

SENTENCIA N°

Ilmo. Sr. Presidente.

D. José Arsuaga Cortázar.

Ilmos. Srs. Magistrados.

D. Miguel Carlos Fernández Díez.

D. Javier de la Hoz de la Escalera.

=====

En la Ciudad de Santander, a veinticinco de octubre de dos mil dieciséis.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio, núm., Rollo de Sala núm. de , procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. de, seguidos a instancia de contra .

En esta segunda instancia ha sido parte apelante, representado por la Procuradora Sra. y defendido por el Letrado Sr.; y apelada la, representada por el Procurador y defendido por el Letrado Sr..

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. D. José Arsuaga Cortázar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm., y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: ".

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia la representación de la parte demandada interpuso recurso de apelación, que se tuvo por interpuesto en tiempo y forma, y dado traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al recurso, se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día señalado.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la Sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

PRIMERO: Resumen de antecedentes. Planteamiento del recurso.

La entidad 112 Cantabria, S.A., se alza contra la sentencia condenatoria del juzgado que le obliga a abonar a la parte actora la cantidad de 50.000 euros como indemnización por el fallecimiento de su hijo y vuelve a solicitar a través del recurso de apelación interpuesto a interesar la desestimación íntegra de la demanda y su absolución. El actor se opuso.

La sentencia de primera instancia, en lo que ahora importa, condenó a la demandada como civilmente responsable del daño sufrido por el actor, en su condición de padre, por el fallecimiento de su hijo el 12 de mayo de 2013 cuando tras sufrir un desvanecimiento a la altura de la carretera y acera que rodea al cementerio de Ciriego no acudió ninguna ambulancia para su asistencia hasta 19 minutos más tarde de recibir la primera llamada de aviso, cuando ya había fallecido. En tal sentido, tras un estudio profuso de los hechos, considera el juez de instancia que existió culpa, siquiera leve, en la labor de coordinación de la asistencia, derivada de la escasa y pobre inquisición del técnico que recibió la llamada de aviso a las 21.11 horas y de su decisión de derivarlo a la Policía Local de Santander cuando, al contrario, la situación y la comunicación permitía considerar que existía una situación de urgencia vital que encaminaba a avisar a una ambulancia, como así acabo haciéndose a las 21.25, tras varias comunicaciones, con llegada al lugar a las 21.30 horas. Y existiendo daño y culpa, la relación causal la estima acreditada partiendo de dos circunstancias: de un lado, su falta de discusión en la contestación; del otro, la aplicación de la doctrina "*res ipsa loquitur*". En consecuencia, estimó íntegramente la demanda con la condena de la demandada y hoy recurrente al pago de 50.000 euros.

El recurso interpuesto no discute los hechos incorporados como probados en el fundamento de derecho segundo de la sentencia, que, en consecuencia, permanecerán inalterados. Como motivo principal del recurso, que se subdivide después en distintos apartados, se cuestiona la valoración judicial relativa a la concurrencia de relación causal entre la culpa leve del operario y el resultado final observado comprensivo del fallecimiento de la persona

a la que se debía de haber prestado una asistencia puntual. Se denuncia el error cometido por el juez al considerar que no se ha discutido el nexo causal, al no apreciar -ni hacer mención- la causa real de la muerte descrita en el informe de autopsia como súbita y por la existencia de un padecimiento previo; la falta de prueba de que la acción del operario del 112 fue la causa determinante de la muerte; y, en fin, cuestiona la inversión de la prueba del nexo causal y la aplicación de la doctrina que se simplifica a través del aforismo "res ipsa loquitur".

SEGUNDO: La discusión sobre la relación causal al delimitar los hechos objeto de controversia.

Uno de los pilares en que asienta el juez de instancia la prueba del nexo causal entre la acción -u omisión, como quiera entenderse, en cuanto que pudo no estar acertado el operario del 112 al omitir la comunicación precisa- y el resultado es su falta de discusión en la contestación.

El recurso, correctamente formulado, se estima en este punto.

Ciertamente, del contraste entre la demanda y contestación se ha deducir el objeto de la controversia, sobre la que más tarde puede insistirse al amparo del art. 428 LEC (fijación de los hechos controvertidos). Y del estudio de la contestación presentada, y al margen de lo que después pudo mantenerse en el acto de la vista -en el recurso se citan determinados instantes en que la relación de causalidad fue objeto de discusión-, fácilmente se colige que, en los fundamentos de derecho, precisamente en su último párrafo, se sostiene, como resumen y consecuencia general, que la acción "no puede en modo alguno ser

calificada de causante del daño (puesto que el fallecimiento, según el informe de la autopsia, se debió a otras causas, y fue súbito), y tampoco adornarse de los calificativos de culposa o negligente."

En consecuencia, ha de considerarse que se negó en tal sentido la relación causal afirmada por el actor a través de una demanda, ciertamente, imprecisa. En todo caso, se excepcionó materialmente la inexistencia de una relación precisa causal entre la actuación del operario y el fallecimiento posterior. Por consiguiente, la discusión sobre la causa se entabló y, en consecuencia, no se está ante el peligro de incurrir en incongruencia.

TERCERO: El estudio de la relación causal. Decisión de la Sala.

Al no combatirse en el recurso el relato de los hechos probados incorporados en el fundamento de derecho segundo, habrá de centrarse la valoración de la Sala en el estudio del nexa causal entre la acción u omisión que se ha considerado culpable, siquiera levemente culpable, y el resultado final padecido que no es sino la muerte del hijo del actor. Se obviará, por no discutirse en el ámbito del recurso, la existencia de una acción u omisión culpable y la existencia de daño. El estudio se centra, en consecuencia, en el requisito de la causa, que debe existir, como tradicionalmente se ha sostenido como fundamento para la acción prevista en el art. 1902 CC.

Se ratifican por tanto los hechos incorporados por el juez de instancia en el fundamento de derecho segundo, prolijo en su determinación.

Muy someramente conviene recordar ahora que la D. encuentra a D. tendido en el suelo, inconsciente,

sangrando, con la piel morada, pero aún vivo, y decide llamar a las 21.11 horas al 112, describiendo esta situación y precisando que hace ruido; el operario le pregunta si ha podido beber y D^a le contesta afirmativamente -"parece un poco borracho"-, pero le insiste seguidamente en la permanencia de las circunstancias anteriores y de la imposibilidad de comunicarse; el operario contacta con la Policía Local, que comunica su intención de acudir de inmediato; a las 21.20 horas D^a llama a la Policía Nacional (091) porque nadie se ha personado, y relata que en un lapso posterior de 10 o 15 minutos D. deja de respirar; a las 21.23 horas del 091 se ponen en contacto con el 112 y a las 21.25 se avisa a una ambulancia con soporte vital avanzado que llega al lugar a las 21.30 (en 5 minutos), pero encuentra ya sin pulso a D. y no tienen éxito las maniobras de reanimación. A las 21:29 horas, el médico coordinador del 061 habla por teléfono con el jefe de Sala (que recibió la llamada inicial y coordinó el operativo) e inmediatamente le inquiere preguntándole, en relación con este aviso, "¿cómo no se nos ha pasado antes?", reconociéndole inmediatamente que había sido un malentendido.

Tres son los hechos determinantes que el juez de instancia alcanza y que no se discuten:

De un lado, la ambulancia tarda 5 minutos en llegar desde que recibe el aviso.

Del otro, que cuando D. llama a las 21.11 horas requiriendo auxilio, D. , inconsciente, vivía.

Y, en fin, que la decisión del operario fue equivocada porque, por defecto en la inquisición o por apreciación errónea, consideró que no existía urgencia

médica vital y derivó, por considerar la asistencia de carácter social, la llamada a la policía. Como afirma el juez de instancia el cuestionario fue insuficiente y el tratamiento sesgado, lo que hace emerger la culpa en cuanto que la coordinación para lograr la debida asistencia fue inadecuada, primer elemento de la declaración de responsabilidad.

Tomando en consideración tales precedentes, no puede obviarse que, como se expresa en el recurso de apelación, en el auto de la Audiencia Provincial (Sección Primera, Penal) de 9 de enero de 2014, que confirmaba el sobreseimiento libre y archivo acordado previamente por el juez de instrucción, se indicaba -porque, curiosamente, el informe de autopsia no ha sido aportado a las presentes actuaciones, sí el informe preliminar en el que se indica, folio 39, que la causa de la muerte había sido una insuficiencia cardiorrespiratoria aguda- que la causa de la muerte había sido una cardiopatía hipertrófica no obstructiva que se agudizaba en situaciones de esfuerzo en las que se incrementan los requerimientos cardiacos. El informe de autopsia concluía afirmando que *"la importante cardiomegalia descrita es suficiente para producir una anoxia del sistema de conducción y producir así un muerte súbita, más cuando se aumentan los requerimientos cardiacos con la práctica del deporte, como en este caso"*.

Con tales precedentes la Sala alcanza las siguientes conclusiones:

1.- Como es sostenida jurisprudencia (por todas, las SSTs 24 de mayo de 2004 y 25 de octubre de 2011), la prueba del nexo causal debe ser cumplida, porque el cómo y el por qué se produjo el hecho constituyen elementos indispensables para el examen de la causa eficiente del

evento dañoso, y aunque a tal efecto, con carácter general, no son suficientes las meras conjeturas, deducciones o probabilidades, en determinados casos se admite la posibilidad de que la certeza se resuelva mediante una apreciación de probabilidad cualificada (SSTS de 30 de noviembre de 2001 , 29 de abril de 2002 y 16 de abril de 2003, entre otras). En tal sentido, la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las conductas o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro de infinito encadenamiento de causas y efectos, y que no cabe considerar como no eficiente, la que, aún concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última (SSTS, entre otras, de 13 de febrero y 10 de noviembre de 1999 , 29 de diciembre de 2000 , 3 de diciembre de 2002 y 27 de marzo de 2004).

En tal sentido, como causa adecuada del fallecimiento -asumiendo la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o eficiente- tenemos la que ha podido demostrarse a través de un enlace entre la acción u omisión y el daño: la cardiomegalia que el hijo del actor padecía era suficiente para producir una muerte súbita.

2.- No obstante, lo que el objeto del proceso obliga a considerar es si, aun conociendo que la obligación del servicio de coordinación es de medios, el error en la derivación provocó que al ambulancia llegara a tarde y que, en consecuencia, D. Pedro perdiera una oportunidad seria de mantenerse con vida (en palabras del juez de instancia).

Ya se han citado los dos argumentos esenciales en que se funda la sentencia objeto de recurso.

El primero, la falta de discusión de la relación causal por la parte demandada, ha sido rechazado en esta instancia.

El segundo, la apreciación de la doctrina de "res ipsa loquitur". No estima la Sala que la solución al caso pueda provenir de su aplicación, que procede en su aplicación de la denominada teoría del daño o resultado desproporcionado (culpa virtual, en la doctrina francesa), que se construye por la presencia de un suceso de los que normalmente no se producen -es decir, el resultado dañoso no es de los que se definen como riesgo típico de la intervención- sino por razón de una conducta negligente, generalmente aplicable a los supuestos de responsabilidad médica. Y no lo es porque el presente supuesto queda extramuros de una intervención activa del profesional que, al contrario de lo que es normal, obtiene un resultado anormal que solo se puede explicar por la existencia de un falta de diligencia; al contrario, el fallecimiento ya ha tenido una causa probada sin intermediación de terceros, de suerte que el estudio de la relación causal que en la sentencia de instancia se propone se funda, aunque no se diga y aunque no se acepte ahora por el tribunal, en una pérdida de oportunidad, situación circunstancial muy distinta a la indicada.

3.- La teoría de la pérdida de la oportunidad se inserta en el ámbito de la causalidad material o física y constituye un remedio ante las situaciones de incertidumbre causal, en que se intenta valorar lo que hubiera sucedido si una determinada actuación se hubiera llevado a cabo.

Pero para acceder a su aplicación es exigible que la oportunidad perdida o la posibilidad frustrada sea apreciable, sustancial, seria y razonable, alejada por

tanto de aquellas situaciones en que la posibilidad sea remota; es decir, se exige que exista un grado de probabilidad seria de que el daño pudiera haberse evitado como una dimensión suficiente como para contemplar la seriedad de la oportunidad perdida, la posibilidad frustrada.

En los supuestos en que preferentemente la jurisprudencia la ha estudiado y aplicado -esencialmente, los derivados de la responsabilidad civil de los médicos y abogados- se han exigido dos requisitos: a) Que la conducta del sujeto responsable haya provocado la frustración irreversible de la posibilidad de evitar el daño, y b) Que la probabilidad de evitar el daño en ausencia de la conducta del sujeto responsable, se encuentre por debajo de los estándares normales de probabilidad exigidos para la prueba de la causalidad, pero que proporcione, como insiste la jurisprudencia (por todas, las SSTS 27 de julio de 2006, 23 de julio de 2008 o 31 de marzo de 2010), <<*una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado*>>. En consecuencia, la responsabilidad por pérdida de oportunidades, cuando los criterios de imputación autorizan a estimarla, exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas.

Al contrario, en el caso, la incertidumbre causal lo abarca todo e impide considerar la existencia de una razonable certidumbre de la probabilidad de que la asistencia de urgencia a través de una ambulancia medicalizada hubiera podido evitar el fallecimiento, porque la obligación -no se olvide- sigue siendo de medios. Sólo existe una causa cierta: la patología que el fallecido tenía. El resto no supera la hipótesis, la pura conjetura. No existe ninguna certidumbre, ni es posible realizar un

cálculo prospectivo, porque ninguna prueba permite afirmar -y hubiera sido deseable una pericial o una testifical-pericial de carácter médico-científico en tal sentido- que una intervención temprana hubiera podido evitar el fallecimiento. En otras palabras, no se ha probado o justificado la pérdida de una probabilidad seria de evitar el resultado, que es en definitiva la base cierta y segura para asumir la doctrina de la pérdida de la oportunidad para asentar la relación causal.

En tales circunstancias, la falta de prueba de la relación causal entre el fallecimiento y la obligación de medios del 112, impone inevitablemente la desestimación de la demanda y previamente la estimación del recurso.

CUARTO: Costas procesales.

Estimándose íntegramente el recurso, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 394 y 398 de la LEC, no procede imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente. En cualquier caso, la existencia de serias dudas de hecho para construir y valorar las circunstancias fácticas de la culpa y la relación causal hace inviable, de acuerdo al art. 394.1 LEC, la imposición de costas procesales de la primera instancia, de acuerdo a la cual se atenúa el principio del vencimiento para que cada parte se haga cargo de las costas generadas a su instancia, corriendo las comunes por mitad.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.,

FALLAMOS

1º.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la entidad 112 Cantabria, S.A., revocando en tal sentido la condena impuesta en la sentencia del juzgado de primera instancia nº 2 de Santander de 8 de marzo de 2016; absolviendo, en consecuencia, a dicha entidad de la demanda interpuesta por D., y en su representación el Procurador Sr. Fernández Alberdi.

2º.- Se reproduce el fundamento de derecho cuarto en materia de costas procesales.

Contra la presente resolución puede interponerse los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación ante este mismo Tribunal en el plazo de los veinte contados desde el siguiente a su notificación, debiendo constituirse y acreditarse en dicho instante el depósito previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ.

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

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.