

SERVICIOS JURIDICOS VERDUN

**Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 04 de Barcelona**

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici I - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 93 5548459
FAX: 93 5549783
EMAIL: contencios4.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801945320168005808

Procedimiento ordinario 266/2016 -D

Materia: Responsabilitat patrimonial Admini.

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:
Para ingresos en caja. Concepto: 0905000093026616
Pagos por transferencia bancaria: Beneficiario: Juzgado de lo Contencioso
Administrativo nº 04 de Barcelona Concepto: 0905000093026616Parte recurrente/Solicitante/Ejecutante:
Procurador/a:
Abogado/a: Luisa Blanco
DelgadoParte demandada/Ejecutado: SERVEI CATALÀ DE LA
SALUT, ZURICH
Procurador/a:
Abogado/a:**SENTENCIA Nº 244/2019****Magistrada:**

Barcelona, 24 de octubre de 2019

Vistos por mí,, Magistrado – Juez titular del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 4 de Barcelona, los autos al margen referenciados, en el en el ejercicio de la función jurisdiccional que me confieren la Constitución y las leyes, en nombre de S.M. el Rey, he dictado la presente sentencia con arreglo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 22 de julio de 2016 la representación procesal de la actora interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución que se dirá. Admitido a trámite el recurso por la vía del procedimiento ordinario y reclamado el expediente a la Administración demandada, ésta compareció, aportándolo. Compareció también la codemandada. Se confirió el trámite de demanda a la parte actora, quien lo formuló fijando sus pretensiones. Conferido traslado a la parte demandada, ésta formuló contestación. Solicitada la apertura del recurso a prueba, ésta se practicó con el resultado obrante en autos, tras lo cual se formularon conclusiones por las partes.

Como diligencia final se requirió a la actora a fin de que concretara la cuantía





económica de su pretensión. Diligenciado el anterior requerimiento, quedaron los autos conclusos para Sentencia.

Segundo.- En la tramitación de este procedimiento se han cumplido todos los trámites legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La parte actora impugna en su escrito de interposición la desestimación presunta de su reclamación por responsabilidad patrimonial médica dirigida contra el Servei Català de la Salut.

Obra a los folios 417 y ss. del expediente administrativo la resolución expresa de 12 de mayo de 2016, notificada a la actora con anterioridad a la interposición del presente recurso, por lo que debe entenderse que el acto recurrido es precisamente la desestimación expresa, debiéndose entender interpuesto el presente recurso contencioso administrativo dentro del plazo de dos meses del art. 46.1 de la LRJCA.

La recurrente solicita en su escrito de demanda la estimación del recurso, así como que se condene a la Administración demandada y a su aseguradora Zurich a indemnizar por los daños y perjuicios sufridos, y reconozca el derecho de mi mandante conforme al artículo 71.1.d de la Ley 29/98 a ser resarcido por los daños y perjuicios sufridos, y señalando como obligados a indemnizar a la Administración sanitaria y a su aseguradora de modo solidario, valoración cuya concreción quedara diferida al periodo de ejecución de sentencia. Asimismo procede la condena a los intereses moratorios previstos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, más los intereses de demora desde la fecha de la presentación de la reclamación previa.

Solicita igualmente la condena en costas de las demandadas.

A requerimiento del Juzgado, fijó la cuantía de su reclamación insistiendo en la de indeterminada y, subsidiariamente, en la cantidad de 394.120,13 Euros, que desglosó en:

- 1) Incapacidad temporal: 11.978, 56 Euros, a razón de 51 días de hospitalización a 67,98 Euros día (3.466,98 Euros) y 154 días impeditivos a razón de 55,27 Euros cada uno (8.511,58 Euros).





- 2) Factor corrector: 10% respecto a la indemnización básica por incapacidad temporal: 11.197,86 Euros.
- 3) Secuelas: 181.393,52 Euros, por 77 puntos a 2.355,76 Euros por punto,
que desglosa en:
- Tronco. Apartado abdomen: Gastrectomía total: 45 puntos; duodenoectomía total y primera porción del duodeno: 30 puntos; pancreatometomía total: 15 puntos.
 - Trastornos endocrinos: diabetes secundaria de difícil control: 30 puntos.
- 4) Factor corrector: 10% sobre a la indemnización por secuelas, 18.139,35 Euros.
- 5) Daño moral complementario por incapacidad absoluta (factor corrector para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes), 181.410,84 Euros.

Las partes demandadas se oponen a las pretensiones de la actora.

SEGUNDO.- De lo actuado no resulta controvertido que el recurrente, con 52 años, ingresó en abril de 2011 en el Hospital de Sant Joan Despí, Moisés Broggi por un cuadro de malestar, náuseas y pérdida de 20 kg de peso en el período de dos meses. Con anterioridad, según la documentación aportada por la actora, durante el último trimestre de 2010 y primer trimestre de 2011 había acudido al servicio de urgencias por dolor epigástrico de evolución de tres días, practicándosele una ecografía abdominal que diagnosticó una hepatopatía crónica (septiembre de 2010); más tarde, en octubre del mismo año, acudió de nuevo a urgencias por dolor abdominal en el hipocondrio derecho, practicándosele una prueba analítica e indicándose control con el médico de cabecera; en enero de 2011, en concreto el día 2 acudió a una nueva consulta en la que se le diagnosticó gastritis, recomendándose visita con el médico para probable endoscopia ambulatoria, transcribiéndose los resultados analíticos, que revelan alteración de la proteína C reactiva y alfa amilasa.

En 17 de marzo de 2011 le fue practicada gastroscopia, diagnosticándosele una duodenitis no erosiva y obteniéndose con la prueba biopsia para estudio patológico a nivel de duodeno y muestra para práctica de Clotest, que dio como resultado negativo.





En 24 de marzo de 2011 el recurrente fue derivado al servicio de gastroenterología y el 31 de dicho mes acudió de urgencias por dolor en epigastrio irradiado a espalda, anorexia intensa y pérdida de unos 15-20 Kg en los últimos 4-6 meses, anotándose, según refiere la propia actora, antecedente de enolismo importante y tinte icterico. Se le practicó nueva prueba analítica. Fue dado de alta con tratamiento farmacológico y con programación de visita al servicio digestivo.

Finalmente, en abril de 2011 consultó con el **especialista de aparato digestivo**. Se le realizó una exploración radiológica TAC abdominal y una exploración TC torácica. A partir del TAC abdominal le fue diagnosticado de un tumor pancreático y el comité médico indicó la procedencia de una duodenopancreatectomía cefálica con biopsia intraoperatoria de márgenes quirúrgicos, que se llevó a cabo el 26 de abril de 2011.

El resultado provisional de ambas biopsias de consulta interoperatoria practicada en el lecho quirúrgico de páncreas fueron: "Distorsión del parénquima pancreático con marcada fibrosis, compatible con afectación tumoral. Diagnóstico definitivo en secciones permanentes de parafina" y "Cambios de fibrosis y distorsión glandular sugestivos de malignidad. Diagnóstico definitivo en secciones permanentes de parafina."

A tenor de la consulta intraoperatoria se completó la pancreatectomía y se extirpó la vesícula biliar, epíplon mayo y ganglios linfáticos loco-regionales. Sin embargo, en el estudio diferido de dichas piezas se constató la ausencia de un carcinoma pancreático invasor.

Días después los diagnósticos definitivos, emitidos días después de la cirugía, fueron de pancreatitis crónica e hiperplasia epitelial ductal, sin evidencia de malignidad.

TERCERO.- La parte actora alega la existencia de un error en el diagnóstico que ha conllevado un tratamiento excesivo, con —entre otros- extirpación del páncreas, del duodeno y reconstrucción de la continuidad digestiva.

Estima la parte recurrente que no se realizó diagnóstico diferencial antes de proceder a la extirpación de partes del sistema digestivo.

A raíz de la operación quirúrgica a la que fue sometido, el recurrente alega la existencia de efectos secundarios que concreta en:





- la insuficiente secreción de enzimas digestivas que conlleva dificultades digestivas y que le hace precisar de continuo control médico, así como la toma de enzimas pancreáticos.
- Una diabetes insulín dependiente
- Déficit de absorción de nutrientes, que le provoca menor tolerancia al esfuerzo y fatiga precoz.
- Mayor vulnerabilidad al desarrollo de infecciones del árbol biliar con potencial desarrollo de insuficiencia hepática.
- A raíz de la extirpación del duodeno, alega una mayor disminución del tamaño del intestino que le repercute negativamente en la capacidad de absorción de nutrientes.
- Finalmente, alega el perjuicio estético, si bien en la valoración que le ha sido requerida en fase de diligencia final no se concreta suma reclamada alguna en tal concepto.

Alega en su demanda la existencia de daño desproporcionado y la falta de consentimiento informado, al entender que el firmado por él fue de carácter genérico, no indicándose la patología padecida ni de la que se le va a intervenir.

Apoya sus pretensiones, además de en la prueba documental practicada, en el dictamen que aporta a su escrito de demanda de la Dra.

CUARTO.- Por su parte la Administración demandada alega que no ha existido infracción de la lex artis, señalando que el ICAMS (Institut Català d'Avaluacions Mèdiques i Sanitàries) concluye que no ha existido tal infracción y que la atención prestada se halla dentro de la norma praxis asistencial. Aporta también al respecto pericial de la Dra., así como pericial, respecto a la valoración de los daños, del Dr., quien valora los daños producidos en:

- Páncreas, 15 puntos (el máximo).
- Diabetes insulín dependiente, según la repercusión sobre la actividad general del paciente, de 15 a 20 puntos.
- Estima que no hay plazo de sanidad imputable a negligencia médica alguna, señalando que no puede determinar el perito el grado de discapacidad / incapacidad imputable de forma exclusiva a la extirpación del páncreas, debiéndose estar a la prueba. En fase de aclaraciones el perito señala que aportada resolución de la Dirección General del INSS de Barcelona de 19 de enero de 2012, se acredita que al paciente le ha sido reconocida una incapacidad permanente en grado de absoluta, sin que en la citada resolución pueda descartar la presencia de otra patología concurrente y que debe tenerse en cuenta que una diabetes bien tratada y





sin patología sistémica no es causa de incapacidad en ningún grado.

- Entiende por lo demás que al encontrarse el paciente en rango de edad laboral, si se utiliza el sistema de valoración de daños corporales de la tabla VI de la Ley 34/03, se entiende que en este caso sería aplicable el factor de corrección por perjuicios económicos por ingresos netos anuales.

QUINTO.- Según doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada - por todas, las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007, 10 de diciembre de 2009, 23 de febrero de 2010, y las que en ellas se citan-, la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; b) Que el daño o lesión patrimonial sufridos por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal, siendo indiferente la calificación, de los servicios públicos - a lo que se ha homologado "toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo"-, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal; c) Ausencia de fuerza mayor; y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño, señalándose al efecto que, como la responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado "lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión", de forma que, si existe el deber jurídico de soportar el daño, decae la obligación de la Administración de indemnizar.

Según las sentencias citadas, *"a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente."* Y así se concluyó también en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008, en la que se declaró que, *"a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios"*, así como en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2007, al declararse en ella que *"cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la "lex artis" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente"*.





Por ello, y con invocación del criterio jurisprudencial expresado en las dictadas con fechas de 3 de octubre de 2010, 21 de diciembre de 2001, 10 de mayo de 2005 y 16 de mayo de 2005, en la sentencia precitada se continúa declarando que "(...) *la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible. La adopción de los medios al alcance del servicio, en cuanto supone la acomodación de la prestación sanitaria al estado del saber en cada momento y su aplicación al caso concreto atendiendo a las circunstancias del mismo, trasladan el deber de soportar el riesgo al afectado y determinan que el resultado dañoso que pueda producirse no sea antijurídico*".

De otra parte, se ha de señalar que, conforme a lo dispuesto en el art. 217 LEC, corresponde al demandante *"la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda"*, y corresponde al demandado *"la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior"*. Las precitadas reglas generales se matizan en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se *"deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio"*, regla de gran relevancia en el caso presente.

SEXTO.- En el presente caso debe declararse la existencia de un error de diagnóstico, pues el recurrente no presentaba el tumor maligno del que fue operado, aun cuando las pruebas que le fueran practicadas pudieran confundir a los facultativos que le operaron.

Estamos, por ello, ante un supuesto de responsabilidad de la Administración sanitaria, que por ello debe ser declarada.

SÉPTIMO.- La cuestión que queda por fijar es la relativa a la cuantificación de los daños sufridos que, a tenor de la prueba practicada en autos, y en una valoración global de la misma, llevada a cabo según las reglas de la sana crítica, debemos fijar en:

- Los días de incapacidad que comportó la intervención quirúrgica, al no haber quedado acreditado por parte de la Administración que la verdadera dolencia que sufría el recurrente era acreedora de una intervención de ese tipo.





- La pérdida del páncreas y del duodeno.
- La diabetes insulín dependiente que la extirpación del páncreas ha conllevado, al no haber quedado acreditado que, de no haberse extirpado el páncreas, el paciente hubiera devenido igualmente insulín dependiente; así como los trastornos digestivos derivados de ello.

No queda acreditado que la incapacidad en grado de absoluta del paciente se funde en la extirpación del páncreas y del duodeno derivada de la cirugía practicada, planteándose por lo demás en la demanda como un daño moral, que, como tal, no queda suficientemente acreditado.

Tampoco resulta admisible el factor corrector pretendido, toda vez que los baremos utilizados por las partes no son de aplicación directa a los daños que nos ocupan, no hallándose el órgano judicial de lo contencioso administrativo sujeto a los mismos. Por otro lado, dicho factor está ordenado a la reparación del lucro cesante, como demuestra el hecho de que se fije en función del nivel de ingresos de la víctima y se oriente a la reparación de perjuicios económicos, sin que en el presente caso se haya justificado el nivel de ingresos del recurrente a los efectos de su aplicación.

Igualmente consta en el expediente administrativo la existencia de consentimiento informado, por lo que no cabe reclamación alguna en ese sentido.

De lo anterior se concluye que procede reconocer una indemnización al recurrente en los siguientes términos:

- Por los días de incapacidad y hospitalización, 11.978, 56 Euros.
- Por la pérdida del duodeno y del páncreas, 106.009 Euros (equivalente a 45 puntos, a razón de 2.355,76 Euros/punto).
- Por la diabetes inducida y los trastornos digestivos, 70.672,80 Euros (equivalente a 30 puntos, a razón de 2.355,76 Euros /punto).

Todo ello arroja un total de 188.660,36 Euros.

A dicha cantidad debe añadirse el interés legal desde el momento en que se realizó la reclamación en vía administrativa, en 29 de noviembre de 2011.

OCTAVO.- En materia de costas, a tenor del contenido del art. 139.1 LRJCA vigente al momento de la interposición del recurso, no procede su imposición a ninguna de las partes litigantes al tratarse de una estimación parcial, sin que, atendidas las diferencias entre lo solicitado y lo fijado en Sentencia, pueda entenderse que las pretensiones sustanciales de la demanda han sido totalmente estimadas.





Vistos los preceptos citados y los demás de particular y general aplicación.

FALLO: ESTIMAR EN PARTE el presente recurso contencioso administrativo, anulando y dejando sin efecto la resolución administrativa recurrida y reconociendo al recurrente, como situación jurídica individualizada, el derecho a ser indemnizado en la cantidad total de CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS SESENTA EUROS CON TREINTA Y SEIS CÉNTIMOS DE EURO (188.660,36 Euros), más los intereses legales desde el día la reclamación en vía administrativa.

Sin costas.

Contra esta Sentencia cabe recurso de apelación en el plazo de quince días, a tenor de lo dispuesto en el art. 81.1.a) LRJCA.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación a los autos originales, la pronuncio, mando y firmo.

Codi Segur de Verificació: CL2BPH6TWWDD1SKFZR25MIEBY7J1XTRP

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcatjusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per:

Data i hora 24/10/2019 14:27



SERVICIOS JURIDICOS VERDUN