



## SENTENCIA

ILMOS. SRES.

D.Heriberto Asencio Cantisán  
D.Guillermo Sanchis Fdez.-Mensaque  
D.José Ángel Vázquez García  
D.Eduardo Hinojosa Martínez  
D.Javier Rodríguez Moral

En Sevilla, a treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, formada por los magistrados que al margen se expresan, ha visto en el nombre del Rey el recurso de apelación registrado con el número de rollo 461/2014, dimanante de recurso contencioso administrativo número 525/2012, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número ocho de los de Sevilla, en virtud de recurso de apelación formulado por los demandantes en aquellos autos, doña [REDACTED] y don [REDACTED]; siendo apelada la demandada, El servicio Andaluz de Salud. Ha sido ponente Guillermo Sanchis Fernández-Mensaque.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo que se dice en el encabezamiento, con fecha 11 de junio de 2014 se dictó sentencia por la que se desestimaba recurso contencioso-administrativo interpuesto por los apelantes contra acuerdo del Servicio Andaluz de Salud, de 31 de marzo de 2006, por el que se desestima reclamación de responsabilidad patrimonial.

SEGUNDO.- Notificada que fue dicha resolución, por la parte que se dice en el encabezamiento se interpuso recurso de apelación, de cuyo escrito se dio traslado a las demás partes para su impugnación, con el

resultado que consta en las actuaciones, tras lo que se acordó remitirlas.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones, se mandó formar el rollo, quedando el asunto pendiente de señalamiento. La votación y fallo tuvo lugar el día señalado, habiéndose observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Son hechos en los que los aquí apelantes, como actores, fundaban su pretensión los siguientes: 1º.- El 29 de noviembre de 1997, sobre las 0'40 horas, don ██████████, hijo de los aquí actores, sufrió un accidente de circulación cuando conducía un ciclomotor, como consecuencia del accidente el Sr. ██████████ perdió el casco, cayó y se golpeo la cabeza violentamente con el suelo; 2º Al lugar de los hechos acude una dotación de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (061) y se le aprecia inicialmente agitación psicomotriz, herida en ceja derecha e intoxicación etílica, pese a lo que se le aplican 60 gotas de distraneurine; 3º.- El paciente ingresa en el Servicio de Urgencias de Hospital Torrecárdenas, donde se valora su intoxicación, se realiza limpieza, cura y sutura de las heridas y es trasladado a observación sin realización de pruebas complementarias (radiografía, TAC), por lo que no se advierte, pese a la violencia del impacto, la existencia de una fractura craneal con grave hemorragia; 3º- Sobre las 3 horas, cuando los familiares acuden a visitar al paciente observan que no respondía a estímulos, por lo que avisan inmediatamente al intensivista, quien verifica la existencia de parada cardiorrespiratoria e inicia masaje cardíaco, administra adrenalina y atropina, cuyas maniobras no dieron resultado y el paciente fallece a las 3:30; 4º.- El informe forense de la autopsia señala la existencia de una gran cantidad de sangre que mana a nivel epidural y fractura de las apófisis clinoides anteriores y posteriores.

La resolución recurrida desestimaba la reclamación con fundamento en que la causa del fallecimiento estaba en la gravedad del accidente sufrido y la atención recibida fue la adecuada al estado que presentaba el paciente, que no denotaba la gravedad, de modo que el fallecimiento fue ajeno al funcionamiento del servicio sanitario.

Los apelante entendían en su demanda que en la atención recibida incluía tres actuaciones negligentes; 1ª la Administración de Distraneurine, medicamento inmunodepresor del sistema central incompatible con el alcohol y que pudo haber favorecido el coma; 2ª ausencia de pruebas diagnósticas complementarias; 3ª Pase a observación sin monitorización del paciente, que hubiese permitido advertir el empeoramiento. Todo lo cual se ha traducido, al menos, en una pérdida de oportunidad generadora de derecho a indemnización.

La sentencia apelada, tras destacar que el test de glasgow 14-15,

denotaba un traumatismo craneoencefálico (TCE) leve, que el examen no ponía de manifiesto ninguna anormalidad neurológica, que no hacía precisa las pruebas radiológicas, y el corto tiempo transcurrido desde el ingreso, en lo que no se aprecia desatención, concluye que los actores no han cumplido con la carga de probar que les corresponde conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, desestima el recurso interpuesto.

SEGUNDO.- Con carácter previo, habrá que examinar la omisión de procedimiento consistente en no haber emplazado a la EPES, como solicitó en su demanda la actora, lo que se denegó entendiéndose que la obligación de emplazar correspondía al SAS, conforme al artículo 48.1 de la LJ. La cuestión es importante por cuanto en el fundamento segundo de la sentencia se dice que no se examina la posible responsabilidad de la EPES por no haber sido demandada en el pleito.

Y, en este punto, no podemos menos que dar la razón a los apelantes. En efecto, ciertamente corresponde a la Administración emplazar a todos los interesados; pero eso no dispensa al juzgado de examinar el cumplimiento de dicho requisito, de modo que, si falta algún emplazamiento, debe realizarlo a fin de que la relación jurídica procesal se entienda con todos los que puedan quedar afectados por la sentencia. Por tanto, no podemos compartir lo que dice la sentencia en el sentido de que no puede decir nada sobre la atención del servicio de emergencias sanitarias por no haber sido demandada.

Sin embargo, no entendemos preciso devolver el asunto al Juzgado para que se proceda al emplazamiento añadiendo nuevas dilaciones a un asunto que dura tantos años, como tampoco lo solicitan los apelantes. Y es que, conforme a la Ley Andaluza 2/1994, de creación de la SEPES, y Decreto 88/1994, que establece sus estatutos, el servicio de emergencias sanitarias es un servicio coordinado, por la Consejería, con los servicios de urgencias del SAS, anterior titular del servicio y que lo sigue desempeñando hasta tanto la nueva entidad no se haga cargo de los mismos. Es una empresa pública dependiente de la misma Consejería de Salud y en cuyo consejo se sienta la Dirección Gerencia del SAS.

Por tanto, lo que existe es una manifiesta falta de coordinación que en modo alguno puede empeorar la situación de los perjudicados que bastante hacen con contar los hechos, correspondiendo a la Administración que recibe la reclamación dar traslado de la misma a quien corresponda.

De acuerdo con ello, ningún obstáculo existe aquí para que podamos examinar en conjunto la asistencia recibida por el actor, desde que es recogido en el lugar del accidente hasta el desgraciado final.

TERCERO.- Así los hechos y razones de las partes y la sentencia, la apelante, tras hacer una relación de hechos que dice probados, en sustancia de los de la demanda resumidos, entiende que la mera relación de hecho pone de manifiesto la falta de atención la ausencia de pruebas diagnósticas, pese a saber la violencia del impacto, que llevo a un error que impidió apreciar la gravedad de la lesión y saber en qué momento se produce el fallo cardíaco, de modo que el paciente falleció sin el más mínimo tratamiento, con la correspondiente pérdida de oportunidad. Entiende que los hechos hablan por si mismo, y reprocha a la sentencia el

que obvie los términos de la única pericial practicada, para concluir que no eran precisas pruebas diagnósticas y que era bastante con que el enfermo quedara en observación bajo vigilancia de los familiares y que los actores han incumplido la carga de probar lo que les toca.

La Sala no puede compartir la afirmación que hace la sentencia en cuanto a las distribución de la carga de probar en este tipo de pleito. Así, como hemos declarado en numerosas ocasiones, entre otras, en sentencia de 22 de mayo de 2015, que puso fin al recurso de apelación 102/2014, tal como resulta del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y así ha sido interpretado por el Tribunal Supremo (S.T.S. de 3 de octubre de 2014, recurso 4000/2012) la idea de que corresponde al actor la carga de la prueba de los hechos de los que deriva el efecto reclamado resulta matizada por la idea de facilidad probatoria mencionada en el número 7 del propio artículo 217. Esto, trasladado a las concretas reclamaciones de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria, se traduce en que corresponde al actor acreditar aquellos hechos de los que normalmente deriva la responsabilidad en los términos en los que razonablemente puede hacerlo, correspondiendo a la Administración, que es la que está en condicione de hacerlo, acreditar en términos suficientes las circunstancias de la asistencia y del paciente que permitan llegar a una conclusión adecuada de que la prestación sanitaria fue ajustada a la *lex artis*.

Empezando por la administración del fármaco dicho durante la conducción, los actores presentan prueba de peritos y documental a cuyo tenor la administración de dicho fármaco es contraproducente cuando hay una intoxicación etílica, con riesgo de depresión respiratoria profunda. Y esta pericia y documental ni siquiera se analiza en la sentencia apelada.

Por su parte la demandada en la contestación no se cuestiona ni se aclara en qué medida el medicamento administrado durante la conducción pudo contribuir a no advertir el estado y no adoptar las medidas adecuadas. Y aunque se haya administrado por el personal sanitario del 061, es llano que en urgencia tuvieron que tener en cuenta el dato y adoptar las medidas necesarias. Aparte de lo ya dicho acerca de la necesaria coordinación de servicios. Y, repetimos, desde luego resulta chocante el argumento del SAS en el acto de la vista, ya en Sevilla, con el que pretende sacar ventaja de sus omisiones. Y, desde luego, sin prueba alguna, no puede pretender ahora que la única causa del fallecimiento fue la administración del fármaco, ya que, en tal caso, como hemos dicho, en el Servicio de Urgencias tenían que haberse adoptado inmediatamente las medidas adecuadas tras recibir al paciente con la correspondiente información suministrada por el 061. En todo caso, ante la imposibilidad de saber el alcance de cada omisión y de fijar cuotas, la responsabilidad sería solidaria, con lo que el perjudicado puede demandar a cualquiera de ellos. Y es al SAS a quien se le puede reprochar que el otro responsable no esté en el pleito.

CUARTO.- Podemos admitir que en un principio se siguió el protocolo previsto para casos de TCE, aunque, como hemos dicho, si tan contraproducente fue la administración del fármaco durante la conducción, tuvieron que adoptarse las medidas adecuadas al respecto.

Pero también es cierto que el protocolo de actuación que debe seguirse en los servicios de urgencia en caso de TCE, según consta a los folios 51 y 52 del expediente, incluye tras la valoración, en caso de glasgow 14-15 el traslado del paciente a observación donde debe quedar bajo supervisión de enfermería.

En nuestro caso se admite en la propia sentencia que el paciente no estuvo monitorizado ni vigilado por personal sanitario, sino que quedó al cuidado de sus familiares; pero es claro que los familiares carecen de los conocimientos precisos para apreciar los cambios en la situación de un paciente con un TCE. Por otra parte extraña que, en el tiempo que permaneció en observación, no conste ninguna anotación acerca del estado del paciente. No sabemos si eso es o no corriente; pero nuevamente son explicaciones que debe dar la demandada, que es quien está en condiciones de hacerlo. Y esto según la pericia aportada (folios 110 y 111) estaba especialmente indicado en caso de fuerte intoxicación etílica.

Por otra parte, tampoco se explica bien cuando se acordaron las pruebas radiológicas y por qué se demoraron pese a estar indicadas y tratarse de un servicio de urgencia, cuya práctica, según la única pericia realizada, hubiera permitido apreciar la fractura de la base del cráneo y la correspondiente hemorragia, y la necesidad de intervención.

Se dice en la sentencia que pasó poco tiempo desde la entrada a la advertencia del problema cardiorrespiratorio; pero ése podría haber sido el tiempo de la práctica de las pruebas diagnósticas. En todo caso, esa era la prueba que correspondía a la demandada conforme a lo dicho.

QUINTO.- A la vista de todo lo anterior podemos concluir que los actores han cumplido, en los términos en los que le es exigible, con la carga de probar la actuación médica, el daño y la relación entre dicha actuación y el daño. Y ello con pruebas que ni siquiera son valoradas en la sentencia.

Se trata por tanto, de ver si la Administración ha cumplido con la carga de probar. Y, de acuerdo con lo dicho, hemos de entender que la demandada no sólo no ha probado con todos los medios y documentos de los que dispone, sino que ni siquiera ha interesado dicha prueba, dando por supuesto que el fallecimiento tiene su única explicación en la violencia del accidente, sin que nada pudiese haberse hecho. Y es que, en tal caso, la Administración tendría que haber probado cumplidamente que la actuación médica no podía alterar el curso de los hechos y que el fallecimiento se habría producido cualquiera que hubiese sido la actuación médica.

Por todo ello, podemos dar por probado que hay relación entre la actuación médica y el daño, y que no se han empleado todos los medios disponibles.

SEXTO.- Ahora bien, aunque no se emplearon todos los medios disponibles, tal como resulta de la propia pericia aportada por los actores (folio 107) las posibilidades de éxito de la intervención no eran muy altas; y la intervención a tiempo sólo podría haber aumentado las posibilidades de supervivencia.

En consecuencia, puesto que no se acredita por quien corresponde que el resultado habría sido el mismo, estaríamos ante un supuesto de pérdida

de oportunidad.

Y sobre ello, como hemos recogido en anteriores sentencias, tiene dicho el Tribunal Supremo el Tribunal Supremo acerca de la pérdida de oportunidad indemnizable, entre otras, en sentencia de 23 de septiembre de 2010, Sala 3º, Sección 4ª, recurso 863/2008, lo siguiente:

*Esta privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" -sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez, recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001, 4429/2004 y 5927/2007 - se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmar con certeza para que proceda la indemnización, [no] por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla 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, pues, 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 posee a disposición de las administraciones sanitarias.*

SÉPTIMO.- Indemnización.- Ciertamente el problema es la traducción a números de esa indemnización por daño moral: en definitiva el dolor que ha de producir el saber que las cosas, sin que haya certeza, podrían haber sido de otro modo en caso de emplearse esos medios omitidos, que es en lo que consiste esa pérdida de oportunidad.

Se trata de establecer una indemnización por justa estimación. Y la Sala entiende que el efecto resarcitorio puede lograrse, dentro de las limitaciones que supone la aplicación de un baremo como el del seguro obligatorio de la Ley del Automóvil, que representa la capacidad de respuesta del sistema ante el infortunio, mediante un porcentaje aplicado sobre la parte de indemnización que correspondería en caso de que el fallecimiento hubiese sido el daño ligado causalmente a la omisión médica. La Administración demandada entiende (folio 133) que el baremo aplicable sería el de 1997, que señalaba en la tabla I Grupo IV, una indemnización para los padres en caso de hijo menor de 65 años, una indemnización de 11.352.000 pesetas.

Sin embargo se olvida que la indemnización debe ser actualizada al momento en que se resuelve sobre ello (artículo 141.3 de la Ley 30/1992), desde cuyo momento se devengan los intereses. En nuestro caso, visto el silencio de la Administración, comoquiera que es aquí donde se resuelve, a esta fecha habrá que referir la actualización, lo que haremos aplicando el baremo vigente en 2015, ya que el nuevo baremo establecido por Ley 35/2015, sólo se aplica a los accidente ocurridos con posterioridad a su entrada en vigor y porque, conforme al artículo 141.4, la cuantía de la indemnización sin perjuicio de su actualización. El concepto, pues, estaría recogido en en el grupo IV de la Tabla I del Baremo establecido por la disposición adicional octava de la Ley 30/95, cuyo concepto, pese a las reformas, se ha mantenido idéntico hasta el nuevo baremo de la Ley

35/2015. Y la actualización podemos hacerla ateniéndonos a las cuantías a la revisión de 2014, que se mantenido en vigor en 2015, sin que proceda nueva actualización a la fecha dada la inflación negativa. En dicho baremo, según resulta claramente de la nota 5, la indemnización se fija para los dos progenitores, a cada uno de los cuales corresponde el 50%.

Y según el baremo corresponde a los progenitores 105.448'93 euros (50% para cada uno)

En cuanto al porcentaje debe tener en cuenta la efectiva pérdida de oportunidad en la que se ha traducido la mala práctica médica. En otras ocasiones en caso de falta de prueba, hemos acudido al criterio general de repartir las consecuencias dañosas entre la actuación médica y el carácter azaroso de la salud y la vida en general, al 50%, con fundamento en los distintos preceptos del código civil cuando se trata de asignar cuotas y no hay prueba.

Ahora bien, en este caso, es la propia pericia aportada por la actora, la que reconoce escasas posibilidades de supervivencia, por lo que procede reducir ese porcentaje hasta el 33%.

En consecuencia, procede fijar una indemnización para los progenitores de 34.798'15 euros.

OCTAVO.- Costas; estimándose la apelación y en parte el recurso contencioso-administrativo, no procede hacer expresa imposición de las costas de esta alzada ni de las de primera instancia.

## FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por doña Luisa Salas García y don José Presa Huerta contra la sentencia que se dice en el antecedente primero debemos revocar y revocamos dicha sentencia; y en consecuencia, estimando en parte el recurso contencioso-administrativo formulado por los apelantes contra el acuerdo que igualmente se dice en dicho antecedente, debemos declarar la responsabilidad patrimonial de la demandada, fijando el importe de la indemnización en 36.907'12 euros para cada progenitor, sin que haya lugar a otro pronunciamiento y sin hacer expresa imposición de las costas de la apelación ni de las de primera instancia.

Devuélvase las actuaciones al Juzgado con testimonio de esta sentencia para su ejecución y cumplimiento.

Quede el original de esta sentencia en el legajo correspondiente y únase testimonio íntegro a los autos de su razón.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.