

**Juzgado de 1ª Instancia nº 91 de Madrid**

C/ Princesa, 3 , Planta 6 - 28008

Tfno: 914437802

Fax: 914437800

42020310

NIG: 28.079.00.2-2015/0003367

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 47/2015**

Materia: Contratos en general

**Demandante::** D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. IGNACIO MELCHOR ORUÑA

**Demandado::** ZURICH ESPAÑA COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA ESTHER CENTOIRA PARRONDO

**SENTENCIA Nº 188/2016**

En Madrid, a veinte de junio de dos mil dieciséis.

Vistos por el Sr. don Eduardo Corral Corral, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número noventa y uno esta localidad, los autos de juicio declarativo ordinario nº 47/15, seguidos a instancia de doña [REDACTED] [REDACTED], representado/a por el/la Procurador/a don/doña Ignacio Melchor de Oruña y defendido/a por el Abogado/a don/doña José Antonio Ramos Mesonero, CONTRA la aseguradora ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA, representadas ambas por el/la Procurador/a don/doña María Esther Centoira Parrondo y defendido/a por el/la Abogado/a don/doña Eduardo Asensi Pallarés, sobre reclamación de cantidad.

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**PRIMERO.** Que por la mencionada representación de la parte actora se formuló demanda en este juzgado arreglada a las prescripciones legales, en la que alegó, en síntesis, que a los cinco años de edad le fue diagnosticada una artrosis tuberculosa de cadera, que cursó sin recidiva, permitiéndole hacer una vida normal, trabajando como camarera y hacer deporte. El día 12 de marzo de 2013 fue intervenida en el Hospital 12 de Octubre de esta localidad, habiéndole colocado una prótesis de cadera por “*coxartrosis de cadera izquierda*”, teniendo la paciente dolores inmediatos, y habiéndose observado en el TAC realizado que el tamaño del cotilo y el vástago de la prótesis no era el adecuado, al encontrarse sobredimensionados, existiendo también un exceso de anteversión acetabular (50%) y choque posterior, teniendo el vástago un efecto punta en cortical femoral externa, y sobrepasando los dos tornillos de fijación acetabular la cortical ósea del techo acetabular, lo que le provocó una ruptura del glúteo medio. Sostuvo también la actora que la ficha del fabricante de la prótesis establece como primer paso preoperatorio la realización de un planning

para realizar las mediciones, no constando que se efectuaran tales mediciones, que en cualquier caso estarían mal realizadas, y que el resultado producido no era un riesgo típico incluido en el consentimiento informado. La actora fue sometida a nueva intervención quirúrgica en la Clínica Quirón el día 1 de julio de 2013. La parte actora solicita la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, consistentes en: a) el importe de 24.715,86 euros en concepto de reembolso de los gastos médicos en que tuvo que incurrir para la realización de la segunda intervención en una clínica privada; b) 3.000 euros en concepto de indemnización por el daño moral derivado de la necesidad de someterse a una segunda intervención quirúrgica; c) 8.486,10 euros en concepto de indemnización por los 270 días de curación no impeditivos, computados desde la primera intervención a la finalización de la rehabilitación de la segunda, una vez minorados los 90 días que se considerarían normales para la curación y total recuperación de esa primera intervención; d) 4.324,90 euros en concepto de indemnización por los cinco puntos en que se valora la secuela consistente en coxalgia por atrofia de musculatura de manguito abductor de la cadera, asociada a la lesión del glúteo producida por la defectuosa elección del tamaño de la prótesis, que no ha podido ser solucionada con la segunda intervención; e) 16.575,60 euros en concepto de indemnización por los quince puntos por perjuicio estético causado, provocado por la existencia de una cojera, la necesidad de uso de bastón y pérdida de musculatura del glúteo; f) 38.345,06 euros en concepto de indemnización por la declaración de incapacidad permanente total, al haber aumentado la minusvalía que presentaba la actora de un 10% a un 37% como consecuencia de la defectuosa intervención quirúrgica; g) La aplicación del factor de corrección por perjuicio económico del 10% a la indemnización por secuelas y por incapacidad permanente total, y el incremento de la indemnización por secuelas y días de curación en un 20%, al tratarse de un suceso distinto de un accidente de tráfico, según el criterio de la Junta de Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid para unificación de criterios de octubre de 2011. Por todo lo cual, la parte actora reclama el importe de 116.103,31 euros, incrementado con los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro (12 de marzo de 2013), o subsidiariamente desde la presentación de la demanda.

**SEGUNDO.** Que admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la aseguradora demandada, que compareció en tiempo y forma, presentando su contestación a la demanda arreglada a las prescripciones legales, en la que alegó la excepción de prescripción de la acción, al haber transcurrido el plazo de un año del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, desde que la actora pudo haber ejercitado la acción, en cuanto que la rehabilitación no ayudó a la curación, estando ya perfectamente determinadas en ese momento las secuelas. También manifestó la demandada que no existió vulneración alguna de la *lex artis* por parte de los facultativos que realizaron la primera

intervención quirúrgica, y negó que la rotura del glúteo tuviera relación causal con tal intervención. Negó asimismo la demandada la procedencia de la reclamación de daño moral realizada, que estaría ya comprendida en la indemnización por días de curación y secuelas, así como los gastos médicos reclamados, al haber acudido la actora de forma voluntaria a la sanidad privada; procediendo, en todo caso, una reducción de la indemnización solicitada por concurrir incapacidades preexistentes. Por último, sostuvo que no procedería imponer los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, al concurrir causa justificada, y que, en todo caso, se devengarían sólo desde el emplazamiento, al no haber tenido conocimiento del siniestro con anterioridad al ejercicio de la acción directa. Por todo ello, la aseguradora demandada solicitó la íntegra desestimación de la demanda, con imposición de costas a la actora.

**TERCERO.** Contestada la demanda se convocó a las partes a la audiencia previa prevista en los artículos 414 y siguientes de la LEC, que tuvo lugar el día señalado con asistencia de las partes, siendo exhortadas para que llegaran a un acuerdo, lo que no se logró, mandándose que prosiguiera la audiencia, en la que las partes mantuvieron sus respectivas posturas. Recibido el pleito a prueba, se admitió la que propuesta por las partes fue declarada pertinente con el resultado que obra en autos, señalándose a continuación día y hora para la celebración del juicio.

**CUARTO.** Comparecidas las partes al juicio, se practicó la prueba propuesta por las partes que fue declarada pertinente, con el resultado que obra en autos. A continuación, se concedió la palabra a las partes, que formularon oralmente sus conclusiones.

**QUINTO.** En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**

**PRIMERO.** *Las alegaciones y pretensiones de las partes.*

La demandante doña [REDACTED] alegó, en síntesis, que a los cinco años de edad le fue diagnosticada una artrosis tuberculosa de cadera, que

cursó sin recidiva, permitiéndole hacer una vida normal, trabajando como camarera y hacer deporte. El día 12 de marzo de 2013 fue intervenida en el Hospital 12 de Octubre de esta localidad, habiéndole colocado una prótesis de cadera por “*coxartrosis de cadera izquierda*”, teniendo la paciente dolores inmediatos, y habiéndose observado en el TAC realizado que el tamaño del cotilo y el vástago de la prótesis no era el adecuado, al encontrarse sobredimensionados, existiendo también un exceso de anteversión acetabular (50%) y choque posterior, teniendo el vástago un efecto punta en cortical femoral externa, y sobrepasando los dos tornillos de fijación acetabular la cortical ósea del techo acetabular, lo que le provocó una ruptura del glúteo medio. Sostuvo también la actora que la ficha del fabricante de la prótesis establece como primer paso preoperatorio la realización de un planning para realizar las mediciones, no constando que se efectuaran tales mediciones, que en cualquier caso estarían mal realizadas, y que el resultado producido no era un riesgo típico incluido en el consentimiento informado. La actora fue sometida a nueva intervención quirúrgica en la Clínica Quirón el día 1 de julio de 2013. La parte actora solicita la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, consistentes en: a) el importe de 24.715,86 euros en concepto de reembolso de los gastos médicos en que tuvo que incurrir para la realización de la segunda intervención en una clínica privada; b) 3.000 euros en concepto de indemnización por el daño moral derivado de la necesidad de someterse a una segunda intervención quirúrgica; c) 8.486,10 euros en concepto de indemnización por los 270 días de curación no impeditivos, computados desde la primera intervención a la finalización de la rehabilitación de la segunda, una vez minorados los 90 días que se considerarían normales para la curación y total recuperación de esa primera intervención; d) 4.324,90 euros en concepto de indemnización por los cinco puntos en que se valora la secuela consistente en coxalgia por atrofia de musculatura de manguito abductor de la cadera, asociada a la lesión del glúteo producida por la defectuosa elección del tamaño de la prótesis, que no ha podido ser solucionada con la segunda intervención; e) 16.575,60 euros en concepto de indemnización por los quince puntos por perjuicio estético causado, provocado por la existencia de una cojera, la necesidad de uso de bastón y pérdida de musculatura del glúteo; f) 38.345,06 euros en concepto de indemnización por la declaración de incapacidad permanente total, al haber aumentado la minusvalía que presentaba la actora de un 10% a un 37% como consecuencia de la defectuosa intervención quirúrgica; g) La aplicación del factor de corrección por perjuicio económico del 10% a la indemnización por secuelas y por incapacidad permanente total, y el incremento de la indemnización por secuelas y días de curación en un 20%, al tratarse de un suceso distinto de un accidente de tráfico, según el criterio de la Junta de Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid para unificación de criterios de octubre de 2011. Por todo lo cual, la parte actora reclama el importe de 116.103,31 euros, incrementado con los intereses del artículo 20 de la Ley

de Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro (12 de marzo de 2013), o subsidiariamente desde la presentación de la demanda.

Frente a tal pretensión, la aseguradora demandada ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA alegó la excepción de prescripción de la acción, al haber transcurrido el plazo de un año del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, desde que la actora pudo haber ejercitado la acción, en cuanto que la rehabilitación no ayudó a la curación, estando ya perfectamente determinadas en ese momento las secuelas. También manifestó la demandada que no existió vulneración alguna de la *lex artis* por parte de los facultativos que realizaron la primera intervención quirúrgica, y negó que la rotura del glúteo tuviera relación causal con tal intervención. Negó asimismo la demandada la procedencia de la reclamación de daño moral realizada, que estaría ya comprendida en la indemnización por días de curación y secuelas, así como los gastos médicos reclamados, al haber acudido la actora de forma voluntaria a la sanidad privada; procediendo, en todo caso, una reducción de la indemnización solicitada por concurrir incapacidades preexistentes. Por último, sostuvo que no procedería imponer los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, al concurrir causa justificada, y que, en todo caso, se devengarían sólo desde el emplazamiento, al no haber tenido conocimiento del siniestro con anterioridad al ejercicio de la acción directa. Por todo ello, la aseguradora demandada solicitó la íntegra desestimación de la demanda.

**SEGUNDO.** *La excepción de prescripción de la acción.*

La aseguradora demandada alegó la excepción de prescripción de la acción, al haber transcurrido el plazo de un año del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (aplicable al caso de autos dada la fecha de la intervención quirúrgica), desde que la actora pudo haber ejercitado la acción, en cuanto que la rehabilitación no ayudó a la curación, estando ya perfectamente determinadas en ese momento las secuelas. La STS de 24 de mayo de 2001 abordó la naturaleza contractual o no, a efectos del plazo de prescripción de la acción, de la relación jurídica existente entre la persona afiliada a la Seguridad Social y el centro hospitalario integrado en el sistema que le presta asistencia médica, afirmando que: "*...de un lado, que la inmensa mayoría de las sentencias de esta Sala que estudian la prescripción en casos semejantes al presente lo hacen dando por supuesto que el plazo a considerar es el de un año del art. 1968-2º CC ; y de otro, que resulta difícil sostener esa naturaleza contractual o análoga a la contractual desde la configuración constitucional de la Seguridad Social como un régimen que los poderes públicos tienen que mantener para garantizar a todos los ciudadanos la asistencia y prestaciones sociales suficientes ( art. 41 CE ), lo que convierte a la Seguridad Social en una función del Estado y a su régimen en un régimen legal y público según la*

*doctrina del Tribunal Constitucional ( SSTC 65/87 y 37/94 , que a su vez citan otras anteriores). Precisamente estas razones justificaron el voto particular discrepante a la citada sentencia de 30-12-99, y con posterioridad ala misma se ha dictado por esta Sala la sentencia de 12-2-00 (recurso 1562/96) considerando "incontestable la prescripción de un año por constituir en el caso examinado la relación del enfermo con el Servicio Andaluz de Salud una "relación jurídico-pública ... distinta en su conformación técnica de la genuina contractual".*

Precisamente esta doctrina ha sido citada por la posterior Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2015 que, en relación con la naturaleza contractual o extracontractual de la relación existente entre un mutualista y la entidad sanitaria con la que la Mutualidad tiene concertada la prestación de los servicios sanitarios, señala que tiene una naturaleza extracontractual, pues se configura “*como autónomas las relaciones de los beneficiarios con los facultativos o centros de la Entidad que ha celebrado el concierto con la Mutualidad, sin suponer relación de ésta con aquellos*”, lo cual, sigue señalando esta resolución “*no empece a que se haya de convenir que aquellas relaciones traen causa del contrato de servicio público celebrado entre la Mutualidad y la Entidad, previéndose en su normativa, entre las obligaciones del contratista, la de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración ( artículo 280 c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público )*, pues se trata de un contrato en el que la Administración contratante (aquí el Mutualismo Administrativo que asume la prestación de asistencia sanitaria con el mismo alcance y contenido que el sistema de la Seguridad Social) encomienda a un contratista la gestión de un servicio de su competencia”. Concluye la citada sentencia que “*corolario de ello es que entre el mutualista y la entidad sanitaria no media relación contractual. La relación contractual, como contrato de gestión de servicio público, se establece entre la Mutualidad y la entidad sanitaria. En consecuencia se debe concluir que la relación entre los afiliados o beneficiarios de la Mutualidad y la Entidad concertada con esta es de naturaleza extracontractual*”. Por eso, la citada Sentencia del Pleno fija como doctrina jurisprudencial que “*la acción que ejercite el mutualista funcionario civil del Estado contra la Entidad con la que haya concertado su Mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquél el daño sufrido por la prestación del servicio, tiene como plazo de prescripción el de un año*”.

De otra parte, el citado artículo 142.6 de la Ley 30/1992 señalaba que “*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, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.*

Sin embargo, en el caso de autos difícilmente puede sostenerse que se haya producido la prescripción de la acción, cuando la actora tuvo que ser sometida a una segunda intervención quirúrgica el día 27 de junio de 2013, por lo que es evidente que la determinación del alcance de las secuelas tuvo que producirse con posterioridad a tal fecha; habiendo formulado la actora reclamación extrajudicial por burofax de fecha 27 de junio de 2014, que fue recibido por la demandada el día 30 de junio del mismo año (vid. documentos números 31 y 3.3 de la demanda), tal y como la propia demandada reconoció en la página 7 de su contestación. Por tanto, habiéndose presentado la demanda el día 8 de enero de 2015 es evidente que no habría transcurrido el plazo de un año desde la reclamación extrajudicial.

**TERCERO.** *La responsabilidad de los facultativos sanitarios.*

Entrando a resolver directamente el fondo del asunto, al no haberse planteado cuestión procesal alguna por la parte demandada, debemos partir de la consideración de que el Tribunal Supremo había venido distinguiendo la naturaleza de las obligaciones que comporta la actuación médica o médico-quirúrgica cuando se trata de curar o mejorar a un paciente, de aquella otra en la que se acude al profesional para obtener, en condiciones de normalidad de salud, algún resultado que voluntariamente se quiere conseguir. En el primer supuesto, la jurisprudencia había calificado a la relación que une al paciente con el médico como análoga al arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que tanto la naturaleza mortal del hombre como los niveles a que llega la ciencia médica (insuficientes para la curación de determinadas enfermedades), y, finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros), impide reputar la aludida relación como análoga al arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado (el de la curación del paciente), que en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca conseguirse; entendiéndose que, por tratarse de una relación similar al arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios. En el segundo supuesto, esto es, cuando una persona sana acude al profesional para obtener un determinado resultado, tratándose de una medicina de carácter meramente voluntaria, se señalaba por la antigua jurisprudencia que el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios que impone al médico una obligación de medios, se

aproximaba de manera notoria al de arrendamiento de obra, lo que propiciaba la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue. La jurisprudencia incluía en este segundo supuesto los casos de cirugía estética, vasectomía, y odontología o de implantación de prótesis dental (vid. SSTS de 28 de junio de 1999 y de 7 de febrero de 1990). En estos casos, se consideraba que la obligación del facultativo se intensificaba, haciendo recaer sobre el mismo, no ya sólo la utilización de los medios idóneos a tal fin, sino también la de probar haber empleado la totalidad de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención (vid. SSTS de 11 de febrero de 1997 y de 25 de abril de 1994).

Sin embargo, esta doctrina ha venido a ser matizada o completada por la más moderna jurisprudencia, señalando ya la STS de 21 de octubre de 2005 que, en el caso entonces enjuiciado, *"hay que descartar, en primer lugar, que haya existido un «aseguramiento del resultado» por el médico a la paciente, el cual no resulta de la narración fáctica de la resolución recurrida, ni cabe deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética –dado que la actora se prestó a la intervención facultativa para mejorar su aspecto estético–, y por consiguiente incardinable en lo que se denomina medicina voluntaria o satisfactiva, respecto de la que se entiende que hay una aproximación al régimen jurídico del arrendamiento de obra o que se trata de una figura intermedia entre éste y el arrendamiento de servicios, porque, en cualquier caso, habrá de valorarse la existencia de los elementos de la causalidad y culpabilidad"*. En esta misma línea, la STS de 22 de noviembre de 2007 señaló que *"los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las [SSTS 25 de abril de 1994](#), [11 de febrero de 1997](#), [7 de abril de 2004](#), [21 de octubre de 2005](#), [4 de octubre de 2006](#) y [23 de mayo de 2007](#))"* y que *"en el caso enjuiciado debe descartarse que haya existido un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente, pues esta circunstancia no resulta de la narración fáctica de la resolución recurrida, y, según la doctrina que acaba de exponerse, no puede deducirse del simple hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética"*.

Esta doctrina ha sido finalmente reiterada por la STS de 27 de septiembre de 2010, que afirmó que *"la distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos,*



*psíquicos y social, y no sólo físico (SSTS de 30 de junio y 20 de noviembre de 2009). Obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados, y en especial ofrecerle la información necesaria, en los términos que exige la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos, teniendo en cuenta que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y que la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía: hemorragias, infecciones, cicatrización patológica o problemas con la anestesia, etc. Lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, equiparando el daño al resultado no querido ni esperado, ni menos aun 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 perfectamente ajustada a la lex artis".*

Por tanto, de acuerdo con esta nueva doctrina jurisprudencial, sólo surgirá la responsabilidad del médico, incluso en el ámbito de la medicina voluntaria o satisfactiva, cuando se pruebe por la parte actora la conducta negligente y contraria a la lex artis del citado facultativo, o cuando se haya producido un daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor, lo que se corresponde con el aforismo latino «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma), y para cuya aplicación se requiere la existencia de una evidencia que cree una deducción de negligencia, esto es, la producción de un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, y que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado, y no por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima. Se ha de producir un mal resultado, que por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización (vid. SSTS de 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1998 y 13 de diciembre de 1997).

Debe insistirse en que en esta materia no opera la inversión de la carga de la prueba, admitida respecto de los daños de otro origen, debiendo el paciente probar, por tanto, la relación o nexo de causalidad entre la conducta del facultativo y el resultado lesivo, y la culpa del facultativo demandado (SSTS de 13 de julio de 1987, 12 de julio de 1988, 7 de febrero de 1990, 8 de octubre de 1992, 2 de febrero y 23 de marzo de 1993, 29 de marzo de 1994 y 16 de febrero de 1995, entre otras muchas).

**CUARTO.** *La actuación del facultativo asegurado por la demandada fue contraria a la lex artis.*

Existiendo en el caso de autos dos informes periciales rotundamente contradictorios, como desgraciadamente suele ser ya habitual en la materia que nos ocupa, nos inclinamos sin embargo por otorgar una mayor eficacia probatoria al emitido por el perito don César Fernández García, aportado con la demanda como documento número uno, que al aportado por la entidad demandada, pues consideramos que las conclusiones de aquel vienen a ser ratificadas por otros informes de facultativos obrantes en autos, cuya autenticidad no fue nunca discutida por la parte demandada y cuya importancia no ha sido debidamente valorada en el informe presentado por la parte demandada. A la vista del informe del Sr. Fernández García consideramos debidamente acreditado que el tamaño del cotilo y el vástago de la prótesis no era el adecuado, al encontrarse sobredimensionados, existiendo también un exceso de anteversión acetabular (50%) y choque posterior, teniendo el vástago un efecto punta en cortical femoral externa, y sobrepasando los dos tornillos de fijación acetabular la cortical ósea del techo acetabular, lo que le provocó una ruptura del glúteo medio, e hizo necesario que la actora se sometiera a una segunda intervención quirúrgica.

Debe resaltarse que si bien en el informe ecográfico realizado el día 26 de junio de 2013, antes de la segunda intervención, se reveló *“un componente acetabular, con importante profusión posterior, que llega a afectar al glúteo medio”*, así como *“rotura completa del glúteo menor”* (vid. documento número 26 de la demanda), al realizarse la cirugía se observó que la dehiscencia o rotura afectaba a 2/3 del glúteo medio (y no al glúteo menor) y se detectó que el componente acetabular *“sobresalía en versión 30° más de la pared posterior del acetábulo, anteversión femoral de 50° previo a la extracción del componente femoral”*, según se desprende de la hoja quirúrgica del Hospital Quirón (vid. documento número 27.3 de la demanda), y se explicó en el acto del juicio por el perito Sr. Fernández García. También en informe emitido por el doctor [REDACTED] de fecha 31 de mayo de 2013 se expresa que la paciente presentaba dolor en muslo y glúteo izquierdo, y que *“la Rx evidencia cotilo anteverso y horizontalizado, y disimetría por mayor longitud de pierna operada”*, razones por las que se aconseja el recambio de la prótesis total de la cadera izquierda (vid. documento número 22 de la demanda). Junto a ello, debe también valorarse que en el propio informe pericial presentado por la parte demandada se reconoce que *“es posible que el cotilo esté algo anteverso”* (vid. página 12 del informe), así como que *“es posible que la orientación de los componentes no fuera la anatómica, exacta, pero esto puede ocurrir en una cirugía protésica convencional”*; ideas en las que insistió el perito de la demandada don [REDACTED] en el acto del juicio, si bien intentando rebajar la importancia o trascendencia de la mencionada anteversión. Sin

embargo, dada la anteversión que se recoge en la hoja de cirugía, y el hecho de que ya se hubiera indicado la realización de una segunda cirugía por tal motivo, junto con la existencia de la disimetría (cuya conexión con aquella no puede, en absoluto, ser descartada), por los doctores [REDACTED], no puede aceptarse tal valoración del informe pericial presentado por la demandada. Asimismo resultó llamativo que en este informe, tras reconocer la rotura del glúteo medio, se afirmara que tal rotura o desinserción pudo producirse “antes, durante la intervención o después, en la evolución posterior, tras un esfuerzo” (página 15 del informe), si bien al mismo tiempo se afirmó que era una mera complicación de la técnica quirúrgica, aunque fuera de carácter poco frecuente. Se ha apreciado también una notable contradicción en las afirmaciones del perito de la parte demandada, don [REDACTED], en el acto del juicio, en el que sostuvo que no podía establecerse nexo causal entre la rotura del glúteo medio y la intervención realizada, cuando al mismo tiempo se afirmó que tal rotura es un riesgo típico de la intervención, para luego posteriormente, con la intención de justificar que no se hiciera constar tal riesgo en el consentimiento informado, señalar que es un riesgo poco frecuente. Como señala la STS de 30 de junio de 2009, *"el riesgo típico no puede desempeñar una doble función exculpatoria: del mal resultado de la intervención, por ser típico, y de la omisión o insuficiencia de la información al paciente por ser poco frecuente e imprevisible, pues tipicidad e imprevisibilidad son conceptos excluyentes en un juicio sobre la responsabilidad del profesional médico"*. La citada sentencia estimó el recurso de casación, al considerar que el tribunal sentenciador había confundido *"frecuencia con previsibilidad, como alega la parte recurrente, ya que la circunstancia de que el riesgo de una intervención sea poco probable no exime, si es conocido por el médico o debe serlo, de informar al paciente acerca del mismo, como declaró la sentencia de esta Sala de 21 de octubre de 2005 (rec. 1039/99)"*. Debe recordarse que la jurisprudencia viene señalando, en relación con la necesidad de obtener un consentimiento debidamente informado del paciente antes de la intervención quirúrgica, que *"la información constituye un presupuesto y elemento esencial de la «lex artis» y como tal forma parte de toda actuación esencial, hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico"* (SSTS de 6 de julio de 2007, de 23 y 28 de noviembre de 2007), de tal manera que el incumplimiento de esa obligación implica un incumplimiento de la obligación de medios que tiene el facultativo, y determina su responsabilidad. Por tanto, aun cuando aceptáramos la afirmación del perito de la demandada de que la rotura del glúteo medio era un riesgo típico de la intervención, también surgiría la responsabilidad del facultativo demandado al haberse omitido tal riesgo en el consentimiento firmado suscrito por la paciente.

Asimismo resultó chocante que el citado perito Sr. Aranda negara en el acto del juicio que hubiera existido un efecto punta del vástago, tras reconocer que tal

efecto cursaba de forma característica con un dolor en el muslo, circunstancia que precisamente se recogía en el informe del doctor Durá de 31 de mayo de 2013.

En definitiva, se han apreciado excesivas contradicciones en el informe presentado por la parte demandada y en la posterior ratificación del doctor ██████ así como una escasamente disimulada intención de éste de rebajar la importancia de las circunstancias, reconocidas en su propio informe, que podrían revelar una conducta contraria a la lex artis del facultativo asegurado por la demandada, por lo que otorgamos, como ya hemos señalado, una mayor eficacia probatoria al informe pericial elaborado por don Cesar Fernández.

Por último, la parte demandada no ha aportado prueba alguna de que su asegurado realizara un planning previo a la intervención, realizando las correspondientes mediciones con carácter previo a la colocación de la prótesis, por lo que difícilmente puede sostenerse que haya empleado todos los medios a su alcance para prevenir y evitar el resultado lesivo finalmente causado. Surge, por tanto, la responsabilidad de aquel facultativo, que se extiende a la aseguradora demandada, en la forma y en la cuantía que se determinará a continuación.

**QUINTO.** *Los daños causados y la cuantía de la indemnización que le corresponde a la actora.*

Consideramos debidamente acreditado, a la vista del informe pericial de don César Fernández, que la actora presenta una secuela consistente en coxalgia por atrofia de musculatura de manguito abductor de la cadera, asociada a la lesión del glúteo producida, que no ha podido ser solucionada con la segunda intervención, y se estima adecuado valorarla en cinco puntos, por lo que corresponderían a la actora por este motivo el importe de 4.324,90 euros, aplicando el baremo del año 2014 (864,98 euros por punto). No guardando tal secuela relación alguna con la dolencia que presentaba la actora en el momento de someterse a la intervención quirúrgica, no procedería la rebaja solicitada por subsistencia de incapacidades preexistentes que se solicitó por la parte demandada, pues la circunstancia de haber sufrido la paciente con bastante antelación a la intervención quirúrgica (año 2011) una mera tendinitis en el glúteo no presenta conexión causal alguna con la mencionada secuela, según aclaró el perito Sr. Fernández.

En cuanto a los días de curación, consideramos también ajustado a derecho conceder a la actora el importe de 8.486,10 euros (31,43 euros por día) en concepto de indemnización por los 270 días de curación no impeditivos, computados desde la primera intervención a la finalización de la rehabilitación de la segunda, una vez minorados los 90 días que se considerarían normales para la curación y total recuperación de esa primera intervención.

Asimismo, consideramos que ha quedado debidamente acreditada la indemnización que se solicita en concepto de perjuicio estético, derivada de la

cojera y necesidad de uso de un bastón, que se valoran en 15 puntos (1.105,04 euros el punto), porque si bien tal cojera es precisamente uno de los riesgos típicos de la intervención, derivada de la *“diferencia en la longitud del miembro inferior”*, en el caso de autos no se habría producido como consecuencia de la disimetría, que según el propio informe pericial de la parte demandada ya se habría solucionado con la segunda intervención, sino como consecuencia de la rotura del glúteo medio, tal y como se explicó por el perito de la actora en el acto del juicio. Se conceden por este concepto 16.575,60 euros.

Por el contrario, no ha resultado debidamente acreditada la necesaria relación de causalidad entre la intervención quirúrgica realizada y el aumento del grado de minusvalía de la demandante, que ha pasado de un 10% (vid. documento número 30.1 de la demanda), a un 37% (vid. documento número 31.2 de la demanda), pues en el primer dictamen médico facultativo en el que se reconoce la minusvalía del 10% se expresa que la actora presenta en el momento del reconocimiento *“limitación funcional en miembro inferior por osteoartrosis localizada de etiología infecciosa”*, y en el dictamen propuesta aportado como documento número 32.46 se expresa como cuadro clínico *“coxartrosis izquierda que ha precisado implante y recambio de prótesis totales de cadera”*, siendo la coxartrosis precisamente la dolencia que la actora presentaba en el momento de someterse a la primera intervención, como ya hemos señalado, por lo que no se ha justificado la necesaria relación de causalidad entre la intervención quirúrgica realizada por el asegurado de la demandada y el referido aumento de la minusvalía reconocida a la actora.

Junto a ello, las indemnizaciones por lesiones permanentes y por días de curación, han de ser incrementadas aplicando el factor de corrección por perjuicio económico, pues la víctima se encontraba en edad laboral, por lo que deben presumirse sus ingresos aun cuando no los haya justificado, y es evidente que el hecho de encontrarse en situación de desempleo no debe de ser óbice para aplicar ese factor de corrección, dado que las lesiones le privaron de la posibilidad de haber podido encontrar trabajo. Además, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 30 de abril de 2012, ha estimado que cabe aplicar por analogía a la indemnización por incapacidad temporal el citado factor de corrección que se prevé en el baremo para las lesiones permanentes para el supuesto en que la víctima se encuentre en edad laboral aunque no justifique sus ingresos, si bien se señala que tal aplicación analógica *“no justifica que el porcentaje aplicado deba ser el máximo correspondiente a dicho grado, sino que cabe que el tribunal, valorando las circunstancias concurrentes en el caso examinado y los perjuicios de diversa índole que puedan presumirse o haberse acreditado, en aras del principio de total indemnidad de los daños causados consagrados en el Anexo primero,7, en el que se inspira el Sistema de Valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, conceda un porcentaje inferior, dado que el señalado por la LRCSVM tiene carácter máximo (“hasta el 10%”) y no*

*se establece limitación alguna dentro del abanico fijado por el legislador*". En el caso de autos, dado que la propia actora reconoce en la demanda que se encontraba en situación de desempleo, se estima adecuado fijar un factor de corrección del 5% por este concepto.

En cuanto a la aplicación de un incremento del 20% sobre la indemnización resultante de la aplicación del baremo contenido en el Anexo del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, es cierto que la Junta de Magistrados de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, para la Unificación de Criterios de 19 de junio de 2005, después de señalar la procedencia de acudir con un criterio orientativo al citado baremo, al presentar su aplicación *"como ventajas la uniformidad e igualación de los criterios indemnizatorios, y también la facilitación de las impugnaciones de las víctimas al contar con unos criterios notablemente objetivados"*, establece a continuación que *"sin perjuicio de ello, es conveniente que las indemnizaciones resultantes sean incrementadas para los casos normales en un porcentaje que puede situarse en un 10 ó 20 %, sobre todo cuando el daño moral de la víctima es más acentuado"*. En el caso de autos no se han explicado debidamente por la actora las razones que aconsejen la aplicación de un incremento del 20% sobre la indemnización concedida, si bien estimamos adecuado, dada la edad de la actora y la limitación que se deriva de las secuelas sufridas, incrementar tal indemnización en un 10%, sobre todo teniendo en cuenta que el propio legislador ha venido a reconocer la insuficiencia de las indemnizaciones contenidas en el baremo al haber procedido a su incremento por medio de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

También es ajustada a derecho la reclamación por daño moral sufrida por la actora por la necesidad de someterse a una segunda intervención, porque es evidente que tal intervención, menos de cuatro meses después de sufrir la primera, fue perfectamente susceptible de provocar en la paciente una nueva sensación de zozobra, ansiedad, angustia, o en otras palabras, un nuevo sufrimiento psíquico, que es perfectamente susceptible de ser valorado de forma independiente al causado por las secuelas o por los días de incapacidad, que es objeto de valoración separada, por lo que no consideramos que exista una duplicidad en la reclamación, sobre todo cuando, insistimos, la aplicación del baremo antes citado tiene un mero carácter orientativo. En efecto, debe de recordarse que reiterada jurisprudencia ha declarado que dentro de tal concepto de daño moral puede incluirse el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (STS de 23 de julio de 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (STS de 6 de julio de 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (STS de 22 de mayo de 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente, (STS de 27 de enero de 1998), impacto, quebrantamiento o sufrimiento psíquico (STS de 2 de julio de 1999); y que si bien los daños morales en sí mismos carecen de valor económico, no por eso dejan de ser indemnizables, en cuanto

actúan como compensadores en lo posible de los padecimientos psíquicos irrogados a quien se puede considerar víctima, 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 afección y ofensa que se implantó, correspondiendo a los Tribunales fijarlos equitativamente (SSTS de 19 de diciembre de 1949, 25 de julio de 1984, 3 de junio de 1991, 27 de julio de 1994, 3 de noviembre de 1995 y 21 de octubre de 1996), atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida (STS de 24 de septiembre de 1999). Parece adecuado, por tanto, conceder a la actora el importe de 3.000 euros por el daño moral sufrido al haber tenido que someterse a una nueva intervención quirúrgica.

No se aprecia inconveniente alguno en fijar en el importe de 24.715,86 euros los gastos médicos en que tuvo que incurrir la actora para la realización de la segunda intervención en una clínica privada, y de los que tiene derecho a ser reembolsada, pues es obvio que habiendo tenido que sufrir una segunda intervención escasos cuatro meses después de someterse a la primera en un hospital público, la actora presentaba una perfectamente entendible reticencia a realizar esa segunda intervención en el sistema público, habiéndose visto obligada a acudir a un hospital privado con la finalidad de garantizarse en lo posible un mejor resultado. No habiendo discutido la parte demandada ningún importe concreto de los citados gastos, que aparecen debidamente acreditados con los documentos que se han acompañado a la demanda, cuya autenticidad tampoco ha sido impugnada por la parte demandada, ha de aceptarse la reclamación de la demanda por este concepto.

Debe insistirse en que si bien la actora tuvo que someterse a una cirugía curativa por presentar una coxartrosis de cadera izquierda, la existencia de esta dolencia previa no es susceptible, sin embargo, de provocar una reducción en la indemnización, puesto que la que ha sido concedida se ajusta estrictamente a los perjuicios causados por la defectuosa realización de la intervención por los facultativos del Hospital 12 de Octubre, no habiendo resultado afectados aquellos por la preexistencia de la mencionada dolencia.

Por todo ello, debe fijarse en el importe total de 33.941,52 euros por las secuelas y los días de curación (una vez aplicados los incrementos o correctores antes señalados), que sumado al importe de los gastos médicos (24.715,86 euros) y los 3.000 euros concedidos por el daño moral causado por la necesidad de someterse a una segunda intervención, arroja un total de 61.657,38 euros.

#### **SEXTO. Intereses.**

En cuanto a los intereses, ciertamente el artículo 20.6 de la Ley de Contrato de







Seguro desde el día 30 de junio de 2014, en la forma señalada en el fundamento jurídico sexto, ello sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese a las partes, conforme determina el artículo 248 L.O.P.J, haciéndoles saber que contra la presente resolución puede interponerse recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, que deberá presentarse en este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde su notificación.

Así lo pronuncia, manda y firma, don Eduardo Corral Corral, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número noventa y uno de Madrid, en el día de la fecha. Doy fe.