación sobre la base de los datos del informe de la Dra. Carreño, se considera ajustada una pérdida de un 25% respecto al resultado final de fallecimiento.

La parte demandante aboga por la aplicación de las normas contenidas en la Ley 35/2015 en la valoración del daño corporal, debiendo tener presente que en esta tipología de procedimiento, así como aquellos otros en los que se derive responsabilidad de un hecho que no sea derivación de responsabilidad derivada de un accidente circulación, la aplicación de la normativa de valoración es de naturaleza orientativa con la finalidad de introducir criterios de objetividad en la determinación del "quantum" indemnizatorio, en esa siempre difícil traducción a términos económicos del sufrimiento causado, no solo constituye el instrumento más adecuado para procurar una satisfacción pecuniaria de las víctimas, sino que viene a procurar al sistema de unos criterios técnicos de valoración, dotándole de una seguridad y garantía para las partes mayor que la que deriva del simple arbitrio judicial; pero sin que pueda invocarse como de obligado y exacto cumplimiento.

Conforme el Anexo Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Tablas. INDEMNIZACIONES POR CAUSA DE MUERTE TABLA 1.A .Perjuicio personal básico, punto 3, procedería 20.000 € por hijo, por lo que operando el porcentaje del 25%, procede 5.000 € por cada uno de los hijos, sin que resulten aplicables las restantes cuantías de la tabla 1.B como restantes peticiones indemnizatorias por cuanto que como se ha argumentado únicamente se indemniza el daño derivado de la pérdida de oportunidad y no resultado final lesivo a nivel moral y patrimonial de los familiares de la finada.

**QUINTO.-** En cuanto a la aplicación de los intereses, es doctrina reiterada del TS que si bien de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.8º LCS , la existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, y le exonera del recargo en qué consisten los intereses de demora, en la apreciación de esta causa de exoneración el TS se ha mantenido constante en ofrecer una interpretación restrictiva en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados.

En atención a esa jurisprudencia, si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para que la oposición de la aseguradora se valore como justificada a efectos de no imponerle intereses ha de examinarse la fundamentación de la misma, los hechos probados en Sentencia y de las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica para integrar los presupuestos de la norma aplicada, siendo que la mera existencia de un proceso, el mero hecho de acudir al mismo constituya causa que justifique por sí el retraso, o permita presumir la razonabilidad de la oposición.

El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar.

Señala la STS de 19 de mayo 2011, que, pese a la casuística existente sobre esta materia, *«viene siendo criterio constante en la jurisprudencia no considerar causa justificada para no pagar el hecho de acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa, ya sea por negarla completamente o por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas ( STS 12 de julio de 2010 y STS de 17 de diciembre de 2010)».*

En el presente caso, existe un procedimiento, con ardua prueba pericial, con estimación parcial de la demanda, lo que consuma la circunstancia fáctica precisa para no considerar existente mora meritoria de los especiales intereses del art 20 LCS, por lo que procede los intereses legales de los arts. 1101 y 1108 CC desde la interpelación judicial.

**SEXTO.-** En materia de costas, el art 394 LEC establece que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Dada cuenta la estimación parcial de la demanda, cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por [REDACTED] [REDACTED] debo condenar y condeno a **MAPFRE ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. a que abonen a las demandantes la cantidad total de 20.000 €** con los intereses legales de los arts 1101 y 1108 CC desde la interpelación judicial.

Cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad.

Contra la presente resolución pueden las partes interponer, en el plazo de veinte días y ante este mismo Juzgado, recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid conforme al artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurso deberá interponerse previa constitución de depósito de 50 euros en la cuenta del expediente correspondiente al procedimiento en que se haya dictado la resolución objeto de recurso, debiendo especificar en el campo concepto que se trata de un “Recurso” seguido del código y tipo de recurso de que se trate, sin cuyo requisito no se admitirá el recurso (Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su modificación introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre), así como la tasa en el caso de personas jurídicas.

Se advierte a las partes que, a fin de respetar la suspensión de plazos aún vigente, y garantizar la plenitud de derechos y posibilidad de recurso, la notificación se entenderá hecha el día siguiente a aquél en que se publique en el BOE la finalización del estado de alarma o alternativamente, el levantamiento general de los plazos procesales.

Todo ello, a los efectos de recurrir la resolución, presentar escritos en relación a ésta, o computar cualquier plazo derivado de la misma.

Se advierte a las partes que, a fin de respetar la suspensión de plazos aún vigente, y garantizar la plenitud de derechos y posibilidad de recurso, la notificación se entenderá hecha el día siguiente a aquél en que se publique en el BOE la finalización del estado de alarma o alternativamente, el levantamiento general de los plazos procesales.

Todo ello, a los efectos de recurrir la resolución, presentar escritos en relación a ésta, o computar cualquier plazo derivado de la misma.

Así por ésta, mi Sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

**Publicación.-** En el mismo día de su fecha, y una vez firmada por la Magistrada que la ha dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

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