



Roj: **STS 2050/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2050**

Id Cendoj: **28079110012023100727**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/05/2023**

Nº de Recurso: **2467/2019**

Nº de Resolución: **680/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 11817/2019,**
STS 2050/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 680/2023

Fecha de sentencia: 08/05/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2467/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/05/2023

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

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 19.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2467/2019

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 680/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 8 de mayo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.^a Sacramento, representada por el procurador D. Pablo José Trujillo Castellano, bajo la dirección letrada de D. Adolfo Aguirre García, contra la sentencia n.º 84, dictada por la Sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 760/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 218/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 83 de Madrid. Ha sido parte recurrida Zurich Insurance, P.L.C., Sucursal en España, representada por la procuradora D.^a M.^a Esther Centoira Parrondo y bajo la dirección letrada de D. Íñigo Cid Luna Clares.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Pablo Trujillo Castellanos, en nombre y representación de D.^a Sacramento, interpuso demanda de juicio ordinario contra Zurich Insurance, P.L.C., sucursal en España, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que, estimando la presente demanda:

"A) Declare la responsabilidad civil de Zurich Insurance PLC, sucursal en España por los daños causados como consecuencia de la defectuosa asistencia médica prestada por su asegurada Hospital Quirón Sagrado Corazón en el diagnóstico y tratamiento a DOÑA Sacramento.

"B) Condene al pago de una indemnización de UN MILLÓN DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA EUROS (1.241.690 €) a la compañía aseguradora demandadas como consecuencia de los daños acreditados.

"C) Condene a la aseguradora demandada al pago de los intereses recogidos en el artículo 20 de la ley del Contrato de Seguro.

"D) Condene a la demandada a las costas ocasionadas en el presente procedimiento si se opusiera a la demanda".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 83 de Madrid y se registró con el n.º 218/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Julia Calderón Seguro, en representación de Zurich Insurance P.L.C., sucursal en España, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"La desestimación de la demanda con expresa condena en costas".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 83 de Madrid dictó sentencia de fecha 21 de mayo de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de D.^a Sacramento contra ZURICH INSURANCE debo declarar y declaro haber lugar a:

"a) Condenar a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 637.116, 70 €.

"b) Condenar a la demandada a pagar a la actora los intereses legales de la anterior cantidad a tenor de lo dispuesto en el art. 20 de la LCS.

"c) No hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las respectivas representaciones de D.^a Sacramento y de Zurich Insurance, P.L.C. Sucursal en España.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 760/2018, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 20 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

"Estimar el primer recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de ZURICH INSURANCE contra la sentencia n.º 160/2018 de veintiuno de mayo de dos mil dieciocho del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 83 de Madrid, dictada en el Procedimiento Ordinario 218/2016, por lo que se desestima la demanda, y desestimar el segundo recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.^a Sacramento, por lo tanto,

las costas procesales de la primera instancia se imponen a la parte demandante, y las costas procesales de la segunda instancia, causadas por el primer recurso no se interponen a ninguna de las partes litigantes, y las causadas por el segundo corresponden a dicha recurrente individual. El depósito para recurrir del primer recurso se reintegra a la sociedad apelante, y el depósito del segundo recurso lo pierde la segunda recurrente".

Con fecha 1 de abril de 2019, la mencionada sección de la Audiencia Provincial de Madrid dictó auto con la siguiente parte dispositiva:

"La sala acuerda:

"1º.- Se rectifica el error material producido en la Sentencia de fecha 20 de febrero de 2019, en el párrafo 5º del Fundamento de Derecho Tercero, donde dice: "(...) que desencadenó el ictus ocurrido el 13 de febrero del 2014", debe decir "(...) que desencadenó el ictus ocurrido el 13 de marzo de 2014".

"2º.- Se subsana el modo de impugnación de la Sentencia en el sentido de que estará exenta D^a. Sacramento de constituir el depósito previsto en la Disposición Adicional decimoquinta de la LOPJ al ser beneficiaria de Justicia Gratuita, e caso de pretender recurrir la mencionada resolución"

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. Pablo Trujillo Castellanos, en representación de D.^a Sacramento , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Motivo primero.

"Motivo y norma infringida.

"Al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, dado que la valoración de la prueba efectuada en la sentencia impugnada contiene un error patente en la valoración de la prueba documental, en concreto, documentos nº 2 y 3 adjuntados a la demanda, de ahí la denunciada infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, ex artículo 24.1 CE.

"[...]

"Motivo segundo.

"Motivo y norma infringida.

"Al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, dado que la valoración de la pericial de la aseguradora contiene un error manifiesto, al elevar a categoría de certeza lo que no es más que una hipótesis de los peritos de la aseguradora Zurich sobre la presencia o ausencia de ictus/AIT en el primer episodio, conclusión en la que la sentencia basa su fallo, en un argumento contrario a la lógica más elemental, lo que supone una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, ex artículo 24.1 CE".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Motivo primero [...]

"Norma infringida. Por vulneración de los artículos 1902, 1903 y 1101 del Código Civil en una inadecuada aplicación de la jurisprudencia que los interpreta, y aplicación de los elementos exigibles para el reconocimiento de responsabilidad civil en supuestos de error diagnóstico.

"Resumen de la infracción: La sentencia recurrida se aparta de la jurisprudencia al exigir a la paciente acreditar la "evidencia científica" de la existencia de la patología, cuya falta de prueba diagnóstica está reclamando.

"Relevancia atendiendo a la "ratio decidendi" de la sentencia: Es la falta de aplicación de medios al alcance lo que impide la "evidencia científica" de la patología, cuya exigencia corresponde a quien debe cumplir con esa obligación y no al paciente. Eliminada la presunción de inexistencia de patología que lleva a cabo la sentencia, se aprecia la vulneración de los artículos 1902 y 1101 Cc.

"[...]

"Motivo segundo [...]

"Norma infringida. Por vulneración de los artículos 1902, 1903 y 1101 del Código Civil por falta de aplicación de la jurisprudencia que los interpretan en relación con la responsabilidad civil médica en supuestos de error diagnóstico.

"Resumen: La sentencia F.D. 3º, en un supuesto de dos posibles diagnósticos, entiende como ajustado a la lex artis descartar la patología más grave sin poner medios, por la existencia de factores anexos y externos al síntoma, en una aplicación errónea de la jurisprudencia que exige una actividad para descartar la patología más grave a través de un diagnóstico diferencial.

"Relevancia en la ratio decidendi: la sentencia exime la realización de diagnóstico diferencial pese a la existencia de un síntoma guía del ictus. La admisión del motivo conllevará la admisión de la vulneración de la lex artis por falta de diagnóstico diferencial".

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 7 de julio de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D.ª Sacramento contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 20 de febrero de 2019, rectificada por auto de 1 de abril de 2019, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.ª, en el rollo de apelación n.º 760/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 218/2016, seguido ante Juzgado de Primera Instancia n.º 83 de Madrid.

"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 oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

"Contra esta resolución no cabe recurso alguno".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 10 de abril de 2023 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 3 de mayo del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

Es objeto del proceso una acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, que es ejercitada por la demandante contra la compañía aseguradora Zurich, por negligencia médica derivada de un error en el diagnóstico al no haber apreciado a la actora un ictus transitorio.

Para decisión de los recursos extraordinarios interpuestos partimos de los siguientes antecedentes.

1º.- *La demanda*

La demanda se basó en que la actora D.ª Sacramento sufrió un ictus transitorio, en fecha 21 de febrero de 2014, con síntomas de pérdida de fuerza en un brazo. A consecuencia de ello, acudió al Hospital Quirón (Sagrado Corazón) de Sevilla. En dicho centro sanitario permaneció en observación, sin que se le practicara ninguna prueba diagnóstica, ni tratamiento.

Fue dada de alta a las 14 horas del día siguiente, 22 de febrero de 2014, con el diagnóstico de "parestias MSI (miembro superior izquierdo que impresiona de origen mecánico)", pautándose medicación para el dolor.

Se alega que no se llevó a cabo una exploración neurológica completa, no se tuvieron en cuenta los antecedentes de hipertensión, así como la condición de fumadora de la Sra. Sacramento, tampoco fue remitida a un especialista en neurología.

El día 13 de marzo de 2014, al despertar, la actora comenzó a notar imposibilidad de hablar y mover correctamente el brazo y pierna izquierda, caída de comisura labial, y acude, en compañía de su marido, al Hospital Virgen de la Macarena de Sevilla.

En la hoja clínica consta antecedentes personales: fumadora y HTA

Anamnesis completa

Exploración neurológica, con aplicación de una escala de valoración de ictus de 11 ítems.

Pruebas de imagen: TAC craneal. TC cráneo. Ecografía dúplex de TSA. Eco doppler transcraneal y Angio-TAC

Dichas pruebas dan como diagnóstico: ictus isquémico de la arteria cerebral media derecha aterotrombótico.

A consecuencia de dicha dolencia, le quedaron importantes secuelas siendo calificada administrativamente como gran inválida.

Se fundamentó la demanda en que la actora padecía un síntoma claro de patología neurológica cuando acudió al Hospital Quirón, como era la pérdida de la sensibilidad en miembro superior izquierdo, que no fue objeto de las pruebas correspondientes para descartar la existencia de un ictus, como exigían los protocolos médicos.

Según la guía del ictus del Sistema Nacional de Salud consta como criterio de sospecha: "pérdida de la fuerza repentina en cara, brazo o pierna, especialmente si es en un solo lado del cuerpo", incluyendo el "trastorno de la sensibilidad, sensación de acorchamiento u hormiguillo de la cara, brazo y/o pierna de un lado del cuerpo de inicio brusco".

Figuran como factores de riesgo: edad superior a 55 años, mujer, tabaquismo, hipertensión arterial.

Se aportó con la demanda informe pericial neurológico, en el que consta que no se puede entender descartada patología orgánica neurológica como ictus o AIT, si no se llevó a cabo exploración neurológica sistematizada o una valoración por un especialista en neurología.

Es incompresible el alta, se afirma, cuando la clínica indicaba que habría que haberla ingresado en observación para un estudio exhaustivo vascular (doppler de troncos supra-aórticos), recibir un tratamiento con antiagregantes o antitrombóticos, y practicarle una endarterectomía, máxime cuando la exploración no era normal (hipoestesia en el brazo izquierdo).

En dicho informe, se señala que debieron explorarse las siguientes áreas:

"Signos meníngeos (rigidez nuca, flexión de piernas)

Estado mental (nivel de consciencia, orientación, comportamiento)

Lenguaje: (dificultad de vocalización)

Pares craneales (nervios cerebrales que muestran con claridad alteraciones)

Sistema motor (sencillas maniobras como mantener los brazos levantados para ver si pueden mantenerse)

Sensibilidad (buscando asimetrías que reflejarían hemiparesia)

Reflejo (reflejo plantar, que indicaría afección de vías)

Coordinación: (prueba tipo dedo-nariz para descartar dismetrías)

Marcha (la simple exploración puede dar valiosas pistas)".

La doctora que dio el alta a la paciente no podía descartar la patología isquémica, porque no practicó ninguna de las pruebas reseñadas como indican los protocolos. Este diagnóstico equivocado impidió un tratamiento contra su patología, lo que permitió el crecimiento de un trombo (ateroma) hasta que colapsó completamente la arteria.

Consta, en el informe pericial aportado, que "si la paciente hubiera sido ingresada, el 21 de febrero, hubiese sido examinada por neurólogos y solicitado un doppler de troncos supra-aórticos que hubiera visualizado la estenosis que estaba produciendo la sintomatología de la Sra. Rodríguez", el daño no se hubiera producido.

Por las dolencias sufridas (gran invalidez) se solicita una indemnización de 1.241.690 euros, más los intereses legales del art. 20 LCS.

2º.- El historial clínico de la demandante

Son datos que constan en el historial clínico de la demandante en el Hospital Quirón de Sevilla (los corchetes explicativos se añaden por esta sentencia para mejor comprensión de las exploraciones efectuadas), los siguientes:

Con respecto a la hoja de ingreso, a las 21.55 horas del día 21 de febrero consta:

"Hora: 02:04:53 día 22 de febrero de 2014 T. Arterial 96 56. F. Cardíaca 81 Saturación.02: 97.00

Alergias/alertas: MEDIC

Motivo dolor/parestesia hombro izquierdo

Antecedentes: AP. URTICARIA CRÓNICA NO IQ

Medicación actual: NO TTO.

Anamnesis: desde esta mañana sensación de acorchamiento en hombro izquierdo, refiere que lleva varios días haciendo mucho esfuerzo. Niega dolor solo parestesias en hombro. Refiere TA esta mañana elevada, gran nerviosismo.

Exploración Física: beg [buen estado general] coc [consciente, orientada y colaboradora] eupneica. Acr [auscultación cardiorespiratoria] corazón rítmico taquicárdico a 110. bmv [buen murmullo vascular], nrl [neurológica] normal. Disminución de la sensibilidad en hombro y brazo izquierdo, en antebrazo izquierdo normal".

Consta que se llevó a efecto analítica de laboratorio.

En el informe de alta del 22 de febrero de 2014, a las 14 horas, se lee:

Motivo del alta: mejoría de la paciente.

"1. Motivo de ingreso: parestesias MSI

2. Antecedentes familiares. Antecedentes personales. Alergias a fármacos: Aines. Intervenciones quirúrgicas: no. Antecedentes patológicos: urticaria crónica. Tratamiento habitual: no

3. Anamnesis y Exploración al ingreso: Paciente que ingresa refiriendo que desde la mañana comienza con acorchamiento de MSI, ha tenido valores elevados de TA, nerviosismo. A su llegada a urgencias BEG, COC, no focalidad neurológica eupneica, rc rítmicos buen tono con ligera taquicardia, mvc [murmulo vesicular cardiaco] no ruidos patológicos, dolor a la palpación de zona cervical izquierda a nivel de musculatura paravertebral izquierda, no dolor a la palpación de msi, no empastamiento muscular.

4. Pruebas complementarias relevantes: Laboratorio: analítica sin alteraciones significativas, fermentos cardiacos (seriados por 3).

ECG: Al ingreso ritmo sinusal con ligera taquicardia sinusal, fc 110 lpm. No signos de isquemia aguda

5. Evolución. Resumen asistencia practicada: La paciente se mantiene con BEG, no refiere dolor torácico, tensiones adecuadas, ekg durante su estancia se mantiene ritmo sinusal, fc adecuada, no signos de isquemia aguda. Seriado de enzimas cardiacas sin alteraciones.

6. Tratamiento recibido: Medicación anticoagulante

7. Diagnóstico principal y secundarios: Parestesias MSI que impresiona de origen mecánico.

8. Tratamiento recomendado: Adalgr cada 8 horas si molestias cervicales y brazo. Observación domiciliaria si alguna otra sintomatología volver a valorar. Seguimiento domiciliario de tensión arterial".

3º.- Contestación de la demanda

En la contestación a la demanda la compañía aseguradora señaló que el cuadro clínico que presentaba la actora cuando, por primera vez, es tratada en urgencias, nada tiene que ver con el que presentaba en el segundo de los ingresos veinte días después, no existe relación causal entre ambos episodios clínicos.

En la primera atención médica, la actora no presentó una pérdida brusca de fuerza en el brazo, sino sensación de acorchamiento (parestesia). Se realizó exploración neurológica siendo normal tanto en el ingreso como en el alta. Sus antecedentes se tuvieron en cuenta. No se derivó a neurólogo por falta de compatibilidad del cuadro presentado con complicación neurológica. La impresión diagnóstica inicial era de patología cardiaca, que fue descartada.

En la fundamentación jurídica de la contestación se insiste en la falta de relación causal entre el cuadro clínico de 21 de febrero de 2014 y el posterior ictus sufrido el 13 de marzo de dicho año, lo que conforma carga de la prueba de la paciente, así como que la responsabilidad del médico es de medios no de resultados y, además, de naturaleza culposa. Ha de quedar plenamente acreditado, para la prosperabilidad de la demanda, que el acto médico o quirúrgico fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles. El manejo asistencial de la paciente el día 21 de febrero de 2014 fue absolutamente correcto. Igualmente, se anunció la presentación de informe pericial.

En cumplimiento del ofrecimiento realizado, la compañía aportó informe pericial de los Dres. Ángel Daniel, especialista en neurología; profesor asociado de neurología de la Universidad Autónoma de Madrid; jefe de servicio de dicha especialidad en el Hospital Universitario de la Princesa de dicha capital; coordinador de la unidad de ictus del referido centro hospitalario; miembro profesional de la Asociación Americana del Corazón y miembro científico del Consejo Europeo de Accidentes Cerebrovasculares, y del Dr. Abelardo, especialista en neurología, en el que sostienen, en síntesis, en relación con el cuadro clínico que presentó la actora, el 21 de febrero de 2014, que no solo se debe cuestionar seriamente el diagnóstico de AIT, sino que, también, de

haberse tratado realmente de un AIT reunía varias circunstancias, que hacían muy difícil la sospecha clínica y el diagnóstico.

Revisado el historial clínico de la paciente, en contra de lo afirmado en la demanda, no presentaba pérdida de fuerza o parálisis del brazo izquierdo y, según el informe del día 22, tampoco focalidad neurológica.

Igualmente cuestionaron los especialistas que, de haberse diagnosticado un AIT, el día 22 de febrero, se hubiera podido impedir el crecimiento sin control de un trombo en la carótida y prevenido el infarto cerebral, aun cuando mediase ingreso hospitalario, tratamiento farmacológico y la intervención quirúrgica (endarterectomía carotídea) no era indicada.

4º.- La sentencia de primera instancia

El conocimiento del proceso correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 83 de Madrid, que lo tramitó por el cauce del juicio ordinario 218/2016, y finalizó por sentencia 160/2018, de 21 de mayo, en la que se estimó parcialmente la demanda.

El juzgador de instancia razonó, al respecto, que:

"Teniendo en cuenta que ninguno de los peritos que apareció por la vista habló de posibles lesiones traumáticas como dolencia que causaba el malestar a la actora sino que la discusión durante horas versó sobre un accidente vascular de mayor o menor intensidad el diagnóstico no pudo ser más desacertado; coincidiendo todos los facultativos pese a sus discrepancias en que una persona que padece un accidente vascular de ese tipo se convierte en persona de riesgo y si no queda ingresada al menos se irá con un tratamiento anticoagulante, que no fue precisamente lo que sucedió.

"Por otro lado no debe perderse de vista que las profesionales médicas intervinientes estaban trabajando en un hospital, del que nadie dijo que le faltara ningún servicio, hasta un neurólogo a disposición sino en horas nocturnas si diurnas, y nadie requirió sus servicios, y se le dio el alta con la misma parestesia que entró o puede que superior porque la historia clínica es contradictoria hasta en eso, y responsabilidad de ello es quien la rellena y no del paciente, ya que en el ingreso el hombro izquierdo se convierte en el miembro superior izquierdo, corrigiendo por cuenta del hospital y su personal hacer las historias clínicas y en su caso correr con la confusión que creen".

En definitiva, condenó a la entidad demandada a abonar a la actora la suma de 637.116,70 €, más los intereses del art. 20 de la LCS.

5º.- La sentencia de segunda instancia

Contra dicha sentencia se interpuso por ambas partes recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a la sección decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia revocatoria de la pronunciada por el juzgado, con desestimación de la demanda deducida.

En su resolución, el tribunal centró el objeto del proceso al señalar que la pretensión indemnizatoria de la parte actora se fundó en que D.ª Sacramento padeció, el día 21 de febrero de 2014, un accidente isquémico transitorio (AIT), que supuestamente no fue diagnosticado en la Clínica Quirón de Sevilla, ni fue adecuado el tratamiento dispensado; y que de haberlo sido pudo evitar el ictus que sufrió tres semanas después.

En el análisis de la prueba, la Audiencia concluye:

"El primer hecho controvertido es si existe evidencia científica o no de que efectivamente la paciente sufriera el día 21 de febrero de 2014 un AIT *"ictus isquémico que se manifiesta como breve episodio de disfunción neurológica focal o retiniana. La mayoría de los AITs duran menos de una hora, y se producen como consecuencia del déficit de aporte sanguíneo en el territorio irrigado por un sistema vascular cerebral. De forma característica es reversible y no existe déficit neurológico tras su finalización"*. Y conforme a los datos objetivos que constan en la historia clínica de la paciente se concluyó en la mayor parte de los dictámenes periciales ratificados en el juicio ordinario que no concurre dicha evidencia. La prueba practicada para sostener dicha conclusión ha consistido en la reproducción de la documentación médica unida a autos, con especial relevancia en el respectivo informe de atención médica del día 21 de febrero, fecha de ingreso en urgencias, y del día 22 de febrero de 2014, fecha del alta, que fue completada por medio de la declaración de la Doctora Inocencia que atendió a la paciente el día 21 de febrero, dejándola ingresada durante la noche, en observación, y de la Doctora Josefina que la atendió al día siguiente 22 de febrero, para darle el alta. También se han aportado en el ramo de prueba de la parte demandada-apelante varios informes periciales, entre ellos, destaca por el alto grado de especialización médica un dictamen pericial emitido por el Dr. Ángel Daniel, Especialista en Neurología, Coordinador de la Unidad de Ictus del Hospital de La Princesa, y coautor de las guías de práctica clínica para

el manejo del AIT. Todas estas pruebas descartan que la paciente presentara un AIT el día 21 de febrero de 2014, objetivable en autos.

"El Dr. Ángel Daniel experto en la materia, sobre la patología sufrida por la paciente el día 21 de febrero de 2014, declaró que la impresión clínica que presentaba la paciente, para el hipotético caso de que se estuviera hablando de un AIT, era atípica, no común con esta patología. Además, en la Diligencia Final, celebrada para la ratificación del informe pericial, a la pregunta de la Letrada de la parte demandada: *¿En su opinión, aun sabiendo que tres semanas después la paciente tuvo un ictus, con todos los datos, cabe la posibilidad médica de que lo que tuviera esta paciente fuera una lesión, un dolor de origen mecánico que no tuviera nada que ver con el ictus, a pesar de esa relación temporal de tres semanas?* El Dr. Ángel Daniel, respondió que normalmente los AITs cuando recurren no suelen tardar tanto, y cuando recurre y hace un ictus, lo suele hacer en las primeras cuarenta y ocho, o setenta y dos horas. La diferencia entre el AIT y el ictus es la transitoriedad de los síntomas del AIT, según declaró el Doctor Ángel Daniel.

"En la anamnesis del informe de urgencias, a las 21,55 horas del día 21 de febrero, se apuntó que el motivo de consulta es la sensación de acorchamiento desde por la mañana, y en la exploración del día 22 de febrero antes de pautar el Alta hospitalaria a las 14 horas, se anotó que la paciente tiene dolor a la palpación en la zona cervical. El Doctor Ángel Daniel afirmó en su ratificación que "un AIT aparece súbitamente y no cursa con dolor. Si a usted un paciente le cuenta que le duele el brazo puede pensar en cualquier cosa menos un AIT".

"El cuadro clínico que presentaba la paciente llevaba horas de evolución lo que es contrario a la definición de AIT típico. Y continuó diciendo dicho perito que: *"La exploración neurológica que se hace en urgencias está bastante bien estructurada. Es decir, lo que se explora en urgencias normalmente es si existe algún déficit neurológico focal. Y cuando nosotros hablamos de un déficit neurológico focal, lo que estamos explorando es la fuerza, la sensibilidad, el lenguaje, la visión, la capacidad de orientación, capacidad de expresión, conciencia ... todo eso es lo que se explora en la urgencia"*. Tanto el neurólogo Doctor Ángel Daniel como la neurocirujana Doctora Penélope, coincidieron en que no hay elementos que les permitan garantizar que el episodio vivido por la paciente el día de su ingreso fuera un AIT, al no tener algún síntoma típico y habitual, pues se trató de un déficit parcheado e incompleto de la extremidad en que tuvo dolor, por su tiempo de evolución y por la coincidencia del antecedente de sobreesfuerzo físico y la confirmación en la exploración física del dolor muscular cervical. En este caso, la paciente no presentó una pérdida brusca de fuerza en el brazo, pues tenía sensación de acorchamiento, parestesia. No pueden relacionarse las lesiones que presenta la paciente consecuencia del ictus sufrido el 13 de marzo de 2014, a la atención prestada en urgencias tres semanas antes por un dolor en el hombro con parestesias parcheadas en el brazo, y con antecedentes de esfuerzos en los días previos, pues no se ha demostrado que exista conexión científica entre ambos eventos.

"Mientras que el neurólogo Doctor Eusebio, refirió en su informe pericial realizado a instancia de la parte actora, a diferencia de los demás peritos, que es un cuadro claro y habitual de AIT, que no fue adecuadamente diagnosticado, y que desencadenó el ictus ocurrido el 13 de febrero de 2014. En la ratificación del dictamen del perito Doctor D. Federico, éste corrigió su error inicial, pues donde puso paresia, era parestesia. Y, después dijo que se trataba de un ictus leve, categoría que los otros peritos no compartieron".

6º.- Contra dicha sentencia se interpusieron por la actora recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *El recurso extraordinario por infracción procesal*

2.1 Fundamento y desarrollo del recurso

Se fundamentó en sendos motivos.

El primero de ellos, se formuló al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (en adelante CE), dado que la valoración de la prueba efectuada en la sentencia impugnada contiene un error patente en la apreciación de la prueba documental, en concreto, documentos números 2 y 3, adjuntados con la demanda, de ahí la denunciada infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, ex artículo 24.1 CE.

Se señala que el error cometido deriva de que la sentencia parte de la base de que la actora presentaba dolor en el brazo, lo que se trata de un error patente, ya que de la prueba documental consistente en el historial clínico de la paciente se evidencia otra cosa, ya que no consta sintomatología dolorosa en MSI. Y así, en el informe de ingreso (documento 2), recoge motivo: "dolor/parestesia en hombro izquierdo" y en anamnesis: "niega dolor sólo parestesias localizadas en hombro"; por su parte, en el informe de alta se recoge en la anamnesis: "no dolor a la palpación en MSI". Se concluye que la existencia de tal dolor determinó, al ser incompatible con un AIT,

que se desestimara dicho diagnóstico, y se justificase el alta improcedente, sin practicar pruebas neurológicas ni consultar especialista.

El motivo segundo se interpone al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC, por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, dado que la valoración de la pericial de la aseguradora, al elevar a categoría de certeza lo que no es más que una hipótesis sobre la presencia o ausencia de Ictus/AIT en el primer episodio, conforma una apreciación contraria a la lógica más elemental, lo que supone una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, ex artículo 24.1 CE.

En este caso, se señala que existió un error en la valoración de la prueba pericial, cuando la sentencia señala que puede descartarse que la paciente sufriera un AIT el día 21 de febrero de 2014, dado que el perito Dr. Ángel Daniel lo que mantiene es que "normalmente los AITs cuando recurren no suelen tardar tanto y cuando recurre y hace ictus, lo suele hacer en las primeras cuarenta y ocho o setenta y dos horas", y la neurocirujana Dra. Penélope mantiene que: "no hay elementos que les permitan garantizar que el episodio vivido por la paciente el día de su ingreso fuera un AIT". Es decir, ni siquiera los peritos descartan la hipótesis diagnóstica, puesto que no cabe hacerlo sin la realización de pruebas de imagen. El reproche deriva de que, sin poder descartar la patología, se confiera el alta.

Ambos motivos serán objeto de examen conjunto, al fundamentarse en la existencia de un error en valoración de la prueba, con lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

2.2 El motivo de infracción procesal constituido por la vulneración del canon de racionalidad del art. 24 CE

Las pruebas practicadas, en el proceso, van encaminadas a alcanzar, dentro de las consustanciales limitaciones humanas, la versión más próxima a la realidad de lo acontecido dentro del estándar probatorio vigente en el proceso de que se trate.

Ahora bien, la valoración probatoria es actividad que corresponde a los tribunales de primera y segunda instancia, y es, por lo tanto, ajena a los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

En efecto, la casación no es una tercera instancia que posibilite una nueva revisión del material fáctico del proceso, sino que cumple una función asaz diferente; por un lado, nomofiláctica o protectora de las normas jurídicas de derecho material o sustantivo; y, por otra, de fijación de doctrina, mediante el establecimiento de criterios uniformes de interpretación y aplicación de la ley, que sirva de orientación y guía para resolver asuntos que guarden identidad de razón.

La técnica casacional exige, pues, razonar sobre la infracción legal, respetando los hechos y la valoración probatoria de la audiencia, sin que constituya una tercera instancia (sentencias 142/2010, de 22 de marzo; 56/2011, de 23 febrero; 71/2012, de 20 febrero; 669/2012, de 14 de noviembre; 147/2013, de 20 de marzo; 5/2016, de 27 de enero; 367/2016, de 3 de junio, o más recientemente 477/2019, de 17 de septiembre; 365/2020, de 29 de junio, 476/2020, de 21 de septiembre; 83/2021, de 16 de febrero; 141/2021, de 15 de marzo, entre otras muchas).

Tampoco es posible instar que se lleve a efecto una nueva valoración de la prueba a través del recurso extraordinario por infracción procesal; toda vez que no figura el error en la valoración de la prueba dentro de los motivos tasados contemplados en el art. 469.1 de la LEC, lo que pone de manifiesto, de nuevo, que el legislador reservó dicha valoración a los tribunales de instancia (sentencias 626/2012, de 11 de octubre; 263/2016, de 20 de abril; 615/2016, de 10 de octubre o 141/2021, de 15 de marzo, entre otras muchas).

No obstante, lo expuesto no significa que quepa aceptar la consagración de patentes y manifiestos errores fácticos, de constatación objetiva y de transcendencia acreditada en la decisión del proceso, o resoluciones arbitrarias, fruto de un mero voluntarismo judicial atentatorio a la racionalidad exigible a las decisiones de los tribunales.

La concurrencia de vicios de tal clase permite realizar, excepcionalmente, un control jurisdiccional al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC, que recoge, como concreto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, la vulneración de lo dispuesto en el art. 24 de la CE, que constitucionaliza los derechos fundamentales de naturaleza procesal que conforman las garantías del juicio justo.

Y, de esta manera, la jurisprudencia constitucional ha considerado infringido el art. 24.1 de la Carta Magna cuando, aún constatada la existencia formal de una argumentación, la resolución resulte fruto de un proceso deductivo irracional o absurdo (sentencias del Tribunal Constitucional 244/1994, FJ 2; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7; 82/2002, de 22 de abril, FJ 7; 59/2003, de 24 de marzo, FJ 3; 90/2010, de 15 de noviembre, FJ 3, o 56/2013, de 11 de marzo); o sea simple expresión de la voluntad, sin fundamento en razón material o formal alguna (sentencias del Tribunal Constitucional 164/2002, de 17 de septiembre; 45/2005, de 28 de febrero; 164/2005, de 20 de junio; 277/2005, de 7 de noviembre; y 162/2006, de 22 de mayo; y sentencia de esta sala

382/2016, de 19 de mayo), con admisión de que el canon de la racionalidad, que impone el art. 24.1 CE, se extienda a la temática valorativa de la prueba (sentencias del Tribunal Constitucional 50/1988, 357/1993, 246/1994, 110/1995, 1/1996, de 15 de enero, y más recientemente 61/2019, de 6 de mayo, entre otras).

En congruencia con ello, esta Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en su función tuitiva de los derechos fundamentales, corrige, al amparo del art. 469.1 4.º de la LEC, una valoración probatoria que atente, de forma manifiesta y notoria, al canon de racionalidad que ha de presidir cualquier resolución judicial. En este sentido, señala la sentencia 7/2020, de 8 de enero, que:

"Como recuerda la sentencia 572/2019, de 4 de noviembre, "esta sala no es una tercera instancia y por esta razón solo de forma excepcional se admite la revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución (entre las más recientes, sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo)".

De igual forma, las sentencias posteriores 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre; 681/2020, de 15 de diciembre; 59/2022, de 31 de enero; 391/2022, de 10 de mayo; 544/2022, de 7 de julio; 653/2022, de 11 de octubre; 847/2022, de 28 de noviembre, y 217/2023, de 13 de febrero, entre otras muchas.

Igualmente constituye jurisprudencia asentada la que proclama que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurran, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales (sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero; 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo; 59/2022, de 31 de enero; 391/2022, de 10 de mayo y 217/2023, de 13 de febrero).

Por otra parte, la valoración arbitraria no se identifica con una antagónica apreciación de la prueba practicada, y, por lo tanto, no cabe incurrir en el exceso de considerar vulneradas disposiciones sobre la prueba, cuya valoración ha de hacerse conforme a las reglas de la sana crítica, por el mero hecho de que la parte recurrente llegue a conclusiones distintas de las alcanzadas por el tribunal provincial con arreglo a criterios valorativos lógicos (sentencias 789/2009, de 11 de diciembre; 541/2019, de 16 de octubre y 141/2021, de 15 de marzo); puesto que no podemos identificar valoración arbitraria e irracional de la prueba con la obtención de unas conclusiones fácticas distintas a las sostenidas por quien discrepa del ejercicio de tan esencial función de la jurisdicción.

2.3 Desestimación de los motivos

Pues bien, en este caso, la valoración de la prueba llevada a efecto por la sentencia dictada por el tribunal provincial, basada fundamentalmente en la prueba pericial médica practicada, en tanto en cuanto se precisan conocimientos propios de esta rama del saber humano para valorar hechos relevantes para la decisión del litigio (art. 335 LEC), cual es si el cuadro clínico que presentaba la actora era sugerente de un AIT (accidente isquémico transitorio) y, por lo tanto, si se le dispensó el tratamiento debido, en modo alguno, cabe tildarla de irracional, ilógica o patentemente errónea, sin que, a tales efectos, desnaturalice las conclusiones fácticas obtenidas por la sentencia de la audiencia la circunstancia constatada de que la actora no presentara dolor en brazo, pues la resolución recurrida no se fundamenta en tal dato erróneo, meramente secundario en la motivación de la sentencia, ni es ésta la razón decisoria que condujo al fallo absolutorio, prescindiendo del resto de los elementos de convicción utilizados para justificar el pronunciamiento dictado.

No cabe concluir, como hace la actora, que como los peritos no descartan la hipótesis diagnóstica de AIT, puesto que no cabe hacerlo sin la realización de pruebas de imagen, no se debió dar de alta a la demandante y, por ello, existió un error en la valoración de la prueba pericial.

De la cualificada pericial practicada, especialmente del Dr. Ángel Daniel , especialista y autoridad en la materia, jefe de servicio de neurología del Hospital Universitario de la Princesa de Madrid; coordinador de la unidad de ictus del referido centro hospitalario, en donde se han tratado más de 7000 pacientes de dicha patología, el cual participó activamente en la elaboración de los protocolos médicos de diagnóstico de tales dolencias, explicó que no cabe identificar el ictus con el AIT, precisamente el ataque isquémico transitorio (AIT) excluye el ictus, por lo no se pueden tener ambas patologías a la vez.

El diagnóstico es clínico, no hay un marcador biológico o radiológico de que se ha tenido un AIT. Se diagnostican con lo que indica el paciente.

Los AIT son cuadros que cursan muy rápido y es preciso que la clínica haya pasado; es decir, que la exploración neurológica sea normal.

Tras hacer un análisis de los síntomas que presentaba la actora, afirma que no sugieren un AIT, y si más bien un pinzamiento cervical compatible con parestesia, máxime cuando, en días anteriores, se realizó un importante esfuerzo físico, y presentaba dolor cervical a la palpación, y concluye, el perito, que si no hay sospechas clínicas no procede consulta con especialista.

Y tal conclusión no se basa en un mero argumento de autoridad, sino que lo explica con fundamento en que los síntomas hacían muy difícil la sospecha de la existencia de un AIT, en virtud de las consideraciones siguientes:

No consta pérdida de fuerza o parálisis del brazo izquierdo, sino parestesia que implica sensibilidad en el miembro en forma de hormigueo o encochamiento.

No presentaba focalidad neurológica el día 22 de febrero.

El cuadro cursó con dolor cervical, lo que es excepcional en un AIT.

La alteración sensitiva que refirió la paciente se localizaba solo en el hombro y brazo izquierdo, preservando la hemicara y el antebrazo, lo que es muy poco frecuente, lo habitual es afectación a un hemicuerpo o a extremidades completas (brazo y/o pierna de un hemisferio).

Por otra parte, la duración rebasó, en muchas horas, la duración habitual de los AITs, que no suele ir más allá de unos minutos y, en cualquier caso, menos del 15% rebasan las 6 horas.

El cuadro clínico (dolor cervical y parestesias en hombro y brazo) es perfectamente compatible con una cervicobraquialgia de origen mecánico, como se sospechó; el antecedente referido por la paciente de llevar varios días realizando mucho esfuerzo físico también apoyaba este diagnóstico, esta constatación en el historial clínico no es casual, sino que indica la valoración llevada a efecto de este síntoma.

El hecho de ser una paciente joven (55 años) para sufrir un ictus, no presentar factores de riesgo vascular clásicos (HTA, diabetes, dislipemia, cardiopatías) y ser solo fumadora, como circunstancias predisponentes, unido todo lo anterior, hace que el AIT no sea la sospecha diagnóstica más probable; no es cierto que la actora fuera hipertensa conocida (en hospital la tensión era baja, no tiene tratamiento para hipertensión, ni figura en los antecedentes médicos).

Los AITS cuando recurren no tardan tanto tiempo -20 días- y cuando hacen un ictus lo suelen hacer en cuarenta y ocho o setenta y dos horas.

La sentencia recurrida se fundamenta, también, en la declaración de las facultativas que trataron a la actora y que descartaron el AIT, en el historial clínico obrante en autos, que es escrupulosamente examinado, así como en las periciales practicadas, con especial valor a la del Dr. Ángel Daniel y la de la neurocirujana Dra. Penélope, que compartió las conclusiones de aquél.

Se cuestiona la pericial del Dr. Eusebio, que corrige su informe, en donde dice paresia por parestesia, que no implica falta de sensibilidad, y habla de que la actora padeció un ictus leve, lo que descartan tajantemente los otros peritos. La exploración neurológica sí que se llevó a efecto, y así consta en las hojas clínicas de urgencias, con resultado normal, así como que el estado de la paciente era bueno, hallándose consciente, orientada y colaboradora.

Las conclusiones obtenidas por la audiencia no se alejan de los criterios de la lógica, son coherentes, no se apartan de las conclusiones mayoritarias de los peritos, ni atentan contra el canon de la racionalidad.

En este sentido, con respecto a la valoración de la prueba pericial, señalamos en la sentencia de 5 de enero de 2007 (en recurso 161/2000), cuya doctrina ratifica la sentencia 141/2021, de 15 de marzo, que:

"Como doctrina general, la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que la valoración de la prueba pericial corresponde a las facultades del tribunal de instancia, por lo que sólo puede ser impugnada en casación cuando concurre la vulneración de alguna de las normas que integran el régimen de este medio probatorio o cuando la valoración efectuada arroja un resultado erróneo, arbitrario o ilógico contrario a las reglas de la sana crítica, pero no cuando se trata de sustituir el criterio de valoración seguido razonablemente por el tribunal de instancia por el que la parte recurrente estima más adecuado o acertado (SSTs, entre las más recientes, de 27 de julio de 2005, 23 de mayo de 2006, 18 de mayo de 2006, 15 de junio de 2006, 21 de julio de 2006 y 15 de diciembre de 2006)".

También, con respecto a la prueba pericial, las sentencias 504/2016, de 20 de julio y 514/2016, de 21 de julio, que reproducen la doctrina fijada por la sentencia 702/2015, de 15 de diciembre, explicitan cuando se entiende vulneradas las reglas de la sana crítica:

"1°. Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial. STS 17 de junio de 1.996. 2°. Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc. STS 20 de mayo de 1.996. 3°. Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal en base a los mismos, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes: STS 7 de enero de 1.991. 4°. Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo. [...]".

Evidentemente tales circunstancias no concurren. El hecho de que se señalase en la sentencia la existencia de dolor en el brazo no ha sido criterio determinante de la desestimación de la demanda, so pena de prescindir del resto de los elementos de convicción utilizados por la audiencia. No concurría tampoco cuadro clínico objetivo de sospecha que motivase consulta con especialista en neurología. Tampoco la relación causal entre ambos episodios clínicos distanciados entre sí veinte días resulta justificada.

Recurso de casación.

TERCERO.- *El recurso de casación*

3.1 *Fundamento y desarrollo del recurso.*

Se interpone con fundamento en sendos motivos:

El motivo primero, por vulneración de los artículos 1902, 1903 y 1101 del Código Civil, por una inadecuada aplicación de la jurisprudencia que los interpreta, y aplicación de los elementos exigibles para el reconocimiento de responsabilidad civil en supuestos de error de diagnóstico.

En su desarrollo, se sostiene, en síntesis, que la sentencia recurrida se aparta de la jurisprudencia, al exigir a la paciente acreditar la "evidencia científica" de la existencia de la patología, cuya falta de prueba diagnóstica está reclamando.

Se señala que es la falta de aplicación de los medios al alcance de la ciencia de la medicina, lo que impidió la "evidencia científica" de la patología sufrida, cuya exigencia corresponde a quien debe cumplir con esa obligación, y no al paciente. Eliminada la presunción de inexistencia de patología que lleva a cabo la sentencia, se aprecia la vulneración de los artículos 1902 y 1101 CC.

En el motivo segundo se estiman infringidos los artículos 1902, 1903 y 1101 del Código Civil, por falta de aplicación de la jurisprudencia que los interpreta, en relación con la responsabilidad civil médica en supuestos de error de diagnóstico.

En su desarrollo, se señala que, en un supuesto de dos posibles diagnósticos, la sentencia entiende como ajustado a la *lex artis* descartar la patología más grave, sin poner los medios para llevar a efecto un diagnóstico diferencial, pese a la existencia de un síntoma guía del ictus con vulneración de la *lex artis*.

Los dos motivos sostienen, en definitiva, que fue el comportamiento negligente de las médicas tratantes, lo que determinó no fuera detectado el AIT, y, en consecuencia, se perdiera la posibilidad de un tratamiento preventivo, que hubiera evitado el daño posteriormente sufrido por el ictus padecido por la demandante.

3.2 *Desestimación del recurso*

El recurso no puede ser estimado.

La naturaleza de la obligación del médico es de medios y no de resultados. La imputación jurídica del daño no es meramente objetiva por la existencia de un resultado dañoso no deseado, sino que es preciso concorra una actuación culposa que justifique la obligación de indemnizar, como resulta del juego normativo de los arts. 1101, 1902 y 1903 del CC.

Ha de concurrir, al menos, un título de imputación jurídica del daño y una relación de causalidad acreditada entre la actuación médica y el resultado dañoso producido. En este caso, se trataría de una mala praxis determinante del desencadenamiento ulterior de un ictus, por falta de instauración de un tratamiento preventivo, al no apreciar un AIT padecido con anterioridad, que hubiera evitado las secuelas sufridas por la demandante.

En este contexto, ha declarado la jurisprudencia (sentencias 185/2016, de 18 de marzo, cuya doctrina se reproduce en las posteriores 678/2019, de 17 de diciembre, 690/2019, de 18 de diciembre o 171/2020, de 11 de marzo, entre otras), que:

"[...] La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado "reproche culpabilístico".

La apreciación de culpa requiere pues un elemento de comparación, y la realización de una conducta que se aleje negligente o intencionadamente del comportamiento debido. En este sentido, el art. 4:101 de los Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil, establece que "una persona responde con base en la culpa por violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible".

Este modelo de comportamiento, expresión de la diligencia debida (*standard of care*), viene constituido por los principios, normas o pautas que rigen una determinada actividad, entre las que se encuentran las denominadas reglas de las *lex artis* (ley del arte).

La jurisprudencia las considera como "criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible" (sentencia 1342/2006, de 18 de diciembre). De la misma manera, circunscrita al ámbito de la responsabilidad médica, se expresa la sentencia 284/2014, de 6 de junio, cuando indica que "el criterio básico de imputación estriba en la determinación de si se comportó con arreglo a las pautas o parámetros prescritos, según el estado actual de la ciencia, para la praxis médico-quirúrgica, lo que esta Sala ha denominado *lex artis ad hoc*". De igual forma se expresa la sentencia 546/2007, de 23 de mayo.

Por *lex artis* (ley del arte) se entiende el conjunto de conocimientos, técnicas y habilidades aplicables en un concreto sector de la actividad humana. Sirve como criterio para determinar la existencia de mala praxis cuando, quien se encuentra sujeto a ellas, incumple o desconoce las reglas de actuación por las que se rige la actividad profesional que desempeña. Constituye un modelo determinativo de la corrección de las acciones ejecutadas y opera como metro o testigo del comportamiento exigible.

En este orden de ideas, la STS 778/2009, de 20 de noviembre, indica que lo que se conoce como la *lex artis* es:

"[...] un supuesto y elemento esencial para llevar a cabo la actividad médica y obtener de una forma diligente la curación o la mejoría de la salud del enfermo, a la que es ajena el resultado obtenido puesto que no asegura o garantiza el interés final perseguido por el paciente".

En el caso de la asistencia médica, la *lex artis* abarca la utilización de los medios y técnicas necesarias, que el estado actual de conocimientos de la medicina, posibilita para el diagnóstico de las enfermedades, de manera proporcional al cuadro clínico que presenta el enfermo; seguir las prevenciones aceptadas por la comunidad científica para el tratamiento de la patología padecida; la práctica diligente de las técnicas empleadas en el proceso curativo, comprendiendo las quirúrgicas; la prestación de la información precisa, con antelación temporal suficiente, de manera comprensible, sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento, riesgos típicos y prevenciones a seguir en el proceso de curación de la enfermedad; abstenerse de actuar en contra o al margen del consentimiento informado del paciente, que habrá de obtenerse, con mayor rigor, en el caso de la medicina voluntaria o satisfactiva; cumplimentar los deberes de la documentación clínica, sin incurrir en omisiones relevantes e injustificadas; y actuar siempre, de forma diligente, mediante el control de las incidencias del curso de la patología, sin incurrir en descuidos inasumibles, hasta el alta del paciente, con las indicaciones correspondientes de seguimiento, si fueran procedentes (prevenciones pautadas y revisiones periódicas en su caso).

En este sentido, se expresa la STS 534/2009, de 30 de junio, cuando establece, que constituye manifestación de la *lex artis* médica:

"[...] poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención".

Ahora bien, en el caso de la responsabilidad médica, se añade la locución *ad hoc*, que obliga a ponderar las concretas circunstancias de cada caso, en tanto en cuanto a situaciones diferentes no se les puede dar el mismo tratamiento jurídico mediante una artificiosa e injustificada asimilación.

Así señala la sentencia 240/2016, de 12 abril, que: "Las singularidades y particularidades, por tanto, de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso y de la responsabilidad consiguiente". En atención a las consideraciones expuestas, como no podía ser de otro modo, la sentencia 447/2001, de 11 de mayo, exige también la ponderación de las circunstancias concurrentes, para apreciar la existencia de negligencia médica.

El diagnóstico médico constituye un proceso inferencial, que se lleva a efecto a partir del análisis del cuadro clínico que presenta el paciente y pruebas médicas procedentes, con la finalidad de determinar la patología que sufre, instaurar la correspondiente pauta terapéutica, así como emitir el pronóstico correspondiente.

Un diagnóstico incorrecto no es, por sí solo, fuente generadora de responsabilidad, cuando se han empleado los medios necesarios para llevarlo a efecto actuando diligentemente.

En este sentido, la sentencia 719/2005, de 6 de octubre, señala que:

"[...] no cabe apreciar responsabilidad en el facultativo cuando la confusión viene propiciada: por la ausencia de síntomas claros de la enfermedad, o cuando los mismos resultan enmascarados con otros más evidentes característicos de otra dolencia (STS 10 de diciembre de 1996), tampoco cuando quepa calificar el error de diagnóstico en disculpable o de apreciación (STS de 8 de abril de 1996)".

Ello no quiere decir, tampoco, que la responsabilidad médica no nazca cuando nos encontremos ante errores manifiestos, no disculpables, generados por la falta de ponderación de los síntomas que el enfermo presentaba al tiempo de ser sometido a la correspondiente asistencia, o por mor de la indebida atención al mismo.

En este sentido, de las sentencias 1155/2007, de 19 de octubre; 127/2010, de 3 de marzo; 679/2010, de 10 de diciembre, se deducen las reglas decisorias siguientes:

En primer lugar, la obligación del médico de llevar a efecto las pruebas diagnósticas, que sean necesarias, atendido el estado de la ciencia.

En segundo lugar, que puede constituir manifestación de responsabilidad civil el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, o el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles, al constituir una vulneración de la *lex artis*.

En tercer lugar, que no se puede cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución ulterior del cuadro clínico, dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles.

En el sentido expuesto, la sentencia 112/2018, de 6 de marzo, establece:

"En el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento. Sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas puede servir de base para declarar su responsabilidad (sentencias 679/2010, de 10 de diciembre; 173/2012, de 30 de marzo; 33/2015, de 18 de febrero)".

Pues bien, en este caso, el recurso se construye sobre la base de que la atención recibida por la paciente fue negligente, dado que no se le diagnosticó el AIT que padecía y que, de haberse filiado, se hubiera evitado el ictus posteriormente sufrido.

Ahora bien, ello supone hacer supuesto de la cuestión. Partir de la base de que cuando la demandante acudió a urgencias, el día 21 de febrero de 2014, padecía un AIT, y tal dolencia no resultó probada.

Los síntomas que padecía no hacían pensar en la existencia de una patología de tal clase. El único signo remotamente sugerente era una parestesia en el hombro, que no afectaba a toda la extremidad, ni a todo un hemicuerpo, ni constituía tampoco una paresia (debilidad muscular), ni una parálisis, como corrigió el perito de la demandante.

La persistencia de la sintomatología no guardaba relación con la transitoriedad propia de un AIT, que desaparece en minutos, sin dejar secuelas, al resolverse de forma natural.

Existía además una explicación de tal síntoma, como era el dolor cervical y un esfuerzo físico persistente en días anteriores como se reflejó en el historial clínico de la demandante. Se tuvo a la paciente en observación, se le practicaron pruebas analíticas de enzimas cardíacas, así como electrocardiograma. Se encontraba consciente, orientada y colaboradora, con buen estado general, y se llevó a efecto exploración neurológica con resultado normal, sin existencia, por lo tanto, de síntomas característicos de un AIT.



En modo alguno, presentaba los síntomas de un ictus como el que se desencadenó 20 días de después, en atípico periodo de manifestación, puesto que lo habitual sería que la relación causal se evidenciara entre las 48 y 72 horas posteriores.

En definitiva, no existen elementos de juicio que permitan concluir, con el mínimo rigor exigible, que se haya incurrido en un error de diagnóstico, que descarta la pericial valorada por la sentencia recurrida conforme a los postulados de la sana crítica. Difícilmente cabe exigir consulta con neurología cuando no existían sospechas fundadas de una patología de dicha naturaleza con los síntomas observados, ni existía indicación de otras pruebas de tal clase. El diagnóstico de un AIT es fundamentalmente clínico.

No es necesario llevar a efecto todo tipo de pruebas diagnósticas a disposición de un centro hospitalario sino, como señala la STS 524/2010, de 25 de noviembre, "las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente". El diagnóstico, sin perjuicio de su revisión, se lleva a efecto mediante el examen de síntomas y signos actuales.

En definitiva, no podemos apreciar negligencia médica, ni error de diagnóstico, ni relación causal entre ambos episodios clínicos, y, por ende, el recurso de casación debe ser desestimado.

CUARTO.- Costas y depósito

La desestimación de los recursos extraordinarios de infracción procesal y casación conlleva la condena en costas y la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir (art. 398 LEC y Disposición Adicional 15, apartado 9 de la LOPJ).

FALLO

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

Desestimar los recursos extraordinarios de infracción procesal y casación interpuestos contra la sentencia recurrida 84/2019, de 20 de febrero, dictada por la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación 760/2018, con imposición de costas y pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

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.