

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 73 DE MADRID**

C/ Capitán Haya, 66 , Planta 6 - 28020

Tfno: 914932988

Fax: 914932990

42020310

NIG: 28.079.00.2-2016/0068405

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 378/2016**

Materia: Contratos en general



**Demandante::** D./Dña. xxxxxxxxxxxxxxxxx

PROCURADOR D./Dña. IGNACIO MELCHOR ORUÑA

**Demandado::** AGRUPACION MUTUAL ASEGURADORA MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA

PROCURADOR D./Dña. ANA MARIA CAPILLA MONTES

**SENTENCIA Nº 239/2017**

**JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ:** D./Dña. INES HERRANZ VARELA

**Lugar:** Madrid

**Fecha:** ocho de junio de dos mil diecisiete

La Sra.Dª Inés Herranz Varela, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid, habiendo visto los presentes autos de juicio de ordinario nº 378/16 promovido por el Sr. Melchor de Oruña Procurador de los Tribunales en nombre y representación de D.xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx asistido del Letrado Sr. Ramos Mesonero contra AMA representada por la procuradora Sra. Capilla Montes y asistida del letrado Sr. Vega Otiñano sobre reclamación de cantidad por responsabilidad contractual , procede a dictar la presente resolución

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Sr. Melchor de Oruña en la representación indicada, se formuló demanda de juicio ordinario suplicando a este Juzgado una sentencia por la que al amparo fundamentalmente del art.76 LCs y art. 1101 CC y Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente, se condene a la demandada a abonar al actora la suma de 75.216,82€ más intereses del art. 20 LCs desde la fecha del siniestro el 21 de mayo de 2014 y subsidiariamente a los intereses legales desde la presentación de la demanda con todo lo demás que proceda en derecho por la defectuosa prestación de la asistencia sanitaria prestada al actor por parte del Sr. xxxxxxxxxx en una intervención quirúrgica realizada en la Clínica Sana Elena que actúa como arrendataria de quirófano por dos intervenciones de hernia discal a nivel c5-c6 y c4-c5 por una colocación inadecuada del injerto y la placa utilizada en la primera intervención así como de un tornillo utilizado en la segunda que alcanzaba el canal radicular C5 causando lesiones neurológicas irreversibles debido a la compresión en C5 C6 y afectación radicular en C4C5

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para que compareciera en autos y contestara a aquella, lo que efectuó solicitando la desestimación de la misma alegando la falta de legitimación pasiva toda vez que las intervenciones fueron realizadas por el Dr. xxxxxxxxxx por lo que el siniestro que nos ocupa carece de cobertura en la póliza de responsabilidad civil suscrita por el Sr. xxxxxxxxx, limitándose el asegurado por la parte demandada a atender al paciente en sus consultas en Marbella, no interviniendo en las mismas el Dr. xxxxxxxx y en todo caso al fondo del asunto negando cualquier tipo de responsabilidad por mala praxis.

**TERCERO.-** Citadas las partes a la celebración de la audiencia previa, tras la ratificación, aclaraciones, fijación de hechos e impugnación de documentos, se recibió el procedimiento a prueba solicitando como medios la documental aportada, e interrogatorio de testigos que se practicaron en el acto del juicio el 25 de abril de 2017 quedando los autos conclusos para sentencia tras las conclusiones formuladas por escrito.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Ejercita la actora acción de responsabilidad contractual del art. 1101 CC en relación con el art. 76 LCs contra AMA como entidad aseguradora del médico que efectuó dos intervenciones quirúrgicas al actor de C5-C6 u C4-C5 por mala praxis al haber fijado la placa inferior con un desplazamiento hacia la raíz C5 y con el injerto salido de su emplazamiento y la punta de un tornillo de la placa superior a la altura del canal C5 que las dos placas estuvieran lateralizadas hacia la izquierda con el tornillo invadiendo la raíz de C5 existiendo además fragmentos óseos sueltos dentro de ese canal medular, lo que se agrava al no haber apreciado en la prueba radiológica objetiva postoperatoria estos errores y haber intervenido de urgencia minimizando los daños .

Cuando se habla de responsabilidad médica nos referimos a un tipo de responsabilidad, aquí contractual ex arts. 1101 y ss), cuya pretensión indemnizatoria implícita supone la concurrencia de tres requisitos: (1) *acción u omisión* voluntaria, no maliciosa, culpable e imputable a una persona determinada (será una actuación facultativa del médico demandado que pueda valorarse objetivamente como contraria a las exigencias de dicha profesión, no tanto porque no se haya alcanzado el resultado propuesto, sino por la no puesta a disposición de los medios que eran exigibles.; y, en el presente caso, supondrá un "incumplimiento" del contrato). (2) la realidad de un *daño económicamente resarcible*, probado en su existencia y cuantía (La existencia de un daño, que puede ser un resultado lesivo concreto o la frustración de unas expectativas (lo que se inscribe en el daño moral) que, de haberse actuado conforme a aquellas exigencias, eran esperables en cuanto a su obtención. (3) la *relación causal* entre aquella y éste, de forma que el daño sea consecuencia necesaria del hecho generador (el daño (o la frustración de la expectativa), sean objetivamente imputables a aquella actuación. Debe valorarse si el resultado lesivo es la realización del riesgo, que la pauta normativa de la conducta tiende a evitar). (4)

*Reprochabilidad al autor* fundada en la previsibilidad para éste del resultado, objetivamente vinculado a su comportamiento, de suerte que "puede decirse" que el autor actuó culpablemente.

Y sin duda, la obligación del médico, está caracterizada por una serie de notas:

(1) *Es una obligación de medios* ("hacer alguna cosa", dice el art. 1088 CC ) que consiste en desplegar una actividad del deudor dirigida a proporcionar la satisfacción del acreedor, o lo que es lo mismo, en el desarrollo de una conducta diligente encaminada a conseguir el resultado previsto por el acreedor; y el deudor debe poner los medios más idóneos, pero no simplemente a utilizarlos de forma mecánica, sino a través de una conducta diligente, que posibilite el resultado o fin práctico esperado. Pero el resultado no está, lógicamente, en obligación de forma que el cumplimiento o incumplimiento son independientes de ese resultado, y solo dependen de la actuación diligente o negligente del deudor (diligencia entendida como cuidado, atención, tensión de la voluntad, esfuerzo,...). Con ello, la obligación del médico consiste, no en curar al enfermo, sino en suministrarle los cuidados que requiera, según el estado actual de la ciencia médica, garantizando - empleando - de forma diligente y correcta, el empleo de las técnicas adecuadas, ( SSTS. 26.5.1986, 13.7.1987, 12.2.1990, 15.10.1996, 23.9.1996 ...); por ello, si en las obligaciones de resultado el incumplimiento viene dado por la no obtención del mismo, en las de medios la determinación del incumplimiento es más compleja en atención al mayor grado de indeterminación de la prestación: el problema es determinar si la diligencia empleada por el deudor (médico) es aquella que el paciente podía esperar de un médico cuidadoso en el desempeño de la actividad que constituye el objeto de su obligación; por ello el paciente "insatisfecho" debe probar además de la existencia de la obligación, que la prestación no ha sido realizada porque el deudor no ha actuado o no se ha conducido con la diligencia exigida "por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (art. 1104 CC ), o sea, que ha incurrido en culpa o negligencia (así STS. 26.5.1986 ). Con ello, el incumplimiento será el hecho de que la conducta o comportamiento del deudor, objetivamente considerado, no haya observado la diligencia (no haya puesto los medios) que la concreta obligación o actuación requiera, o según el modelo de la *lex artis ad hoc*.

Y así como en las obligaciones de resultado el acreedor no tiene que establecer la culpa del deudor (basta que pruebe que el resultado prometido no se ha cumplido, de forma que el incumplimiento "habla por sí mismo", es el *re ipsa loquitur* ), de manera que, para exonerarse, el deudor debe probar una causa ajena (caso fortuito, fuerza mayor, conducta del paciente o intervención de un tercero) de forma que conste que actuó sin culpa y que se rompió el nexo causal, en las obligaciones de medios, la carga de la prueba de la culpa pesa sobre el acreedor : debe acreditar que el deudor (médico) no se ha conducido con la diligencia debida es decir, debe probar la culpa o negligencia del médico ( STS. 8.9.1998 ).

(2) Consecuentemente *no es de aplicación a la actuación del médico ni la presunción de culpa* (la responsabilidad debe basarse en una culpa incontestable, patente) *ni la inversión de la carga de la prueba* admitidas para los daños de otro origen (SSTS. desde 15.2.1995, ...); es decir que al actor corresponde probar que el profesional incurrió en culpa al actuar (o no actuar) como lo hizo, en definitiva que no se ajustó a la *lex artis*. Y esa prueba alcanza al daño, a su entidad, a la autoría, a la relación de causalidad y a la infracción de los deberes profesionales (es decir a la *lex artis*, SSTS. 13.4.19999, quedando excluida toda responsabilidad más o menos objetiva ( SSTS. 7.2.1990, 13.10.1992, 23.3.1993, ...) y todo ello en base a lo aleatorio de la ciencia médica, al factor reaccional del enfermo, a las complicaciones imprevisibles y que al médico no le es exigible la infalibilidad. En definitiva, obligación de medios consistente en proporcionar al paciente todos los medios curativos de que disponga, según el estado actual de la ciencia, incluido el deber de información, debiéndose probar el reproche culpabilístico del agente y la relación o nexo causal entre el acto u omisión culpable y el daño producido.

(3) Todo lo cual nos lleva al campo de la diligencia exigible (art. 1104 CC ), es decir al módulo para la valoración de la negligencia profesional, identificado como *lex artis ad hoc*, que constituye el núcleo primordial de la actuación médica, funcionando como rector del acto médico o criterio valorativo de concreción en el caso, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla y tiene lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional, de forma que tiene en cuenta: las especiales características del autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, así como la influencia de otros factores endógenos como el estado e intervención del enfermo, familiares o de la misma organización sanitaria con sus medios materiales. Por lo tanto nos servirá para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida funcionando elemento *ad hoc* como individualización o concreción de la *lex artis* en cada acto médico, teniendo en cuenta aquellos factores (de forma que suele afirmarse que la medicina es una verdad apodíctica : cada acto, una ley previa que lo juzgue).

**SEGUNDO-** En primer lugar, opone la parte demandada la falta de legitimación pasiva, al haber sido demandada como aseguradora de la responsabilidad civil profesional del Sr. xxxxxxxxxxx cuando las intervenciones se realizaron por otro profesional, el Sr. xxxxxxxxxxx .

Pues bien, de la documentación aportada con la demanda, conjunto documental nº 5 y 6 resulta que respecto de la primera intervención el 21 de mayo de 2014, el Sr. xxxxxx aparece en la hoja operatoria como cirujano conjuntamente con el Sr. xxxxxxxx, como igualmente en la de 25 de junio de 2014 y conforme a las hojas de ingreso que habían sido emitidas por el mismo como Director de la OTS Clinic, admitiendo el testigo Sr. xxxxxxxx que intervino como anestesista que estuvo presente en la intervención, aunque fuera como ayudante del Dr. Andreen que era el especialista de columna, así como el que cobró los honorarios correspondientes, tal y como se desprende del doc.7.87 y 7.89 y del aportado en la audiencia previa.

Efectivamente, no se sabe la intervención exacta que cada uno de estos dos profesionales tuviera en la colocación de las placas, tornillos etc,... pero la relación contractual se estableció con el Sr. xxxxxxxx, el Sr. xxxxxxxx es el que acordó con el paciente la intervención y su pago (doc.nº 7.87..) e intervino en la misma, como ha reconocido, en su interrogatorio, con independencia de las relaciones que entre el mismo y el Sr. xxxxxxxx pudieran existir, y de las acciones que en su caso la entidad aseguradora pudiera ejercitar frente al mismo.

**TERCERO.-** Entrando en el fondo del asunto, de la prueba practicada ha quedado acreditado sobradamente la falta de diligencia conforme a lo exigido por la lex artis en las operaciones quirúrgicas efectuadas al actor y los daños generados

Examinando el historial médico del paciente aportado, era ya paciente del Sr. Schimitt desde al menos el año 2013 en que por una rotura de supraespinoso fue intervenido quirúrgicamente en la misma clínica en la que se realizaron las dos intervenciones que ahora son objeto de estudio.

Es posteriormente cuando el 14 de abril de 2014 a consecuencia de una resonancia magnética se observa hernia discal a nivel C5.C6 con proliferaciones discoosteofitarias a nivel C3-C4 y c4-C5, siendo ingresado el 21 de mayo de 2014 para realizar la primera intervención, en la que se colocó un implante sujeto con dos tornillos, que, a falta de control radiológico intraoperatorio, quedó mal colocado, apreciándose al día siguiente que no estaba centrado y la parte superior de la placa no estaba ajustada al cuerpo vertebral, lo que generó compresión a nivel C5-C6 y afectación radicular C4-C5.

El Dr.xxxxxxx ha manifestado que no se trató de un error sino que cada cuerpo es distinto y la operación tiene que ajustarse a la anatomía del paciente, por lo que la colocaron lateralmente por la presencia de osteofitos. Sin embargo, el resto de los profesionales que han depuesto en las actuaciones han coincidido en que se trató de un tremendo error. El Sr. Serrano Corcuera, que ha ratificado su informe pericial aportado como doc.nº 15 de la demanda, pese a no ser traumatólogo, pone de manifiesto que el sr. xxxxxxxx, que realizó la tercera intervención y sí lo es, manifestó que la placa estaba fijada solamente con dos tornillos, que además estaban fijadas incorrectamente. También así lo proclama el perito Sr. Benito León ( doc.nº 16) y la Sra. Ana Patricia Moya ( Doc.nº 17) explicando que una cosa es lateralizar la placa, y otra que no esté fijada adecuadamente, como fue el caso.

Por otro lado, destacan los dos primeros que no se cumplió la normativa sobre el consentimiento informado de la ley 41/2002 ( doc.nº 5,14 de la demanda) siendo genérico, firmado el mismo día de la intervención, sin informar de las posibles alternativas y los riesgos o complicaciones de la cirugía ( formación de hematoma, sangrado, trastornos neurológicos...), lo que se reitera en el consentimiento prestado para la segunda operación donde tan solo constan anotaciones a mano de difícil comprensión

Una vez constatada esta situación en el control radiológico efectuado al día siguiente de la operación ( dc.7.3 y 6.1 y 6.2), no se realizó una intervención de urgencia, no siendo hasta el 25 de junio de 2014 cuando se decide operar de nuevo a nivel C4-C5, en la que no se corrige la anterior situación como se pretendía efectuar según reza el doc. N° 7.89 ( sustituir la placa de dos tornillos por otra de 4 o 6) sino que se coloca un implante nuevo a nivel c4-c5 simplemente, comprobándose finalmente por el Sr. López que la placa inferior ha migrado encontrándose desplazado el cuerpo vertebral ( doc.n° 7.8) y la superior tiene un tornillo cuya punta está a la altura del canal C5, con el consiguiente dolor, lo que queda reflejado en el historial médico sobre la necesidad de adelantar la analgesia desde el mismo día de la operación ( doc.n° 6.11), siendo dado de alta el 29 de junio, e ingresando de urgencia en la Clínica Xanit de Benalmádena a cargo del Dr. xxxxxx el día siguiente, realizándose un Tac que objetiva la existencia de una invasión de un tornillo de la placa sobre el foramen derecho de C5 y trozos de hueso rotos incrustados en el canal medular ( lo que reconoce el Sr. xxxxxx en su interrogatorio), generando parálisis completa de abducción del brazo derecho y parcial de flexión de codo ( doc.n° 7.3). En toda la documentación aportada a cerca de este operación en el doc.n° 7 queda reflejada con claridad que la lesión de raíz C5 se produjo tras la cirugía del Dr.xxxxxx, que fue necesario retirar todo el material implantado mal colocado y movido para realizar una descompresión y una nueva fijación, retirando injertos óseos y laminado anterior del cuerpo vertebral .

**CUARTO.-** Pues bien, frente a tal multitud de datos e informes , que se reitera, vienen a confirmar los datos consignados en la historia clínica por el Sr. López, profesional tercero que nada tiene que ver con las partes de este pleito, nada desvirtúa el informe pericial presentado por AMA elaborado por el Sr. Górriz Quevedo, que se limita a dar su opinión médica, sobre que las operaciones se ajustaron a lo protocolizado para el tipo de patología ( discectomía y fijación/fusión vertebral), y que las complicaciones surgidas son inherentes a la técnica empleada aplicándose en todo momento los medios técnicos y humanos adecuados, cuando la tercera intervención practicada por el Sr. xxxxxx ha puesto de manifiesto que dichos resultados no tenían por qué haberse producido de haber actuado correctamente colocando y fijando la placa en el lugar adecuado .

**QUINTO.-** En cuanto a las consecuencias económicas derivadas de esta mala praxis se interesan en la demanda , por los daños personales, a razón de 289 días de curación ( 12 ingreso hospitalario, 54 de impedimento) todo ello de conformidad con el informe pericial de la Sra. Moya, con alguna variación a la hora de aplicar la fórmula Balzac y de la aplicación de determinados porcentajes: 13.099,49€, que incrementado en el 10% de factor de corrección resulta un total de 14.409,44€; y 32 puntos de secuelas ( algias postraumáticas, 8 puntos, SPC, 4 puntos, hombro doloroso 3 y 3, limitación de la flexión codo, 2, codo doloroso, 3, dolor en mano, 2, parestesias partes acras, 4 y perjuicio estético ligero) que arroja un total de 30.011,2€ a lo que incrementa el 10% de factor de corrección ( 33.012,32€) y por perjuicio estético, 1336,68€, incrementando todo ello en un 20%, resultando así la suma de 53.634,28€.

Reclama igualmente la actora 19.172,54€ por incapacidad para las actividades habituales.

Pues bien, es cierto que dicha valoración es notablemente inferior a la que se efectúa en el informe pericial del Sr. Serrano ( 253 días, de los que 73 serían de carácter impeditivo, y de ellos 21 de ingreso hospitalario, quedándole como secuelas material de osteosíntesis , 13 puntos; limitación de la movilidad, 14 puntos ; algias postraumáticas, 8 puntos, limitación de la movilidad elevación de hombro, 11 puntos, limitación leve a la flexión de brazo, 3 puntos, parestesias en hombro, 3 puntos; y perjuicio estético, 15 puntos ) y que no se ha presentado la demandada informe pericial contradictorio o expresado motivo alguno en la contestación a la demanda que lleve a estimar lo incorrecto de la valoración , limitándose a decir que es desproporcionado y arbitrario, pero también lo es que precisamente esta discrepancia incluso entre la demanda y el informe de la Sra. Moya , genera dudas sobre lo acertado de la valoración, debiendo tener en cuenta en cualquier caso, que según se desprende del doc.nº 11 de la demanda , informe de 2 de mayo de 2015 del Sr. xxxxxx, se ha omitido referencia alguna a otra operación a nivel lumbar por estenosis de columna , por lo que muchas de las dolencias referidas para justificar la petición de incapacidad habitual pudieran tener origen en este problema, como por ejemplo dificultad para conducir, a ello hay que añadir que el propio informe pone de manifiesto el dolor considerable en el hombro derecho por interrupción de la rehabilitación por estas operaciones, por lo que nada tienen que ver con la mala praxis, y no sin dejar de abundar en que el actor, nacido en 1946 y por tanto, ya jubilado a la fecha del siniestro , presentaba graves problemas de columna degenerativos, por lo que actividades tales como no poder tomar pesos, es claro no podría realizarlos antes tampoco, como igualmente tendría antes de la intervención ciertas limitaciones y dolor, pues en otro caso, no se habría sometido a las intervenciones.

En definitiva, procede excluir de la reclamación efectuada , el incremento efectuado respecto al 10 % de factor de corrección toda vez que se trata de un jubilado, pues es mayoritaria la posición de no aplicar el factor de corrección en estos casos, en atención a que en personas ya jubiladas no hay merma en la capacidad de generación de ingresos, que parece ser la razón de ser de aquél. En esta otra línea pueden citarse, entre otras muchas, las SSAAPP de Murcia de 13 septiembre, Alicante de 22 septiembre 2005 y la Audiencia Provincial de A Coruña (Sentencias de 5 de febrero de 2009 de la Sección Sexta, o la de 7 de septiembre de 2012, de la Sección 5.<sup>a</sup>).

Igualmente se excluye la cantidad por incapacidad para las actividades habituales por no estar acreditado el nexo causal.

Ni la aplicación de un 20% de factor de corrección, por no existir base legal para ello, ni partiendo de la aplicación simplemente analógica del baremo de tráfico, entender que exista razones para aplicarlo en el caso concreto dadas las dolencias previas.

En definitiva, procede estimar la reclamación en el importe de 43.100,61€ por daños personales y 2410€ por gastos médicos que no han sido impugnados por la contraria.

**SEXTO.-** La cantidad señalada devengará los intereses previstos en el art. 20 LCs, habida cuenta la falta de ofrecimiento alguno

**SÉPTIMO.-** Conforme a lo dispuesto en el art.394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo estimada la demanda parcialmente, no procede condena en costas de la parte demandada

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

### **FALLO**

Que **ESTIMO parcialmente** la demanda formulada por el Sr. Melchor de Oruña Procurador de los Tribunales en nombre y representación de D. xxxxxxxxxxxx asistido del Letrado Sr. Ramos Mesonero contra AMA representada por la procuradora Sra. Capilla Montes y asistida del letrado Sr. Vega Otiñano condenando a la demandada a abonar a la actora la suma de 45.510,61€ más intereses del art. 20 LCs y sin imposición de costas.

Esta resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

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

**PUBLICACIÓN:** En la fecha 08/06/2017 fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.



NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.