



Roj: **STS 2763/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2763**

Id Cendoj: **28079110012019100446**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2019**

Nº de Recurso: **576/2017**

Nº de Resolución: **446/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 446/2019**

Fecha de sentencia: 18/07/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 576/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/07/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 576/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 446/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 18 de julio de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> María Teresa y D.<sup>a</sup> Ana y D. Abilio , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Olga Navas Carrillo, bajo la dirección letrada de D. Pedro Alfonso García-Valcárcel Escribano, contra la sentencia núm. 386/2016, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia en el recurso de apelación núm. 729/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1051/2013, del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Murcia, sobre responsabilidad civil extracontractual. Han sido partes recurrida IDCQ **Hospitales** y Sanidad, S.L., Sociedad Unipersonal, representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Ana Belén del Olmo López y bajo la dirección letrada de D. Ángel Ramón Salas Martín; Mapfre Seguros de Empresas, Cía. De Seguros y Reaseguros, S.A., representada por el procurador D. Federico Ruipérez Palomino y bajo la dirección letrada de D. Damián Mora Tejada; y Segurcaixa Adeslas, S.A., no personada en esta instancia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Tramitación en primera instancia.

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Olga Navas Carrillo, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> María Teresa y D.<sup>a</sup> Ana y D. Abilio , interpuso demanda de juicio ordinario contra USP **Hospital** San Carlos Murcia, S.L.; Mapfre Seguros de Empresas, Cía. de Seguros y Reaseguros; Zurich Insurance PLC Sucursal en España; y Segurcaixa Adeslas, S.A., Cía. de Seguros y Reaseguros, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se condene solidariamente a USP **HOSPITAL** SAN CARLOS MURCIA, SOCIEDAD LIMITADA y SEGURCAIXA ADESLAS, SA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS a pagar a D<sup>ña</sup>. María Teresa la cantidad de 79257,16€, y a cada uno de sus hijos, D<sup>ña</sup>. Ana y D. Abilio , la cantidad de 8806,35€.

Así mismo debe condenarse a MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS, CÍA. DE SEGUROS Y REASEGUROS solidariamente con las anteriores hasta la cantidad de 63405 €. para D<sup>ña</sup>. María Teresa , y 7045,80€ para cada uno de sus dos hijos, D<sup>ña</sup>. Ana y D. Abilio .

Igualmente debe condenarse a ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA solidariamente con las dos primeras compañías citadas, hasta la cantidad de 15 851,43€. para D<sup>ña</sup>. Ana , y 1761,27€ para cada uno de sus hijos, D<sup>ña</sup>. Ana y D. Abilio .

La sentencia debe condenar a SEGURCAIXA ADESLAS, SA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS, CÍA. DE SEGUROS Y REASEGUROS y ZURICH INSURANCE PLC SUCUR SL EN ESPAÑA al pago del interés moratorio punitivo del art. 20 LCS correspondiente a las cantidades a que resulte condenada cada una, desde la fecha del siniestro, siendo tal la de fallecimiento de D. Eutimio , el 4 de diciembre de 2010.

Con costas".

2.- La demanda fue presentada el 21 de junio de 2013 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Murcia, se registró con el núm. 1051/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> María Botía Sánchez, en representación de USP **Hospital** San Carlos Murcia, S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] dicte Sentencia en su día por la que, bien acogiendo la excepción de prescripción de la acción ejercitada bien (en el caso de que no se aprecie dicha excepción de prescripción, y se entre a resolver sobre el fondo del asunto) por las demás razones de hecho y de Derecho alegadas en este escrito, se desestime íntegramente la demanda y, en su consecuencia, se le absuelva a mi poderdante USP **HOSPITAL** SAN CARLOS MURCIA, S.L.U. de todos los pedimentos efectuados en el suplico de la misma y se le condene de forma expresa a la parte actora a pagarle a mi representada las costas de este juicio".

El procurador D. Francisco Aledo Martínez, en representación de Segurcaixa Adeslas, S.A. de Seguros y Reaseguros, también contestó la demanda mediante el correspondiente escrito, en el que solicitaba al Juzgado:

"[...] dicte Sentencia por al que desestime íntegramente la demanda con expresa condena en costas a la parte actora".

Y así mismo, la procuradora D.<sup>a</sup> África Durante León, en representación de Mapfre Seguros de Empresas Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., que contestó la demanda pidiendo al Juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda deducida, con imposición de costas a la parte demandante".



Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, no contestó a la demanda ni se personó en el procedimiento, por lo que fue declarado en rebeldía por resolución de 15 de octubre de 2013.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Murcia dictó sentencia de fecha 8 de septiembre de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda formulada por la representación procesal de D<sup>ña</sup>. María Teresa, D<sup>ña</sup>. Ana y D. Abilio contra USP **HOSPITAL SAN CARLOS MURCIA SL** (actualmente **QUIRON HOSPITALES SLU**); MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS; ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA Y SEGURCAIXA ADESLAS SA CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS debo absolver y absuelvo a las demandadas de la pretensión aducida frente a ellas.

Se imponen a la parte demandante las costas procesales".

**SEGUNDO.**- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.<sup>a</sup> María Teresa y D.<sup>a</sup> Ana y D. Abilio.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia, que lo tramitó con el número de rollo 729/2015, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 13 de octubre de 2016, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de María Teresa, Ana y Abilio contra la sentencia dictada el 8 de septiembre de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha resolución, rechazando la excepción de prescripción aceptada en la sentencia respecto de **Hospital San Carlos Murcia S.L.**, y dejando sin efecto la condena a los actores de las costas devengadas en la instancia.

No se efectúa pronunciamiento sobre las costas devengadas en esta alzada".

**TERCERO.** - Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Olga Navas Carrillo, en representación de D.<sup>a</sup> María Teresa y D.<sup>a</sup> Ana y D. Abilio, interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Infracción del art. 148 TRLCU (anterior art. 28 LCU), al resolver la sentencia recurrida de modo opuesto a la reiterada jurisprudencia sobre la responsabilidad objetiva del art. 28 LCU en materia de infecciones hospitalarias, expresada en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 1377/2007, de 5 de enero; nº 225/2004, de 18 de marzo, y la nº 604/1997 de 1 de julio; alegadas como fundamento del interés casacional del presente recurso, que establece la responsabilidad objetiva de los centros hospitalarios en relación con las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias; y se solicita de la Sala que declare que la sentencia recurrida desconoce e infringe la doctrina jurisprudencial alegada".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 23 de enero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>ña</sup>. María Teresa, D<sup>ña</sup>. Ana y D. Abilio, contra la sentencia dictada con fecha 13 de octubre de 2016, por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª), en el rollo de apelación número 729/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario número 1051/2013, del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Murcia.

2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su posición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría".

3.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición, lo que hicieron las representaciones procesales de IDCQ **Hospitales** y Sanidad, S.L, S.U.; y de Mapfre Seguros de Empresas Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 19 de junio de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 9 de julio del presente, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Antecedentes.

1. A las 19.56 horas, del día 4 de noviembre de 2010, D. Eutimio es atendido en el servicio de urgencias del entonces **Hospital** San Carlos de Murcia, con motivo de vómitos y dolor abdominal, decidiéndose ingreso.
2. En el informe del servicio de Medicina Interna, fechado el día 5 de noviembre, refleja gran dolor a la palpación profunda sobre todo en FII, descomprensión muy dolorosa, se solicita TAC abdominal urgente, valoración cirugía.
3. El día 5 se le había practicado un TAC, que no se conoció por los facultativos tratantes hasta el día 9, que se informó como hallazgos compatibles con diverticulitis complicada con pequeña colección líquida con gas compatible con absceso y gas libre en cavidad peritoneal con signo de perforación. El día 6 es alta hospitalaria, con cita para colonoscopia día 9.
4. El día 9 ingresa de nuevo para practica de colonoscopia, presentando dolor abdominal intenso acompañado por cortejo vegetativo y estreñimiento de cinco días de evolución, quedando ingresado. Se practica dicha colonoscopia informada como diverticulitis aguda en sigma con flujo purulento. Nuevo TAC, que reflejó aumento del absceso, y, tras 24 horas con tendencia a oliguria y presencia de leucocitosis y coagulopatía, se decidió intervención quirúrgica urgente, que se lleva a efecto el día 10, practicándose laparatomía media, pasando a UVI, donde fallece 23 días después, el 4 de diciembre, por infección nosocomial respiratoria.
5. Presentada demanda contra la entidad titular del **Hospital** y sus compañías aseguradoras, así como contra la entidad Adeslas, se dictó sentencia, tanto por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Murcia, como por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de dicha capital, que desestimaron las pretensiones indemnizatorias postuladas por la viuda e hijos del paciente.
6. Contra esta última resolución se formuló recurso de casación ante esta Sala, únicamente contra la sociedad titular del centro hospitalario y sus aseguradoras.

**SEGUNDO.-** Motivo de casación único.

Por interés casacional por infracción del art. 148 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y jurisprudencia de esta Sala constituida por las SSTS 604/1997, de 1 de julio; 225/2004, de 18 de marzo y 1377/2007, de 5 de enero.

## 1. Consideraciones previas.

Las infecciones intrahospitalarias, también denominadas nosocomiales, son aquellas que el paciente adquiere en el propio centro hospitalario, en el que se le dispensa la atención médica precisa para el tratamiento de la patología que sufre. Constituyen un problema bien conocido en la seguridad de los pacientes, que exige una especial atención por parte de los centros hospitalarios, conscientes como son de su relación con la prestación sanitaria dispensada en régimen de internamiento o ambulatorio. Son ajenas a tal concepto las infecciones extra hospitalarias tributarias de tratamiento médico, o las que se encuentran en fase de incubación, antes del ingreso del enfermo, que se manifiestan con posterioridad en el curso del proceso curativo.

Son subsumibles, por el contrario, en tal categoría las adquiridas *ex novo* en el centro o establecimiento hospitalario a modo de una patología adicional sobre la sufrida, que puede generar al paciente graves consecuencias sobre su salud, o incluso, como el caso que nos ocupa, su fallecimiento. Es conocida su mayor prevalencia en las UCI o en los pabellones quirúrgicos, así como su origen en distintas fuentes de infección.

La literatura científica describe diferentes procesos causales de producción; así pueden responder a factores tales como la falta de asepsia en las manos, descuidos en medidas profilácticas básicas, dejar las puertas abiertas del quirófano, aplicación de técnicas invasivas, prácticas deficientes en el control de infecciones, incorrección en la colocación y limpieza del catéter entre otras muchas.

La prevención de las infecciones nosocomiales forma parte de la obligación de seguridad, o si se quiere, como señala la STS de 5 de enero de 2007, "de las legítimas expectativas de seguridad del servicio" que, frente a los usuarios del sistema sanitario, asumen las entidades asistenciales, garantes como son de la prestación de sus servicios con los niveles requeridos de asepsia, esterilización y desinfección; de manera tal que los pacientes, que son tratados en sus establecimientos, no sufran una dolencia distinta y adicional a la que provocó la propia asistencia requerida.

El art. 43 de la CE garantiza el derecho a la protección de la salud. No ofrece duda que los pacientes son usuarios de los servicios sanitarios, como tales protegidos por el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo art. 11.1 establece el deber genérico de seguridad, cuando norma que "los bienes



o servicios puestos en el mercado deben ser seguros". En el art. 27 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, igualmente aplicable a los centros privados, se regulan las garantías de seguridad.

Por su parte, los arts. 147 y 148 del precitado RDL, dentro del capítulo II, del Título II del Libro Tercero, relativo a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, contempla los servicios sanitarios, señalando el primero de los mentados preceptos que: "Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio", normando, por su parte, el art. 148, en sus dos primeros párrafos, que: "Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario", fijándose, no obstante, para tales supuestos, un límite indemnizatorio de 3.005.060,52 euros, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales.

En definitiva, se viene a reproducir lo reglado en el art. 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, con la única salvedad de eliminar la expresión "niveles determinados de pureza", que no aparece en la actual redacción del art. 148 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre. Dichos preceptos han sido invocados y aplicados por los tribunales de justicia a la hora de dirimir las reclamaciones formuladas por los pacientes, en su condición de usuarios de los servicios médicos, acreedores en tal concepto de recibir una prestación con las señaladas características de seguridad y eficacia; siendo paradigmática al respecto la STS 604/1997, de 1 de julio, que enjuiciando un caso en el cual, tras la práctica de una artroplastia de rodilla, el paciente sufrió una infección por pseudomona aeruginosa, que determinó la amputación de la extremidad lesionada, razona al respecto que:

"Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, [...] En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo (o deben impedir), por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos".

En esta misma línea jurisprudencial, podemos citar la STS 225/2004, de 18 de marzo, que refleja lo que ya entonces era una consolidada doctrina de esta Sala, en los términos siguientes:

"A mayor abundamiento, no puede obviarse la reiterada jurisprudencia sobre la responsabilidad objetiva que impone, para los servicios médicos, el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios: sentencias de 1 de julio de 1997, 21 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 22 de noviembre de 1999, 30 de diciembre de 1999, 5 de febrero de 2001, 19 de junio de 2001, 31 de enero de 2003; esta última dice, resumiendo la doctrina jurisprudencial: "A lo anterior debe sumarse la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios y que ha sido reiterada por esta Sala en unas primeras sentencias de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997, en la posterior de 9 de diciembre de 1998 y en la reciente de 29 de noviembre de 2002 que dice: "...demandante es consumidor (art. 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y ss). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando "por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, "hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el "servicio sanitario", entre otros. Producido y constatado el daño ...se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad".

Con posterioridad podemos citar las SSTS 267/2004, de 26 de marzo, 527/2004, de 10 de junio, 1157/2007, de 19 de octubre, que razona que es "[...] aplicable el criterio de imputación cifrado en que la legítima expectativa de seguridad inherente a la realización de una intervención quirúrgica en un centro hospitalario comprende la evitación de infecciones hospitalarias o nosocomiales subsiguientes a la intervención (STS 5 de enero 2007)".



En cualquier caso, la doctrina jurisprudencial ha circunscrito la referencia a "servicios sanitarios" a los aspectos funcionales de los mismos, es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos -actividad médica propiamente dicha sometida a la infracción de la *lex artis ad hoc*- (SSTS 5/2/2001 ; 26/3/2004 ; 5/1 , 15/11 / y 5/12/2007 , 23/10/2008 , 4/06 y 20/11/2009 , 29/10/2010 , 20/5/2011 o más recientemente 475/2013, de 3 de julio ).

Pues bien, en el caso que enjuiciamos, nos hallamos ante una infección nosocomial adquirida en el medio hospitalario a la que es de aplicación la legislación de consumo en su interpretación jurisprudencial antes expuesta. La entidad demandada pretende liberarse de su responsabilidad, negando cualquier clase de defecto organizativo o asistencial, considerando la precitada infección como una indeseada complicación postoperatoria -cuyo germen patógeno no se llegó a conocer- la cual afectó a un paciente de avanzada edad, en muy delicado estado de salud, e inmunodeprimido, señalando que se cumplieron todos los protocolos de evitación de tales enfermedades.

La pionera STS 604/1997, de 1 de julio , admitía la susceptibilidad del juego de la culpa exclusiva, caso fortuito y fuerza mayor, como motivo de oposición exonerador de la obligación de reparar el daño, lo que razonaba en los términos siguientes:

"La culpa exclusiva del paciente -que en el caso no concurre- excluiría la responsabilidad objetiva al interferir en ese conjunto de riesgos asumidos por imperio legal otros elementos adicionales de riesgo que, en sus consecuencias, económicas, no son aceptables, y en sus consecuencias ético jurídicas son rechazables. También, en un perfil acabado de la responsabilidad objetiva, (no obstante, que esta excepción carezca de respaldo legal expreso), el caso fortuito o la fuerza mayor entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabilidad objetiva al faltar los presupuestos que la justifican".

En la STS 1377/2007, de 5 de enero , cuya doctrina se reproduce en la ulterior 464/2007, de 7 de mayo , se establece, al respecto que:

"El principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC, no se opone, en suma, a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario [...] La atribución del daño a caso fortuito exige que los criterios de imputación fundados en la negligencia o falta de adopción de medidas a los cuales acaba de hacerse referencia no sean aplicables, bien por existir una asunción del riesgo por parte del perjudicado que destruya la imputación objetiva al servicio sanitario (como ocurre con los riesgos inherentes a la propia naturaleza del servicio y con los llamados riesgos del progreso, cifrados en la imposibilidad de conocimiento total de los efectos de los nuevos tratamientos científicamente comprobados), bien por derivar el daño producido por una causa ajena al funcionamiento del servicio sanitario de carácter imprevisible e inevitable".

## 2. Valoración de la Sala.

Es pronunciamiento de la Audiencia el que sostiene: "Debe tenerse en cuenta que el fallecimiento del Sr. Eutimio el 4 de diciembre no se debió a una infección de la cavidad abdominal, sino por una neumonía nosocomial (adquirida en el centro hospitalario), dicha neumonía no puede imputarse a la deficiente asepsia en la dependencias de la UCI o UVI del **hospital**, ya que no consta que la esterilización del lugar fuera inadecuada, constando por el contrario que el **Hospital** había sido felicitado por el buen control del sistema de higiene o asepsia y que ningún otro paciente hubiera adquirido la neumonía en el tiempo que estuvo ingresado en el **hospital**". Para añadir, a continuación, que "[...] la neumonía nosocomial adquirida por los pacientes en un establecimiento sanitario no constituye por sí causa de responsabilidad susceptible de derivar una indemnización por parte de centro donde se adquiere o de las aseguradoras que cubren la asistencia sanitaria".

Por su parte, la sentencia del Juzgado, confirmada en este aspecto por la Audiencia, cuyos argumentos ratifica, indica que: "En cuanto a la causa de fallecimiento, consideramos que la parte demandante no prueba que fuera una infección intestinal. Por el contrario, se desprende de la prueba practicada que el Sr. Eutimio falleció a causa de una bronconeumonía nosocomial (infección respiratoria contraída en el medio en el que se encuentra el paciente) cuyo exacto origen no ha podido determinarse. Tampoco resulta probado que los profesionales responsables del **hospital** San Carlos incurrieran en mala praxis o negligencia a la hora de adoptar las medidas necesarias para prevenir infecciones hospitalarias, ni que en las fechas en que fue tratado el Sr. Eutimio resultaran infectados otros pacientes. Las infecciones hospitalarias son imposibles de evitar en todo caso,



y resultan particularmente peligrosas para pacientes intervenidos y de edad avanzada. No puede inferirse del mero hecho de que un paciente contraiga en un **hospital** una bronconeumonía que ello se deba a una defectuosa actuación profesional".

Pues bien, consideramos infringido el art. 148 del TRLGDCU.

En efecto, no se discute el carácter nosocomial de la infección padecida y la relación de causalidad con la muerte del marido y padre de los demandantes acaecida en la UCI donde fue ingresado, tras la intervención quirúrgica practicada.

Resulta de los hechos probados en la instancia que, el 4 de noviembre de 2010, el paciente acude al **hospital** con un cuadro clínico de dolor abdominal, tributario de su ingreso, practicándose un TAC al día siguiente, con carácter urgente, lo que implica la existencia de un cuadro clínico a estudio, de diagnóstico a precisar. No obstante, es dado de alta, el día 6 de noviembre, sin conocerse dichos resultados.

Tanto Juzgado como Audiencia declaran expresamente acreditado que dicha prueba diagnóstica no fue conocida, por los facultativos tratantes, hasta el día 9, fecha en la que vuelve a ingresar con deterioro de su estado general, y en la que se apreció una diverticulitis, que fue confirmada en un nuevo TAC efectuado el día 10. Tal circunstancia motivó la intervención quirúrgica, pasando a UVI, en donde falleció 23 días después.

Al margen de que ello constituyó, como señala el Juzgado, un fallo de coordinación o comunicación, incluíble como tal en el art. 148 del TRLGDCU, lo cierto es que la causa de la muerte, según los hechos probados, fue una infección nosocomial adquirida en UCI, en donde permaneció durante un largo periodo de tiempo, hasta su fallecimiento, siendo conocida que la estancia prolongada en dichos servicios incrementa la posibilidad de la infección nosocomial.

El enfermo es evidente que tenía una legítima expectativa de seguridad de no contraer en el centro hospitalario una patología adicional a la que sufría y que precisamente desencadenó su muerte, como también a no ser expuesto a un tratamiento inadecuado que aumentase los riesgos de contraer una complicación como la reseñada. La prestación de los servicios sanitarios, en las debidas y exigidas condiciones de garantía y seguridad, tienen como finalidad prevenir esta tipología de complicaciones.

No podemos compartir, con las sentencias de instancia, que las infecciones nosocomiales son en cualquier caso inevitables, como parece considerar el Juzgado, o que la falta de constancia del origen o causa de la infección nosocomial perjudique la posición jurídica del paciente, pues el juego normativo del art. 148 del TRLGDCU opera a la inversa. Es el centro hospitalario al que, en todo caso, le corresponde justificar la culpa exclusiva de la víctima o el caso fortuito, como evento imprevisible o inevitable, interno a la propia asistencia o actividad hospitalaria, lo que permite distinguirlo de la fuerza mayor.

En principio, el caso fortuito, inherente a la propia actividad prestada, en cuyo ámbito se produce el daño, estaría comprendido dentro del fin de la protección de la norma y su formulación objetiva; no obstante, analicemos si la infección sufrida era imprevisible o inevitable en el contexto del presente pleito.

Pues bien, en cuanto a la culpa exclusiva de la víctima, no podemos achacar al paciente ningún comportamiento imputable a su persona generador de la infección nosocomial contraída, siempre respetó las indicaciones médicas pautadas sin mostrar oposición a las mismas. No figura en ningún momento la existencia de una patología clínica previa, que pudiera complicar su cuadro clínico asistencial.

Las infecciones nosocomiales en modo alguno son imprevisibles. La presencia de gérmenes patógenos en el ámbito hospitalario, su agresividad y resistencia al tratamiento antibiótico es perfectamente conocida. El grado de prevalencia de las mismas es un indicador del nivel de calidad asistencial y todos los **hospitales** cuentan con protocolos para prevenirlas. Constituyen una preocupación constante de la medicina preventiva. La minimización del riesgo deviene fundamental y conforma una elemental obligación del centro hospitalario, que se encuentra en una posición de dominio y exclusividad para instrumentar las medidas adecuadas para evitar la proliferación de agentes patógenos.

Cuando se produce una infección nosocomial no se puede anudar a la misma fatalmente la condición de inevitable. Es un riesgo que se puede prevenir y reducir. La experiencia demuestra que la instauración y escrupulosa observancia de protocolos preventivos rebaja considerablemente las infecciones de esta etiología, lo que cuestiona su inevitabilidad como criterio absoluto.

Ahora bien, lo que no basta es contar con protocolos de asepsia y profilaxis, sino se demuestran que son escrupulosamente observados, correspondiendo la carga de la prueba al centro hospitalario en virtud de los principios de disponibilidad o facilidad probatoria ( art. 217.7 de la LEC ). Difícilmente se puede dar por acreditado la inevitabilidad del daño si se desconoce el agente patógeno causante. O si se pretende deducir su inimputabilidad porque otros pacientes en esas mismas fechas no padecieron una infección de tal clase, pues



tal razonamiento no excluye la incuestionable infección nosocomial sufrida. Tampoco es de recibo intentar demostrar la alegada ratio de seguridad del **Hospital**, a través de una revista de información general y, por lo tanto, no científica acreditada, prescindiendo de estudios o estadísticas oficiales, como sería lo procedente.

La sentencia del Juzgado reconoce que no se pudo determinar el exacto origen de dicha infección nosocomial, así como que tampoco resulta probado que los profesionales responsables del **hospital** San Carlos incurrieran en mala praxis o negligencia a la hora de adoptar las medidas necesarias para prevenir infecciones hospitalarias, también la Audiencia indica que no consta que la esterilización del lugar fuera inadecuada, pero su régimen de responsabilidad no es subjetivo bajo la carga de la prueba del paciente, que sufre estas patologías.

La falta de constancia de la concurrencia de culpa o negligencia en la adopción de medidas preventivas no puede perjudicar al enfermo, que sufre una patología propiamente hospitalaria, que no padecía a su ingreso, y con respecto a la cual no corre con la carga de la prueba. Al revés es acreedor, como hemos indicado, de la recepción del tratamiento médico hospitalario con las debidas garantías de seguridad. No estamos tampoco enjuiciando la responsabilidad individual de los facultativos tratantes, ni del personal adscrito al servicio de medicina preventiva por infracción de la *lex artis ad hoc*.

Por otra parte, extraña también la prolongada permanencia en la UVI, si el resultado de la intervención abdominal no produjo especiales complicaciones en un diligente tratamiento de su patología, así como también la falta de coordinación entre servicios y la demora en la comunicación interna del resultado de un TAC, requerido tras ingreso por el servicio de urgencias, que desde luego no es caprichosamente indicado por ningún facultativo tratante si tan solo se padece un simple dolor abdominal con vómitos.

Por todo el conjunto argumental expuesto, consideramos que la sentencia debe ser casada.

#### **TERCERO.** - Sentencia de casación.

La indemnización postulada no ha sido cuestionada en su cuantía y se considera además proporcional, se reclaman 79.257,16 euros para la viuda y 8806,35 euros por cada uno de sus dos hijos. Se interesó la condena solidaria del USP **HOSPITAL SAN CARLOS MURCIA S.L.**, posteriormente **QUIRÓN HOSPITALES S.L.U.**, junto con las compañías aseguradoras MAPFRE SEGUROS DE EMPRESA CÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, en el importe del 80% del daño sufrido, así como de ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL ESPAÑA, por el 20% del importe del daño, en virtud del régimen de coaseguro concertado, así como a SUPERCAIXA ADESLAS, pretensión esta última posteriormente abandonada, que no es objeto de casación.

Ahora bien, se solicita la condena de las aseguradoras en virtud del contrato de seguro aportado con la demanda. La aseguradora MAPFRE, al contestar, sin excluir su cobertura, igualmente se remite a las condiciones del contrato de reaseguro suscrito. Pues bien, de la literalidad del mismo se deduce que los siniestros que cubre dicha compañía comprenden el 75% del importe del daño, mientras que la aseguradora ZURICH, en rebeldía procesal, el 25% del mismo, por consiguiente hemos de respetar dichos porcentajes, sin poder ser incongruentes con respecto a la petición formulada contra esta aseguradora en cuantía de 15.851,43 euros y 1761,27 euros respectivamente, debiendo rebajar la cuantía de la postulada frente a MAPFRE, en los términos de los contratos suscritos.

De esta forma, se condena a **QUIRÓN HOSPITALES S.L.U.** de la forma postulada en demanda, de dicha cantidad responderá solidariamente la compañía MAPFRE en el 75% de su importe, y ZURICH por la suma reclamada, inferior a la que le correspondía, so pena de incurrirse en incongruencia *ultra petita*, y sin perjuicio de las relaciones internas entre **hospital** y aseguradora.

Procede a la condena de los intereses del art. 20 de la LCS contra las compañías aseguradoras, pues como ha destacado la STS 106/2019, de 19 de febrero, "[...] la mora del asegurador no desaparece automáticamente por el hecho de que exista un proceso o deba acudir al mismo, sino únicamente cuando se hace necesario acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar, esto es, cuando la resolución judicial es imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura (entre las más recientes, sentencias 562/2018, de 10 de octubre, 143/2018, de 14 de marzo, 26/2018, de 16 de enero y 73/2017, de 8 de febrero)", dudas que en el presente caso no se han suscitado, toda vez que la cobertura del siniestro no se discute, ni tampoco la realidad de los hechos, el historial clínico del paciente estaba a disposición de la parte demandada, que lo custodiaba en su centro, existiendo una consolidada doctrina jurisprudencial sobre las infecciones nosocomiales.

#### **CUARTO.** - Costas y depósito.

No se hace especial pronunciamiento con respecto a las costas de segunda instancia y casación, al estimarse dichos recursos ( art. 398 LEC ).



Las costas de primera instancia se imponen a la parte demandada al estimarse la demanda, sin que el error en la cuantificación de la cobertura de las aseguradoras impida tal condena, tratándose además de un sustancial acogimiento de la pretensión actora frente a ellas. No se imponen las costas relativas a la absolución de ADESLAS, toda vez que dicha condena fue dejada sin efecto por la Audiencia, todo ello en aplicación del art. 394 LEC .

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª María Teresa , D.ª Ana y D. Abilio , contra la sentencia dictada, el 20 de octubre de 2016, por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, en el recurso de apelación 729/2015 .

2.º- Casar y anular dicha sentencia, y, en su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto, condenando a **QUIRÓN HOSPITALES** S.L.U, a abonar a los actores las cantidades siguientes: a D.ª María Teresa , 79.257,16 €, a D.ª Ana y D. Abilio , la suma de 8.806,35 € a cada uno de ellos, con los intereses legales de tales sumas desde la interposición de la demanda, y los del art. 576 LEC desde la fecha de esta sentencia.

De esta cantidad responderá solidariamente, en virtud del reaseguro concertado, la compañía MAPFRE, hasta la suma de 59442,87 €, fijada a favor de D.ª María Teresa , así como hasta la suma de 6604,76 € determinada a favor de D.ª Ana y D. Abilio .

La compañía ZURICH responderá solidariamente hasta la suma de 15.851,43 € correspondiente a la indemnización fijada para D.ª María Teresa y 1761,27 €, para cada uno de los otros dos demandantes, D.ª Ana y D. Abilio .

Se condena a dichas aseguradoras a hacerse cargo de los intereses del art. 20 de la LCS desde la fecha de siniestro (fallecimiento del paciente).

3.º- No imponer a ninguna de las partes las costas de los recursos de casación y apelación, condenando a las demandadas, con exclusión de ADESLAS, a satisfacer las costas correspondientes a la primera instancia.

4.º- Devolver a la parte demandante los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Eduardo Baena Ruiz M.ª Angeles Parra Lucan

Jose Luis Seoane Spiegelberg