



Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33009750

NIG:

Procedimiento Ordinario 1030/2022

Demandante: D./Dña.

y otros 3

PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA

Demandado: COMUNIDAD DE MADRID

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

SOCIÉTÉ HOSPITALIERE D'ASSURANCES MUTUELLES

PROCURADOR D./Dña.

SENTENCIA N° 150 / 2025

Ilmos. Sres. :

Presidenta : Doña María del Camino Vázquez Castellanos

Magistrados : Doña Francisca María Rosas Carrión
Don Rafael Botella y García Lastra
Doña Guillermina Yanguas Montero.

En la Villa de Madrid el día veinte de febrero del año dos mil veinticinco.

V I S T O S por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba reseñados, integrantes de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid los presentes autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 1030-2022**, seguidos a instancia de la Sra. Procurador de los Tribunales D^a Paloma Solera Lama en nombre de y

y bajo la dirección del Sr. Letrado D. Carlos Sardinero García, contra la Orden del Sr. Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de fecha 23 de septiembre de 2022 por la que se desestimó el recurso de reposición contra la resolución anterior de fecha 28 de marzo de 2022 de la misma autoridad que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los anteriores en fecha 12 de noviembre de 2020 por el fallecimiento de su madre y hermana, que atribuyen a un retraso asistencial del SUMMA 112.

Ha sido parte demandada la **COMUNIDAD DE MADRID** representada y asistida por el Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos, y en calidad de codemandada **RELYENS MUTUAL INSURANCE** (antes denominada **SOCIÉTÉ HOSPITALAIRE D'ASSURANCES MUTUELLES SUCURSAL EN ESPAÑA**) representada por el Sr. Procurador de los



Tribunales D.

bajo la dirección del Letrado Sr. D.

en base a los siguientes

ANTECEDENTES de HECHO

PRIMERO: El pasado día 17 de noviembre de 2022 la Sra. Procurador de los Tribunales D^a Paloma Solera Lama, actuando en representación de D. y Doña y de D. D^a y D^a compareció ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid interponiendo recurso contencioso-administrativo contra la Orden del Sr. Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de fecha 23 de septiembre de 2022 por la que se desestimó el recurso de reposición contra la resolución anterior de fecha 28 de marzo de 2022 de la misma autoridad que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los anteriores en fecha 12 de noviembre de 2020 por el fallecimiento de su madre y hermana, D^a que atribuían a un retraso asistencial del SUMMA 112.

SEGUNDO: Tras subsanarse los defectos procesales inicialmente detectados, mediante decreto de fecha 12 de diciembre de 2022 se admitió el recurso a trámite disponiéndose recabar el expediente con la finalidad de que la representación de los actores pudiera deducir en tiempo y forma la demanda.

TERCERO: El expediente se recibió en la Secretaría de esta Sección el 10 de enero de 2023 y, por resolución de la misma fecha se acordó hacer entrega del mismo a la representación de los actores para que pudieran formular demanda.

CUARTO: Mediante escrito fechado el 6 de febrero siguiente, la representación de los actores formularon demanda, en la cual, tras alegar lo que a su derecho convino, terminaba suplicando lo que parcialmente se transcribe

«... [se dicte] *Sentencia por la que anule y deje sin efecto la resolución recurrida y, en su lugar, declare la Responsabilidad de la demandada y la condene a indemnizar al demandante en la cuantía de SETENTA Y CUATRO MIL TREINTA Y OCHO EUROS CON CINCUENTA Y SEIS CÉNTIMOS (74.038,56 €), más intereses, por los daños y perjuicios sufridos, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.*».

QUINTO: Mediante resolución de fecha 8 de febrero de 2023 se dispuso tener por formulada la demanda, acordándose dar traslado a la representación de la Comunidad de Madrid para que contestase la misma, lo que hizo mediante escrito fechado el 23 de febrero de 2023, en el que interesaba se *“tuviese por contestada la demanda”*.

SEXTO: Por resolución de fecha 27 de febrero siguiente se dispuso dar traslado a la representación de la codemandada, entonces denominada Societé Hospitaliere D'Assurances Mutuelles (SHAM), la misma, mediante escrito fechado el 3 de marzo de 2023, interesó se ampliase el expediente a determinados particulares, así como que se emplazase al organismo autónomo dependiente de la Comunidad Madrid 112. A tales peticiones se accedió mediante resolución de fecha 10 de marzo siguiente. Realizado el emplazamiento solicitado y recibido el complemento del expediente, mediante diligencia de fecha 29 de marzo siguiente se

acordó conferir nuevamente traslado a la representación de la codemandada SHAM para que, en el plazo que le restaba, pudiera contestar a la demanda, lo que verificó mediante escrito fechado el 25 de abril de 2023 en el que, tras alegar lo que a su derecho convino, terminaba suplicando lo que parcialmente se transcribe

«[...] *se dicte en su día sentencia en la que se acuerde:*

- a) *Desestimar íntegramente la demanda, con costas.*
- b) *En cualquier caso, absolver a SHAM dado que los recurrentes no han solicitado la condena de la aseguradora. Además, se debe considerar y, en su caso, aplicar la franquicia de 15.000 euros.»*

SEPTIMO: Mediante decreto de fecha 26 de abril de 2023 se fijó la cuantía del procedimiento en la suma de 74.038,56 € (setenta y cuatro mil treinta y ocho euros con cincuenta y seis céntimos de euro), y, por auto de fecha 28 de abril siguiente se acordó lo necesario para el recibimiento del pleito a prueba, rechazando alguna de las documentales interesadas por la representación de la codemandada. Frente a dicha resolución la representación de SHAM interpuso contra el mismo recurso de reposición, que fue estimado en parte mediante auto de fecha 7 de junio de 2023, disponiéndose recabar del SUMMA 112 los documentos que se habían interesado en la proposición de prueba referidos a dicho organismo.

OCTAVO: Practicadas las pruebas declaradas pertinentes mediante los autos de 28 de abril y 7 de junio de 2023, mediante diligencia de ordenación de fecha 20 de octubre de 2023, se declaró, conforme al art. 60.4 de la LJC-A, abriéndose el trámite de conclusiones sucintas, habiéndose por las partes las propias.

y **NOVENO:** Mediante diligencia de ordenación de fecha 21 de diciembre de 2023 se acordó dejar las actuaciones pendientes de señalamiento para deliberación y fallo, que fue, mediante resolución de fecha 6 de febrero pasado se fijó para el siguiente 19 de febrero de 2025, fecha en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Botella y García-Lastra, quien expresa el parecer de la Sección.

A los anteriores son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS de DERECHO

PRIMERO: La representación procesal de D. _____ y Doña _____ y de D. _____ y D^a _____ formulan el presente recurso contencioso-administrativo contra la Orden del Sr. Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de fecha 23 de septiembre de 2022 por la que se desestimó el recurso de reposición contra la resolución anterior de fecha 28 de marzo de 2022 de la misma autoridad que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los anteriores en fecha 12 de noviembre de 2020 por el fallecimiento de su madre y hermana, respectivamente, D^a _____ que atribuían a un retraso asistencial del SUMMA 112.

La pretensión de los actores la hemos dejado expresada en el antecedente 4º de esta resolución, con lo que, a lo ahí expresado nos remitimos ahora.

SEGUNDO: En la demanda, la representación de los actores, nos relata como los mismos son hijos y hermanos de la difunta de 72 años de edad cuando ocurrieron los hechos que son objeto de este procedimiento, al fallecer el 17 de noviembre de 2019.

Expresan que ese día, su madre y hermana, cuando se encontraba en el domicilio de sus hijos en Madrid, sufrió un ataque al corazón. A las **17:28** horas el hijo de la recurrente, llamó al 112, comunicando la gravedad de la situación, y solicitando el envío de una UVI móvil, como quiera que su hija, es enfermera, la misma inició maniobras de reanimación con su madre. El comunicante de emergencias recibe la llamada a las 17:28:46, dándose aviso a SUMMA 112 a las 17:30, si bien no se indicó la urgencia vital de la situación. A las **17:30:36** horas, la Gestora de emergencias comunica con SUMMA 112 indicándose que no se tiene el audio de la llamada, aunque se ha emitido telemáticamente el parte de incidencia para su gestión. En dicho parte se remiten los datos de dirección, teléfono por si los sanitarios considerasen necesario comunicarse.

Como quiera que a las **17:32** horas no llegaba la ambulancia, se realiza una segunda llamada al 112, esta vez desde el teléfono móvil de su hijo una vez comprobada la dirección de la enferma se informa que ya se ha dado traslado al SUMMA del suceso.

A las **17:35** horas, vuelve a la llamar por tercera vez al 112, reiterándose por la operadora que el servicio estaba avisado, sin embargo, nadie acudió. En conversación con un médico del SUMA se indica que coloquen a la enferma en posición lateral y que la ambulancia estaba ya llegando.

Nuevamente, a las **17:49** realizan la cuarta llamada, sin que hayan aparecido los servicios médicos, continuando la hija realizando maniobras de masaje cardíaco, habiéndose, a partir de ese momento excedido el tiempo máximo de actuación del SUMMA según sus propios protocolos.

Se quejan de que, incluso después de cuatro llamadas, no se les informó que el recurso iba con retraso, y, además, tampoco se indicó que podían hacer uso de un desfibrilador, sin indicárseles dónde había uno de estos dispositivos próximo a su domicilio para poder usarlo, extremo que consideran importante, toda vez que cerca de su domicilio en la estación de Metro de San Bernardo hay uno de estos dispositivos que podía haberse usado para salvar a la paciente. Igualmente, muy próximo al domicilio de los hijos de Dª está el parque de Bomberos de la Calle de San Bernardo, el hijo de la paciente incluso bajó a ver si llegaba la ambulancia llamó desde ahí, podía haber dado aviso a los bomberos.

Considera que si el SUMMA sabía que no iba llegar a tiempo debía de haberse indicado que buscasen un desfibrilador para una vez obtenido usarlo con las indicaciones de los profesionales, a las 17:49 todavía seguía respirando la madre de y Considera que si se hubiese aplicado un desfibrilador a los cinco minutos tras la parada cardiorrespiratoria las expectativas de supervivencia de Dª habrían aumentado mucho.

A las **18:01** horas, esto es treinta y un minutos más tarde de la primera llamada, llegan la ambulancia y hasta que no se obtiene el número del DNI de D^a no comienzan a prestar asistencia a la misma, entubándosela, realizándosela una exploración física y se tomaron sus constantes vitales constatándose la inexistencia de pulso y respiración espontánea, así como que la piel estaba cianótica.

Señala que, una vez colocado el electro cardiograma el primer ritmo observado fue el de fibrilación ventricular, por lo que se le hicieron seis desfibrilaciones pasando a una situación de actividad eléctrica sin pulso, se sospechó entonces de un posible tromboembolismo pulmonar por lo que se realizó fibrinólisis intravenosa y maniobras de reanimación cardiopulmonar avanzada. Una hora después se trasladó a la paciente al Hospital Clínico de San Carlos donde se reseña que a las 19:06 ingresa cadáver. No obstante en dicho hospital se le hace una gasometría venosa a las 19:08, lo cual, a su juicio, resulta contradictorio si, como se dice, había ya fallecido la madre y hermana de los recurrentes.

Considera, además, que la actuación de la Administración en el procedimiento ha sido defensiva, toda vez que se le han negado los informes que solicitaban, tanto por el SUMMA que no ha entregado las grabaciones de las llamadas efectuadas, como por parte del HCSC (Hospital de San Carlos) que no ha enviado los informes y documentación solicitada.

Considera que el informe de la Inspección Médica, que es el fundamento de la resolución recurrida, señala que a la llegada del SUMMA la paciente presentaba parada cardiorrespiratoria y fibrilación ventricular, circunstancias ante las que había que actuar con extrema prontitud, pues en caso contrario, se produce la muerte del paciente o un deterioro de las funciones cerebrales. La UVI llegó treinta y tres minutos más tarde, de la primera llamada y se valoró el traslado al centro hospitalario 1 hora después de la llamada. Se refiere a las conclusiones del informe del perito Dr. cuyas conclusiones son las siguientes:

«PRIMERA. *Por todo lo anterior, consideramos que ha existido un retraso evidente en el tiempo entre la llamada alertando de la existencia de una PCR domiciliaria y la llegada del Equipo de Emergencia del SUMMA 112, correspondiendo a una demora de 29 minutos.*

SEGUNDA. *El tiempo de llegada excedió a los tiempos medios recogidos en los estudios OHSCAR 1 y OHSCAR 2, correspondientes a las Comunidades Autónomas de nuestro país y que se situaron como media entre los 12 y 13 minutos, existiendo un porcentaje del 23% en que el Equipo llegó en los 8 minutos de la alerta (tiempo recomendado) en la actuación ante una PCR.*

TERCERA. *Que el tiempo transcurrido de 29 minutos en llegar al domicilio de la paciente, lo consideramos fuera de los estándares de calidad de un Servicio de Emergencias y que este espacio de tiempo contribuyó al deterioro del paciente, llegando a una situación clínica de APNEA y sin pulso con una actividad eléctrica en el Electrocardiograma no desfibrilable.*

CUARTA. *Que, a pesar de los esfuerzos de los familiares, en especial de la hija de profesión Enfermera, en mantener activa la cadena de supervivencia, no fue posible revertir la PCR de su madre ni con la ayuda del Equipo del SUMMA 112 después de esperar más de 30 minutos realizando una RCP a su madre.*

QUINTA. *Que el retraso asistencial originó una pérdida de oportunidad en cuanto a la mejora del pronóstico de la PCR si el tiempo de alarma-llegada se adaptara a los tiempos estándar antes comentados.»*

Considera por todo ello que hay un daño resarcible y que los recurrentes deben ser indemnizados, proponiendo una indemnización, calculada de acuerdo con la Ley 35/2015 en un total 74038,56 €, que desglosa en las sumas de 21.096,73 para cada uno de los hijos y 15.922,55 para cada uno de los dos hermanos.

En orden a la fundamentación jurídica de la reclamación considera que la Administración sanitaria debe de responder por que los servicios sanitarios del SUMMA 112 llegaron con un retraso injustificado que atribuyen a la descoordinación entre Emergencias 112 y el SUMMA. El hecho que todas las unidades del SUMMA estuviesen atendiendo otros avisos no impedía que se hubiese turnado el aviso al SAMUR (servicio municipal) quien podía haberle atendido, resultando además que el tiempo medio de respuesta del SAMUR es de 7 minutos y 12 segundos.

Considera, además, que no se informó a los recurrentes de la posibilidad de utilizar un desfibrilador, lo cual hubiera mejorado las expectativas de la difunta D^a

Igualmente creen que existió un retraso injustificado de los servicios de emergencia, pues el SUMMA 112 tiene unos tiempos estimados de 15+5 minutos, y en el caso de la madre y hermana de los recurrentes se tardaron 33 minutos, y, en cualquier caso, la decisión de trasladar a la paciente al centro hospitalario fue de más de una hora. Considera por tanto que existe una demora asistencial patente.

A su juicio existe un nexo causal entre la demora y el fallecimiento de la madre y hermana de los recurrentes, toda vez que los tiempos de espera superaron los establecidos en los protocolos del SUMMA 112, que establecen una demora máxima de 20 minutos. No es posible que se diga que la primera llamada no se pudo redireccionar al SUMMA, lo cual considera que no es cierto toda vez que se transmitió el aviso al SUMMA a las 17:32, y, en cualquier caso, la segunda llamada efectuada a las 17:32, fue perfectamente recibida, lo que en cualquier caso excedía del tiempo de respuesta del servicio sanitario.

Considera, por todo ello, que ha existido una pérdida de oportunidad, de modo tal, que de haberse ofrecido una asistencia pronta y urgente a la difunta D^a hubieran mejorado pues las paradas cardiorrespiratorias son consideradas patologías tiempo-dependientes, entendiendo como tales aquellas en las que el retraso diagnóstico o terapéutico influye negativamente en la evolución y el pronóstico del proceso. Es decir, que la ventana terapéutica disponible es de escasos minutos y que requiere una actuación inmediata y protocolizada.

TERCERO: La representación de la Comunidad de Madrid se limita en su contestación a transcribir lo que expresa a partir del fundamento 4º el acto recurrido de fecha 28 de marzo de 2022.

CUARTO: La representación de SHAM comienza destacando que no es posible la condena de la codemandada, toda vez que la misma no ha sido demandado. Tras ello analiza la reclamación de los actores, señalando que si el recurso del SUMMA llegó unos minutos

más tarde de lo establecido en los protocolos se debió a que no existían recursos disponibles, por lo que considera que el daño no sería antijurídico, pues la Administración no está obligada a tener unos medios ilimitados, considerando, además, que el pronóstico de la madre y hermana de los recurrentes era de extrema gravedad desde el inicio y su fallecimiento era inevitable. Además, considera que el planteamiento de los recurrentes es contradictorio, toda vez que parten de la premisa de la existencia de una pérdida de oportunidad y recaman el 100% de lo que correspondería sin tener en cuenta las posibilidades de supervivencia que es lo que se indemniza en los supuestos de pérdida de oportunidad, y, finalmente, en cualquier caso, SHAM tiene concertada con la Comunidad de Madrid una franquicia de 15.000 €, que sería aplicable al caso de autos.

Tras lo cual, primeramente, hace una consideración sobre la base fáctica del procedimiento, refiriéndose a las llamadas efectuadas al SUMMA 112.

Señala como D^a tenía, el día de los hechos (17 de noviembre de 2019) 72 años. Ese día estaba en el domicilio de sus hijos en la Calle acompañada de estos y su marido. Su hija es enfermera. Por la tarde, D^a sufrió un episodio de pérdida de conciencia dándose aviso por los familiares al SUMMA 112, detallando la cronología de las llamadas:

A las **17:33** se recibe la primera llamada en el Centro Coordinador de Urgencias, que se atiende por un operador, pero, al ser transferida al médico regulador la comunicación se corta.

A las **17:34** al haberse colgado la comunicación anterior se llama desde el Centro al domicilio de los recurrentes no siendo posible dicha comunicación. A las **17:36** se recibe la segunda llamada que se recibe en el Centro. El aviso entra a través del 061 por el TAS (Terminal de Atención y Seguimiento), ante el tipo de emergencia médica informada por los alertantes el sistema informático procede de inmediato a la asignación de una UVI móvil, sosteniendo que es desde este momento cuando empieza a computarse el tiempo de reacción de la UVI.

A las **17:38** desde el Centro Coordinador se devuelve la llamada al alertante. A las **17:39** el alertante establece contacto con el médico, según la transcripción de las llamadas, el familiar refiere que la paciente sigue respirando. La llamada se cuelga, y se intenta comunicar nuevamente pero no resulta posible. En la llamada de las 17:38 se indica a los comunicantes que pellizquen a la paciente para que reaccione, respondiendo los familiares que respira, se le indica que la coloquen en posición lateral de seguridad, e indican los familiares que está “echando sangre por la boca” solo se dice por los familiares que la paciente es una gran fumadora sin que se indique la existencia de patologías o tratamientos previos.

A las **17:44** se produce una nueva llamada desde el domicilio alertando que la paciente ha entrado en parada cardiorrespiratoria, pues hasta ese momento la paciente estaba sin consciencia pero respiraba. La hija de la paciente, que es enfermera, inicia las maniobras de reanimación básica. Antes de ese momento no era posible la aplicación de un desfibrilador dado que este recurso solo se ha de usar cuando el paciente ha entrado en parada cardiorrespiratoria.

A las **17:49** los alertantes se ponen en contacto con el médico de sala, refiriendo el alertante que la paciente continua inconsciente y que no responde a los estímulos dolorosos, refiriendo sangrado por la cavidad oral, pero que presentaba actividad respiratoria, el facultativo indica que coloquen a la paciente en posición de seguridad (decúbito lateral).

A las **18:01** llega la UVI móvil al domicilio con lo que, sostiene, se han tardado 25 minutos desde la activación, se encuentra a la paciente inconsciente y en parada cardiorrespiratoria. Según un familiar ha presentado un “ronquido” y posteriormente ha perdido el conocimiento sin respiración. Se inician entonces maniobras de RCP avanzada, realizándose varias descargas del desfibrilador (hasta 6 descargas) presentando paciente ritmo de “actividad eléctrica sin pulso” por la que se decide realizar fibrinólisis. Se decide traslado al Hospital Clínico de San Carlos de Madrid, con diagnóstico de Fibrilación Ventricular y Parada Cardio-Respiratoria (asistolia). A la llegada de los efectivos del SUMMA 112 D^a se encontraba en asistolia, con vía aérea correctamente aislada, midriasis bilateral arreactiva, con el cardiocompresor. Se realiza gasometría venosa en la que se observa importante acidosis metabólico-láctica con pH menor de 7, HCO₃ incalculable y lactato 11mmol/dl. Debido a la reanimación tan prolongada (más de 1 hora en total) sin haber recuperado circulación espontánea se decide no continuar con maniobras de RCP a las 19.08 horas.

Analiza en segundo lugar los recursos que a las 17:36 estaban disponibles el día 17 de noviembre, para lo que se refiere al informe emitido por el SUMMA 112 en el que se expresa como ese día y a esa hora no había recursos avanzados óptimos para atender a D^a reseñando la actividad de las unidades y los servicios que realizaban. Señalando como los protocolos del SUMMA 112 establecen un tiempo para la atención de urgencias de 15+5 minutos, que obedece a la limitación de medios materiales y humanos que tiene el servicio.

Se refiere, a su vez, a la eventual utilización de un desfibrilador, señalando que, dado que la hija de la paciente es enfermera, debía de conocer la posibilidad de utilizar el desfibrilador, y, en su caso haber ido a buscar uno, en cualquier caso, en los protocolos del SUMMA 112 no está contemplada la posibilidad de utilizar desfibriladores que no se encuentran en el lugar en que el paciente ha padecido el ataque cardíaco.

Se refiere, a su vez, a la praxis médica, impugnando el informe aportado por la actora, del Dr. que es especialista en medicina interna. Considerando como más acertadas las conclusiones de la Inspección Médica y las del informe pericial que aporta del Dr. especialista en medicina familiar y comunitaria, de los cuales deduce la inexistencia nexo de causalidad entre la actuación del SUMMA 112 y el daño reclamado dada la extrema gravedad de la paciente.

La Inspección Médica señala como conclusiones lo siguiente:

«Por lo anteriormente expuesto se puede concluir que si bien la UVI llegó algún minuto después de lo que se establece en el SUMMA112 (15+5 minutos) no existe nexo causal entre dicho hecho y el fallecimiento de la paciente dada la gravedad extrema del cuadro clínico (desde los primeros minutos) que presentaba la misma y que originó una muerte súbita cardíaca.»

A su vez se refiere a las conclusiones del perito Dr. que se transcribe:

que expresa lo

«V.- CONCLUSIONES GENERALES

- × *La paciente sufre Parada Cardio-Respiratoria secundaria probablemente a factores de riesgo cardio-vascular de los que no se disponen más información tras la valoración inicial.*
- × *El manejo de la PCR por parte del SUMMA112 es acorde a los protocolos de Soporte Vital Avanzado utilizando todos los medios posibles para la recuperación de la circulación espontánea.*
- × *El diagnóstico de presunción por la presencia de los datos clínicos que presentaba la paciente es el correcto e indicado.*
- × *El tiempo de llegada a domicilio por parte del equipo SUMMA112 es el menor posible y a pesar de dar un tiempo estimado o “tiempo medio” la realidad es que este depende de muchos factores externos al propio SUMMA112.*
- × *No podemos conocer con exactitud si el fatal desenlace de la paciente hubiese sido diferente en el caso que el tiempo desde aviso hasta la primera llamada hubiese sido menor, aunque siempre se desea que este sea el menor y estadísticamente esté ligado a una mayor supervivencia de los casos.*

VI.- CONCLUSIÓN FINAL

Actuación acorde a lex artis por parte del servicio SUMMA112, acorde a la clínica que presentaba la paciente Dña. ».

Igualmente, en este orden de razonamientos, señala que la petición indemnización que se hace es la del total de la indemnización, conforme al baremo de la Ley 35/2015, con lo que si se reclama “por pérdida de oportunidad” habrá que indemnizar por el importe de la misma. Estima que se puede cifrar la misma, ateniéndose a lo que diga el informe de valoración del daño corporal que aportará, en un 25% con lo que la indemnización total no puede exceder, para los 4 reclamantes, de la suma de 18.509,54.

Y, finalmente se refiere a la franquicia de 15.000 € que consta en la póliza que aporta que sostiene que se le tiene que aplicar.

En orden a la fundamentación jurídica, tras referirse a la oponibilidad frente a los actores de la franquicia, considera que no existe relación de causalidad entre el fallecimiento de la paciente y la actuación del SUMMA 112 que fue en todo momento adecuada a la lex artis. Al lado de esto considera que los medios de la Administración no son ilimitados, de lo que deduce que el resultado nunca sería antijurídico, citando diversa jurisprudencia al respecto, de la que concluye es que a la Administración sanitaria le es exigible disponer del “estándar de funcionamiento del servicio”, considera que, en el caso de D^a en el momento en que ocurrieron los hechos todos los recursos avanzados (tipo UVI o VIR móvil) estaban siendo usados en otros servicios.

Analiza la doctrina de la pérdida de oportunidad, señalando que la aplicación de esta doctrina lleva implícita una reducción proporcional de la indemnización que correspondería fijar acorde con las posibilidades de curación de la paciente. Concluyendo que, dada la gravedad del ataque cardíaco sufrido por la paciente, no existe pérdida de oportunidad ni, en consecuencia, nexo de causalidad entre el retraso en la asistencia imputada al SUMMA 112 y el daño reclamado.

QUINTO: Conviene recordar ahora que el artículo 106.2 de la Constitución Española proclama la responsabilidad patrimonial de la Administración, al disponer que:

"Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

En concordancia con la norma constitucional el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, disponía:

"Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

El artículo 32.1 y 2 y el artículo 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, vigente en el momento de prestación de la asistencia sanitaria objeto de este proceso, disponen, a su vez:

"Artículo 32. Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

.../...

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

"Artículo 34. Indemnización.

1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

.../...

2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.

3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado".

La doctrina jurisprudencial en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2012 y de 29 de julio de 2013, exige para que la misma se produzca que concurran los siguientes requisitos:

1º.- Un hecho imputable a la Administración, bastando con acreditar que el daño se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público.

2º.- Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar.

El daño o perjuicio patrimonial ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2011, con cita de la de 1 de julio de 2009, declara que "no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa". Y añade que, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007, "la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido". Finalmente, insiste en que "es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo , 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995 , 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)".

3º.- Relación de causalidad entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido.

Se ha de señalar que el concepto de relación causal se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, como presupuesto o "*conditio sine qua non*", esto es, como acto o hecho sin el cual es

inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del anterior, aunque es necesario además que resulte normalmente idóneo para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso, hasta alcanzar la categoría de causa adecuada, eficiente y verdadera del daño (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1998 y de 16 de febrero de 1999, entre otras).

4º.- Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del caso fortuito, supuesto este que sí impone la obligación de indemnizar.

5º.- Que el derecho a reclamar no haya prescrito, lo que acontece al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, si bien, en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, dicho plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, cuestión que hemos analizado en el fundamento anterior.

También es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que esa responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, dado que no es posible constituir a la Administración en aseguradora universal (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2011 y 14 de noviembre de 2011, entre otras).

SEXTO: En interpretación de esta normativa en asuntos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de asistencia sanitaria, la doctrina jurisprudencial -por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008- tiene declarado que

"(...) el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no impide que para su exigencia, como señala la sentencia de 7 de febrero de 2006, sea imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. A tal efecto, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración (Ss. 14-10-2003 y 13-11-1997). La concepción del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que se mantiene por la parte recurrente no se corresponde con la indicada doctrina de esta Sala y la que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, según la cual: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar" (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30- 10-2003)".

Se ha de precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la "*lex artis*" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud

o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico - sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, con cita de la de 22 de diciembre de 2001-.

En este sentido, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012 se declaraba:

"(...) debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004, con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año).

Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la lex artis (...)"

También la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 (recurso de casación nº 2099/2013) declaraba que:

"...no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente ", por lo que " si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis , no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido" ya que " la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados".

SEPTIMO: Lo primero que ha de hacer la Sala es fijar la secuencia cronológica de los hechos, y determinar cuándo se produjeron las llamadas de los familiares de la difunta D^a

No compartimos, en absoluto el relato de hechos que hace la codemandada, no podemos considerar que solo a las 17:36 empieza el plazo de reacción de los servicios

sanitarios. En cualquier caso, si aceptásemos esta hipótesis la ambulancia, que llegó a las 18:01 habría llegado 25 minutos desde la llamada, y el propio SUMMA fija su tiempo de reacción en 15+5 minutos, con lo que se habría producido un retraso de seis minutos. Ese retraso, todos los peritos lo dicen es relevante en un caso como el de la actora. Pero es que, si examinamos el expediente administrativo vemos que esa llamada de las 17:36 no es la primera que se había producido por los familiares de la paciente, sino que es la primera que se produce desde el teléfono móvil del hijo de la paciente. Tal extremo está acreditado con la factura del teléfono de este que obra al folio 62 del expediente. Sin embargo, aun cuando la resolución recurrida y el informe de la inspección desdeñan este dato, antes, en concreto a las 17:28:46 del día 17 de noviembre de 2019, se produce una primera llamada desde el número fijo de teléfono del domicilio (vid folio 108 ea), dicha llamada, como las posteriores hasta las 17:36 no está transcrita, sin embargo, tras afirmarse que “se cortó” la comunicación si se afirma que se abre un expediente por inconsciencia en el domicilio de los hijos de la difunta D^a. El gestor de emergencias dice haber intentado diversas comunicaciones con el número fijo que dieron un resultado infructuoso, pero, a las **17:30: 36** se comunica al SUMMA 112 los datos del comunicante (domicilio, teléfono y “tipificación”), por si los servicios sanitarios precisasen contactar.

Es obvio, al menos a la Sala así se lo parece, que la gestora del 061, consideró que, pese a no tener el audio del comunicante, era necesario desplazar un operativo para atender a D^a al domicilio, con lo que, en la mejor de las hipótesis la **Sala considera que el plazo para contar el tiempo de respuesta del servicio sanitario empieza a las 17:30:36**, con lo que, a la llegada de la ambulancia al lugar donde estaba la paciente habían transcurrido, al menos 29 minutos, y, si, como se insiste, el plazo de respuesta es de 20 minutos, la ambulancia llegó como poco, nueve minutos tarde, lo que a nuestro juicio es un retraso relevante en la asistencia de un paciente en parada cardio respiratoria, pues, ambos peritos han puesto de relieve que el pronóstico del paciente en esta situación empeora a lo largo del tiempo, de modo que, a mayor retraso en el abordaje de la dolencia el pronóstico empeora exponencialmente.

Dicho esto, si examinamos el listado de efectivos del SUMMA 112 que obra a los folios (folios 72 y 73 ea) vemos que, en efecto, en el mismo se reseña como la totalidad de los efectivos estaban atendiendo otros incidentes, sin embargo, y a nuestro juicio esto es absolutamente relevante, en ningún lugar de dicho informe se dice cuando se desplazaron al lugar donde se encontraban los operativos del SUMMA, siendo necesario saber, lo que no se indica en tal lugar, si a las 17:30: 36 del 17 de noviembre había algún operativo libre, lo que, pese al informe del SUMMA que obra al folio 71 y ss del expediente, no podemos dar por acreditado.

Consideramos así que existe una relación causal entre el retraso y el fallecimiento de la paciente, sin que consideremos acreditado que se haya demostrado que a las 17:30: 36 del 17 de noviembre no existieran operativos libres, con lo que los dos argumentos basales que justifican, tanto la oposición de la Administración y de la codemandada, la inexistencia de nexo causal, y la no antijuridicidad del resultado no han quedado demostrados.

En este orden de razonamientos, tanto el Perito Dr. _____ como el perito de la codemandada Dr. _____ nos ponen de relieve lo irreal del alegato que hace la

actora sobre el eventual uso de un desfibrilador. En cualquier caso, solo en el momento en que la paciente entró en parada cardiorrespiratoria, esto es, a partir de las 17:44 horas era posible la utilización de tal dispositivo, aun cuando, minutos después, a las 17:49 los familiares de la difunta D^a refirieron que la misma respiraba, aun cuando no podemos pronunciarnos sobre el hecho de que no lo había dejado de hacer, o, por que las maniobras de reanimación que había iniciado la recurrente D^a habían empezado a dar resultado. Lo cierto es que, como ya apuntó el Magistrado ponente en la ratificación de los peritos, no resulta imaginable que una persona acuda a una estación de Metro indicando que su madre se encuentra en parada cardiorrespiratoria y los empleados del Metro le dejen sacar el dispositivo de las instalaciones del medio de transporte. El perito Dr. nos ha explicado que es posible la utilización de un desfibrilador cuando este se encuentra en el mismo lugar que el paciente. Además, consideramos que era necesario que, mientras D^a realizaba las maniobras de reanimación de su madre, para lo que estaba especialmente capacitada por ser enfermera, su hermano, D. estuviese al tanto del teléfono comunicándose con los servicios sanitarios.

OCTAVO: Dicho esto, a la Sala le parece que ha quedado demostrada una pérdida de oportunidad, de difícil cuantificación, pero relevante. **Es sumamente probable que si la Unidad de Soporte Avanzado hubiese llegado a las 17:50, la situación de parada cardiorrespiratoria de D^a hubiera sido reversible**, pues la asistolia, esto es la detención del ritmo cardiaco hubiera podido ser recuperada.

Como sabemos que la responsabilidad patrimonial, en ocasiones, puede ser exigible a título de *pérdida de la oportunidad*, para ello interesa también citar la doctrina declarada, entre muchas otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero y de 3 de diciembre de 2012, en las que, remitiéndose a la de 27 de septiembre de 2011 que, a su vez, se refería a otras anteriores, se recuerda que aquella definía la doctrina citada en los siguientes términos:

" Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009:

"La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3^a del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente". (FD 7º)".

Con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011 y de 22 de mayo de 2012, la dictada en fecha de 20 de marzo de 2018 insiste en la doctrina de la pérdida de la oportunidad desde la óptica de la incertidumbre *"acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil*

concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo".

En similar sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016 reitera que la doctrina de la pérdida de la oportunidad "exige que concurra un supuesto estricto de incertidumbre causal, esto es una probabilidad causal seria, no desdeñable, de que un comportamiento distinto en la actuación sanitaria no solo era exigible, sino que podría haber determinado, razonablemente, un desenlace distinto", esa circunstancia consideramos que concurre en el caso de autos pues la no intervención hasta un momento muy tardío de colecistectomía privó al paciente de una posibilidad, bien es verdad que muy baja, de mejores expectativas, pese al mal pronóstico de su dolencia.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008 se refería a la doctrina de la pérdida de la oportunidad por retraso en dispensar al paciente, en las mejores condiciones posibles, el tratamiento que necesitaba, lo que le privó de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud; en ella se declaraba que

«(...) esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la "pérdida de oportunidad" [sentencias de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01, FJ2 °) y 26 de junio de 2008 , ya citada, FJ6°], constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una "falta de servicio"».

En la de 12 de julio de 2007, tras declarar el Tribunal Supremo que hubo un error de diagnóstico producido por evidente mala praxis, al no haberse valorado adecuadamente al paciente en función de los síntomas y signos que presentaba, se añade que

" Al no diagnosticarse en forma, por esa mala praxis médica, la crisis que sufría el marido de la recurrente, remitiéndole a su domicilio sin un tratamiento adecuado, con independencia de cuáles hubiesen sido los resultados finales de ese tratamiento, se le generó la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual es imposible médicamente saber, como dice el informe de la médico forense, si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado".

En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2007 se entiende que, en estos casos, es a la Administración a la que incumbe probar que, en su caso y con independencia del tratamiento seguido, se hubiese producido el daño finalmente ocasionado por ser de todo punto inevitable. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008 insistió en que " acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública médica y se traslada al afectado la carga de un hecho de demostración imposible... Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la *"facilidad de la prueba"*, aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas".

Todo ello nos lleva a la conjetura en relación con los llamados cursos o nexos causales no verificables, siendo significativa la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 18 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8530) al declarar que: ***“basta la certidumbre manifiesta de que el conjunto de circunstancias han repercutido en el daño sufrido para estimar responsabilidad”***, pues bien, en nuestro existe un pronóstico de probabilidad (tal y como alude la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo Cfr. Sentencia de 16 de enero de 2012) de que de haber llegado antes la Unidad de Soporte Avanzado, en el plazo en que estaba previsto que llegase, esto es no mucho más tarde de las 17:50 horas, esto es 20 minutos más tarde de la llamada del operador al SUMMA a las 17:30:36, la situación de la recurrente hubiera sido reversible. Ambos peritos coinciden en esta valoración. El Perito D. (vid folio 369 vto) nos dice:

“si un individuo es cardiovertido en 1 a 2 minutos desde el inicio de la FV, la supervivencia es de aproximadamente un 80%. Sin embargo, la tasa de supervivencia disminuye rápidamente a un 25% si la desfibrilación se lleva a cabo después de 5 min, al 10% después de 10 y tan sólo al 5% si se realiza pasados 15 min del inicio.”

El primer episodio de cese de respiración de la paciente se produjo a las 17:44, con lo que, si consideramos que el tiempo de respuesta óptimo, según los protocolos del SUMMA era de 20 minutos, y, como hemos dicho la Unidad de Soporte debería de haber llegado aproximadamente a las 17:50, la paciente tenía un no desdeñable pronóstico del 25% de supervivencia, lo cual, efectivamente habrá de ser tenido en cuenta a la hora de fijar la indemnización para los actores, que, desde ahora anticipamos resulta procedente.

NOVENO: Antes de resolver la cuestión de la cuantificación de la indemnización tenemos que referirnos a las cuestiones planteadas por la codemandada sobre la imposibilidad de ser condenada y la oponibilidad frente a terceros de la franquicia con el SERMAS.

Los términos en que se ha formulado la falta de legitimación pasiva de SHAM no sugieren propiamente un supuesto de falta de *“legitimitio ad processum”*, sino de falta de *“legitimitio ad causam”*, pues lo que realmente se discute no es la existencia de un obstáculo a la válida constitución de la relación jurídico procesal, sino el alcance de la cobertura de la póliza de seguro concertada con la Administración demandada.

La cuestión de la oponibilidad a terceros de las franquicias pactadas en las pólizas de seguro de responsabilidad civil ha sido abordada, entre otras, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de enero 2022, recurso número 4/2019, al declarar:

“1.- Para seguir un orden lógico en la resolución de las cuestiones planteadas en el motivo de casación, debe analizarse en primer lugar, la alegación relativa a la inmunidad de la acción directa ejercitada en la demanda.

En relación con esta inmunidad del tercero, la jurisprudencia se ha planteado el problema de las denominadas excepciones impropias, es decir, las referidas a hechos relacionados con el contenido del contrato de seguro suscrito entre la compañía de seguros y el tomador, que producen daños en un tercero y quedan excluidos en la póliza o no se aseguran con las características con las que se produjo. En una interpretación puramente literal del art. 76 LCS, como la que propugna el recurrente, parecería que estas excepciones tampoco serían oponibles al perjudicado, porque solo se podrían oponer las excepciones personales que tenga la compañía de seguros contra el perjudicado y

la negligencia de éste como causa del siniestro. No obstante, esta interpretación ha sido matizada por nuestra jurisprudencia.

La sentencia 40/2009, de 23 de abril, reproducida por la sentencia 484/2018, de 11 de septiembre, si bien reconoce que la acción directa es inmune a las excepciones personales que el asegurador puede oponer frente al asegurado, también sostiene que se pueden oponer las denominadas en la sentencia "excepciones impropias", que define como "aquellos hechos impositivos objetivos, que deriven de la ley o de la voluntad de las partes", es decir, [...] "aquellas condiciones establecidas en el contrato y relativas a su contenido, que [el asegurador] podría haber opuesto frente a su asegurado en el caso de que éste fuera quien hubiese reclamado".

Según la misma sentencia, estas excepciones son admisibles porque "la acción directa del art. 76 LCS tiene su fundamento en el propio contrato por lo que su contenido puede hacerse valer frente al asegurado y así, en el seguro de responsabilidad civil, la regla general es que la obligación del asegurador viene determinada frente a terceros por la cobertura del asegurado".

Y la sentencia de pleno 321/2019, de 5 de junio, resumió el estado de la jurisprudencia al declarar:

" La inmunidad de la acción directa a las excepciones que el asegurador tenga contra su asegurado significa que no puede oponer las excepciones personales ni las derivadas de la conducta del asegurado, como por ejemplo el dolo, pero sí las excepciones objetivas, tales como la definición del riesgo, el alcance de la cobertura y, en general, todos los hechos impositivos objetivos que deriven de la ley o de la voluntad de las partes del contrato de seguro (STS 200/2015, de 17 de abril, con cita de las de 26 de noviembre de 2006 , 8 de marzo de 2007 y 23 de abril de 2009).

" En particular, "la delimitación del riesgo efectuada en el contrato resulta oponible [...] al tercero perjudicado, no como una excepción en sentido propio, sino como consecuencia de la ausencia de un hecho constitutivo del derecho de aquel sujeto frente al asegurador. Ese derecho podrá haber nacido frente al asegurado en cuanto causante del daño, pero el asegurador no será responsable, porque su cobertura respecto al asegurado contra el nacimiento de la obligación de indemnizar sólo se extiende a los hechos previstos en el contrato. En tales casos, queda excluida la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato" (STS 730/2018, de 20 de diciembre, que cita las sentencias 1166/2004, de 25 de noviembre; 268/2007, de 8 de marzo; 40/2009, de 23 de abril; 200/2015, de 17 de abril; y 484/2018, de 11 de septiembre)".

Se está en el caso de que, con el escrito de contestación a la demanda, la aseguradora aportó la póliza número 163678 concertada con el Servicio Madrileño de Salud (vid folios 282 y ss de los autos)

Entre las condiciones particulares de la Sección II -contrato de aseguramiento del riesgo de responsabilidad patrimonial y civil profesional, según el pliego de Prescripciones Técnicas,(folio 307 vto autos) - aparece la siguiente cláusula relativa a la franquicia:

" Toda indemnización y gasto que corresponda en un siniestro de la Sección II del presente contrato, se le deducirá la cantidad de 15.000 € o el límite que se adjudique finalmente, que irá a cargo del SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD hasta una franquicia agregada anual de 3.000.000 €.

Consumida esta franquicia máxima anual asumida por el SERMAS el Asegurador indemnizará todo siniestro sin aplicación de franquicia alguna.

Para el cálculo de agotamiento de la franquicia se tendrá en cuenta toda indemnización o gasto abonada por el SERMAS y las reservas constituidas por la Aseguradora.

Trimestralmente se realizará un cálculo provisional y, en definitivo, al finalizar el periodo de seguro anual.

Cada periodo anual del contrato tendrá las cuentas provisionales de ajuste de franquicia y una revisión final al vencimiento del contrato, en los tres meses siguientes"

Por lo tanto, en principio, la aseguradora podría oponer frente al actor la precitada franquicia general de 15.000.

Pero este no es exactamente el caso, por cuanto que la aplicación de la franquicia está condicionada a que no se haya consumido la franquicia máxima agregada anual de 3.000.000 euros, y la aseguradora nada ha acreditado, ni siquiera alegado, acerca de ese consumo.

Al ignorarse todo dato sobre las indemnizaciones o gastos abonados por el SERMAS, no es posible aventurar ningún cálculo sobre el estado de consumo de la franquicia máxima anual que la asegurada debe asumir, por lo que no es procedente reconocer en esta sentencia la aplicación de la franquicia al caso de autos, ni imponer su pago a cargo del Servicio Madrileño de Salud, ya que no es posible concluir que, en el supuesto que nos ocupa, la aseguradora puede ampararse en la franquicia, lo que impide apreciar la excepción material de falta de legitimación pasiva parcial, sin que tampoco pueda acogerse la excepción de que la entidad aseguradora no ha sido demandada pues ha sido ella la que ha decidido comparecer y personarse en este procedimiento.

Este es el criterio que sigue esta Sala, y, valgan como ejemplos nuestras sentencias de fechas 25 de abril de 2024 (Rec. 36/2023) y 14 de septiembre de 2023 (Rec. 626/2021), y la más reciente de fecha 16 de enero de 2025 (Rec. 450/2022), entre otras muchas.

DECIMO: Como hemos dicho nos encontramos ante un supuesto de pérdida de oportunidad, que se basa en la probabilidad de que otra asistencia sanitaria podría haber evitado el resultado lesivo o haber minorado, es la determinación de la probabilidad la que debe servir de guía para determinar la indemnización. Como se declara en la sentencia de 6 de abril de 2015 (RCAs 1508/2013), es necesario "*valorar el grado de probabilidad de que la actuación omitida hubiera producido un efecto beneficioso, así como el grado, entidad o alcance de éste mismo*" (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de julio de 2012, RCAs 6787/2010)." Y en la sentencia de 3 de octubre de 2010 (RCAs 440/2009), se parte de que en los supuestos de pérdida de oportunidad no procede la indemnización "*por la totalidad del daño sufrido*", como piden los actores, pues la suma de 74.038,56 €, se correspondería a lo que correspondería en total, para hijos y hermanos de la fallecida, si esta hubiera tenido un 100% de posibilidades de supervivencia, sino que la misma ha de establecerse "*en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad...*" También hace referencia a ese "*grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo*" la sentencia de 3 de julio de 2012 (recurso de casación 6787/2010).

Pues bien, la suma de 74.038,56 se corresponde con el 100%, con lo aplicando el 25% de posibilidad de supervivencia el montante total a indemnizar a los recurrentes sería de

18.509,54 €, de los que la suma de 5.124,18 €, sería para cada uno de los hijos, D.
y D^a y, para sus tíos D.
la suma de 3.998,13 € para cada uno de ellos.

DECIMOPRIMERO: A las cantidades anteriormente establecidas, por un total de 18.244,34 € que hemos fijado en el fundamento anterior de esta sentencia, habrán de añadirse los intereses legales desde la fecha de notificación de la presente resolución, sin que procedan otros mecanismos de actualización, toda vez que consideramos que la indemnización anterior ha sido fijada como una deuda de valor, que lleva a fijar la cuantía de la deuda ya actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño (por todas, sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de fecha 21 de abril de 1998, dictada en el RCAs 7223 de 1993); procedimiento, ese, que parece especialmente adecuado en un caso como el de autos, en que la cantidad no ha sido determinada hasta sentencia y nunca ha sido líquida ni liquidable, criterio que igualmente hemos acogido en numerosas sentencias de esta Sala y Sección.

Todo lo anterior nos lleva a la estimación parcial del presente recurso formulado por la Sra. Procurador de los Tribunales D^a Paloma Solera Lama, actuando en representación de D. y Doña y de D. y D^a

contra la Orden del Sr. Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de fecha 23 de septiembre de 2022 por la que se desestimó el recurso de reposición contra la resolución anterior de fecha 28 de marzo de 2022 de la misma autoridad que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los anteriores en fecha 12 de noviembre de 2020 por el fallecimiento de su madre y hermana, D^a resoluciones que anulamos por no ser conformes a derecho, fijando las siguientes indemnizaciones a favor de los recurrentes, a favor de D. y D^a

la suma de **CINCO MIL CIENTO VEINTICUATRO EUROS con DIECIOCHO CÉNTIMOS de EURO** (5.124,18 €) para cada uno de ellos, y, a favor de D. y D^a la suma de **TRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA y OCHO EUROS con TRECE CÉNTIMOS de EURO** (3.998,13 €) cantidades a la que habrán de añadirse el interés legal del dinero desde la fecha de notificación de esta sentencia hasta su completo pago.

y **DECIMOSEGUNDO:** Tratándose de una estimación parcial no ha lugar a efectuar pronunciamiento en orden a las costas causadas en esta instancia, de conformidad con el art.139 de la LJCA.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, por la potestad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

PRIMERO: Que **DEBEMOS ESTIMAR** y **EN PARTE ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo formulado por la Sra. Procurador de los Tribunales D^a

Paloma Solera Lama en representación de D. y D^a
y de D. y D^a contra la
Orden del Sr. Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de fecha 23 de
septiembre de 2022 por la que se desestimó el recurso de reposición contra la
resolución anterior de fecha 28 de marzo de 2022 de la misma autoridad que desestimó
la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los anteriores en fecha
12 de noviembre de 2020 por el fallecimiento de su madre y hermana, D^a
resoluciones que anulamos por no ser conformes a derecho, fijando las
siguientes indemnizaciones a favor de los recurrentes, a favor de D.
y D^a la suma de CINCO MIL CIENTO
VEINTICUATRO EUROS con DIECIOCHO CÉNTIMOS de EURO (5.124,18 €) para
cada uno de ellos , y, a favor de D. y D^a
la suma de TRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA y
OCHO EUROS con TRECE CÉNTIMOS de EURO (3.998,13 €) para cada uno de
ellos, cantidades a la que habrán de añadirse el interés legal del dinero desde la fecha
de notificación de esta sentencia hasta su completo pago.

SEGUNDO: No hacemos pronunciamiento en orden a las costas causadas en
esta instancia.

Expídanse por Sra. Letrado de la Administración de Justicia las copias y testimonios que fueren precisos de esta resolución archivándose el original en el legajo especial de sentencias que en esta Sección se custodia conforme lo establecido en el art. 256 de la L.O.P.J.

Notifíquese la presente resolución con arreglo a lo dispuesto en el art. 248 de la L.O.P.J. expresando que contra la misma cabe interponer recurso de casación cumpliendo los requisitos establecidos en los art. 86 y siguientes de la Ley de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, debiendo prepararse el recurso ante esta Sección en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación, previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº y se consignará el número de cuenta-expediente en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos en nombre de S.M. el Rey de España.



Administración
de Justicia

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.

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia estimatoria en parte firmado electrónicamente por RAFAEL BOTELLA GARCÍA-LASTRA (PON), M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS (PSE), FRANCISCA ROSAS CARRION, GUILLERMINA YANGUAS MONTERO

Carlos Sardinero García
ABOGADO
C/ ALBERTO AGUILERA 34 - ENTREPLANTA F
28015 - MADRID
TEL.: 91 686 91 60 - 91 448 96 92