

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 59 DE MADRID

C/ María de Molina, 42 , Planta 5 - 28006

Tfno: 914930869,914930870

Fax: 914930831

42020310

NIG: 28.079.00.2-2018/0152514

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 900/2018

Materia: Contratos: otras cuestiones

NEGOCIADO 0

Demandante: D./Dña. A G L

PROCURADOR D./Dña. MARIA GEMA MORENAS PERONA

Demandado: SHAM SEGUROS Y GESTIONES DE RIESGOS

PROCURADOR D./Dña. ANTONIO RAMON RUEDA LOPEZ

NOTIFICADO: 27/01/2020

VENCE: 24/02/2020

En Madrid, a 23 de enero de 2020

VISTAS y OIDAS las presentes actuaciones por la Sra. D^a MARÍA VICTORIA BALSEIRO DIÉGUEZ, Magistrada-Juez de Primera Instancia del Juzgado nº Cincuenta y Nueve de Madrid y su Partido, ha pronunciado EN NOMBRE DE S.M. EL REY la siguiente

SENTENCIA Nº 19/2020

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de julio de 2018 se presentó en Decanato por el Procurador Sra. MORENAS PERONA en representación de D^a. A G L demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad frente a SHAM SEGUROS Y GESTIONES DE RIESGOS, repartida a este Juzgado, en la que, expuestos los hechos y fundamentos que consideró de aplicación al caso, finalizaba con la súplica dirigida al Juzgado de que, previos los trámites legales, en su día, estimando la demanda, se dictare sentencia por la que se condenare a la parte demandada a indemnizar al actor en la cantidad de 300.000 euros, a tanto alzado o de una sola vez, más los intereses legales del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la presentación de esta demanda, y a las costas de este procedimiento si se opusiera temerariamente a la demanda.

SEGUNDO.- El Decreto de fecha 27 de septiembre de 2018 admitió a trámite la demanda disponiendo su tramitación por los trámites del juicio ordinario, y, en su consecuencia, acordó dar traslado a la parte demandada, haciéndole entrega de copia de la demanda y documentos acompañados, emplazándola para que dentro de un término de veinte días contestara la demanda, lo que llevó a cabo bajo la representación del Procurador Sr. RUEDA LÓPEZ mediante escrito sellado el 21 de noviembre de 2018, en el que vino a contestar la demanda, oponiéndose a la misma en base a los hechos y

fundamentos que consideró de aplicación, finalizando con la súplica dirigida al Juzgado de que tras los trámites procesales que resultaren de aplicación, dictare, en su día sentencia por la que se desestimare íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Teniéndose por contestada en tiempo y forma la demanda, se dispuso convocar a las partes para la celebración de audiencia previa, que tuvo lugar en fecha 6 de mayo de 2019 en la Sala de Vistas de este Juzgado en presencia de las representaciones y defensas de ambas partes y, manifestándose que el litigio subsistía entre ellas y no existía disposición de alcanzar un acuerdo, cada una de ellas se ratificó en sus respectivos escritos y pedimentos realizando las consideraciones que consideraron de interés sobre los documentos y dictámenes aportados por la parte contraria y, habiéndose interesado por ambas el recibimiento del pleito a prueba, el mismo fue acordado, siendo admitida la que se consideró pertinente y útil en los términos que quedaron documentados en acta levantada al efecto en soporte apto para la reproducción del sonido e imagen, con señalamiento para la celebración del acto de la vista.

CUARTO.- El acto del juicio tuvo lugar en el día y hora señalados en la Sala de Vistas de este Juzgado en presencia de las representaciones y defensas de ambas partes y, declarado abierto el acto, se procedió a llevar a cabo la prueba declarada pertinente, consistente, a instancia de la demandante, ratificación y contestación de preguntas por el perito D. M^{...} T^{...} H^{...} y del perito judicial D. A. P^{...} A^{...} C^{...} y, a instancia de la demandada, ratificación y contestación de preguntas por el perito D. J^{...} R^{...} V^{...}, concluyendo, finalmente, ambas partes sobre el resultado de la prueba practicada, ratificándose en sus respectivos pedimentos, en la forma que quedó documentada en acta levantada al efecto en soporte apto para la reproducción del sonido e imagen.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales pertinentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita D^a A. G. I acción de reclamación de cantidad frente a SHAM SEGUROS Y GESTIONES DE RIESGOS, como aseguradora del SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD (SERMAS) con fundamento en los artículos 73 y 76 de la LCS, a las disposiciones reguladoras de la responsabilidad civil médica en los supuestos de medicina o cirugía asistencial o curativa, y a la normativa en materia de protección legal de consumidores y usuarios y teoría del daño desproporcionado, alegándose en la demanda que, habiendo sido diagnosticada de cáncer de cérvix estadio IIB, con la finalidad de valorar el tratamiento de radioquimioterapia, fue sometida el 30 de diciembre de 2015, cuando contaba con 42 años de edad, en el HOSPITAL CLÍNICO SAN CARLOS de Madrid a cirugía consistente en lifadenectomía pélvica y para-aórtica por vía laparoscópica, presentando durante el operatorio sangrado abundante por perforación de vena cava y durante el postoperatorio fiebre y pancreatitis aguda, que se maneja con analgesia, cobertura ATB con meropenem y dieta absoluta, realizándosele el 1 de enero un TAC de abdomen superior en el que se observa alteración de la grasa y líquido libre en la celda pancreática y en ambos espacios; tras presentar el 3 de enero aumento de dolor

abdominal se realiza TAC tras suministro de contraste yodado y ecografía para guía de PAAF, decidiéndose exploración urgente en el quirófano, colocándose drenaje para lavado, que se deja. Tras presentar mejoría inicial durante el postoperatorio en UCI, el 6 de enero sufrió un empeoramiento, realizándose TAC abdominal, encontrándose una colección intraabdominal de 7x10x9'5 cm y otra de 3x2 cm, siendo intervenida de nuevo el 7 de enero, evidenciándose la existencia de una fistula pancreática, mejorando tras la mejoría la sintomatología abdominal, manteniéndose las colecciones peripancreáticas la revisión del 5 de abril de 2016. Considera el demandante que el complejo manejo de la fistula pancreática con una evolución lenta en cuanto a su resolución motivaron un retraso para la iniciación del tratamiento tanto quimioterápico como radioterápico necesario para el tratamiento del cáncer, sufriendo la demandante secuelas consistentes en aumento de tamaño y captación de adenopatías retroperitoneales y en la cadena ilíaca derecha, aparición de un nódulo peritoneal en flanco derecho, hallazgos incidentales con aparición de TEP bilateral y trombosis de la vena ilíaca común derecho, y aumento del tamaño del pseudoquiste pancreático. Reclama por tales hechos una indemnización de 100.000 euros por existencia de una fistula pancreática como secuela; 100.00 euros por retraso en el tratamiento oncológico y existencia de peor pronóstico vital; 25.000 euros para compensar los días de baja para el tratamiento y abordaje de la fistula pancreática; 25.000 euros de perjuicio estético y 50.000 euros en concepto de daño moral.

A la anterior demanda se ha opuesto la parte demandada que alega que la fistula pancreática fue asumida por la paciente al firmar el documento de consentimiento informado. Considera que la linfadenectomía para-aórtica laparoscópica estaba indicada al tratarse de un tumor localmente avanzado, es una técnica segura y la intervención fue realizada por cirujanos altamente cualificados informando previamente a la paciente, quien firmó hoja de consentimiento informado en el que se describían lesiones en grandes vasos y posible aparición de fistulas, que es lo que aconteció. Añade que la complicación surgida no supuso retraso alguno en la administración de quimioterapia, recibiendo ya en su ingreso cuatro sesiones de radioterapia, y la vigilancia, el seguimiento, la información, los procedimientos quirúrgicos posteriores, los procedimientos diagnósticos y todas las decisiones llevadas a cabo sobre el caso fueron expuestas y acordadas y consensuadas en el Comité de Tumores Ginecológicos.

SEGUNDO.- Alega la aseguradora demandada en primer lugar, que no ha explicado adecuadamente la demandante el motivo por el que ha desistido de la reclamación administrativa previa que había iniciado por responsabilidad patrimonial. Al respecto, existe doctrina jurisprudencial consolidada (baste con citar la St de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de marzo de 2018), que recuerda:

1.- La autonomía procesal de la acción directa ejercitada en la demanda. El artículo 76 de la LCS no solo reconoce al perjudicado acción directa para reclamar frente a la aseguradora del causante del daño, sino que, además, se le dio un estatuto jurídico privilegiado: la inmunidad a las excepciones asegurador/asegurado. Si la Aseguradora no puede oponer a la víctima las excepciones propias de la relación contractual entre ésta y el asegurado, ello significa, de un lado, que el fundamento de la acción directa no puede estar en el mismo contrato (pues la obligación frente a la víctima va más allá de los límites del contrato), y de otro lado, que la acción directa goza de una clara autonomía procesal respecto de la obligación propia del asegurador frente al asegurado pues la accesoriedad o dependencia "sustancial" de la obligación de la aseguradora respecto de la responsabilidad de la entidad asegurada no es óbice para la autonomía "procesal" de la acción directa, así lo ha querido el legislador. En este

sentido la STS, Sala Primera, de 3 de septiembre de 2012, sostuvo que la existencia de una reclamación administrativa previa no puede obstar a la reclamación ante el orden jurisdiccional civil de los potenciales sujetos privados.

2.- Las resoluciones administrativas no producen efecto de cosa juzgada. La STS, Sala Civil, de 5 de mayo de 2016, razona que " las resoluciones administrativas no tienen eficacia de cosa juzgada en un litigio civil"

En el mismo sentido, la SAP Madrid, sección 13, del 07 de marzo de 2017, rec.716/2016, consideró que « El derecho a la tutela judicial efectiva que tiene la parte actora impone la necesidad de pronunciarse sobre la acción ejercitada sin que existe impedimento o sea obstáculo la existencia de procedimiento administrativo o resolución administrativa al respecto

Ha recordado, por su parte, el TS en STS 321/2019, de 5 de junio que, cuando ocurre un siniestro por el que pudiera exigirse responsabilidad patrimonial a una administración sanitaria, se abren diferentes posibilidades: (i) Que el perjudicado ejercite contra la aseguradora la acción directa, obviando seguir el procedimiento administrativo previsto legalmente. (ii) Que el perjudicado acuda a la vía administrativa y contencioso-administrativa y que, una vez declarada la responsabilidad de la Administración y su condena, ejercite contra la aseguradora de esta la acción directa prevista en el art. 76 LCS. (iii) Que el perjudicado opte por seguir el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial y, recaída resolución por la Administración, sea consentida por aquel al no impugnarla en la vía contencioso-administrativa. Recuerda que la aseguradora queda obligada a través de la acción directa frente a la víctima y los tres principios básicos del tratamiento de la acción directa son la autonomía procesal de la acción, la solidaridad de los obligados y su dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado.

No se exige, pues, que el legitimado explique el motivo por el que opta por una u otra vía, o abandona una para iniciar otra, siempre que lo haga en tiempo y forma adecuada, lo que no ha sido cuestionado en el presente expediente.

TERCERO.- En el presente supuesto, en el que la parte actora ha optado por el ejercicio ante la jurisdicción civil de la acción directa frente a la compañía aseguradora de la administración sanitaria en cuyo ámbito se produjeron los daños alegados, la propia existencia de la acción directa llama a aplicar con naturalidad el Derecho administrativo por un tribunal civil y así lo tiene reconocido la jurisprudencia. A diferencia de lo que ocurre en los casos de acción civil en el ámbito de la responsabilidad médica ejercitada frente al profesional de la medicina al que se atribuye el resultado lesivo, que requieren necesariamente la acreditación de la existencia de culpa o negligencia, en el caso de acciones ejercitadas frente a la administración sanitaria en el ámbito civil, el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el funcionamiento normal o anormal del servicio público y en la efectiva producción de un daño. El principio del que se parte es el del reconocimiento a los particulares del derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entendido este concepto en su más amplio sentido. Este principio, que ya fue reconocido en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 diciembre 1954 y ahora se recoge en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, encuentra su superior cobertura jurídica en el artículo 106.2 de la Constitución, que garantiza que "los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus

bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Se exige además que el daño alegado sea, en todo caso, efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Asimismo, sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

En este contexto normativo, existe un vasto repertorio jurisprudencial del que puede ser ejemplo la Sentencia núm. 1474/2008 de 24 julio Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que reitera que en materia de responsabilidad patrimonial derivada de una actuación médica, el criterio básico utilizado es el de la "Lex Artis", de suerte que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados: la obligación del médico es prestar la debida asistencia y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por ello, la "Lex Artis", constituye el parámetro de actuación de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos imponiendo al profesional la obligación y el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Asimismo sentencias como la de 23 febrero 2009 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), recuerdan que " la respuesta pasa por recordar que, como hemos indicado en fechas recientes (Sentencia de 7 de julio de 2008), la responsabilidad de las administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa (por todas, véanse las sentencias de esta Sala de 11 de mayo de 1999, 24 de septiembre de 2001, 23 de noviembre de 2006, 22 de abril de 2008) se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo 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, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso, sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 2005, 20 de marzo de 2007 y 26 de junio de 2008 - Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución) esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas (artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992); nada más y nada menos.

Esta peculiar configuración exige de quien reclama que justifique, al menos de modo indiciario, que se ha producido por parte de las instituciones sanitarias un mal uso de la lex artis. Esta prueba puede ser, como acabamos de indicar, la de presunciones, admitida actualmente en nuestro derecho por el artículo 386 de la LEC, de modo que si, a partir de circunstancias especiales debidamente probadas y acreditadas, se obtiene, mediante un enlace preciso y directo conforme a las reglas del criterio humano, que el daño que sufre el paciente resulta desproporcionado y desmedido con el mal que padecía y que provocó la intervención médica, cabrá presumir que ha mediado una indebida aplicación de la lex artis (véanse las Sentencias de la Sala Primera del TS 17 de mayo de 2002 y 26 de marzo de 2004).

En tales hipótesis, una vez acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su

reclamación. De otra forma se desconocerían las especialidades de la responsabilidad pública médica y se trasladaría al afectado la carga de un hecho de demostración imposible. Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la «facilidad de la prueba», aplicado por la jurisprudencia en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas (ver SSTS de 25 de abril de 2007 y 2 de noviembre de 2007, citadas por la de la Sección 11ª de la AP de Madrid de 13 de mayo de 2016).

Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002 por referencia a la de 22 de diciembre de 2001 señala que "en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la ley 30/1992 redactado por Ley 4/1999 de 13 de enero que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto"

Llegados a este punto, y aplicando la doctrina así vertida al caso de autos, debemos partir de las siguientes circunstancias para engranar el juego de las reglas que en materia del "onus probandi" es de aplicación a supuesto de responsabilidad médica por imprudencia profesional, en el marco de la medicina curativa prestada en servicios público de salud.

CUARTO.- Dicho lo anterior, en el supuesto de autos hemos de partir de que la demandante, de 42 años de edad en el momento de los hechos, había sido diagnosticada de un cáncer de cérvix estadio IIB, lo que, se ha explicado en el acto de la vista, significa que estaba en fase localmente avanzado. Ha quedado acreditado que la prueba para cuya realización ingresó en el Centro Público sanitario, denominada lifadenectomía pélvica y para-aórtica, se prescribió con una finalidad valorativa, para determinar la extensión que debía alcanzar el tratamiento de radioquimioterapia, que era adecuado con fines curativos del proceso que estaba sufriendo.

Ha quedado acreditado que antes de la intervención firmó documento de consentimiento informado para lifadenectomía paraaórtica, en cuyo apartado 6 se describían como complicaciones de la intervención quirúrgica, por orden de frecuencia y en su apartado f) "fístulas". Es evidente que dicho documento no explica qué ha de entenderse por "fístula" desde un punto de vista médico, y no alude concretamente a la posible aparición de "fístulas pancreáticas", cuyo concepto y consecuencias son ajenas a la comprensión de cualquier ciudadano medio no relacionado con la administración sanitaria y, en consecuencia, requería una explicación adicional sobre su concepto, naturaleza y posibles consecuencias a fin de poder valorar la efectiva prestación del consentimiento con pleno conocimiento, información complementaria que no consta hubiera sido facilitada al paciente que, no olvidemos, se encontraba sometida a la presión de haber sido diagnosticada de una enfermedad maligna y a la espera del suministro de un tratamiento curativo para cuya concreción era aconsejable la realización de esta prueba.

El otorgamiento de un auténtico consentimiento informado no puede

equipararse a un acto formal consistente en la mera firma de un formulario estandarizado y genérico que no constituye una prueba absoluta de una decisión libre y consciente. La firma de estos documentos está dirigida a permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE); pero de ninguna manera pueden exonerar o limitar la responsabilidad de una mala praxis médica. Y, en el caso de autos, con la mera referencia a la posible aparición de “fístulas” como complicación de la intervención a la que la demandante iba a ser sometida, no acredita la existencia de una real información explicativa de que una fístula pancreática es debida a secreción pancreática que drena anormalmente hacia una cavidad interna o al exterior como consecuencia de una lesión de los conductos del páncreas, secreción que, tal y como ha quedado acreditado en el acto de la vista, es altamente corrosiva y susceptible, en consecuencia, de ocasionar daños de importancia a los órganos cercanos, provocando secuelas como pancreatitis crónica tal y como, de hecho, sucedió.

QUINTO.- No es discutido que la demandante fue sometida al procedimiento aludido, linfadenoma pélvica y para-aórtica el 30 de diciembre de 2015, en el HOSPITAL CLÍNICO SAN CARLOS de Madrid. Este procedimiento que, como hemos visto y ha quedado acreditado en el acto de la vista, es diagnóstico y no curativo, tiende a extraer los ganglios linfáticos de la pelvis y de la zona de la aorta para examinarlos al microscopio y determinar si el cáncer se ha extendido o no a ellos, concretando, con ello, la extensión de la radioterapia que, como método curativo, es procedente aplicar. El procedimiento fue llevado a cabo por vía laparoscópica, coincidiendo todos los peritos que fue esta una decisión adecuada y prudente, por cuanto, frente a una cirugía abierta, la laparoscopia se considera mínimamente invasiva, permite la visión de la cavidad pélvica-abdominal con la ayuda de una lente óptica, y es el tiempo ordinario de alta de 24-48 horas. Como ha puesto de manifiesto en su dictamen D. M

T H “... el desarrollo de la laparoscopia permite abordar estas patologías con los mismos resultados de efectividad, unido a una recuperación precoz mucho más rápida y menos repercusión estética de las cicatrices. El beneficio de la cirugía laparoscópica es innegable en términos de menor dolor postoperatorio, alta hospitalaria precoz y retorno a la actividad cotidiana. En el paciente oncológico, en particular, se suma la disminución del trauma quirúrgico garantizando una mejor condición general e inmunológica, así como el no retraso del inicio de la terapia coadyuvante...”

No se discute que el equipo médico encargado de llevar a cabo el procedimiento estuviera altamente cualificado.

Ha quedado acreditado que en el caso de autos durante la intervención se produjo una complicación hemorrágica por perforación de la vena renal izquierda, siendo tratada mediante procedimientos hemostáticos físicos (compresión), químicos (mediante la aplicación de sustancias hemostáticas), y térmicos (cauterización). Ha quedado acreditado también que parte del páncreas fue extraído y analizado con los ganglios.

Dice el Informe de Inspección sobre la reclamación por responsabilidad patrimonial formulada por la ahora demandante, aportado como documento nº 2 de la contestación, que “Habitualmente este tipo de intervenciones suelen durar, salvo complicaciones, menos de tres horas. En ellas generalmente no suelen existir lesiones nerviosas, ni ureterales, pero en ocasiones, sí que las hemos tenido vasculares a

diferentes niveles que se solucionan fácilmente, salvo las que se producen a la altura de la vena renal izquierda, donde cohibir la hemorragia es difícil y se precisan de diferentes actitudes terapéuticas para resolver el problema, entre ellas, la cauterización del vaso que sangra. Como consecuencia de esta cauterización, el calor teóricamente puede lesionar cualquier estructura anatómica cercana. En este caso, considero, se lesionó el páncreas produciendo la fístula pancreática...”.

No ha quedado acreditado, sin embargo, que fuera la cauterización la que lesionara el páncreas, resultando más bien, y así lo manifiesta el perito de la demandada D. J. R. V., que la lesión pancreática se produjo al extirpar una parte del páncreas en lugar de uno de los ganglios a cuyo examen estaba dirigida la prueba, en la creencia de que se trataba de una adenopatía pegada a la vena cava. Y, efectivamente, el estudio histopatológico posterior a la intervención halló tejido pancreático “compatible” con un páncreas ectópico, es decir, fuera de su lugar anatómico habitual.

Pero tampoco ha quedado acreditado que el tejido extraído fuera de páncreas ectópico. En ninguna de las pruebas radiológicas o de imagen anteriores o posteriores aparece reflejado que el páncreas no estuviera ubicado en su posición anatómica normal. El perito judicial D. A. P. A. C., según ha aclarado en el acto de la vista, considera que, al encontrarse la zona explorada muy alejada de la zona del aparato digestivo donde se suelen localizar, ha de concluirse que el páncreas se encontraba en posición normal, no ectópica.

Ha quedado acreditado, en consecuencia, que durante la intervención se produjo un proceso hemorrágico, resuelto, y una extirpación errónea de parte del páncreas, lo que derivó en una fístula pancreática, que derivó en una pancreatitis aguda y en una peritonitis.

SEXTO.- Efectivamente, la evolución postoperatoria del paciente fue tórpida y grave. Del historial clínica aportado resulta que se produjo un acúmulo de jugos pancreáticos muy agresivos, con aparición posterior de colecciones (abscesos de pus) intrabdominales, y pancreatitis aguda, que se maneja con analgesia, cobertura ATB con meropenem y dieta absoluta, realizándosele el 1 de enero un TAC de abdomen superior en el que se observa alteración de la grasa y líquido libre en la celda pancreática y en ambos espacios; tras presentar el 3 de enero aumento de dolor abdominal se realiza TAC con suministro de contraste yodado y ecografía para guía de PAAF, decidiéndose exploración urgente en el quirófano, colocándose drenaje para lavado por los puertos de laparoscopia, tomándose muestra del líquido para microbiología y bioquímica, pasando la paciente a la UVI, presentando una mejoría inicial hasta que el 6 de enero se observa un empeoramiento clínico por lo que se realiza un TAC, encontrándose un absceso intraabdominal anteroinferior a la glándula pancreática de 7x10x9’5 cm, sometiéndose a la paciente a una nueva intervención quirúrgica el 7 de enero, durante la que se realiza drenaje y lavado del absceso, objetivándose unas cifras de amilasa elevadas en el líquido obtenido por los drenajes, con evidencia de una fístula pancreática, iniciándose perfusión de somatostatina. Se realiza un control evolutivo mediante TAC el 11 de enero de 2016, y es trasladada a planta desde la UVI el 16 de enero de 2016, mejorando su estado nutricional con NP, suplementos protéicos y alimentación oral. Aparece infección de la herida e infección de orina. Es valorada por la unidad del dolor recibiendo tratamiento analgésico.

El tratamiento del tumor posterior a la complicación fue evaluado por el Comité de tumores, que consideró oportuno administrar radioterapia como único tratamiento, que se administra entre los días 18 de febrero y 23 de marzo de 2016. El 29 de marzo de

inicia tratamiento de braquiterapia, aplicándose cuatro sesiones, tras las que se realiza un TAC de control, no observándose colecciones peripancreáticas, recibiendo el alta el 5 de abril de 2016 con control ambulatorio en unidad del dolor y oncología médica

Completó cuatro sesiones de braquiterapia el 5 de abril de 2017; en PET TC de fecha 19 de abril de 2017 se objetivaron ganglios retroperitoneales sospechosos de malignidad, iniciándose tratamiento de quimioterapia el 19 de abril de 2017.

El 26 de julio de 2017, tras varios episodios de pancreatitis aguda, le es diagnosticada pancreatitis crónica

Los diagnósticos postoperatorios que se hicieron constar en la historia clínica de la paciente que consta en su historial clínico, son: Ca de Cérvix estadio IIb, pancreatitis aguda, peritonitis, colecciones intraabdominales, fístula pancreática, insuficiencia pancreática exocrina, infección de herida quirúrgica, desnutrición, infección urinaria, infección herida quirúrgica, infección por clostridium positivo en heces, dolor abdominal de difícil control, fisura anal en probable relación con TD.

No se detectó, pues, la perforación del páncreas hasta diez días después a la intervención, durante todos los cuales estuvo vertiendo sustancias altamente corrosivas a los órganos circundantes, y cuando habían aparecido síntomas que anunciaban esta complicación y podían haber hecho sospechar de su existencia, pudiendo y debiendo ser tratada ya en la segunda intervención o, a lo sumo, tras un análisis urgente de los líquidos extraídos con el drenaje. Es indudable que el diagnóstico y tratamiento precoz de la peritonitis es determinante para garantizar la supervivencia del paciente. Un paciente que a las 48h de una intervención abdominal, no está bien o no ha evolucionado perfectamente precisa una reintervención exploradora. La aparición de un dolor intenso y agudo después de la intervención quirúrgica, debe hacer pensar en un posible problema abdominal relacionado con la intervención. Pero, por otro lado, habiéndose manifestado por los peritos de la parte demandada que la fístula pancreática es una complicación perfectamente descrita y contemplada entre los riesgos propios de la intervención, no se explica el motivo por el que fue la misma diagnosticada y paliada con anterioridad ante la sintomatología que fue presentando la paciente, quien, no solo no pudo ser dado de alta dentro de las habituales 48 horas, sino que fue presentando una evolución que no permitía descartar complicaciones derivadas de la propia intervención quirúrgica, previsible y tratable, dando lugar a que el ingreso hospitalario se extendiera durante cuatro meses, que no se llegara a suministrar el tratamiento quimioterápico de forma simultánea con el radiológico, en la forma que está descrita como conveniente, y que hayan quedado a la demandante secuelas permanentes.

SÉPTIMO.- Por todo ello, dentro de las facultades que el tribunal tiene reconocidas de libre interpretación de la prueba pericial conforme a las reglas de la sana crítica (art. 348 de la LEC), y tras examinar el historial clínico aportado al procedimiento, ha de concluirse que sí estamos ante un supuesto de responsabilidad de la entidad asegurada por la demanda, por una actuación ligada causalmente a las lesiones y secuelas que la demandante padece, con el consiguiente reconocimiento a favor de la paciente de una indemnización proporcionada al daño padecido. A este respecto, en primer lugar, no resulta ocioso recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de estos sistemas de valoración del daño, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden resultar orientativos, no vinculantes, para la fijación del "pretium dolores", en supuestos distintos de los previstos en la norma, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para

hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño, sin discriminación ni arbitrariedad - SSTs de 10 de febrero de 2006, 13 de junio de 2006, 27 de noviembre de 2006 y 17 de mayo de 2007.

En virtud de esta doctrina, siendo indiscutible que el único principio que ha de tener en cuenta el juzgador para fijar el monto de la indemnización debida, atendidos los hechos probados, es el de indemnidad de la víctima, no es menos cierto que la determinación de la cuantía que ha de servir de compensación de los daños ocasionados al actor es el resultado de una actividad de apreciación que corresponde al juzgador, asegurando la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos, quedando indemne no sólo de las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales.

En el caso de autos, en el que el perjuicio, como hemos visto, no solo se extiende a los puros daños físicos, derivados del grave proceso postoperatorio, con dos intervenciones adicionales a la inicialmente prevista, ingreso en la UCI, infección de heridas quirúrgicas y prolongación de la estancia hospitalaria durante cuatro meses, así como la pancreatitis crónica cuya existencia ha quedado también acreditada, se unen los indudables perjuicios morales de las que el informe de psiquiatría adjuntado en el acto de la audiencia previa constituye solo una descripción, y aunque el dinero no actúe como equivalente, que es el caso de resarcimiento de daños materiales, en el ámbito del daño moral la indemnización al menos palía el padecimiento en cuanto contribuye a equilibrar el patrimonio, permitiendo algunas satisfacciones para neutralizar los padecimientos sufridos y la afcción y ofensa que se implantó.

Con esta finalidad, se considera prudente determinar una indemnización de 150.000 euros, que la demandada habrá de abonar con aplicación de los intereses del artículo 20 de la LCS. Sobre esa cuestión tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de Abril de 2009 que "la indemnización establecida en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado. Este carácter y finalidad, junto con la función económica a la que sirve, han propiciado una interpretación rigorista del precepto que se ha puesto de manifiesto, entre otros aspectos, a la hora de apreciar la concurrencia de una causa justificada capaz de excluir la mora del asegurador, justificación que debe apreciarse en cada caso, teniendo siempre en cuenta la finalidad del precepto (STS 10 de octubre de 2008)".

De esa forma, la existencia de causa justificada implica la excepción a una regla que opera cuando no existe este retraso culpable o imputable al asegurador en cumplimentar la obligación de satisfacer la indemnización en los plazos adecuados y, pese al indudable casuismo existente en la aplicación de la norma y a las soluciones distintas que se han dado sobre la consideración la "causa justificada", lo cierto es que, lo decisivo a estos efectos, es la certeza de la deuda u obligación, aunque se desconozca su cuantía, al entenderse que el derecho nace con el hecho lesivo, por lo que la sentencia que fija la indemnización tiene carácter meramente declarativo.

La aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado no permite considerar que en el caso de autos no se ha probado la concurrencia de circunstancias o datos fácticos que pudieran justificar la no imposición de los intereses pretendidos, siendo de citar a este respecto la St nº 158/2018, de 20 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid, que considera que la aseguradora demandada no puede justificar su actuación por la existencia de un expediente administrativo, citando al respecto el Auto del Tribunal

Supremo de 1 de julio de 2015 y SSTS de 20 de enero de 2017 y 25 de febrero de 2014, destacando que "no puede afirmarse que es imprescindible la existencia de una resolución que determine la obligación de indemnización para que se inicie el devengo de intereses del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro. En el mismo sentido, la St nº 105/2017, de 23 de marzo, de la audiencia provincial de Madrid, recuerda la interpretación restrictiva para apreciar la causa de exoneración por el carácter sancionador de la norma para impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados, sin que sea causa justificada para no pagar acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa.

OCTAVO.- Siendo la presente sentencia parcialmente estimatoria de las pretensiones de la demanda, no ha lugar a efectuar expreso pronunciamiento sobre costas, debiendo cada una de las partes abonar las devengadas a su instancia y las comunes por mitad.

VISTOS los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de oportuna aplicación,

En atención a lo expuesto,

FALLO

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda promovida por el Procurador Procurador Sra. MORENAS PERONA en representación de D^a. A G. L. ___ debo **CONDENAR Y CONDENO** a la demandada SHAM SEGUROS Y GESTIONES DE RIESGOS, representada por el Procurador Sr. RUEDA LÓPEZ a que abone a la actora una indemnización de CIENTO CINCUENTA MIL EUROS (150.000), más los intereses legales del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la presentación de la demanda, sin que haya lugar a efectuar expreso pronunciamiento sobre costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, advirtiéndoles que no es firme, pudiendo interponer contra ella, ante este Juzgado y para la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, Recurso de Apelación dentro de los VEINTE DÍAS siguientes a su notificación, en la forma determinada por el artículo 458 de la LECv., según redacción otorgada mediante Ley 37/2011, de 10 de octubre, recurso que no será admitido a trámite si no se acreditara suficientemente por la parte interesada en su interposición haber constituido el depósito requerido por la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida mediante LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Así por esta, su sentencia, de la que se expedirá certificación literal para su unión a los autos, incorporándose el original de la misma al Libro de Sentencias que en este Juzgado se custodia, lo pronuncia, manda y firma,

E/.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia cuando la Sra. Magistrada-Juez de este Juzgado se encontraba celebrando audiencia Pública, de lo que doy fe.