

WPCOM

(FRI) FEB 0 2012 17:04/DT. 17:07/No. 0411885344 P. 2



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 71 MADRID

C/CAPITAN MAYA 66, 9 PLANTA, MADRID 28071
TELÉFONO: 91.493.29.01/02/03

N.I.G.: 28079 1 0090970 /2011

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 774 /2011

S E N T E N C I A N° 126/2012

JUEZ QUE LA DICTA : D.ª ANA ALONSO RODRIGUEZ SEDANO

Lugar : MADRID

Fecha : veintisiete de enero de dos mil doce

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES D. MADRID

RECEPCIÓN

MOTIVO

PARTE DEMANDANTE : [REDACTED]
Abogado : SIN PROFESIONAL ASIGNADO
Procurador : IGNACIO MELCHOR ORUQA

- 2 FEB 2012

- 3 FEB 2012

PARTE DEMANDADA [REDACTED]
Abogado : [REDACTED]
FERRER
Procurador : ADELA CANO LANTERO, ADELA CANO LANTERO

Affidavit 1612

L.E.C. 172008

OBJETO DEL JUICIO : OTRAS MATERIAS

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. For D. Ignacio Melchor De Oruña, Procurador de los Tribunales y de D.ª [REDACTED], se ha presentado el 18 de abril de 2011 demanda de Juicio Ordinario reclamando la cantidad de 72.716,21 euros, más intereses y costas, frente a [REDACTED] la compañía aseguradora [REDACTED]

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por decreto de 9 de mayo de 2011, y presentada la contestación en tiempo y forma, se señaló el 26 de octubre de 2011 para la celebración de la audiencia previa al juicio, asistiendo, en debida forma, en la fecha y hora señalada, la parte actora y la parte demandada. La audiencia se celebró para sus finalidades legales.

TERCERO.- En fecha 25 de enero de 2012 tuvo lugar el juicio oral, al que comparecieron la parte demandante y las demandadas, ambas asistidas de abogado y procurador. Practicadas las pruebas las partes formularon oralmente sus conclusiones en los términos que obran en autos, quedando estos conclusos para sentencia.



FROM

<FRI>FEB 6 2012 17:04/ST.17:07/No.0411505244 P 0



CUARTO.- En la tramitación de este Juicio Ordinario se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D.º [REDACTED] demanda a la clínica [REDACTED], y a la compañía aseguradora [REDACTED] interesando una indemnización por los daños y perjuicios derivados de una artritis séptica contraída en la cirugía artroscópica desarrollada en la expresada clínica el 8 de agosto de 2002

SEGUNDO.- La demandada opone, en primer lugar, la excepción de falta de legitimación pasiva con fundamento en que la [REDACTED] nunca ha mantenido una vinculación laboral o profesional directa con el traumatólogo D [REDACTED] responsable de la cirugía practicada el 8 de agosto de 2002, siendo que este médico pertenece a la sociedad [REDACTED]

Como recoge la STS de 14 de noviembre de 2007 "El defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios es susceptible de determinar la existencia de responsabilidad por hecho de otro con arreglo al artículo 1903 CC, salvo que no haya dependencia funcional con el cirujano a quien se imputa la causación del daño. La relación de dependencia tiene que ser valorada en los términos flexibles que viene acogiendo la jurisprudencia en la interpretación de la norma, en el sentido de que "no es de carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico-formal ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento del control, vigilancia y dirección de las labores encargadas", en la que no tiene encaje una vigilancia férrea e ininterrumpida de cada uno de los empleados, impropia de lo que debe considerarse razonable entre trabajadores, que le obligue a asegurarse de que cada uno de ellos cumple la normativa impuesta.

La responsabilidad del Art. 1903CC, como hemos dicho es directa; de forma que la responsabilidad de centros y servicios sanitarios por hecho ajeno atribuible a los facultativos y al personal dependiente es directa, lo que significa que no se precisa la previa determinación o individualización de un responsable dependiente.

En el supuesto sometido a enjuiciamiento consta que la [REDACTED] mantenía con la sociedad [REDACTED] un contrato mercantil de prestación de servicios asistenciales de traumatología, tanto en el ámbito ambulatorio como hospitalario (documento nº 2 de la contestación). Esto evidencia que la [REDACTED] tenía subcontratados el servicio de traumatología, lo que determina una relación de dependencia a los efectos del artículo 1903 CC.



FROM

<PRI>FEB 9 2012 17:35/ST. 17:07/No. 8411569244 P 4

Administración
de Justicia

Además, la [REDACTED] prestó a D.º [REDACTED] el servicio íntegramente; no constando que el paciente eligiese libremente al personal médico sanitario que actuó, ni contratase con cada médico y personal sanitario que intervino en la operación. En base a lo cual, se desestima la excepción de falta de legitimación pasiva.

TERCERO.- En segundo lugar, se invoca la excepción de prescripción, alegando en su apoyo que la [REDACTED] no mantiene una relación contractual con los traumatólogos, ni tampoco con el paciente por la que tuviera que responder por la actuación sanitaria.

En la actualidad, la proliferación en el ámbito sanitario de seguros privados y conciertos de asistencia sanitaria provoca una relación jurídica a tres bandas, en la que la compañía aseguradora suscribe una serie de conciertos tanto con centros hospitalarios como con médicos especialistas con el fin de que éstos presten la asistencia médica y hospitalaria a favor de los beneficiarios de aquellos seguros. De este modo, cuando el paciente acude a un centro médico o requiere un facultativo de los comprendidos en el cuadro que le facilita su compañía de seguro sanitario no suscribe un convenio previo con aquéllos, pero estas entidades y facultativos se ven obligados a prestar los servicios hospitalarios y médicos requeridos en base al concierto previamente celebrado con la Mutua o aseguradora, y al que no cabe negarle naturaleza contractual. Se habla entonces de un contrato o estipulación a favor de un tercero, el paciente beneficiario del seguro, figura admitida en el Art. 1.257, párrafo II del Código Civil, lo que nos conduce a pensar que las responsabilidades frente al paciente son directas y de naturaleza contractual.

Aplicando la doctrina anterior, debe entenderse plenamente vigente la acción al tiempo de interponerse la demanda, 18 de abril de 2011, por no haber transcurrido el plazo de 15 años al que hace referencia el artículo 1064 CC.

CUARTO.- La actora funda su pretensión, en primer lugar, en que D.º [REDACTED] no fue informado, de los riesgos y complicaciones de la intervención quirúrgica mediante documento de consentimiento por escrito. A estos efectos como dice la Sentencia de la AP. de Granada de fecha 16 de julio de 2008, citando la del TS de 10-2-2004", la información y la formalización del consentimiento debe ponerse en relación con el padecimiento, la operación médica, grado de riesgos y condiciones personales, admitiendo la práctica en forma verbal, lo que habrá de ponerse en relación con las circunstancias del caso, como dice la STS de 29-5-2003. A tal efecto, la Ley 41/2002 de 14 de noviembre reguladora de los derechos y obligaciones del paciente en materia de información y documentación clínica indica en su Art. 4 que, como regla general, la información se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, salvo en los supuestos contemplados en el Art. 8, 2º en que el consentimiento se exigirá por escrito como en intervenciones quirúrgicas o



Madrid

FROM

(FRI) FEB 6 2012 17:06/ST. 17:07/No. 8411586644 P 5



en procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente."

Con la demanda se adjunta documento que se titula "Consentimiento Informado" y se expresa que D. [REDACTED] ha sido informado por el Dr. [REDACTED] en entrevista personalizada y que ha entendido y está satisfecho de todas las explicaciones y aclaraciones recibidas sobre el proceso quirúrgico y otorgo mi consentimiento para que me sea realizado dicho procedimiento. (Documento nº 8.3).

Por otra parte, debe reseñarse que la intervención quirúrgica que nos ocupa no entrañaba riesgo o inconveniente de notoria y previsible repercusión negativa. También debe tenerse en consideración, que el riesgo de infección articular después de haber realizado cirugía artroscópica oscila entre el 0,01 % y el 0,48 %, según estimaciones del perito Dr. Ricardo Arzena; el perito Dr. Pedro Luis Santos Canónico, en el juicio manifiesta que el riesgo puede alcanzar el 4%; por tanto, se trata de un riesgo excepcional.

Los datos anteriores evidencian que el contenido y los términos utilizados en el referido documento son suficientes para entender que el paciente fue debida y eficazmente informado y quedó verdaderamente enterado de los riesgos y complicaciones de la intervención quirúrgica a que iba a ser sometido. Se ha de tener en cuenta que cuando se producen la intervención quirúrgica todavía no estaba en vigor la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la cual regula en nuestro Ordenamiento jurídico de manera más rigurosa y minuciosa la necesidad de practicar el consentimiento informado, haciéndose eco del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, de fecha 4 de abril de 1997, y entrada en vigor en España en 1 de enero de 2000. Por ello, con la legislación entonces vigente, aquel documento podría considerarse suficiente a los efectos que nos ocupan.

QUINTO.- En segundo término, el fundamento en que el demandante basa la pretensión indemnizatoria deducida en su demanda es la no corrección y ajuste a la lex artis de la actuación médica llevada a cabo por el Doctor [REDACTED], con fundamento en la doctrina del daño anómalo o desproporcionado. La STS de 5 de enero de 2007 recoge: "El defectuoso funcionamiento de los servicios es susceptible de determinar la existencia de responsabilidad por hecho de otro con arreglo al artículo 1903 CC también en el ámbito de los servicios sanitarios". Como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, esta responsabilidad no tiene carácter objetivo, sino que se funda en el principio culpabilístico inherente al vicio in eligendo (en la elección) o in vigilando (en la vigilancia) respecto de las personas por quienes se debe responder.

En ocasiones la jurisprudencia ha hablado de responsabilidad cuasi objetiva, o de inversión de la carga



Madrid

FROM

CPRI > FEB 9 2012 17:05/ST. 17107/No. 8411595044 P. 6

Administración
de Justicia

de la prueba. Se trata de aquellos casos en que la producción de un daño desproporcionado o inexplicable constituye en determinadas circunstancias, como puede ocurrir en el ámbito de la sanidad, una evidencia o demostración de la existencia de negligencia por parte de los responsables del servicio en tanto por éstos no se prueba haber actuado con diligencia y haber adoptado las medidas de prevención y de precaución adecuadas. Este concepto ha sido especialmente aplicado para apreciar la responsabilidad de los servicios médicos por la infección que contrae el paciente con motivo de una intervención quirúrgica, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del cirujano cuando se acredita la falta de omisión de medidas de prevención o diagnóstico a él imputable. No se trata, sin embargo, propiamente, de que se acuda a criterios de imputación de carácter objetivo, pues la exigencia de responsabilidad de la institución o entidad que desempeña el servicio médico se funda en estos casos en la falta de una actuación diligente o de medidas de prevención o de precaución, independientemente de que la omisión pueda residenciarse en un sujeto determinado.

No se trata, tampoco, propiamente, de una inversión de la carga de la prueba, puesto que la exigencia de responsabilidad no comporta imputar las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una de las partes, sino admitir que existen hechos cuya evidencia queda demostrada por sí mismos en tanto no son refutados, de tal suerte que la ponderación de los resultados en su misma existencia, habida cuenta de las circunstancias de todo tipo concurrentes, lleva a la conclusión de que se han omitido los medios necesarios para evitarlos si no se demuestra lo contrario por quien está en condiciones de hacerlo.

Se imputa al Dr. [REDACTED] negligencia por no haber sometido al paciente a un tratamiento antibiótico durante la intervención quirúrgica. El perito designado por la parte actora Dr. Santos Canónico sostiene, que la observancia o no del uso de antibioticoterapia pre o post quirúrgica es una decisión que ha de ser tomada por el médico principal que interviene al paciente. Si bien es cierto que en la hoja preoperatorio el apartado de profilaxis antibiotictoterapia que no se aplique, en siguiente apartado se puede leer Kurgan (antibiótico); el caso de que se haya indicado pero no aplicado, o que incluso no se hubiese querido aplicar, es plenamente responsabilidad del cirujano principal de la intervención que se llevó a cabo (documento n° 18 de la demanda).

El perito Dr. [REDACTED], propuesto por la parte demandada, concluye que la profilaxis antibiótica en cirugía artroscópica no es un tratamiento obligado ni se considera obligado por la comunidad científica. En el acto del juicio declara que la profilaxis con antibióticos disminuye el riesgo de infección, pero que tiene otros efectos negativos y que por eso él no partidario de aplicarlo.

Las consideraciones periciales llevan a la conclusión que el tratamiento antibiótico en la intervención artroscópica



Madrid

FROM

[FRI] FEB 3 2012 17:05/ST. 17:07/No. 9411586944 P 7



era aconsejable para prevenir el riesgo de infección que padeció D [REDACTED]. Y así lo debió entender el Dr. [REDACTED], quien practicó la operación, puesto que en la hoja de preanestesia aparece indicado antibiótico: Kurban. Sin embargo, por razones que se ignoran, el antibiótico no se suministró al paciente. Este extremo resulta acreditado del documento n° 8.5 de la demanda, en relación con la pericial practicada en juicio, en la medida que ambos peritos coinciden en que en la hoja de preanestesia debe reflejarse en que momento de la operación se suministran los distintos antibióticos. De hecho, en la hoja consta cuando se aplica los medicamentos denominados Dual y Toral.

Conforme a lo expuesto, la lesión que fundamenta la petición indemnizatoria solicitada en la demanda, fue consecuencia del inadecuado tratamiento médico quirúrgico recibido por el actor, lo que determina la obligación de las demandadas de resarcir los perjuicios ocasionados

SEXTO.- También debe recordarse, que la responsabilidad por prestación del servicio sanitario se inscribe en el ámbito de la Ley 16/1984, de 19 de julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, artículo 28, modificada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y en su virtud "los niveles presuados por la Ley de pureza, eficacia o seguridad, que suponen además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando éstos controles de manera no precisada fallan, o bien por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario (en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario...". Responsabilidad solo claudicante cuando los daños y perjuicios estén causados por culpa exclusiva del damnificado (artículo 25 de la Ley), operatividad extensible a los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor entendidos como supuestos imprevisibles e inevitables, fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, sirviendo en principio para excluir la responsabilidad de que tratamos al faltar los presupuestos que la justifican, bien que tales excepciones deban ser opuestas y probadas por quien trata de hacerlas valer (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997). Ocorre, que en el caso de autos la parte demandada no ha desplegado la mínima actividad probatoria encaminada a justificar que se ha cumplido el protocolo de prevención de infección hospitalaria.

En definitiva, hubo falta de negligencia en el funcionamiento del Centro en el que se atendió a [REDACTED], y, a su vez, ausencia de agotamiento de medios que debieron ponerse a su disposición para evitar el daño.



Madrid

FROM

(PRI) FEB 9 2012 17:00/PT. 17:07/No. 0411000044 P. 9

Administración
de Justicia

SEXTO.- Resta abordar la cuantía indemnizatoria. Para ello es necesario partir de los siguientes datos:

. El 19 de marzo de 2002, el demandante sufre una torcedura de tobillo y es atendido en la [REDACTED] diagnosticándose un esguince en el tobillo izquierdo de grado I

. El 9 de abril de 2002 acude nuevamente para control del esguince y se diagnostica esguince en tobillo izquierdo grado II.

. En fecha 8 de agosto de 2002 es intervenido quirúrgicamente y el 16 de agosto de 2002 se emite diagnóstico de "posible artritis séptica" (documento n° 15).

. El 23 de octubre de 2002, el Dr. [REDACTED] emite informe en el que se refleja: "el paciente [REDACTED] está afecto de secuelas postartritis séptica del tobillo. Actualmente con limitación de la flexión del tobillo..." (documento n° 11.22) .

. El 13 de marzo de 2003, es nuevamente intervenido y el diagnóstico es de "Sinovitis articulación Tibio-astragalina tobillo izquierdo ". (Documento 15.2).

. En fecha 24 de octubre de 2004 el Dr. [REDACTED] emite un informe en el que consta "... en el contexto del seguimiento de las molestias del tobillo izquierdo se practica una Gammagrafía ósea que descarta la infección activa aunque si manifiesta la presencia de una osteoartritis postraumática " (documento n° 13).

. El 7 de junio de 2005, el Dr. [REDACTED] informa que, " ante la no mejoría de molestias a pesar del intenso tratamiento fisioterapéutico se decide intervenir para, mediante técnica de Bromstrom, estabilizar el tobillo izquierdo. El postoperatorio inmediato es favorable. Actualmente se encuentra en periodo de inmovilización postquirúrgica no pudiéndose descartar en un futuro una posible artroscopia de tobillo para intentar solucionar el problema osteocondral caso de que persistan las molestias articulares " (documento 13.3).

. El 24 de abril de 2006, D. Daniel es intervenido realizándosele una artroscopia con "toilette articular "y un retensado del ligamento lateral externo a la que se sigue tratamiento fisioterápico posterior. La evolución de las molestias es lenta persistiendo en la fecha dolores recurrentes que aumentan con el sobreesfuerzo (informe Dr. [REDACTED], que se adjunta como documento n° 16.22 de la demanda).

. D. [REDACTED] realiza tratamiento rehabilitador que se da por finalizado el 25 de junio de 2007 (documento n° 16.24).

Los datos anteriores demuestran que D.º Daniel, a causa de la artritis séptica contraída en la cirugía artroscópica, padece una lesión consistente en una osteoartritis postraumática, lo que corrobora el informe pericial emitido por el Dr. Santos Canónico. Esta lesión ha determinado que D. [REDACTED] no pueda realizar las siguientes actividades: bideprestación prolongada; formaciones; marchas; coger peso. Así consta en el informe de baja médica temporal emitido



Madrid

FROM

CPKI)FEB * 2012 17:08/ST. 17:07/No. 041100044 P *



por el Ministerio de Defensa el 6 de febrero de 2006 (documento n° 16.6). En base a estas consideraciones se considera adecuada la cantidad de 4.734,54 euros, para resarcir el daño.

De la misma forma, se considera ajustada la cantidad de 18.000 euros, en concepto de indemnización por daños morales, puesto que D. [REDACTED] desde el año 2002 hasta el año 2007 ha sufrido cuatro intervenciones quirúrgicas, tratamientos rehabilitadores, que indudablemente le han causado padecimiento, incertidumbre y angustia digna de ser reparada.

En la demanda se interesa una indemnización de 30.000 euros por enfermedad psiquiátrica. El perito médico Dr. Santos Canónico concluye: "Este proceso le ha desencadenado un trastorno de ánimo de carácter depresivo cronicado del que se viene aún tratando tanto por psiquiatras como por psicólogos "Esta conclusión viene a ser corroborada por los informes expedidos por el Dr. psiquiatra [REDACTED] el 23 de junio de 2005 y 24 de abril de 2006, (documentos 16.1 y 16.3), y por la psicóloga [REDACTED] (documento n° 16.8). Esto permite tener por probado que D. [REDACTED] sufre un trastorno psiquiátrico, pero de calificarse como leve, porque de otro modo no se entiende que el Ministerio de Defensa en la valoración médica realizada el 6 de febrero de 2006, considere que no es procedente iniciar un expediente de posible pérdida de capacidad psicofísica. Por tanto, aplicando analógicamente los baremos recogidos en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, siguiendo el criterio seguido por la parte actora para valorar la secuela de osteoartritis postraumática, se valora en 10 puntos x789,09= 7.890,09 euros.

Por el contrario, no se accede a las cantidades interesadas en concepto de incapacidad permanente, (17.231,67 euros); ni a la de 2.750, por gastos médicos. Y ello es así, porque si bien es cierto que D. [REDACTED] padece ciertas molestias por la osteoartritis postraumática, no se ha justificado que no pueda desarrollar su actividad habitual; por el contrario, consta que el Ministerio de Defensa no ha considerado procedente la baja médica (documento n° 16.6). Tampoco se justifica que D. [REDACTED] haya desembolsado la cantidad de 2.750 euros, para someterse a una intervención artroscopia. A estos efectos, resulta insuficiente el documento n° 16.4 de la demanda, en la medida que es un simple presupuesto.

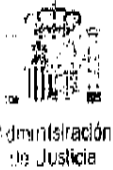
En resumen, la indemnización se fija en 30.624, 63 euros.

SEPTIMO.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 394 LEC, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.



FROM

(FRI) FEB 0 2012 17:06/ST. 17:07/No. 0411005344 P. 10

**FALLO**

Que, estimando parcialmente la demanda de interpuesta por el Procurador D.º Ignacio Melchor Orufia, en nombre y representación de D.º [REDACTED], contra [REDACTED] y contra [REDACTED], representadas por la Procuradora D.ª Adela Cano Lantero, debo condenarlas solidariamente a que abonen al actora 30.624,63 euros mas los intereses desde la fecha de interposición de la demanda; las costas del presente procedimiento, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN que deberá presentarse ante este Juzgado en el PLAZO DE VEINTE DÍAS contados desde la notificación de esta sentencia que será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid.

La admisión del recurso precisará que, al prepararse, se haya consignado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones número 0030-1845-00-3250 (cuenta del Juzgado) -XXXX (nº del procedimiento con cuatro cifras, anteponiendo, en su caso, los ceros necesario) -XX (dos últimas cifras del año del procedimiento) abierta a nombre del Juzgado en la entidad Banesto el DEPÓSITO de 50 ? exigido por la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial 8en redacción dada por L.O. 1/09).

ES
COPIA

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en MADRID.

