



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
NÚMERO SESENTA Y DOS
MADRID

SENTENCIA 151/2

7 9 MAY 2009

NOTIFICACIÓN
2 0 MAY 2009

En MADRID, a CATORCE de MAYO de DOS MIL NUEVE.

D^a.

Magistrada-Juez del Juzgado de

Primera Instancia Número Sesenta y Dos de Madrid, habiendo visto los presentes Autos de Juicio Ordinario con el número 1040/ 08, seguidos por el Procurador de los Tribunales Sr. _____ en nombre y representación de D^a.

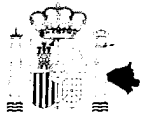
asistida del Letrado Sr. Ramos Mesonero, contra D.

, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. de _____ asistido del Letrado Sr. _____, que se opuso a la demanda, procede a dictar la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de la parte actora formuló demanda en la que, tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que consideró oportunos, solicitó se dictara sentencia por la que se declarara vulnerado por parte del demandado el derecho de acceso de la demandante a la historia clínica, condenando a aquel al pago de 300 euros por este concepto, así como vulnerados los derechos fundamentales a la libertad, intimidad e integridad física de la actora como consecuencia de no haber sido debidamente informada de todos y cada uno de los riesgos de la intervención, posibilidad de no operarse y alternativas terapéuticas, condenando al demandado al pago de la cantidad de 50.000 euros por las secuelas derivadas de la intervención y subsidiariamente al abono de la cantidad de 12.000 euros por la vulneración de derechos fundamentales, junto a las costas procesales causadas.





SEGUNDO.- Examinada la jurisdicción y competencia, se dictó auto en fecha 11 de julio de 2008 admitiendo a trámite la demanda, acordando dar traslado a la parte demandada, con emplazamiento para que la contestase en el plazo de veinte días con las indicaciones previstas en los artículos 405 y 496.1 de la LEC, lo que verificó en tiempo y forma mediante la presentación de escrito de contestación a la demanda arreglado a las prescripciones legales en el que, planteando las excepciones de litisconsorcio pasivo necesario, defecto legal en el modo de proponer la demanda, cosa juzgada e incompetencia de jurisdicción respecto de las dos primeras peticiones, se opuso a la demanda en los términos planteados, solicitando la imposición de las costas procesales a la actora.

TERCERO.- Resuelta en resolución de fecha 19 de noviembre de 2008 la cuestión planteada por la actora respecto a la intervención del Ministerio Fiscal y las acciones realmente ejercitadas con la interposición de la demanda, se señaló día y hora para la celebración de la audiencia previa prevista en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el día 10 de diciembre de 2008, compareciendo las partes con sus respectivos procuradores y letrados, que se ratificaron en sus escritos de demanda y contestación, y tras la fijación de los hechos objeto de la controversia, no siendo posible el acuerdo de las partes, éstas solicitaron el recibimiento del juicio a prueba.

CUARTO.- Se admitieron la totalidad de las pruebas propuestas, siendo las de la parte actora documental aportada con la demanda y pericial de D. ; y las de la demandada la documental, interrogatorio de la actora, testifical de D. y pericial D. Señalándose día para el juicio el 22 de abril de 2009, quedando las partes citadas y acordándose la citación de los testigos y peritos por ellas propuestos.

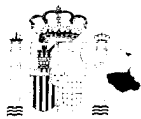
QUINTO.- Al juicio comparecieron las respectivas representaciones procesales de actora y demandado, practicándose las pruebas admitidas de documental, renunciándose al interrogatorio, testifical de D. y pericial D. y D. y, tras la formulación por los letrados de las partes de sus conclusiones, quedaron los autos para dictar sentencia.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. interpuso demanda de Juicio Ordinario contra D. solicitando se declare vulnerado por parte del demandado el derecho de acceso a su historia clínica, condenando a éste al pago de 300 euros por este concepto, así como vulnerados los derechos fundamentales a la libertad, intimidad e integridad física de la actora como consecuencia de no haber sido debidamente informada de todos y cada uno de los riesgos de la intervención, la posibilidad de no operarse y alternativas terapéuticas, condenando al demandado al pago de la cantidad de 50.000 euros por las secuelas derivadas de la intervención y subsidiariamente al abono de la cantidad de 12.000 euros por la vulneración de derechos fundamentales, como consecuencia de las intervenciones de mastopexia con prótesis, blefaroplastia e infiltraciones en cara por él realizadas. El demandado se opuso planteando las excepciones de litisconsorcio pasivo necesario, defecto legal en el modo de proponer la demanda, cosa juzgada e incompetencia de jurisdicción respecto de las dos primeras peticiones.

En primer lugar conviene hacer constar que, tras insistir la actora en el acto de la Audiencia Previa -y escritos de recurso anteriores- en el planteamiento inicial de su acción, y desde el contenido de las excepciones alegadas de contrario, no puede sino concluirse en el inadecuado fundamento argumentado para la viabilidad de su pretensión, y si en modo alguno puede abordarse una pretensión de responsabilidad médica desde la conculcación de derechos fundamentales a la libertad, intimidad e integridad física “por no haber sido debidamente informada de todos y cada uno de los riesgos de la intervención, la posibilidad de no operarse y alternativas terapéuticas”, ninguna conexión causal puede deducirse con el derecho de acceso a la historia clínica –valorado y resuelto por la Agencia Española de Protección de Datos aportado como documento 2 de la contestación- ni planteamiento acumulativo válido teniendo en cuenta el tenor y contenido del artículo 72 de la LEC, debiendo quedar fijado el objeto de la presente resolución –como ya se indicara en Auto de 19 de noviembre de 2008- en “la responsabilidad contractual y extracontractual”, ante la formulación de la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda al respecto.



Debe igualmente estarse a la identificación subjetiva propuesta en la demanda – si bien resaltando la incongruencia que supone la oposición de la actora al litisconsorcio pasivo necesario planteado de contrario para, paradójicamente, cuestionar después la legitimación del demandado y la participación del testigo D.

insistiendo la representación de la demandante en que la acción por ella ejercitada era clara, y precisaba la pretensión de condena respecto del demandado por su relación directa con el daño, debiendo entenderse que la estimación de la excepción constituiría un tema de fondo para la determinación de la responsabilidad en los términos planteados, ya que cuando la pretensión actuada se funda en una relación jurídica contractual o extracontractual en la que aparecen como elementos subjetivos las partes actora y demandada, como sucede en el presente supuesto, debe regir el principio general que faculta a la primera a demandar a quien tenga por conveniente.

SEGUNDO.- Así pues, en supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato, y a la vez en un acto ilícito extracontractual, es doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, junto con los límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual en casos de coexistencia o conjunción con responsabilidad aquiliana, criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida "unidad conceptual" (Sentencias de 20 de diciembre de 1991) que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1993) o "yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo mas completo posible" (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1993). Proyectado al presente supuesto el principio inspirador señalado y los criterios jurisprudenciales enunciados puede decirse que, amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la "causa petendi" en términos tales que admitan, sea por concurso ideal de normas, sea por

concurso real, calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual o ambas conjuntamente salvado -por iguales hechos y sujetos concurrentes-, no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del "iura novit curiae" y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio de punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso; siendo evidente que existe una relación contractual entre quienes son parte en una relación preexistente al propio hecho dañoso, surja el mismo como consecuencia de una contratación directa y libre entre las partes o por cualquier otro sistema generador y fuente de obligaciones, en lo que se denomina por la jurisprudencia relaciones contractuales de hecho o derivadas de una conducta social típica, que precisamente fundamentan la caracterización como contractual de las prestaciones de la sanidad pública y con más razón las de la privada, en última instancia, pues en este caso sí existe como regla general una relación contractual directa.

Cuestión distinta es la determinación de las responsabilidades reclamadas, siendo premisa indispensable en el presente caso una comprobada actuación del médico demandado no ajustada a la *lex artis* que permita la imputación.

Y en primer lugar debe señalarse que la prueba practicada no permite concluir que nos hallemos ante un supuesto en el que se haya conculcado el deber de información médica -teniendo en cuenta su conceptualización como medicina satisfactiva o voluntaria-, porque si éste se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información (conocimiento) prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminación sobre la salud y persona que es la finalidad perseguida por la norma (artículo 10.5 y 6 Ley General de Sanidad), con más razón es exigible tal derecho cuando el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma; y en tal sentido deben valorarse el contenido de los consentimientos informados aportados como documentos 14, 15 y 16 de la contestación, y la misma declaración testifical de D.

, insistiendo en la existencia complementaria de informaciones y

recomendaciones verbales a D^a. en virtud de la cual se sometió a la intervención quirúrgica, debiendo valorarse desde la posibilidad de que pudieran ocurrir, sin mediar error, impericia u omisión, otras complicaciones, con la situación acreditada respecto a que se sometió voluntariamente eligiendo el profesional que consideró idóneo.

TERCERO.- La documental aportada determina que la actora acudió al Centro de Cirugía el 76 el día 30 de diciembre de 2002 a fin de consultar la posibilidad de corregir la estética de sus mamas y párpados y, diagnosticada de “ptosis mamaria bilateral con hipoplasia, ptosis bilateral con acúmulos grasos en párpados superiores e inferiores y panelasticidad facial” –documento 2.16-, firmó los documentos precitados para la mastopexia, para el implante de prótesis y para la blefaroplastia, siendo intervenida el día 3 de enero de 2003 en la Clínica . En la evolución postoperatoria se produjo una complicación conocida como “contractura capsular” como consecuencia de la cual, previa firma de un nuevo consentimiento de fecha 28 de julio de 2003, se procedió al recambio de la prótesis, y nuevamente el día 24 de octubre de 2003 a una reconstrucción quirúrgica en régimen ambulatorio en la mama derecha al surgir de nuevo en la misma la contractura capsular seguida de extrusión de la prótesis, firmándose nuevo consentimiento en fecha 16 de octubre de 2003, como el de 4 de noviembre de 2003 para un nuevo retoque quirúrgico sobre la prótesis implantada en la mama derecha “con tendencia al encapsulamiento y al rechazo”, procediéndose al recambio de las prótesis mamarias en fecha 26 de abril de 2004, y nuevos retoques por encapsulamiento en fecha 9 de febrero de 2006. Y si en materia de responsabilidad médica debe probarse la culpa, y no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado cuando éste, por su desproporción con lo que es usual comparativamente según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, la responsabilidad del especialista demandado habría de fundarse en una actuación negligente por su parte y contraria a las consecuencias en relación con la alegación de mal consentimiento informado que se argumenta, con arreglo a los informes emitidos no se evidencia su mala praxis, determinándose que la contractura capsular es una complicación postoperatoria no previsible.

Así D.

consideró en su informe pericial que “el

planteamiento quirúrgico para corregir las mamas mediante mastopexia o elevación y aumento mamario con implantes de prótesis de silicona, así como la blefaroplastia, actuando quirúrgicamente sobre los cuatro párpados, son planteamientos adecuados ... como el consentimiento informado recibido para las operaciones a realizar”..., que “La complicación surgida en el postoperatorio de contractura capsular se produce, según la literatura médica entre el 5 o 10% de las mujeres a las que se implanta una prótesis de mama, siendo su mecanismo de producción desconocido y sin que se pueda hacer nada para prevenirlo, y que si bien esta reacción fibrosa ante un cuerpo extraño es muy fina en el 90-90% de los casos, cuando se produce la cápsula periprotésica, ocasiona deformidad y molestias, y esta complicación fue la que presentó Dª. , exigiendo otra intervención de recambio de prótesis, surgiendo la misma complicación en tres ocasiones más, y nuevamente tras la tendencia al encapsulamiento que ocasionaba un desplazamiento de la mama derecha hacia el polo superior”, concluyendo que “el resultado de la cirugía palpebral el bueno, también el de la mama izquierda, y el de la mama derecha está alterado por la existencia de una nueva contractura capsular que ocasiona un desplazamiento hacia el polo superior”, afirmando en el acto de su ratificación sometida a contradicción en el acto del juicio que “las intervenciones propuestas eran correctas no existiendo otras alternativas quirúrgicas, que la intervención técnica fue correctísima y que los actos médicos posteriores se hicieron por la complicación surgida, que las cicatrices son de buena calidad, que no tiene cicatrices en párpados ni detectó dolor en la exploración”; mientras que D. , tras un informe carente de rigor técnico en el que aparecen referencias a una lipoescultura no realizada, una inexistente rotura de la prótesis izquierda y ninguna a la blefaroplastia por cuyo resultado sí se reclama, reconoció en el acto de su ratificación no ser especialista en cirugía reparadora, conectando el a su juicio desafortunado resultado de las operaciones con una “insuficiente historia clínica y el consentimiento informado”, “la innecesariedad de la prótesis o la irregularidad de la analítica preoperatoria” sin conexión causal alguna con el objeto de la reclamación ni incidencia en su resultado, así como afirmaciones infundadas respecto a que fue el demandado quien “indujo a la intervención”.

CUARTO.- En relación al fondo de la cuestión, no acreditada la responsabilidad en la actuación médica realizada, debe valorarse el contenido del consentimiento informado



respecto de los riesgos de una intervención no necesaria y si el derecho del paciente a la información es presupuesto básico para que preste un consentimiento informado a la realización de la intervención que se le va a realizar, lo que implica y supone que ha existido consentimiento informado, hemos de tener en cuenta que el citado documento impreso no proporciona la información respecto de la necesidad de reiteración, como ocurrió en el presente caso, de nuevas intervenciones incluso cuando no exista alternativa al método quirúrgico, pudiendo valorarse desde esta perspectiva la insatisfacción de la actora y desasosiego, al haberse materializado tras la intervención los referidos riesgos, lo que conlleva a tenor de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que la trascendencia del incumplimiento del deber de información impuesto por la Ley, debe desvincularse del cumplimiento del oficio técnico del cirujano o del médico. Debiendo valorarse en cuanto a proceder antijurídico, la privación del derecho del paciente a obtener la información esclarecedora previa al consentimiento, con ello también establece el Tribunal Supremo la autonomía de la responsabilidad derivada de la ausencia de información, con lo que no es necesaria la existencia de relación causal entre la omisión de informar y el daño producido por la actividad médica, indicando que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento, así como de la posterior materialización del riesgo previsible.

También se establece que la carga probatoria de acreditar que se ha proporcionado información adecuada y completa al paciente corresponde al facultativo según ha establecido la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001, y producido un daño no atribuido en la observancia de la *lex artis*, se partiría de la premisa de que el riesgo era previsible e inherente al tipo de intervención y por tanto abarcable con el nivel de información, de modo y manera que la omisión de esa información completa, determina la sustitución del consentimiento y la iniciativa del paciente, que no pudo considerar un riesgo que, de haberlo conocido, le hubiera podido inclinar a no someterse a la intervención.

No obstante, en relación a la cuantificación de la indemnización solicitada, se muestra excesiva la de 50.300 euros, tanto desde la improcedencia de las dos primeras pretensiones, como de la cuantía del perjuicio efectivamente causado y acreditado —partiendo del resultado de las intervenciones en los términos expuestos por las secuelas



reclamadas- y la procedencia del resarcimiento por la incapacidad –determinando veinte días por cada una de las siete intervenciones que se le practicaron, siendo la indemnización diaria de 60 euros al no haberse acreditado circunstancia alguna y 4.000 euros más en que se valora el daño moral por el sorpresivo iter quirúrgico a que se ha visto sometida la actora-, lo que hace un total de 15.800 euros, teniendo en cuenta que tuvo que ser objeto de intervenciones quirúrgicas posteriores para resolver el problema que se le había planteado y que el mismo informe pericial de la actora prevé un nuevo retoque quirúrgico sobre la mama derecha para corregir la contractura –si bien no ha sido objeto de prueba un perjuicio estético de cicatrices a la vista de las fotografías aportadas así como las limitaciones y dolores que refiere-, procediendo el abono de los intereses legales desde la presente resolución en que se ha procedido a la cuantificación.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 394 de la LEC, ante la estimación parcial de las pretensiones de las partes, no se hace expresa imposición de las costas procesales causadas.

Por lo expuesto, en virtud de la potestad jurisdiccional que me ha sido otorgada por la Constitución

F A L L O

Que estimando la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda respecto de las dos primeras pretensiones, y desestimando el resto de las planteadas, estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Melchor de Oruña en nombre y representación de D^a. _____ contra D. _____, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. de _____ en el único sentido de condenar al demandado al pago de la cantidad de 15.800 euros, junto a los intereses legales desde la presente resolución, absolviéndolo del resto de sus pedimentos, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente procedimiento.



Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

Contra esta sentencia cabe recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, que deberá interponerse en este Juzgado por medio de escrito en el plazo de CINCO DÍAS HÁBILES siguientes al de su notificación.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada que fue la anterior sentencia por la Sra. Juez que la dictó, en el mismo día de su fecha constituida en audiencia pública en la Sala de Audiencias de este Juzgado, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

