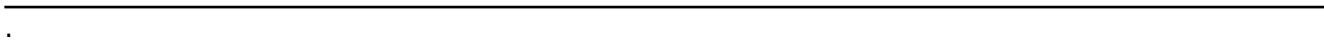




51604

Cliente... :
Contrario : ZURICH COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.
Asunto... : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 144/19 E2
Juzgado.. : PRIMERA INSTANCIA 30 BARCELONA



.

**Juzgado de Primera Instancia nº 30 de Barcelona**

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 8 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: [REDACTED]

FAX: [REDACTED]

N.I.G.: 0801942120198038138

Procedimiento ordinario 144/2019 -E2

Materia: Juicio ordinario (resto de casos)

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: [REDACTED]

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 30 de Barcelona

Concepto: [REDACTED]

Parte demandante/ejecutante: [REDACTED]

Parte demandada/ejecutada: ZURICH COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.

Procurador/a: [REDACTED]

Procurador/a: [REDACTED]

Abogado/a: LUISA BLANCO DELGADO

Abogado/a: [REDACTED]

SENTENCIA Nº 153/2021**Magistrado:** [REDACTED]

Barcelona, 8 de julio de 2021

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador Sr. [REDACTED] en representación de D. [REDACTED] [REDACTED] presentó demanda contra "ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA". Se ejercita acción de responsabilidad por los actores, como perjudicados por el fallecimiento de D^a. [REDACTED] ocurrido en fecha 14 de octubre de 2016. Se presenta la demanda contra la entidad demandada, por la póliza de asistencia sanitaria que cubre el riesgo de daños personales hacia terceros de los que pudieran ser responsables los profesionales que atendieron a la Sra. [REDACTED] y que prestan sus servicios dentro de la póliza suscrita por el Consell del Col·legi de Metges de Catalunya; y por la póliza de responsabilidad civil de centros que tiene suscrita el Hospital Universitari Sant Joan de Reus.

Se afirma que la paciente fue objeto de una indebida indicación de cirugía bariátrica. Como antecedentes patológicos, en su historia clínica aparecen la obesidad mórbida,





parálisis facial herpética en marzo de 2016, artrodesis de muñeca derecha intervenida, y dedos de martillo en pie derecho también intervenido. No obstante, en un único informe aparecen también como antecedentes dislipemia, hernia discal, discopatía degenerativa y juanetes. Según la parte actora, la Sra. [REDACTED] no padecía ninguna comorbilidad mayor ni menor que pudiera mejorar con la cirugía bariátrica. Su IMC era de 39,5 ó 35,35 Kg/m², por lo que no alcanzaba el valor de IMC que la hiciera candidata para esta cirugía (40 Kg/m²). Según documento de consenso sobre cirugía bariátrica, tanto las sociedades SEEDO como SECO fijaban como criterios de indicación de esta cirugía, en el año 2004, tener una edad entre 18 y 55 años, y un IMC igual o superior a 40 kg/m², ó 35 kg/m², con comorbilidades mayores asociadas o susceptibles de mejorar. En un documento más actual, de 2017, el criterio de edad se amplía al intervalo 18-65 años. En este caso, la paciente tenía 70 años.

Del informe de 21 de abril de 2016 del Servicio de Cirugía General del Aparato Digestivo se aprecia que, aunque la indicación quirúrgica inicial fue la de "sleeve gastrectomy", o disminución del tamaño del estómago mediante técnica laparoscópica, una lesión iatrogénica durante la cirugía requirió modificar y pasar a realizar un by-pass gastroyeyunal, que es mucho más agresivo. Además de ello, se afirma que existió un grave defecto en el seguimiento médico: aparecen diferentes valores preoperatorios; no consta documentado el estudio preoperatorio de la obesidad; no se hicieron todos los estudios recomendados a realizar antes de la cirugía, y que el Documento de Consenso recoge. Y, asimismo, la paciente no fue informada de los riesgos y complicaciones que esta intervención le podía comportar, en atención a su estado y edad.

En cuanto a la evolución de la paciente, desde la intervención quirúrgica el 21 de abril de 2016, hasta su fallecimiento el 14 de octubre de 2016, ya se ha mencionado que aunque la intervención programada era una "sleeve gastrectomy", una deficiente técnica quirúrgica hizo que el cirujano, al disparar la pistola de sutura, grapase la sonda Faucher al estómago. Ello provocó un desgarró del estómago, que obligó a modificar la técnica programada. Se practicó un by-pass gastroyeyunal en Y de Roux. Tras un postoperatorio aparentemente satisfactorio, y un TEGD que descartó fuga de contraste, se dio alta hospitalaria el 25 de abril de 2016.

La paciente reingresó el 1 de mayo de 2016 por dolor en hipocondrio izquierdo. Tras analítica alterada y TAC que evidenció colección líquida de 9 cms a nivel subhepático





izquierdo, se decidió ingreso para iniciar tratamiento antibiótico, y se solicitó punción para drenaje que no se llegó a hacer. La paciente mejoró y se dio el alta el 20 de mayo de 2016. En ese momento había obtenido vaciamiento de la colección, pero persistía la cavidad, lo que hacía altamente probable que volviera a aparecer otra colección.

El día 27 de mayo de 2016 la paciente acudió a consulta externa y refirió dolor en la herida quirúrgica, por lo que se procedió a la infiltración.

El 29 de mayo de 2016 la paciente acudió a Urgencias por dolor abdominal. El TAC evidenció presencia de neumoperitoneo adyacente a la sutura quirúrgica gástrica. Según la parte actora, necesariamente se debía haber sospechado de una posible perforación. Para esta parte, la paciente padecía una infección abdominal postquirúrgica, que necesitaba tratamiento antibiótico y eliminación del foco séptico mediante cirugía convencional o punción percutánea guiada por TAC o ecografía. Se decidió ingresar a la paciente en el Servicio de Cirugía General e iniciar tratamiento antibiótico, por el que se desarrolló un absceso de 13 cm, tal y como se observó en TAC de 3 de junio de 2016, y que empeoró según TAC de 8 de junio de 2016.

El día 9 de junio de 2016 se colocó un drenaje para la colección subescapular hepática, dejando sin drenar el resto de colecciones subhepáticas, ni el líquido libre, por lo que según la parte actora tal tratamiento era insuficiente. Se exponen los resultados de los TAC de 16, 23 y 28 de junio de 2016. La paciente presentó signos analíticos de deterioro metabólico y se constataron signos de empeoramiento, en concreto descenso de los niveles de albúmina en sangre. A partir del día 28 de junio de 2016 debía haberse considerado el fracaso del tratamiento instaurado. Para la actora, en estas circunstancias debió haberse intervenido quirúrgicamente, antes de que se deteriorara más y pasara a un estado de sepsis y shock séptico.

En fecha 3 de julio de 2016 se observó un empeoramiento., que motivó aviso al médico de guardia. En TAC practicado esa fecha se apreciaron burbujas de gas libre intraabdominal en relación anatómica con sutura de gastrectomía y colecciones líquidas peritoneales múltiples loculadas. Ello fue interpretado como indicativo de neumoperitoneo severo con líquido intraabdominal en todos los cuadrantes, y se remitió a la paciente a la UCI en situación de shock séptico secundario a colecciones intraabdominales. Se intervino quirúrgicamente a la paciente de urgencias, mediante





laparotomía. Se comprobó que había bloqueo de intestino delgado y epiploon con adherencias firmes, salida de líquido purulento en zona mesogástrica y perihepática. Se procedió a drenaje y aspiración de otras colecciones y se colocaron drenajes en cada colección saliendo todos ellos por flanco izquierdo. Según la parte actora, el retraso en la intervención quirúrgica condicionó que el cirujano se encontrara con las vísceras bloqueadas por el proceso inflamatorio. El ingreso en UCI tras la intervención correspondió a un estado de gravedad derivado del retraso en la decisión de operar, por una disfunción orgánica múltiple de la que se recuperó. Se trasladó a la paciente a planta en fecha 8 de julio de 2016.

El TAC realizado en fecha 11 de julio de 2016 evidenció: banda de líquido pleural derecho y más abundante en el izquierdo que produce colapso, colección subcapsular hepática de 38x59 mm, absceso subfrénico izquierdo, persistencia de otras colecciones intraabdominales de menor tamaño. La conclusión diagnóstica fue: colección subcapsular hepática e intraabdominales, y absceso subfrénico izquierdo.

El día 12 de julio de 2016 se produjo parada respiratoria recuperada que se atribuyó a la afectación torácica por la infección intraabdominal. Se trasladó de nuevo a UCI, donde el día

13 de julio se consignó en el curso clínico: Absceso subfrénico/infección de herida quirúrgica que se describe con "mal aspecto" presentado débitos purulentos; Sepsis de origen abdominal, con alteraciones analíticas; Insuficiencia respiratoria aguda; Se colocó drenaje torácico obteniéndose inicialmente 600 cm3 de líquido serohemático

El día 18 de julio de 2016 se administró azul de metileno por sospecha de fuga, no comprobándose la salida del azul de metileno por drenajes. Para esta parte, ello confirma que el personal sanitario estaba ante la sospecha de fuga de sutura, no obstante lo cual no se consideró la posibilidad de falsos negativos, y que se requería el estudio mediante análisis del líquido obtenido por los drenajes para valorar el contenido en amilasas y bilirrubina, o realizar abscesografía.

El TAC de 12 de julio de 2016 confirmó derrame pleural izquierdo con presencia de burbujas, colección subcapsular hepática, aumento de tamaño de absceso subfrénico izquierdo con drenaje en posición. Persistencia de otras colecciones intraabdominales de menor tamaño. Ese mismo día se evidenció pico febril. En los días siguientes la





paciente presentó malestar general. Febrícula el día 26 de julio. El día 27 de julio de 2019 refirió dolor muy intenso. El 29/07/2016 se hizo recambio del pigtail para drenar absceso subfrénico izquierdo, mediante control por TAC. Este nuevo drenaje no funcionó. Para la demandante, ello evidencia el deficiente funcionamiento del tratamiento instaurado tras dos meses de ingreso., con lo que de nuevo cabía plantearse la intervención quirúrgica para drenar definitivamente los abscesos y explorar adecuadamente la cavidad abdominal.

En fecha 30 de julio de 2016 se consignó la discordancia entre la clínica de la paciente y la radiología. La estabilidad clínica que no se correspondía con la persistencia, aumento de tamaño y aparición de nuevos abscesos. Para la actora, ello se debía a que las paredes de los abscesos evitaba la diseminación de los gérmenes, por lo que la paciente, bajo tratamiento antibiótico, podía parecer estabilizada. Sin embargo, ello no debió interpretarse como mejoría, y no bastaba con mantenerse expectantes.

El 2 de agosto de 2016 se practicó TEGD que no puso en evidencia fuga por contraste. Se seguía sospechando de fuga, pero no se estudiaba la sutura del muñón duodenal (el intestino excluido). El día 4 de agosto de 2016 se retiró drenaje Jackson Pratts, pues el pigtail se había retirado ya. Se solicitó soporte nutricional para reiniciar ingesta oral. Aunque había episodios de dolor y febrícula, se consideró mejora clínica de la paciente. El día 11 de agosto se planteó retirada de la nutrición parenteral y se suspendió el tratamiento antibiótico de Meropenem, que llevaba desde hacía un mes, y se cambió por ciprofloxacino.

A partir del 12 de agosto de 2016 aparecieron episodios de dolor abdominal, que a veces no cedían con analgesia, y problemas con la dieta. El 14 de agosto se decidió dieta absoluta con sueroterapia y se pautó tratamiento con Imipenem y Tigeciclina. El día 15 de agosto se decidió transfusión de 2 concentrados de hematíes y tratamiento con cloruro potásico para corregir la hipopotasemia. Asimismo se decidió retomar dieta según tolerancia.

El día 16 de agosto de 2016 la paciente presentaba dolor de difícil control y se verificó ictericia. A la exploración, abdomen muy doloroso a la palpación en hipocondrio derecho y flanco izquierdo con defensa. Había grave alteración analítica y se realizó un TAC urgente que reveló: colección subfrénica de 12 cm, junto con otra colección también de





12 cm adyacente al margen anterior del cuerpo y cola de páncreas, con impresión diagnóstica de *“progresión de las colecciones subfrénicas izquierdas y en hipocondrio izquierdo”*. Para la parte actora, ese resultado de nuevo obligaba a plantearse una intervención quirúrgica. Era

necesario buscar la causa de la persistencia de la IAP (siendo lo más probable una filtración en alguna de las suturas).

El día 17 de agosto de 2016 se realizó punción de la colección subfrénica izquierda bajo control ecográfico. El cultivo del material obtenido verificó la presencia de abundantes cocos Gram positivos cuyo cultivo puso de manifiesto Enterococo Faecium y algunas colonias de *Candida tropicalis*. En días sucesivos se produjeron varios episodios de dolor abdominal.

El TAC de 23 de agosto de 2016 objetivó drenaje en la topografía de la colección subfrénica izquierda y persistencia de colección en topografía epigástrica con interposición de asas colónicas que dificultan su drenaje. Se consideró a la paciente estable. Se decidió suspender Imipenem y Tigeciclina y se descartó la posibilidad de la punción de la colección peripancreática. El día 24 de agosto se colocó drenaje en esta colección. Para la actora, ello volvía a demostrar que el tratamiento no era efectivo, y que era necesaria una cirugía antes de que la paciente se desestabilizara, y a fin de poder operarla en condiciones óptimas.

El día 25 de agosto de 2016 se realizó fibrogastroscoopia para explorar anastomosis gastroyeyunal que se describió como indemne. Seguía persistiendo la idea de fuga. Se hizo gastroscopia, pero la misma no servía para explorar el intestino excluido. En curso posterior los drenajes verificaron la salida de material purulento.

El TAC de 9 de septiembre de 2016 evidenció disminución de absceso subfrénico izquierdo y estabilización del resto de las colecciones, con persistencia de atelectasia a nivel de LII. Ello, unido a la tolerancia a la dieta se interpretó como buena evolución, y el 12 de septiembre se retiró la nutrición parenteral. El día 14 de septiembre se anotó la previsión de alta de la paciente para el día 12 de septiembre de 2016.

A partir del día 15 de septiembre de 2016 se describió debito de drenaje amarillopurulento espeso. El 16 de septiembre de 2016 se hizo TAC sin contraste





endovenoso, al no conseguir pinchar a la paciente. Se apreció disminución de la colección subfrénica izquierda con estabilidad de las otras colecciones intraabdominales.

El día 20 de septiembre la paciente presentaba fuerte dolor en la zona del drenaje del flanco izquierdo, confirmándose que estaba cerrado. El día 21 la paciente se encontraba en estado nauseoso continuo con vómitos ocasionales, y débito amarillento por drenaje. Horas más tarde, ese líquido del drenaje se describe como "*más bilioso*", posteriormente como "*más purulento que bilioso*", luego "*sero-bilioso*" y por último como amarillento, hasta el día 25/09/2016, en que se describe de nuevo como débito purulento. Para la actora, la salida de líquido de aspecto bilioso se debía a la presencia de bilis, y es un criterio inequívoco de paso de contenido intestinal a la cavidad (a través de una perforación o de un fallo de sutura), que requería necesariamente su análisis, porque, de tratarse de bilis, se debía actuar en consecuencia. Nada se hizo al respecto.

En los días siguientes se sucedieron anotaciones de no tolerancia a dieta, por lo que no fue correcta la decisión de retirar la sueroterapia, máxime teniendo en cuenta que los niveles de albúmina habían descendido. El 27 de septiembre se describe a la paciente con dolor abdominal difuso, sin deposiciones ni gases, con sensación de frío y temblores. El 28 de septiembre se la describe con angustia y llorosa por el cierre intestinal. Su marido le efectúa extracción de fecalomas. El 30 de septiembre se aprecia fuga de drenaje, con olor pútrido. Se cambia el drenaje por una bolsa. Según la actora, ello correspondería a una modificación de las bacterias causantes de la infección. Ello debió llevar a plantearse la eficacia del antibiótico administrado. La analítica reveló descenso de albúmina, triglicéridos y PCR.

Ante esta situación, la única decisión médica fue la de control mediante TAC, que no se hizo hasta el 5 de octubre. No se observaron imágenes compatibles con fuga digestiva, aunque se evidenció aumento de colección subfrénica izquierda y atelectasia pulmonar basal izquierda. A la vista de este TAC, se decidió consulta con un radiólogo para realizar nueva punción para drenaje en la colección detectada. No fue hasta el 10 de octubre que se intentó hacer esta punción para drenaje, figurando dos ecografías realizadas. En una de estas radiografías se apreciaba dificultad para individualizar la colección y distinguirla del bazo, por lo que se consideró que no era factible drenarla. Se descartó (por anotaciones posteriores) la punción de la colección por riesgo de lesión





esplénica. No se decidió nada para evacuar la colección.

A partir del día 6 de octubre la paciente seguía presentando dolor. En la exploración abdominal del día 7 de octubre se describió abdomen blando depresible y con dolor a la palpación en epigastrio e hipocondrio izquierdos. A partir del 6 de octubre se anotó que la paciente no comía prácticamente nada.

El día 9 de octubre se consignó hipotensión, y se anotó que la paciente estaba hemodinámicamente estable, lo que era discordante con el valor de hipotensión. El día 10 de octubre de 2016, tras realizar ecografía, se avisó al médico por hipotensión (70/40 mmHg) con frecuencia cardíaca de 106 latidos/minuto. La paciente refería náuseas y dolor en región espalda peri drenaje y signos de edema con rubor y ligero calor en la zona de drenaje. A las 22:00 horas su marido avisó porque la paciente se encontraba muy inquieta y con dolor. Se constata hipotensión (66/32 mmHg) y taquicardia (116 pulsaciones/minuto). Se realizó analítica urgente y hemocultivo. Se orientó como shock séptico/hipovolemico por lo que se instauró tratamiento antibiótico con Imipenem. Se llevó a UCI a las 01:50 horas.

A la exploración en UCI se palpa emplastamiento alrededor de la bolsa recolectora con edema, calor ligero y rubor, coincidente con infección neumónica/absceso costofrénico izquierdo y probable neumonía absefizada. Para la parte demandante, el TAC del día 5 anterior y los signos clínicos del día 9 hacían que fuese necesaria la eliminación urgente de pus, mediante intervención quirúrgica urgente. Sin embargo, no se hizo, y se optó por una actitud conservadora, contraria a los protocolos de actuación médica.

El día 11 de octubre de 2016 se realizó ecografía que no identificó colección drenable en hipocondrio izquierdo, identificando derrame pleural de escasa cuantía, con componente mayoritariamente parenquimatoso y colapso a nivel de lóbulo inferior izquierdo.

El día 12 de octubre de 2016 se realizó intervención quirúrgica, más de 36 horas después de la eclosión del estado de shock. Se procedió a apertura del orificio de drenaje pig-tail, obteniéndose salida de unos 30-30 cm3 de material purulento, del que se tomó muestra. Se colocó drenaje tipo redón. Para la demandante, esta intervención se realizó cuando la paciente ya presentaba fracaso de varios órganos y pérdida de capacidad de contención de la infección que se había diseminado a tejidos blandos, por





lo que la limpieza efectuada ya no fue eficaz para revertir el proceso, que se había dilatado excesivamente en el tiempo.

El día 13 de octubre de 2016 se informó que la paciente estaba en shock séptico de origen abdominal, causante de un fracaso multiorgánico, peritonitis terciaria purulenta policromibiana, acidosis metabólica, fracaso renal agudo y coagulopatía. Obesidad mórbida y desnutrición calórico-proteica.

En fecha 14 de octubre de 2016, a las 13:35 horas, la paciente falleció.

A criterio de la parte actora, existe nexo de causalidad, por una deficiente asistencia sanitaria que provocó la muerte de la paciente, con falta de medios a su disposición e incumplimiento de los protocolos de la atención médica. En concreto: A.-) Indevida indicación de tratamiento quirúrgico para la obesidad de la paciente, ya que la misma no cumplía con los requisitos establecidos para este tratamiento quirúrgico. B.-) Deficiente técnica quirúrgica en la intervención de 21 de abril de 2016, ya que el cirujano desgarró el estómago al efectuar erróneamente el disparo con la pistola de sutura, lo que obligó a modificar la técnica quirúrgica prevista. C.-) La paciente desarrolló un absceso subcapsular hepático que requirió ingreso hospitalario el 5 de mayo de 2016, hasta el 20 de mayo de 2016, en el que se procedió al vaciado de la colección. D.-) Retraso indebido en la evacuación de la infección. E.-) Indevida insistencia de un tratamiento que se demostró ineficaz. F.-) Retraso indebido de la adecuación de tratamiento antibiótico. Con un antibiograma de 5 de octubre, no se procedió a la adecuación del tratamiento antibiótico hasta el 10 de octubre. G.-) Retraso indebido y negligente, en el tratamiento quirúrgico sobre el foco séptico. H.-) Falta de medios a disposición. No se agotaron todas las posibilidades diagnósticas. I.-) Todo este proceso fue contrario a la literatura médico-científica y protocolos de actuación.

Se alega también la ausencia de información a la paciente y a su familia, con falta de consentimiento informado. La Sra. [REDACTED] suscribió en fecha 18 de marzo de 2016 un documento de consentimiento informado totalmente genérico. No constaban detallados los riesgos y complicaciones genéricas, ni particulares, de la cirugía a la que se iba a someter.

Se invoca también la doctrina del daño desproporcionado. Existe una significativa





desproporció entre el tractament rebut en relació amb la dolència patida. Resultava desproporcionat indicar a una pacient de 70 anys, amb un IMC al límit, una cirurgia bariàtrica, sense que s'huessin produït patologies greus amb origen en la obesitat. Per a aquesta part, el fet de que oferciera a la demandant una cirurgia bariàtrica per perdre pes i millorar en alguna (poca), una situació física molt correcta i acceptable per a la seva edat, i que acabara fent-se com conseqüència d'una complicació que ni tan sols li havien explicat, i que no es tractà adequadament, a pesar de tenir mitjans per solucionar-ho, permet afirmar la culpa del personal sanitari, generada per una actuació negligente. És desproporcionat operar-se d'una cirurgia bariàtrica per perdre pes i morir com conseqüència d'una infecció postoperatoria que no es tractà adequadament.

Se reclama indemnització per el dany moral patit. El Barem previst en la Ley 35/2015 és únicament orientatiu, i no de aplicació obligatòria per a aquest cas.

Per D. [REDACTED] espos de la faltàda des de el 21 de novembre de 1965, se reclama un total de 118.591 euros, desglosat com segueix:

Perjuicio personal básico – Hasta 15 años de convivencia: 70.000 euros

Por cada año adicional de convivencia o fracción: 1.000 x 36 años: 36.000 euros

Perjuicio patrimonial: 400 euros

Lucro cesante del cónyuge: 12.191 euros.

Per D. [REDACTED] hijo de la faltàda mayor de 30 años, y que convivía con la faltàda, se reclama un total de 50.400 euros, desglosat com segueix:

Perjuicio personal básico: 20.000 euros

Por Tabla 1.B.2 (convivencia con la víctima): 30.000 euros

Perjuicio patrimonial: 400 euros

Per D. [REDACTED] hijo de la faltàda mayor de 30 años, se reclama un total de 20.400 euros, desglosat com segueix:

Perjuicio personal básico: 20.000 euros

Perjuicio patrimonial: 400 euros

Así, tras exponer los fundamentos de derecho considerados aplicables, se interesaba sentencia por la que se condenase a la entidad "ZURICH" a indemnizar a los actores la





suma de 189.391 euros, desglosada del siguiente modo: 1.-) A D. [REDACTED] 118.591 euros; 2.-) A D. [REDACTED] con 50.400 euros; 3.-) A D. [REDACTED] 20.400 euros. Además, se solicitaba la imposición de intereses moratorios del artículo 1108 del Código Civil (en adelante, CC), desde la interposición de la demanda, más los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, LCS). Y todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Por Decreto de 27 de febrero de 2019 se admitió a trámite la demanda y se emplazó a la demandada para que la contestase en el plazo de veinte días.

TERCERO.- El Procurador Sr. [REDACTED] en representación de la entidad "ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA", presentó escrito de contestación a la demanda. Se alega en primer lugar error en la normativa aplicable. Puesto que la acción imprudente se imputa al personal médico, como dependiente del Servei Català de la Salut, que es la asegurada de esta parte, la existencia o no de responsabilidad deberá analizarse desde la perspectiva del Derecho Administrativo. En cuanto a los hechos en los que se basa la reclamación, se anuncia la solicitud de prueba documental anticipada y la aportación de dictámenes periciales. Se niega la existencia de responsabilidad médica y de infracción de la *lex artis* por el personal facultativo que atendió a D^a. [REDACTED] Se rechaza la afirmación de que la cirugía bariátrica no estuviese indicada en el caso de la demandante. La documentación aportada junto a la demanda es insuficiente sobre esta cuestión. Consta la aportación de un documento informado de fecha 18 de marzo de 2016, pero no consta ninguna visita médica, que con toda seguridad se produjo antes de decidir la intervención. En cualquier caso, según el perito de esta parte la indicación de la cirugía era procedente, al estar documentado que la paciente era una persona con obesidad mórbida, con 95,200 kg de peso, con una talla de 1,54 m, y un IMC de 40,1. En el caso de esta paciente concurrían además los factores de dislipemia y artropatía degenerativa. Inicialmente se indicó la realización de una gastrectomía tubular (sleeve gastrectomy), si bien se reconvirtió a bypass gastroyeyunal ante las dificultades técnicas intraoperatorias que aparecieron. La intervención se realizó el día 21 de abril de 2016, y tras una buena evolución se dio de alta a la paciente el día 25 de abril de 2016.

El día 1 de mayo de 2016 la paciente acudió al Servicio de Urgencias del Hospital, por





presentar dolor abdominal y vómitos, así como dolor en hipocondrio izquierdo y fiebre desde el día anterior. Según consta en el informe de asistencia, también presentaba estreñimiento desde tres días antes, y buena tolerancia oral a líquidos, excepto a los batidos. Se realizaron analítica y diversas pruebas, destacando un TAC abdominal en fecha 2 de mayo que detectó colección líquida de 9 cm, con nivel hidroaéreo, localizada en región subhepática izquierda, iniciándose antibioterapia y procediéndose al ingreso en planta de cirugía. La evolución fue buena, cursando alta el día 20 de mayo, y constando durante el ingreso la realización de 4 TAC abdominales y una ecografía abdominal.

El día 29 de mayo de 2016 la paciente regresó nuevamente a urgencias por dolor abdominal, que según consta en la documentación se inició de forma súbita 4 horas antes, mientras comía. El TAC objetivó presencia de burbujas aéreas al reservorio gástrico con aumento de la atenuación de la grasa mesentérica, esteatosis hepática y enfisema subcutáneo en hipocondrio izquierdo. Se inició tratamiento con antibióticos y se procedió al ingreso en cirugía. A partir de ese momento, según el perito de esta parte el curso evolutivo fue oscilante *“con mejoras parciales clínicas y analíticas, pero no mantenidas en el tiempo, también a nivel de los múltiples TC abdominales realizados”*. Se realizaron más de 25 TAC abdominales, 3 tránsitos intestinales y 4 ecografías abdominales y drenajes por punción, además de múltiples analíticas, cultivos de los líquidos biológicos y administración de diferentes antibióticos, atendiendo a los resultados de la identificación de gérmenes y antibiogramas correspondientes.

El día 3 de julio de 2016, después de más de dos meses de la cirugía y un mes del reingreso, empeoró el dolor abdominal, apareciendo clínica de peritonitis y demostrando el TAC abdominal realizado en el mismo día la existencia de neumoperitoneo y colecciones peritoneales múltiples. Ante tales circunstancias, se indicó y realizó cirugía urgente, que halló abdomen bloqueado por múltiples adherencias intestinales, pero se pudieron drenar 4 colecciones intraabdominales. Nuevamente, como destaca el perito de esta parte, la evolución fue oscilante, *“con la necesidad de drenaje por punción en las colecciones que fueron apareciendo, con tolerancia intermitente a la alimentación oral, y no evidenciando en ningún momento estenosis ni fístulas intestinales que justificaran el curso errático clínico de las colecciones intraabdominales”*.

A pesar de lo anterior, el día 11 de octubre de 2016 la paciente presentó clínica de





infección grave, shock séptico, que como indica el perito *“obliga a cirugía in extremis, que solo puede drenar colección en flanco izquierdo y que no impide la progresión de la sepsis a fracaso multiorgánico y falleciendo la paciente el día 14/10/16”*.

Conforme a lo que argumenta el perito de esta parte, el manejo de las colecciones intraabdominales, en los pacientes con el abdomen bloqueado por múltiples adherencias, solo puede realizarse e intentarse mediante las técnicas lo menos agresivas posibles, lo que *“implica la realización de punciones-drenaje dirigidas mediante control radiológico, y ello es así porque la alternativa de la intervención quirúrgica, por la experiencia acumulada en la clínica, solo consigue empeorar la situación, pues la cirugía está gravada por una alta morbi-mortalidad consecuencia de las lesiones intestinales y/o fístulas que se producen durante la disección quirúrgica”*. Esas complicaciones son inevitables, y en ocasiones han provocado *“tener que realizar la extirpación de gran parte o la mayoría del intestino, situación que es claramente incompatible con la vida”*. En definitiva, concluye, *“todos los equipos quirúrgicos en estas situaciones de abscesos recidivantes en un contexto de peritonitis plástica (abdomen bloqueado), huyen de las reintervenciones e intentan solucionar las colecciones mediante punciones dirigidas, cosa que no siempre es posible”*. Para esta parte, así es como se actuó en este caso, sin que el fallecimiento de la Sra. [REDACTED] sea imputable a actuar negligente alguno.

Se niega que exista relación causal entre la asistencia prestada y el fallecimiento de la Sra. [REDACTED]. Según el perito de esta parte: *“a.- La indicación de cirugía bariátrica y la técnica escogida fueron acordes con las recomendaciones de las sociedades científicas médicas. b.- El manejo de la complicación posterior, absceso abdominal, siguió la lex artis ad hoc: tratamiento antibiótico y confirmación radiológica de su resolución. c.- Los abscesos recidivantes que aparecieron a partir del segundo reingreso, su tratamiento vino condicionado por la imposibilidad del manejo quirúrgico de los mismos, consecuencia de la peritonitis plástica resultante que bloqueó la cavidad peritoneal. d.- A pesar del manejo intensivo clínico realizado, no pudo impedirse que se desencadenara finalmente shock séptico con fracaso multiorgánico”*.

En cuanto a la supuesta falta de consentimiento informado, se destaca que la documentación aportada junto a la demanda relativa a las actuaciones médicas previas a la intervención es prácticamente inexistente. Aun así, se ha aportado documento de





Consentimiento Informado de cirugía laparoscópica por obesidad, en el que se hace constar expresamente que se ha facilitado a la actora la documentación correspondiente relativa al procedimiento a realizar.

En el negado supuesto de que se considerase que no existió consentimiento informado, y a partir de esta circunstancia se aprecie la existencia de mala praxis, no procedería la indemnización total del daño, sino exclusivamente de un porcentaje del mismo, atendiendo a que lo que se habría producido sería una pérdida de oportunidad.

Se niega que resulte aplicable la doctrina del daño desproporcionado. Desgraciadamente, en este tipo de intervenciones el riesgo de que se produzca la muerte del paciente es muy considerable. El fallecimiento de un paciente sometido a un procedimiento de cirugía bariátrica nunca puede tener la consideración de daño desproporcionado, sino que es una consecuencia posible no deseada, pero desde luego no inverosímil de la intervención.

En cuanto a los daños y perjuicios reclamados, y con carácter subsidiario, se alega pluspetición. Se acepta que los perjuicios reclamados se valoren conforme al Baremo previsto para los accidentes de circulación, incluido en la Ley 35/15, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (en adelante, TRLRCSVM). Ahora bien, de aplicarse, debe hacerse con todas sus consecuencias. Corresponde a la parte actora acreditar las circunstancias que dan lugar a la aplicación de un determinado criterio indemnizatorio. No se discute la relación de parentesco entre la Sra. [REDACTED] y los demandantes, su viudo y sus dos hijos. Tampoco se discute el periodo de duración del matrimonio, ni la justificación de ingresos de la Sra. [REDACTED] que da lugar al lucro cesante reclamado por el Sr. [REDACTED]. Sin embargo, no se acredita que, en el momento de ocurrir el fallecimiento (o del último ingreso hospitalario de la Sra. [REDACTED] su hijo D. [REDACTED] conviviese con ella.

Se niega la existencia de responsabilidad civil. En todo caso, la única póliza que daría cobertura al supuesto de autos sería la suscrita entre la demandada y el Servei Català de la Salut.

Se muestra oposición a la reclamación de intereses moratorios del art. 20 LCS. La





demandada asegura a una Administración y al personal que actúa bajo su dependencia, no pudiendo reconocer la existencia de responsabilidad de ésta si no lo hace ella misma o no lo acuerda así un Tribunal. En segundo lugar, tras recibirse la reclamación extrajudicial por "ZURICH", a la que no se aportaba documentación acreditativa de los hechos por los que se imputaba responsabilidad, ni se cuantificaban los perjuicios, la demandada solicitó de forma expresa que se le facilitase acceso a la Historia Clínica, sin que la actora facilitase tal acceso. E incluso la documentación que se une a la demanda es claramente incompleta, lo que sigue impidiendo a esta parte poder comprobar la veracidad de los hechos, así como el alcance de estos. En tercer lugar, respecto del demandante D. [REDACTED] su nombre no aparece hasta la interposición de la demanda, aunque la cantidad total que se solicitaba en las cartas de reclamación coincidía con la que ahora se pretende. Es posible que hubiese un error involuntario de la actora, pero ello no puede perjudicar a esta parte. Finalmente, la demandante no ha cumplido el requisito del art. 37.2 TRLSRCCVM, al no haber facilitado la documentación en la que fundamenta su reclamación, ni incluso tras haber presentado la demanda, lo que supone una causa justificada para el impago de la indemnización. En cualquier caso, para el negado supuesto de considerarse procedente la imposición de los intereses moratorios, su cómputo debería realizarse desde la interposición de la demanda o, como mucho, desde el 9 de octubre de 2017, fecha en la que la demandada tuvo conocimiento del siniestro.

Tras exponer los fundamentos de derecho considerados aplicables, se interesaba la desestimación de la demanda presentada, con condena en costas a la parte actora.

CUARTO.- En fecha 13 de septiembre de 2019 el Procuradora Sr. [REDACTED] obrando en la representación indicada, presentó escrito comunicando el fallecimiento de D. [REDACTED] en fecha 3 de julio de 2019. Los otros dos demandantes, D. [REDACTED] y D. [REDACTED] son herederos del mismo, por lo que se solicitaba la sucesión procesal a su favor, ocupando en este proceso la posición procesal que hasta ahora había mantenido el codemandante fallecido.

Se suspendieron las actuaciones y se requirió a la actora para acreditar la sucesión solicitada. Se suspendió la audiencia previa señalada para el día 3 de octubre de 2019.





Se dictó Decreto en fecha 4 de octubre de 2019 admitiendo la personación en este juicio de D. [REDACTED] y D. [REDACTED] como sucesores del litigante fallecido D. [REDACTED] ocupando en el proceso la misma posición de parte demandante que ocupaba aquél a todos los efectos.

Se acordó alzar la suspensión del procedimiento que se había acordado, y citar nuevamente a las partes para la celebración de audiencia previa.

QUINTO.- Citadas las partes a audiencia previa, ésta se celebró en fecha 23 de enero de 2020. No se pudo llegar a avenencia entre los interesados. Se hicieron alegaciones complementarias. Se concedió la posibilidad a cada parte de pronunciarse sobre los documentos aportados de contrario. Se fijaron los hechos objeto de debate. Finalmente, se abrió la fase de proposición y admisión de prueba.

SEXTO.- Tras una suspensión por el motivo que obra en las actuaciones, el juicio se celebró en fecha 21 de abril de 2021. Se practicaron las pruebas declaradas pertinentes en la audiencia previa, en concreto documental, testifical y pericial. Tras el trámite de informe y conclusiones, quedaron los autos pendientes de resolución.

SÉPTIMO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, salvo el plazo previsto para dictar sentencia, debido a la acumulación de asuntos existente en este procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La pretensión planteada en este proceso consiste en una reclamación formulada por D. [REDACTED] y D. [REDACTED] (ambos en nombre propio, pero también por su condición de herederos y sucesores de D. [REDACTED] que ha fallecido durante el transcurso del procedimiento), contra la entidad "ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA", en el ejercicio de la acción derivada de una responsabilidad por imprudencia médica, por la asistencia prestada a D^a. [REDACTED] que fue intervenida en fecha 21 de abril de 2016 por cirugía bariátrica. Se apunta la existencia de responsabilidad tanto en lo relativo a la indicación de tal cirugía, la información suministrada respecto de la misma, la técnica quirúrgica desarrollada, así como todo el





proceso médico derivado de la misma, con reingreso de la paciente en centro hospitalario, supuesto retraso en el tratamiento de una infección postquirúrgica, inadecuada insistencia en un tratamiento ineficaz, retraso indebido en el tratamiento antibiótico, retraso en el tratamiento quirúrgico, falta de medios a disposición de la paciente y actuación en contra de la literatura científica y protocolos médicos aplicables.

En definitiva, se señala que los profesionales que atendieron a la Sra. [REDACTED] desarrollaron una actuación imprudente o negligente, no ajustada a las normas de la *lex artis* médica.

La pretensión se dirige contra la entidad aseguradora "ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA", en el ejercicio de la acción prevista en el art. 76 LCS.

SEGUNDO.- La responsabilidad médica, considerada por una abundante jurisprudencia como una obligación derivada de acto ilícito, requiere los siguientes elementos: a) una acción u omisión ilícita; b) la realidad y constatación de un daño causado; c) la culpabilidad, que en ciertos casos puede entenderse en un sentido amplio, atendiendo a un criterio progresivo en la apreciación de la responsabilidad; d) un nexo causal entre el primero y el segundo requisito.

Eso sí, la actividad del médico se caracteriza por su condición de experto profesional. Por ello, quedará obligado no sólo a actuar con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1104 del Código Civil, en adelante CC), sino a aplicar las energías, medios y conocimientos que, según el estado de la ciencia, *lex artis* o conjunto de saberes y técnicas propias de su profesión, estaban objetivamente a su alcance para el logro de aquel fin. En este ámbito, la impericia es una forma de negligencia (Digesto, 19.2.9.5). Quien asume como experto una obligación de actividad y no la cumple con el rigor técnico exigible, responde, como deudor negligente, del daño causado (art. 1101 CC).

Por ello, la responsabilidad del médico por tal modalidad de incumplimiento depende de una previa valoración de la idoneidad de la conducta por él desplegada. Es necesario un juicio sobre la diligencia con la que se haya actuado, lo que implica la comparación entre la prestación ejecutada y la debida. Esa "prestación debida", que constituye propiamente el objeto de la obligación a cuyo cumplimiento se compromete el médico o facultativo, se identifica según el modelo ideal y objetivo de conducta exigible en atención a la





cualificación profesional y a la naturaleza de la actividad prometida. El Tribunal Supremo ha indicado en múltiples ocasiones (véase, a título de ejemplo, la STS de 30/12/2004, que a su vez se remite a las SSTS de 12/02/1990, 29/07/1998 y 08/09/1998), que la prestación de hacer a la que se encuentra obligado el médico facultativo que interviene con un fin terapéutico para curar una dolencia o enfermedad, o para paliar sus síntomas, no puede considerarse una prestación de resultado. La finalidad última de curación no está incluida en el objeto de la obligación asumida. Antes bien, se trata de una prestación de medios que, como tal, ha de entenderse cumplida con la realización de la actividad comprometida, aunque a ella no viniera acompañada la sanación total del lesionado. A tal fin, el médico se verá exonerado de cualquier responsabilidad siempre y cuando haya actuado con la diligencia exigible en atención a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias concurrentes de personas, tiempo y lugar (arts. 1101 y 1104 CC).

Con ello, la obligación del médico es la de poner a disposición del paciente los medios adecuados, y ofrecerle la información necesaria, teniendo en cuenta que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y que la intervención médica está sujeta a un componente aleatorio (STS de 20/11/2009). Lo contrario supondría poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva, en cuanto se le responsabilizaría exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, equiparando el daño al resultado no querido ni esperado, ni menos aún garantizado, por esta intervención, al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad, que, en definitiva, le impediría demostrar la existencia de una actitud médica ajustada a la *lex artis*.

Sin embargo, esta valoración e interpretación del actuar médico en relación con el contexto personal y de tipo de medicina sobre la que interviene el profesional, ha de ponerse en relación con la doctrina relativa al daño médico desproporcionado. Según el Tribunal Supremo, el daño médico desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médico-sanitaria (SSTS de 23/05/2007, 08/11/2007, 23/10/2008, etc.). En estos casos, y en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que el daño se produjo, si se presenta en la esfera de su actuación profesional y no es de los que habitualmente se originan sino por razón de una conducta negligente. El enjuiciamiento de estas situaciones debe realizarse teniendo en cuenta,





como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recaee sobre el que causa un daño no previsto ni explicable, de modo que la ausencia u omisión de la misma puede determinar la imputación.

En el caso de daño desproporcionado, o resultado "clamoroso", el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida (SSTS de 30/04/2007 y 14/05/2008). La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el *onus probandi* de la relación de causalidad y la presunción de culpa.

En lo que se refiere específicamente a los errores de diagnóstico, la STS de 18/02/2015 ha reiterado la doctrina según la cual, en una medicina de medios y no de resultados, la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena.

Por tanto, ello implica un doble ámbito en el examen de la cuestión. En primer lugar, es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles. En segundo lugar, no se puede cuestionar el diagnóstico inicial únicamente por la evolución posterior, dada la dificultad que entraña acertar con el correcto diagnóstico, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (SSTS de 15/02/2006, 19/10/2007, 03/03/2010, 10/12/2010, 30/03/2012, etc.).

TERCERO.- En primer lugar, debe acogerse la petición de la parte demandada respecto





de la determinación de la normativa aplicable sobre la cuestión de fondo que determina el objeto procesal de este pleito. Puesto que la entidad respecto de la cual se predica por la parte actora la existencia de responsabilidad es una administración pública ("Servei Català de la Salut"), que habría actuado de manera inadecuada en el ejercicio de sus funciones, y que es la asegurada de la entidad demandada frente a la que se ejercita la acción directa del art. 76 LCS, deberá examinarse el fondo del litigio con los parámetros del Derecho Administrativo, y ello aunque se haya admitido la competencia para el conocimiento del asunto de este orden jurisdiccional civil. La invocación que se hace en la demanda al art. 1902 CC no ha de vincular a este juzgador. Como destacaba la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 11ª, de 12 de julio de 2017, ello no puede resultar extraño ni extravagante. El art. 42 LEC prevé ese escenario, y admite que el juez civil realice un examen prejudicial de una cuestión encuadrada en el Derecho Administrativo, que sólo producirá efectos en el proceso de que se trate. El régimen de responsabilidad predicable de las administraciones públicas, en el ejercicio de sus funciones específicas atribuidas de conformidad a sus competencias, será el previsto en los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. El régimen determinado por estos preceptos ha venido a sustituir al regulado en los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAPyPAC), y que estaba vigente en el momento en que se produjeron los hechos a los que se refiere este procedimiento.

CUARTO.- La Jurisprudencia ha señalado reiteradamente que el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, consagrado en el art. 106.2 de la Constitución Española, y desarrollado por la LRJAPyPAC, viene exigiendo que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, exista una relación de causa-efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor. Cabe citar al respecto la STS de 20 de junio de 2006; las Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 de octubre de 2013, 26 de marzo de 2014, 3 de mayo de 2018; etc.

La naturaleza de responsabilidad objetiva supone que no sólo no es necesario





demostrar, para exigir aquella responsabilidad, que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala. Ello es así porque los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos. Por tanto, para que el daño concreto, producido por el funcionamiento del servicio a un particular, sea antijurídico, bastará con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. En tal caso, no existirá deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será imputable a la Administración.

Con carácter general, la Jurisprudencia ha definido los presupuestos para la apreciación de responsabilidad patrimonial de la Administración:

a.-) Acreditación de la realidad del resultado dañoso. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

b.-) Antijuridicidad de la lesión producida, por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido, es decir, ausencia de causas de justificación de la producción del mismo.

c.-) Imputabilidad a la Administración demandada de la actividad, entendiéndose la referencia al "*funcionamiento de los servicios públicos*" como comprensiva de toda clase de actividad pública, tanto en sentido jurídico como material, e incluida la actuación por omisión o pasividad; y entendiéndose la fórmula de articulación causal como la apreciación de que el despliegue de poder público haya sido determinante en la producción del efecto lesivo. Para la apreciación de esta imputabilidad, resulta indiferente el carácter lícito o ilícito de la actuación administrativa que provoca el daño, o la culpa subjetiva de la autoridad o agente que lo causa, y no basta con atribuir causalmente el perjuicio al funcionamiento de un servicio, sino que es preciso atribuirlo jurídicamente en virtud de título de imputación. Es precisa una valoración jurídica racional de lo fáctico, ya que existe una pluralidad de criterios jurídicos para resolver el





juicio de imputación.

d.-) Exoneración en los supuestos de fuerza mayor, como circunstancia que excluye cualquier tipo de responsabilidad.

e.-) Sujeción del ejercicio del derecho al requisito temporal de que la reclamación se cause antes del transcurso del año desde el hecho motivador de la responsabilidad. En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En este sentido, la STS de 10 de octubre de 2007 ha señalado: «(...) Es cierto que la principal característica de la responsabilidad patrimonial es su carácter directo y objetivo, en el doble sentido de que la reclamación se formula frente a la Administración actuante sin necesidad de concretar al funcionario causante del daño, y de que la responsabilidad, y por tanto la obligación de indemnización, nace sin necesidad de que exista culpa, ni siquiera ilicitud o anormal funcionamiento de la Administración, pero ello tampoco convierte, a través de esta institución, a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares.»

QUINTO.- A la vista del conjunto de la prueba practicada, deberá apreciarse la responsabilidad de la entidad demandada. Según consta en las actuaciones, D^a. [REDACTED] nació en fecha 11 de marzo de 1946. Por tanto, tenía 70 años de edad cuando fue intervenida de cirugía bariátrica en el Hospital Sant Joan de Reus. En concreto, se indicó a esta paciente la disminución del tamaño de su estómago mediante una intervención quirúrgica consistente en una "sleeve gastrectomy" o gastrectomía tubular, mediante técnica laparoscópica. Mediante esta cirugía, el estómago se reduce al 15-20% del tamaño habitual, con extirpación de una larga porción de ese órgano, a nivel de la gran curvatura gástrica, al objeto de convertir su morfología en una especie de "manga". No obstante, debido a una complicación durante el proceso quirúrgico, se cambió la solución a aplicar, de modo que lo que finalmente se realizó fue un by-pass gastroyeyenal ("by-pass gástrico en Y de Roux").

Aun partiendo del contenido del informe pericial acompañado a la contestación a la





demanda (doc. nº 4), elaborado por el Dr. [REDACTED] que en estos planteamientos generales vendría sustancialmente a coincidir con lo que se indica en el informe presentado por la parte actora junto a su demanda (doc. nº 7), confeccionado por el Dr. [REDACTED] la cirugía bariátrica es el único tratamiento posible para conseguir una sustancial y sostenida pérdida de peso en pacientes afectos de obesidad mórbida. Se trata del único tratamiento que a día de hoy puede considerarse eficaz, máxime cuando con él se obtiene una sustancial mejora de comorbilidades asociadas (síndrome de apnea del sueño, reflujo gástroesofágico, síndrome metabólico, etc.). Además, la utilización de técnicas menos agresivas, como la laparoscopia ha conllevado unos resultados más satisfactorios en cuanto al resultado de la operación y disminución de riesgos. Con ello, cada vez es más extendida esta técnica quirúrgica para el tratamiento de obesidades mórbidas, máxime si se tiene en cuenta que en muchos casos los regímenes dietéticos y los tratamientos meramente farmacológicos no se vislumbran como actuaciones eficaces para disminuir el peso de los pacientes de manera sostenida en el tiempo.

En cualquier caso, se trata de una intervención quirúrgica que puede dar lugar a complicaciones, algunas de ellas frecuentes y habituales, entre las que destacan: dehiscencia de la herida,; estenosis de las anastomosis (20%); erosiones o úlceras que condicionan hemorragia (0,5-2%); diarrea (15%); mala-absorción, esteatorrea; déficits nutricionales y vitamínicos (10-25%); síndrome de dumping (70%); coleditiasis; dehiscencia de las anastomosis, peritonitis, mediastinitis (1-3%); hernias incisionales (15%). Siempre según el Dr. [REDACTED] la tasa de mortalidad de estas técnicas quirúrgicas es de alrededor un 0,5% (1 paciente de cada 200), y en cualquier caso no debería sobrepasar el 1.5-2% (1 paciente de cada 50-67 pacientes).

Lo que parece claro, en definitiva, es que se trata de una técnica quirúrgica que tiene unos riesgos y contraindicaciones que no pueden tomarse a la ligera, de modo que la necesidad de prescribir este tipo de indicaciones ha de considerarse siempre teniendo en cuenta el estado anterior de los pacientes, y de los riesgos que se derivarían de la decisión de no operar o intervenir. Como expone el mismo Dr. [REDACTED] en su informe, la obesidad mórbida es una patología que implica un riesgo muy alto de enfermedades cardiovasculares y metabólicas. En los casos en los que el índice de masa corporal (IMC) es superior a 40, el riesgo cardiovascular sería 4 veces más elevado que el de la población normal, y el riesgo de cáncer se multiplicaría por 2. Los índices de mortalidad





en pacientes con obesidad mórbida son sustancialmente mayores que en la población general, y su esperanza de vida está fuertemente disminuida.

Es decir, partiendo del análisis riesgo-beneficio que cualquier actuación médica comporta, la cirugía bariátrica constituiría un tipo de intervención quirúrgica cuya indicación vendría justificada, prácticamente casi siempre, no tanto por la inexistencia de riesgos o complicaciones quirúrgicos o postquirúrgicos (que siempre los hay, y bastante significativos), sino por la alta expectativa de éxito y de mejora de calidad de vida, en comparación con la situación que se generaría para los pacientes diagnosticados de obesidad mórbida en caso de no operar, así como por la falta de tratamientos alternativos para combatir la enfermedad.

Es por ello que, como señala la parte demandante, la indicación de cirugía bariátrica para poder tratar a un paciente aquejado de obesidad mórbida exige un adecuado análisis de su estado y antecedentes, así como una adecuada información a la hora de recabar el necesario consentimiento.

SEXTO.- Pues bien, en este punto, cabe indicar que a criterio de este juzgador no ha quedado debidamente probada la idoneidad o adecuación de la actuación médica desarrollada (cirugía bariátrica laparoscopia mediante "sleeve gastrectomy", posteriormente sustituida por by-pass gástrico yeyunal), ante la situación médica que presentaba la paciente.

Como se ha dicho, D^a. [REDACTED] tenía 70 años de edad en el momento en que se sometió a cirugía bariátrica (21 de abril de 2016). Es evidente que, en este caso, la edad de la paciente no constituía un factor que favoreciese la indicación de esta intervención. Tal y como se expone en la demanda, las sociedades SEEDO (Sociedad Española para el Estudio de la Obesidad) y SECO (Sociedad Española de Cirugía de la Obesidad) tienen publicados en sus respectivas páginas web documentos de consenso sobre la indicación de cirugía bariátrica, que sirven de guía o protocolo al respecto. Es cierto que, en algún sentido, el contenido de las guías puede verse superado por el paso del tiempo, pero aún son consultables a día de hoy.

Así, si se visita la página web de la entidad SEEDO (seedo.es), está disponible el documento "Consenso SEEDO 2016", sobre prevención, diagnóstico y tratamiento de la





obesidad, realizado por diversos autores (Lecube, A., Monereo, S., Rubio, MA., Martínez-de-Icaya, P., Martí, A., Salvador, J., Masmiquel, L., Goday, A., Bellido, D., Lurbe, E., García-Almeida, JM., Tinahones, FJ., García-Luna, PP., Palacios, E., Gargallo, M., Breton, I., Caixàs, A., Menéndez, E., Puig-Domingo, M. y Casanueva, FF.). En el capítulo relativo a las indicaciones para la realización de la cirugía bariátrica, el documento se remite al NIH Consensus Development Conference Panel de 1991, que estableció como criterios: pacientes con $IMC \geq 49$ kg/m², y pacientes con formas menos graves de obesidad (IMC 35-40 kg/m²) con comorbilidades graves asociadas, con edades entre 18 y 60 años (individualizando adolescentes y edad avanzada). Y, en concreto, en el epígrafe “¿Está indicada la cirugía en personas mayores?”, el documento indica: “Los resultados parecen comparables a los obtenidos en pacientes más jóvenes, con independencia del tipo de técnica quirúrgica empleada. Creemos, sin embargo, que esta cirugía debe realizarse en los centros con mayor experiencia, discutiendo los riesgos y expectativas de manera individual con cada paciente. El resultado esperable de la cirugía en esta población no sería una mejoría en la supervivencia sino de la morbilidad asociada a la obesidad”.

Asimismo, el documento “Prevención, diagnóstico y tratamiento de la obesidad. Posicionamiento de la sociedad española para el estudio de la obesidad de 2016”, de los mismos autores, da una explicación más pormenorizada de la cuestión. Así, tras referirse nuevamente al NIH Consensus Development Conference Panel de 1991, este documento indica que, entre los factores a tener en cuenta a la hora de programar una cirugía bariátrica como tratamiento para la obesidad, deberá tenerse en cuenta la edad del paciente, “no existiendo dudas entre los 18 y 60 años, debiendo valorarse individualmente los pacientes fuera del intervalo de edad reseñado”. Y, en cuanto a la cuestión de si “¿Está indicada la cirugía en personas mayores?”, la información que el documento aporta es:

“Aunque la definición de persona mayor es ambigua, la mayoría de guías y consensos recomienda la cirugía bariátrica en personas hasta los 55-60 años de edad. No obstante y dado el avance de la esperanza de vida de la población, no es infrecuente la cirugía en sujetos con diversas situaciones patológicas (cardíacas, oncológicas, traumatológicas...), y se plantea también la posibilidad de realizar la cirugía en pacientes entre 60 y 65 años de edad.

La mayoría de estudios que han evaluado la opción quirúrgica en mayores de 60 años





son de calidad limitada y con diferencias en el límite edad, con un número pequeño de pacientes (<100 casos por estudio), con diferencias en la definición de resolución de las comorbilidades, con una gran heterogeneidad en el seguimiento, generalmente inferior a 12 meses. En 2015 se publicó un estudio retrospectivo con 50 pacientes mayores de 60 años con obesidad mórbida o supermórbida (24 con IMC <50 kg/m² y 26 con IMC >50 kg/m²) y con un seguimiento medio de 33 meses ¹⁹⁹. En este trabajo se muestra una respuesta apreciable no solo en la pérdida de peso, sino también en comorbilidades y en calidad de vida. También una reciente revisión sistemática, con 26 artículos identificados y 8149 pacientes mayores de 60 años, comunica un porcentaje de exceso de peso perdido a los 12 meses del 53,8%, con tasas de resolución de DM tipo 2, hipertensión arterial y dislipemia del 54,5%, 42,5% y 41,2% respectivamente, junto con una mortalidad en los primeros 30 días del 0,11% y una tasa agrupada de complicaciones del 14,7% ²⁰⁰. Es decir, los resultados serían comparables a pacientes más jóvenes, con independencia del tipo de técnica quirúrgica empleada.

En definitiva, no parece razonable denegar la cirugía de manera generalizada en este grupo etario. Ya que los riesgos asociados a la cirugía serían mayores y sus beneficios en salud potencialmente menores que los esperados en obesos más jóvenes, creemos que esta cirugía debería realizarse en los centros con mayor experiencia, discutiendo los riesgos y expectativas de manera individual con cada paciente. Por último, el resultado esperable de la cirugía bariátrica en esta población no debería ser inicialmente una mejoría en la supervivencia, aunque sí de la morbilidad asociada a la obesidad. Sin embargo, se constata la necesidad de incrementar la investigación al respecto".

Por su parte, en la página web de la SECO (www.seco.org) se puede consultar el documento "Vía Clínica de Cirugía Bariátrica 2017", elaborado por los autores Esther Martín García-Almenta, Jaime Ruiz-Tovar Polo y Raquel Sánchez Santos, en el que, al describir el alcance de la cirugía bariátrica, se señala: "Todos los pacientes obesos mórbidos (IMC >40) o con comorbilidades graves asociadas a la obesidad (IMC30-35; 35-40) remitidos a la consulta externa de Cirugía de Obesidad por el servicio de Endocrino-Nutrición para valoración de cirugía bariátrica; con edades entre 18 y 65 años (con posibilidad de incluir menores de 18 años o mayores de 65 años en situaciones especiales)".

Por tanto, esta documentación no vendría a suponer, necesariamente, que una cirugía bariátrica estaría siempre desaconsejada o contraindicada para una paciente de 70





años, pero en cualquier caso sí vendría a evidenciar que una persona de esa edad estaría fuera de los márgenes aconsejables para este tipo de intervención. En consecuencia, su realización estaría condicionada a la adecuación del centro hospitalario donde llevarlo a cabo, estudio del resto de factores y antecedentes concurrentes y, por supuesto, la información prestada al paciente en cada caso.

Cabe destacar que el perito Sr. [REDACTED] no ha cuestionado el contenido de estos documentos de referencia, ni tampoco se ha referido a documentos o protocolos alternativos que actualmente estén publicados y que se utilicen como guía a la hora de prescribir este tipo de intervenciones. Simplemente, ha indicado que en la actualidad es más frecuente que los intervalos de edad no sean tan determinantes a la hora de indicar este tipo de intervenciones, ya que los avances en las técnicas utilizadas hacen que cada vez existan mayores expectativas de éxito, de mejora de la calidad de vida del paciente y de prolongación de la esperanza de vida en pacientes que superen las franjas de edad establecidas como parámetros convencionales en los distintos protocolos médicos. En este sentido, los testimonios aportados en el juicio por los testigos-peritos D. [REDACTED] D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] han ido en el mismo sentido.

Así, en principio, si bien la demandante estaría “fuera del rango” preestablecido en protocolos como pacientes para los que sería adecuada esta intervención, el límite máximo de edad ha ido aumentando en la práctica con el paso del tiempo, si bien siempre atendiendo a las debidas recomendaciones y precauciones, y siempre atendiendo al caso concreto. En cualquier caso, y como expresaba el Dr. [REDACTED] la conveniencia o idoneidad de la operación dependería del análisis que se hiciese del beneficio-riesgo en cada caso.

De todos modos, cabe entender que la paciente D^a. [REDACTED] [REDACTED] sobrepasaba la edad máxima prevista para los pacientes candidatos para cirugía bariátrica, como tratamiento idóneo frente a la obesidad mórbida. Y, como se reconoció por el propio Sr. [REDACTED] durante el juicio, a mayor edad del paciente, mayores riesgos existirían a la hora de afrontar esta intervención. Lógicamente, es de presumir que para estos pacientes de más edad el índice de mortalidad en este tipo de intervenciones, y el riesgo de que aparezcan las complicaciones asociadas a las mismas, serían mucho más altos que los valores medios señalados para los pacientes en general. Todos los





testigos-peritos vinieron a coincidir también en que esa correlación beneficio-riesgo no sería igual en el caso de una persona joven que en un paciente de edad más avanzada. Y todo ello sin perder de vista la apreciación contenida en el documento publicado en la página web de la SEEDO, relativa a que en este tipo de pacientes de edad más avanzada la mejora a esperar mediante una cirugía bariátrica no sería tanto una supervivencia, como en lo relativo a las morbilidades asociadas a la obesidad.

SÉPTIMO.- Pues bien, partiendo de esa consideración de que la Sra. [REDACTED] tendría una edad que, en principio, superaría el límite máximo previsto en los márgenes establecidos, lo cierto es que la documentación médica no aporta datos contundentes sobre la conveniencia e idoneidad de la cirugía bariátrica en esta paciente.

Ciertamente, en la hoja clínica del Hospital Sant Joan de Reus aparecen como antecedentes de la paciente los de dislipemia, hernia discal, discopatía degenerativa y juanetes (doc. nº 55 de los acompañados a la demanda, que viene a coincidir con el documento remitido desde el Hospital Sant Joan de Reus). Por supuesto, todos esos antecedentes podrían ser muy relevantes a la hora de tomar en consideración la posibilidad de que la paciente se sometiese a una cirugía bariátrica, pero también lo es que, entendidos en un sentido general, y dependiendo de su mayor o menor gravedad, podrían ser poco relevantes en una persona de 70 años de edad. Resultaría preciso analizar cada uno de esos antecedentes, a fin de poder determinar si suponían un componente a tener en cuenta, o incluso un factor de morbilidad leve o grave en esta paciente.

Tampoco se antoja que ese documento sea muy preciso en cuanto a las circunstancias físicas de la paciente. Así, se habla de una estatura de 154 cm, de un perímetro abdominal de 127 cm y de un perímetro de cadera de 133 cm, pero curiosamente constan tres pesos diferentes en ese mismo documento: 95,2 kg, 85 kg y 83,800 kg. Ello es relevante porque, si bien es cierto que tomando como referencia el peso de 95,2 kg resultaría que el índice de masa corporal (IMC) de la paciente sería de 40,1, y considerando siempre como fórmula general que el IMC puede calcularse como el cociente entre el peso (en kg) y el cuadrado de la altura (en m), ese valor descendería notablemente si se toma como referencia el peso de 85 kg (IMC 35,8) ó el de 83,8 kg (IMC 35,3).





Es más, si se observa el documento consistente en el informe de alta de semicríticos del día 21 de abril de 2016 (doc. nº 10 de los acompañados a la demanda), en lo relativo a las circunstancias personales de la paciente relativas a esa fecha, consta un peso de 95 kg y una estatura de 1,55 m, lo que supone que el IMC se fije en 39,54. Esos datos son sustancialmente coincidentes con el que aparece en el informe de alta hospitalaria de 25 de abril de 2016, tras la intervención de cirugía bariátrica (doc. nº 12 de los acompañados a la demanda), en el que figura un peso de 95 kg y un IMC de 39,5.

Es cierto que, si se observa la historia médica de la paciente que se ha remitido desde el Hospital Sant Joan de Reus, los parámetros relativos al IMC de D. [REDACTED] van alterándose a lo largo del tiempo. Si se observan todas las anotaciones relativas a la fase preoperatoria a la cirugía bariátrica y de obesidad (págs. 149 a 154 de 154) se puede observar la siguiente secuencia:

- 1.-) En fecha 4 de abril de 2014, la altura de la paciente era de 1,55 m, y el peso de 99 kg, lo que suponía un IMC de 41,21 kg/m2.
- 2.-) En fecha 8 de abril de 2014 se vuelve a anotar el mismo peso de 99 kg.
- 3.-) En fecha 17 de septiembre de 2014 el peso era de 101 kg.
- 4.-) En fecha 14 de noviembre de 2014, el peso que se consigna es de 104 kg, y la estatura de 1,55 m, lo que supone un IMC de 43,29 kg/m2. En esa fecha se indica que la paciente ha tenido problemas de peso desde la adolescencia, y que es refractaria a los tratamientos médicos. Al parecer, ya en aquel momento la Sra. [REDACTED] fue informada por el Dr. [REDACTED] de la operación consistente en la "sleeve gastrectomy".
- 5.-) A fecha 16 de diciembre de 2014 el IMC era de 41,9 kg/m2.
- 6.-) A fecha 4 de febrero de 2015 el peso había aumentado a 108 kg.
- 7.-) En fecha 22 de mayo de 2015, tras un periodo de dieta mixta que la propia paciente habría abandonado por padecer de "boca seca", su peso era de 105,3 kg.
- 8.-) En fecha 9 de octubre de 2015 el peso se mantenía en 104 kg.
- 9.-) A fecha 13 de abril de 2016, al parecer con motivo de la dieta aplicada durante las semanas previas a la intervención, la paciente había descendido a los 95,9 kg., que era el peso buscado por los facultativos como adecuado para afrontar la intervención, por resultar un IMC de 39,9 kg/m2..

De ello se deduce, en definitiva, que sí parece claro que el estado anterior a la paciente conllevaba que su IMC superase el límite de 40 kg/m2. Eso sí, los datos que se aprecian





en la documentació aportada a la causa revelarían que la paciente rebasaba esa cifra de una manera que cabría calificar de ligera (el IMC máximo registrado en el historial médico es de 43,29 kg/m²), y que bastaba una dieta más o menos severa durante unas pocas semanas antes de la intervención médica para que ese índice estuviese por debajo de ese límite de 40 kg/m² que aparece en los protocolos médicos. Es más, en ese sentido es de destacar la anotación que se realiza en fecha 8 de abril de 2014, consistente en que la paciente se había sometido a múltiples dietas, alcanzando disminuciones de peso de entre 5 y 10 kgs, que posteriormente se recuperaban. Esa anotación es relevante, en el sentido de que los parámetros que se observan en el historial médico de la paciente vendrían a revelar que una reducción de 5-10 kg, mantenida en el tiempo, podría servir a esta paciente para mantenerse en unos índices de masa corporal inferiores a aquel límite fijado como referencia de 40 kg/m².

Pero lo más destacado, de todos modos, es que en este caso no consta que existiesen factores de comorbilidad relevantes asociados a esta paciente. La anotación hecha por el Dr. [REDACTED] este respecto en fecha 8 de abril de 2014 es absolutamente reveladora. En concreto, se recoge la mención “*no comorbilitats associades a obesitat en tractament amb AINES per artrosis*”, y el significado de la misma no puede ser más claro y contundente. No es justificable la manifestación vertida por el Dr. [REDACTED] en el acto del juicio, consistente en que aquella anotación tenía que obedecer a un mero error. Al revés, esa anotación lo que evidencia es no sólo que los facultativos que atendían a la paciente no observaban ningún factor de comorbilidad relevante, sino también que, para hacer tal afirmación, tenían en cuenta los antecedentes de artrosis de la paciente, los cuales vendrían a corresponder con los propios y usuales en una persona de esa edad.

Además, la anotación realizada en fecha 13 de abril de 2016, lejos de evidenciar la existencia de un error en la anotación de 8 de abril de 2014, vendría a corroborarla. Así, en esa fecha posterior se enumeran los factores de comorbilidad apreciables a los efectos de la intervención de cirugía bariátrica programada (“*comorbilitats preintervenció*”). Pues bien, prácticamente todos los factores estudiados y previstos en aquel momento (HTA, dislipemia, DM2, SAHOS, IVC, AVC, TEP, TVP, MPOC, hernia hiatus, cardiopatía isquémica, claudicació intermitent, altres MCV, malaltia cardiovascular, coleltiasi, helicobacter pylori) son reseñados con un ilustrativo “No”. Especialmente llamativo es el hecho de que se descarte como factor de comorbilidad la





dislipemia, a pesar de que en algún documento apareciese esta dolencia como antecedente de la paciente, debiendo reseñarse que no consta de ningún modo que la Sra. [REDACTED] estuviese siendo objeto de seguimiento por esta patología en aquellos momentos, ni que tuviese prescrito algún medicamento por ello (altos niveles de colesterol, etc.).

Tan sólo se recoge con un "Sí" en estos posibles factores de comorbilidad la "artrosis". Eso sí, cabe entender que el Dr. [REDACTED] se estaría refiriendo a la misma dolencia a la que ya se había referido en el año 2014 (momento en que, a pesar de existir, no la consideraba un factor de comorbilidad destacable). No consta que entre los años 2014 y 2016 se produjese ninguna circunstancia que alterase el cuadro de artrosis de la paciente, ni que de ningún modo le tuviese que ser revisada o modificada la pauta de medicación que seguía por la misma.

En definitiva, puesto que se trataba de una paciente de 70 años, que en principio rebasaba por edad el intervalo recomendable para ser tributaria de este tipo de intervención, con un IMC que apenas rebasaba el límite tomado como referencia de 40 kg/m2, y sin factores de comorbilidad relevantes, cabe cuestionarse la indicación de cirugía bariátrica que se realizó a la paciente. Todo ello teniendo en cuenta que se trataba de una intervención que conllevaba unos riesgos evidentes.

OCTAVO.- La prueba practicada en las actuaciones deja constancia de que la decisión de la Sra. [REDACTED] de someterse a esta intervención habría venido dada por una recomendación del personal médico, y no tanto por una decisión consciente y meditada de la paciente adoptada tras conocer todos los factores a tener en consideración. A esa conclusión cabe llegar si se observa el escuetísimo contenido de los documentos de consentimiento informado suscritos por la paciente de manera previa a esta operación de cirugía bariátrica (docs. nº 56 a 58 de los acompañados a la demanda). La historia médica recibida por este juzgado desde el Hospital Sant Joan de Reus no ha servido para conocer otros documentos de consentimiento informado que la paciente pudiese suscribir, además de los que se acompañaron junto a la propia demanda.

Pero es que, más allá de ello, en este caso lo que debe analizarse no es tanto el hecho de la pérdida de oportunidad que se deriva de haber otorgado un consentimiento a una actuación médica sin la suficiente información, sino al hecho mismo de haberse





recomendado a la paciente el someterse a una operación quirúrgica, como tratamiento conveniente e idóneo para su enfermedad, cuando no consta que se diesen los parámetros propios para ello.

A criterio de este juzgador, en este caso, y conforme al art. 217 LEC, no puede considerarse probado que la indicación de cirugía bariátrica que se efectuó respecto de D^a. [REDACTED] fuese adecuada y conveniente, atendiendo al conjunto de circunstancias personales, antecedentes y dolencias que presentaba. A la vista del conjunto de la prueba practicada, no se ha probado que la decisión de llevar a cabo esta intervención fuese más ajustada y conveniente, atendiendo a criterios estrictamente médicos, que la de no operar y continuar explorando otro tipo de actuaciones menos agresivas y arriesgadas que las que se derivarían de la cirugía bariátrica.

En ese sentido, el déficit que debe destacarse respecto de las hojas de consentimiento suscritas por la paciente no se referiría exactamente a la falta de mención de riesgos y complicaciones previsibles que se pueden derivar de este tipo de intervenciones (carencia que, sin duda, en este caso también concurrió), sino a la falta de una constancia fidedigna de que D^a. [REDACTED] aceptó someterse a este tipo de intervención, aun a sabiendas de que sus circunstancias personales, antecedentes y dolencias estaban fuera de los parámetros protocolariamente previstos para esta intervención.

En este caso, no ha quedado probado que una intervención de cirugía bariátrica, atendiendo a sus significativos riesgos y posibles complicaciones, resultase una actuación médica más aconsejable para la paciente que la de no operar. Dicho de otro modo, no se ha probado que, en caso de que la Sra. [REDACTED] no se hubiese operado, hubiese visto decrecidas de manera significativa sus expectativas de vida, hasta el punto de poder considerarse idóneo y aconsejable someterse a esta intervención, pese a sus evidentes riesgos y posibles complicaciones que de ella podían derivarse.

Es muy llamativo que la parte demandada sostenga que en la actualidad es muy habitual practicar este tipo de operaciones en pacientes de edad avanzada, sin aportar ninguna guía, protocolo o estudio que así lo corrobore. Es llamativo también que se





haya aludido a factores de comorbilidad que no aparecen debidamente documentados en la historia clínica de la paciente. También es muy sorprendente que se haya manifestado en juicio que se proporcionó a la Sra. [REDACTED] toda la información necesaria para poder tomar una decisión consciente e informada respecto de este tratamiento, cuando la constancia que de ello existe en las actuaciones es muy pobre. Y, sobre todo, tampoco consta que hubiese una valoración concreta de la situación de la paciente tras la cual se llegase a la conclusión de que la cirugía bariátrica era la solución médica más conveniente, tras un análisis concreto de la situación atendiendo a los parámetros de edad, IMC y falta de factores de comorbilidad que concurrían.

Y, finalmente, resulta muy significativo que, al hacer alegaciones sobre la teoría del daño desproporcionado que la parte demandante invoca en la demanda, la representación de "ZURICH" haga referencia a los elevados riesgos y complicaciones derivados de este tipo de operación, hasta el punto de poder considerar que un resultado final de fallecimiento del paciente no es un desenlace desproporcionado para este tipo de intervenciones quirúrgicas, y sin embargo no conste en la historia médica ningún estudio más detallado de la situación de la paciente a la hora de hacer la indicación de cirugía bariátrica.

Aunque no quepa afirmar una vulneración grosera o flagrante de las normas de la *lex artis* médica, la prueba practicada sí arroja datos que permiten apreciar que el funcionamiento del servicio médico en la atención de la Sra. [REDACTED] no resultó acorde con los niveles de exigencia propios de un funcionamiento correcto de la Administración, a la hora de prescribir la realización de una intervención quirúrgica de la que se podían derivar evidentes riesgos y complicaciones, hasta el punto de poder afirmar un derecho de los demandantes a percibir una indemnización por los perjuicios padecidos como consecuencia de esa asistencia.

Además, se antoja obvia la existencia de un nexo causal entre esta inadecuada indicación de cirugía bariátrica y el doloroso proceso médico a la que posteriormente tuvo que enfrentarse la paciente, hasta derivar lamentablemente en su fallecimiento. Por tanto, cabrá apreciar la responsabilidad de la parte demandada, sin necesidad de entrar a analizar el resto de cuestiones controvertidas en este pleito.

NOVENO.- Para establecer las indemnizaciones que proceden a favor de los





demandantes, cabe tomar como referencia el Baremo previsto para víctimas de accidentes de circulación aprobado por la Ley 35/2015. Ciertamente, se trata de un Baremo que no es vinculante para los órganos judiciales cuando se trata de indemnizar daños personales derivados de otros eventos dañosos ajenos al tráfico de vehículos de motor, pero sí puede ser utilizado de manera analógica u orientativa, a falta de otros Baremos específicos al tipo de perjuicio indemnizado. La falta de carácter vinculante permite a la víctima reclamar cantidades más elevadas, si considera que el Baremo de tráfico no sirve adecuadamente para el resarcimiento de sus perjuicios y no supone una reparación integral del daño padecido. Eso sí, en tal caso, procederá aportar una acreditación debida de que la suma reclamada es la que se ajusta a la realidad del daño. La aplicación analógica u orientativa del Baremo de tráfico tiene como ventaja para el perjudicado el hecho de no tener que acreditar la procedencia de la cuantía concreta reclamada, una vez probado el daño padecido. Lo que no es de recibo es cuantificar la indemnización reclamada fijando un tanto alzado, ignorando cualquier Baremo o referencia cuantitativa, sin acreditar de ningún modo por qué éste y no otro es el importe que se ajusta al perjuicio padecido.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que los hechos a los que se refiere este procedimiento ocurrieron en el año 2016, que es la primera anualidad en la que estuvo en vigor la Ley 35/2015, cabe reconocer a favor de D. [REDACTED] esposo de la fallecida desde el 21 de noviembre de 1965, en cuya posición se han subrogado tras su fallecimiento los también codemandantes D. M. [REDACTED] y D. [REDACTED] la cantidad total de 118.591 euros por perjuicio moral, desglosada en 70.000 euros, por perjuicio personal básico, más 36.000 euros por cada año adicional de convivencia o fracción desde el 15º año, más 400 euros por perjuicio patrimonial (gastos de entierro y funeral sin necesidad de acreditación), más 12.191 euros por lucro cesante.

Respecto de esta suma, la parte demandada no ha mostrado oposición ni impugnación.

Cabe también reconocer a favor de D. [REDACTED] hijo de la fallecida mayor de 30 años, y que convivía con la misma, el importe total de 50.400 euros, desglosado en 20.000 euros como perjuicio personal básico, la suma de 30.000 euros por perjuicio especial derivado de la convivencia con la víctima, y la suma de 400 euros como perjuicio patrimonial.





En este sentido, los docs. 171 y 172 de la demanda, cuya autenticidad no se ha impugnado, son acreditativos de que este codemandante pasó a residir con su madre, compartiendo el domicilio sito en [REDACTED] con motivo de su separación matrimonial. De hecho, las fechas del convenio regulador (16 de noviembre de 2015) y de la sentencia de divorcio (18 de enero de 2016) son indicadoras de que ese cambio se habría producido pocos meses antes de la intervención quirúrgica de cirugía bariátrica a la que se sometió la Sra. [REDACTED] y a la que se refiere este pleito. Además, consta en las actuaciones que ésa misma dirección es la que figuraba como domicilio de este demandante en su declaración de IRPF de 2017, última que presentó antes de la presentación de la demanda que ha dado origen a este pleito. Es por ello que, con independencia de que la convivencia con la víctima también podía haberse acreditado mediante otros documentos o pruebas complementarias, la documentación aportada junto a la demanda es suficiente, a criterio de este juzgador, para considerar probada tal circunstancia.

Finalmente, cabe reconocer a favor de D. [REDACTED] hijo de la fallecida mayor de 30 años, una indemnización total de 20.400 euros, desglosada en 20.000 euros como perjuicio personal básico, más 400 euros en concepto de perjuicio patrimonial.

Respecto de esta suma concreta, la demandada tampoco ha planteado ninguna oposición ni impugnación.

DÉCIMO.- A la cantidad objeto de condena le serán de aplicación los intereses previstos en el art. 20 LCS, como garantía de protección a la persona perjudicada, y considerando que no consta en las actuaciones ningún tipo de pago ni consignación en el plazo de tres meses desde el siniestro, ni desde la interposición de la demanda.

Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 1ª, de 31 de julio de 2019, el hecho de que este proceso se haya tramitado por el ejercicio de una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración no ha de suponer que la imposición de intereses moratorios del art. 20 LCS dependa de una previa resolución por la que se declare esa responsabilidad de la Administración.





Es cierto que la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene manteniendo que la obligación de pago de la aseguradora *"no surge hasta la fecha en que se declara la responsabilidad de la Administración, con el carácter de firme, por una obligación de pago fundada en una responsabilidad patrimonial de la Administración"* (por todas, STS de 5 de octubre de 2018). Sin embargo, no es ésa la doctrina que debe ser aplicada por los tribunales civiles. Señala la Audiencia Provincial de Barcelona en la resolución citada lo siguiente: *"Que la obligación de la aseguradora esté vinculada a la responsabilidad de su asegurado y que ésta debe ser analizada y resuelta por los tribunales civiles con carácter prejudicial conforme con la normativa que les es propia, no quiere decir que los tribunales civiles ante los que se ejercita la acción directa contra la aseguradora (acción autónoma de la acción de responsabilidad contra la asegurada) no deben atenderse a las directrices fijadas por la Sala 1ª del Tribunal Supremo al analizar y resolver sobre la propia obligación contractual de la aseguradora y por ende la mora en la que haya podido incurrir"*.

Y, desde luego, en los casos en los que se ejercita ante la jurisdicción civil la acción directa contra la aseguradora de la administración sanitaria, la Sala Primera del Tribunal Supremo no sigue el mismo criterio que la Sala Tercera. Cabe citar, por todas, la Sentencia de 25 de febrero de 2014: *"Es doctrina reiterada de esta Sala - SSTS 19 de junio 2008 ; 16 de diciembre 2013 STS, - que "la oposición que llega a un proceso hasta su terminación normal por sentencia, que agota las instancias e incluso acude a casación, no puede considerarse causa justificada o no imputable, sino todo lo contrario", y que tampoco puede ampararse en la iliquidez de la deuda, ya que el derecho a la indemnización nace con el siniestro, y la sentencia que finalmente fija el "quantum" tiene naturaleza declarativa, no constitutiva, es decir, no crea un derecho "ex novo" sino que se limita a determinar la cuantía de la indemnización por el derecho que asiste al asegurado desde que se produce el siniestro cuyo riesgo es objeto de cobertura. No se trata, en definitiva, de la respuesta a un incumplimiento de la obligación cuantificada o liquidada en la sentencia, sino de una obligación que es previa a la decisión jurisdiccional, que ya le pertenecía y debía haberle sido atribuido al acreedor (SSTS 29 de noviembre de 2005; 3 de mayo de 2006)"; doctrina que también está presente en las sentencias de esta Sala números 438/2009, de 4 junio; 788/2010, de 7 diciembre; 825/2010, de 17 diciembre; 17/2011, de 31 enero; 453/2011, de 28 junio; 784/2012, de 18 diciembre)".* La Sala Primera del Tribunal Supremo mantiene una posición restrictiva a la hora de aplicar la causa de exoneración prevista en el art. 20.8





LCS, en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a los intereses regulados en el art. 20 LCS, y en aras a impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados. La mera existencia de un proceso, con la alegación por la aseguradora demandada de motivos de oposición más o menos razonables, incluso el hecho de que la reclamación de la parte actora se haya estimado sólo parcialmente, no pueden ser circunstancias suficientes, por sí solas, para eximir del pago de intereses moratorios. El propósito del art. 20 LCS es sancionar la falta de pago de indemnización, o de ofrecimiento de una indemnización adecuada, a partir del momento en que el asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, la habría satisfecho u ofrecido, y siempre a salvo del derecho a cuestionar en juicio la obligación de pago y obtener, en su caso, la restitución de lo indebidamente satisfecho (SSTS de 5 de abril de 2006, 21 de julio de 2016, 21 de enero de 2017, etc.).

UNÉCIMO.- Eso sí, tales intereses no deberán computarse desde la fecha de la intervención quirúrgica a la que se sometió la Sra. [REDACTED] ni tampoco desde su fallecimiento. El art. 20.6 LCS establece, en su párrafo primero, y en relación a los intereses moratorios a cargo de la aseguradora que *“Será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro”*. Y, en el párrafo tercero, ese mismo precepto dice: *“Respecto del tercero perjudicado o sus herederos lo dispuesto en el párrafo primero de este número quedará exceptuado cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, en cuyo caso será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del citado ejercicio de la acción directa”*. Es verdad que el precepto hace cargar sobre el asegurador la prueba de que no recibió comunicación alguna del siniestro antes de la reclamación o ejercicio de la acción directa, pero esta norma ha de interpretarse con reservas, al tratarse de la imposición de probar un hecho negativo (*probatio diabólica*).

En este caso, no se ha acreditado que los demandantes formularan reclamación alguna a la compañía aseguradora “ZURICH”, en nombre propio y como perjudicados por el fallecimiento de D^a. [REDACTED] hasta la reclamación que consta como doc. nº 177 de los acompañados a la demanda, y de la que la demandada asegura haber tenido conocimiento en fecha 9 de octubre de 2017. Sería a partir de entonces cuando se habría producido una reclamación efectiva por los demandantes, como perjudicados por el fallecimiento de D^a. [REDACTED]





(incluyendo, lógicamente, la derivada de la falta de acreditación de que la intervención quirúrgica indicada fuese un tratamiento adecuado y correcto para su dolencia), contra la aseguradora "ZURICH".

Eso sí, tras aquel requerimiento, la aseguradora demandada no ha llevado a cabo ninguna actuación relevante tendiendo al debido resarcimiento a favor de los perjudicados, ni puede serle reprochados a éstos ninguna actuación que pueda suponer una exoneración a la aseguradora demandada de los efectos derivados de la mora. Es por ello que, rechazando en cualquier caso que concurra en este caso ninguna circunstancia justificadora del impago (art. 20.8 LCS), la adecuada aplicación del art. 20.6 LCS supondrá que el cómputo de intereses moratorios se realice desde la recepción de la reclamación extrajudicial por "ZURICH".

DUODÉCIMO.- En cualquier caso, y con independencia de lo indicado sobre los criterios sobre cómputo de intereses, cabe entender que se ha producido una estimación de la demanda que ha de llevar a aplicar el principio del vencimiento en materia de costas consagrado en el art. 394 LEC. En consecuencia, procederá imponer las costas procesales a la parte demandada.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. [REDACTED] en representación de D. [REDACTED] D. [REDACTED] y D. [REDACTED]
[REDACTED] **CONDENO** a la entidad "ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA" a abonar a la parte demandante las siguientes cantidades:

A.-) A favor de D. [REDACTED] (ya fallecido, y en cuya posición procesal se han subrogado D. [REDACTED] y D. [REDACTED]
[REDACTED], la suma de **ciento dieciocho mil quinientos noventa y un euros (118.591,00 €)**.

B.-) A favor de D. [REDACTED] la suma de **cincuenta mil cuatrocientos euros (50.400,00 €)**.





C.-) A favor de D. [REDACTED] la suma de **veinte mil cuatrocientos euros (20.400,00 €)**.

Se aplicarán a estas cantidades los **intereses** moratorios previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (interés legal del dinero, incrementado en un 50%, si bien transcurridos dos años el interés anual no podrá ser inferior a un 20%), computados desde la fecha de que la demandada tuvo conocimiento del siniestro (9 de octubre de 2017, doc. nº 177 de los acompañados a la demanda), hasta el completo pago.

Todo ello con imposición de **costas** a la parte actora.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que esta Sentencia no es firme, y que contra la misma cabe **recurso de apelación**, que deberá interponerse ante este Juzgado, en un plazo de veinte días desde su notificación, y del que conocerá la Audiencia Provincial de Barcelona. Conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para la interposición de dicho recurso deberá constituirse un depósito de 50 euros, que deberá consignarse en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, debiéndose hacer constar que se realiza en concepto de "recurso". Tal depósito deberá ser acreditado en el momento de interponer el recurso, ya que en caso contrario no se procederá a su admisión.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

El Magistrado

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.





El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Es responsable del tratamiento de los datos el Letrado de la Administración de Justicia del órgano judicial, cuyos datos de contacto constan en el encabezamiento del documento.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

INFORMACIÓN PARA LOS USUARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:

*En aplicación de la Orden JUS/394/2020, dictada con motivo de la situación sobrevenida con motivo del **COVID-19**:*

- La atención al público en cualquier sede judicial o de la fiscalía se realizará por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, arriba detallados, en todo caso cumpliendo lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

- Para aquellos casos en los que resulte imprescindible acudir a la sede judicial o de la fiscalía, será necesario obtener previamente la correspondiente cita.

- Los usuarios que accedan al edificio judicial con cita previa, deberán disponer y usar mascarillas propias y utilizar el gel desinfectante en las manos.





Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 09/07/2021 11:41

Mensaje

IdLexNet	202110424569494	
Asunto	Notifica sentencia Procediment ordinari	
Remitente	Órgano	JUTJAT DE PRIMERA INSTÀNCIA N. 30 de Barcelona, Barcelona [0801942030]
	Tipo de órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA
Destinatarios	[REDACTED]	
	Colegio de Procuradores	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona
Fecha-hora envío	09/07/2021 11:09:31	
Documentos	0801942030_20210709_0918_22436726_00.pdf (Principal)	
	Hash del Documento: 45b3fda27b3a4da39bfe0d249a01b6f31dd4cc2b53e6f2084c17649529973681	
Datos del mensaje	Procedimiento destino	PROCEDIMIENTO ORDINARIO[ORD] N° 0000144/2019
	Detalle de acontecimiento	Notifica sentencia

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
09/07/2021 11:41:21	[REDACTED] 797]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	LO RECOGE	
09/07/2021 11:09:41	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona (Barcelona)	LO REPARTE A	[REDACTED] 797]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.