



6309A

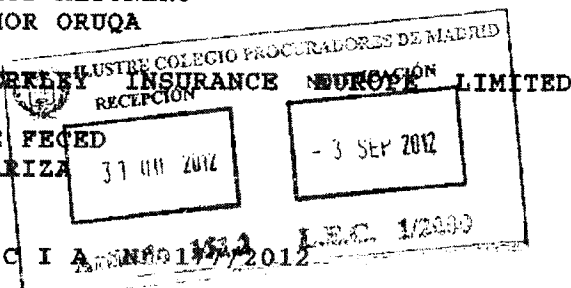
JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 88 DE MADRID
C/ PRINCESA N° 3 , 6°
28008 MADRID

Procedimiento/n° : ORDINARIO N° 771/2011

JUEZ QUE LA DICTA : D/Dª ESTHER LOBO DOMINGUEZ
Lugar : MADRID
Fecha : veinticuatro de julio de dos mil doce

PARTE DEMANDANTE : ██████████
Abogado : JOSE ANTONIO RAMOS MESONERO
Procurador : IGNACIO MELCHOR ORUÑA

PARTE DEMANDADA WR BERKLEY INSURANCE EUROPE LIMITED
SUCURSAL EN ESPAÑA
Abogado : MANUEL DEL VALLE FCED
Procurador : CELIA LOPEZ ARIZA



S E N T E N C I A N° 88/2012

En Madrid a veinticuatro de julio de dos mil doce.

Vistos por Dª Esther Lobo Domínguez, Magistrada - Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 88 de Madrid, los presentes autos de Juicio ordenario n° 771/2011 promovidos por el procurador D.IGNACIO MELCHOR DE ORUÑA en nombre y representación de ██████████ bajo la dirección letrada de D.JOSE ANTONIO RAMOS MESONERO contra WR BERKLEY INSURANCE representado por la procuradora Dª.CELIA LOPEZ ARIZA bajo la dirección letrada de D.MANUEL DEL VALLE FCED se ha procedido a dictar la presente resolución en base a los siguientes :

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 28 de abril de 2011 el procurador D. IGNACIO MELCHOR DE ORUÑA en nombre y representación de DÑA. ██████████ presentó demanda de juicio ordinario en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, solicita se dicte sentencia por la que se condene a la demandada WR BERKLEY INSURANCE (EUROPE)LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA a indemnizar a la demandante en la cantidad de TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA EUROS CON SETENTA Y CINCO (34.550,75 euros) más los intereses legales del art. 20 de la LCS y subsidiariamente los legales desde el momento de presentación de la demanda, con expresa imposición de las costas causadas en el presente procedimiento.



Madrid



SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, por decreto de 10 de mayo de 2011 se emplazó al demandado y dentro del plazo legal el día 24 de junio de 2011 la procuradora DÑA CELIA LÓPEZ ARIZA en nombre y representación de presentó escrito de WR BERKLEY INSURANCE (EUROPE)LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA contestación a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitó se dicte sentencia estimando las excepciones opuestas y subsidiariamente se desestime la demanda condenando a la parte actora al pago de las costas causadas.

TERCERO.- Convocadas las partes para la celebración de audiencia previa, la misma tuvo lugar el día 13 de diciembre de 2011 con la asistencia de ambas partes y no siendo posible alcanzar una solución amistosa, se ratificaron en sus respectivos escritos de alegaciones proponiendo las pruebas que estimaron oportunas.

CUARTO.- El día 17 de julio de 2012 se celebró el juicio practicándose las pruebas propuestas y admitidas y después de formular ambas partes conclusiones quedaron los autos pendientes de sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora DÑA [REDACTED], ejercita acción directa frente a la aseguradora de la clínica donde se sometió a una intervención quirúrgica de naturaleza estética (aumento mamario) efectuada el 11 de julio de 2006 por el Doctor [REDACTED], derivada de responsabilidad contractual y extracontractual, por un supuesto de responsabilidad médica, tanto por que el resultado de la intervención es inadecuado, insatisfactorio y defectuoso, como por el inadecuado consentimiento informado, lo que le ha producido un daño, que se valora, como trastorno del humor, valorado en 7 puntos (5.709,473 e); perjuicio estético importante valorado en 19 puntos (19.100,301 e.) y el reembolso del coste de la intervención realizada (6.600 euros), reclamando el importe total de 34.550,75 euros, mas intereses y costas.

Por la demandada se opone a la demanda señalando que ni se pactó ni se aseguró ningún resultado. La actora ha sufrido una contractura de prótesis, que es uno de los riesgo de



este tipo de cirugías, de lo que previamente había sido informada. Señala así mismo, respecto al nódulo retroareolar, que no existe relación de causalidad al no aportar informe ANATOMOPATOLOGICO que dé certeza. A efectos dialécticos, no está conforme con la indemnización, con la valoración del perjuicio estético, que le corresponde 10 puntos, del trastorno depresivo, de resultar corroborado por informes médicos, le corresponde de 5 a 10 puntos y respecto al tiempo de sanidad, 121 días, de los cuales 30 serían impeditivos y 91 días no impeditivos.

SEGUNDO.- De la valoración libre y conjunta de la prueba practicada ha quedado acreditado que la actora se sometió a una intervención de cirugía estética consistente en aumento de mamas, en la clínica DORSIA Palma de Mallorca, efectuada el 11 de julio de 2006, por el Doctor [REDACTED]. Fue examinada por dicho cirujano el 1-8-2006, el 14 de noviembre de 2006 en que se aprecia "mama derecha contractura capsular III-IV, e izquierda, contractura capsular II, necesita reoperarse", el 2 de enero de 2007 y el 13 de febrero de 2007, en que se efectuó intervención quirúrgica, en que se aprecia "contractura capsular IV, que según la paciente se ha agravado los últimos 15 días. De modo que vemos una contractura agravada, muy exagerada llegando a producir una úlcera por decúbito de 1 cm. cuadrado en polo inferior con sufrimiento de piel del polo inferior.."

Señala el DR. [REDACTED] en su informe de 20 de junio de 2011 que "ese día cuando destapo a la paciente en el quirófano para dibujar las distintas referencias previas a la intervención me encuentro una costra en polo inferior alrededor de la cual existe una piel eritematosa con signos de sufrimiento cutáneo. se procede a la intervención, nos encontramos que tras la costra existe una úlcera que deja expuesto el material protésico. Esta contractura capsular tan severa provocó el adelgazamiento extremo de los tejidos hasta el punto de ocasionar una úlcera por presión. Nos encontramos un bolsillo muy disminuido y un tejido granulación aberrante..."

El 18 de agosto de 2009 fue asistida por el doctor [REDACTED] en la propia clínica DORSIA, señalando "... presenta actualmente deformidad y dolor pecho derecho con disminución del polo inferior y ascenso del surco submamario..."

La actora suscribió unas recomendaciones pre-quirúrgicas y post-operatorias. Así mismo suscribió "consentimiento informado para la anestesia (26.48) y consentimiento informado para la mamoplastia de aumento (26.56) en 6 páginas mecanografiadas sin fecha ni firma de facultativo. En la historia clínica al folio 26.44 consta manuscrito "Se la comenta en qué consiste la intervención, (ilegible), complicaciones y alternativas" y firma ilegible.





El 12-2-10 se le efectúa una mamografía bilateral con el siguiente INFORME: "Paciente con secuela quirúrgica en la mama izquierda. Mama derecha densa, con probable nódulo retroareolar. Sugiero valorar con ecografía"

El 23-06-2010 se efectuó un presupuesto en la clínica JUANEDA CON DOS PARTES: 1º tiempo de mastodixia y despegamiento zona torácica (cirujano 3.000, clínica 1.800 mas prep. 300 y anestesia 500) y 2º TIEMPO AUMENTO SI LA EVOLUCIÓN LO PERMITE AL AÑO) CIRUJANO 2.300, CLÍNICA 1.500+PREOP 300+.400+ prótesis 1.332 euros.

TERCERO.- Siguiendo el criterio mantenido por la AP MADRID en sentencias de fecha 12 de febrero de 2010, 10 de noviembre de 2009, y 26 de julio de 2005, AP VALENCIA secc. 6ª de 24-04-09, AP Alicante secc. 6ª de 21-06-05 AP. Valencia sec.11 de 29-04-05 AP Zaragoza secc. 5 de 5-12-2003 y Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 4ª, de 2-6-2008, en los supuestos como el presente, nos hallamos ante una operación puramente voluntaria, no debiendo conceptuarse la relación contractual habida entre las partes, como un contrato de prestación de servicios, mediante el cual, el demandado, únicamente pudiera responder por su obligación de prestar "los medios" para paliar o curar una situación previa de la actora, sino que muy por el contrario, hallándonos ante un caso de actuación médica, meramente satisfactiva, de carácter voluntario, la relación entre medico-paciente, según abudantísima jurisprudencia del Tribunal Supremo, se construirá como un contrato de ejecución de obra, donde el profesional, está obligado a proporcionar al paciente el resultado estético comprometido. Satisfacción, que además el profesional médico, ha de valorar en cuanto a su posibilidad, con anterioridad a su actuación médica, y en todo caso, informando al paciente, de todas las posibilidades, consecuencias y complicaciones, que la actuación médica pueda suponer. Y que necesariamente el paciente, no solo debe conocer, sino también aceptar. La actuación del demandado está destinada a mejorar la apariencia estética de la persona, sin finalidad curativa alguna, de modo que los riesgos para su salud que la actora está dispuesta a asumir son mínimos o, incluso, nulos, al menos es ese el sentimiento natural que debemos tomar como punto de partida. Ese sentimiento es precisamente uno de los factores que de modo decisivo va a guiar la prestación del consentimiento contractual, y, por ello, quien ha de prestarlo precisa conocer con la máxima claridad y amplitud todas las consecuencias previsibles que el tratamiento objeto del contrato lleve aparejadas. Esa información ha de ser dada por el Médico en cuanto técnico conocedor del tratamiento, y a ese fin también debe asegurarse que la persona a quien se aplica dispone o está en las condiciones adecuadas para soportarlo, es compatible o no será propensa a generar consecuencias perjudiciales. Del mismo modo, y en cuanto es el Facultativo y por tanto, es el único con conocimientos técnicos de forma que como se beneficiará de la



Administración
de Justicia

contraprestación económica, ha de asegurarse de dar la información en términos claros e inteligibles que no ofrezcan duda alguna sobre el alcance del riesgo y que la paciente lo comprende, y después pedir que preste el consentimiento. Todo ese camino es necesario recorrer para formar adecuadamente la voluntad en este tipo de contrato, que pese a ser de arrendamiento de servicios, se aproxima de manera notoria al de obra, como argumentó la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 abril 1994, y por esa razón, la misma Sentencia acentúa con mayor vigor la obligación de informar al cliente. La obligación de informar se ha ido intensificando a cada paso dado tanto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo como en la Legislación, de modo que se ha llegado a definir como un derecho fundamental (Sentencia de 12 de enero de 2001) que constituye un elemento esencial de la lex artis ad hoc (Sentencia de 2 de octubre de 1997), de modo que una información insuficiente o poco clara puede incluso viciar el negocio jurídico, y, en todo caso, supone un incumplimiento contractual por crear una expectativa de resultado sin complicaciones, que se frustra.

CUARTO.- En el presente caso, con el relato de hechos probados, no puede considerarse acreditado que la actora haya prestado consentimiento informado, pues la información verbal previa que consta como manuscrita no es suficiente descriptiva, siendo que la propia demandada no propuso interrogatorio de la parte actora, quién podría haber explicado con mayor claridad en qué consistió esa información previa. La suscripción de documento de 6 páginas mecanografiado sin que conste la fecha y firma del médico suscriptor, lo convierte en un mero trámite, carente de significado, pues el consentimiento informado ha de referirse al caso concreto, con explicación del tipo de implante que se le va a efectuar, de las concretas técnicas que se van a seguir, y de los riesgos, pros y contras de la intervención, lo cual no consta en el presente caso.

Pero es más, el incumplimiento de la lex artis, se aprecia en mayor medida en la fase de post operatorio. En las recomendaciones post-operatorias facilitadas por DORSIA, señala en la pág. 2 "No te olvides de asistir a todas y cada una de las sesiones de Revisión y Curas programadas pues son muy importantes; en caso de no poder asistir a alguna de ellas, debes ponerte en contacto con tu Responsable de Seguimiento para solucionarlo"

De modo que las visitas son programadas por la clínica y los facultativos, no por la propia paciente, y de la historia clínica se desprende que ya en noviembre de 2006 se diagnóstica la contractura capsular grado III -IV, y hasta febrero de 2007 no se le interviene nuevamente. Además, es indicativo el propio informe médico del Doctor de fecha 20 de junio de 2011 y que se ha transcrito, pues señala que el 13-02-07 "ese día cuando destapo a la paciente en el ante quirófano.", lo cual demuestra que ni tan siquiera había examinado a la paciente el día anterior a la intervención, ni tan



Madrid



siquiera en los 15 días anteriores (en los que le dice la paciente que había empeorado) y ello aunque según su "hoja de evolución " ya tenía prescrito "necesita re-operarse " desde el 14 de noviembre de 2006. Se considera contrario a la lex artis esperar a programar la intervención durante tres meses cuando ya ha diagnosticado una de las complicaciones de este tipo de intervención, la contractura capsular, y en grado III-IV, de forma que no es sorprendente que después de tres meses se le hubiesen necrosado el tejido, dejando expuesto el material protésico, con un bolsillo muy disminuido y un tejido de granulación aberrante. El testimonio del DR. [REDACTED] en el acto de juicio, queriendo desplazar la responsabilidad en el retraso de la re intervención(tres meses) en la voluntad de la paciente, no resulta justificado, ya que son los facultativos quienes programan las intervenciones, teniendo en cuenta sus agendas y la programación de los quirófanos, pero nunca ello es responsabilidad de los pacientes.

Por todo ello surge la obligación de responde de la indemnización de daños y perjuicios en base a la póliza aportada como doc. 26.14 a 26.39 con la demanda, y se hace necesario valorar la cuantía indemnizatoria solicitada.

De un examen comparativo entre los dos informes periciales aportado por las partes, se desprende el carácter moderado de la reclamación actora, pues, reclama el reembolso de la cuantía satisfecha por la intervención, 6.600 euros, lo cual, teniendo en cuenta el resultado, se aleja de todo parámetro de cirugía satisfactiva, no siendo cierto que no se anuncie en su propaganda "LOS EXCELENTES RESULTADOS. LO MEJOR DE DORSIA. QUEDARÁS TAN SATISFECHO QUE SEGURO QUE REPETIRAS Y TRAERAS A LOS TUYOS PARA QUE DISFRUTEN DEL MUNDO DORSIA, IGUAL QUE TÚ"

Pero es que en el informe aportado por la demandada se considera susceptibles de indemnización conceptos por los que la actora no lo solicita, como son los días invertidos en su curación, 121 días, con 30 días impeditivos, y 91 no impeditivos.

Tampoco se solicita indemnización para efectuar cirugía reparadora, según presupuesto de la clínica JUANEDA, concepto también indemnizable que no solicita la actora. Se valora el perjuicio estético en 19 puntos, frente a los 10 puntos que en este apartado valora la pericial demandada teniendo en cuenta un menoscabo del patrimonio estético del 20% frente a los 50 puntos que se conceden en un caso de mastectomía bilateral, con un 100% de menoscabo de patrimonio estético. Tal criterio de valoración no es asumible, no resulta comparable, ni susceptible de transposición al caso de autos. De un resultado garantizado de un aumento de mama, a la situación en que ha quedado, no se valora en un 20% de perjuicio estético, considerando muy razonable y moderada la reclamación, tanto en este apartado como por los daños psicológicos sufridos y valorado en 10 puntos, frente al informe pericial de la demandada que valora de 5 a 10 puntos dependiendo de que se presente informe Psiquiátrico de tratamiento. Sin embargo, se considera que el informe





pericial de la actora tiene mayores elementos de juicio que el de la demandada, pues ha examinado a la actora personalmente, y las lesiones físicas, "deformidad y dolor" objetivadas ya por el Doctor [REDACTED] el 12 -8-09, habiéndole quedado pegada la pared torácica, justifica el trastorno de humor valorado en 10 puntos.

Se considera razonable y moderada la indemnización solicitada, por lo que debe ser íntegramente estimada la demanda con todos los pedimentos recogidos en el Suplico de la misma.

QUINTO.- Se estima procedente la petición de intereses legales conforme al art. 1.101, 1.100 y 1.108 C.c. devengándose desde la interposición de la demanda, no habiendo lugar al devengo de los intereses del art. 20 L.C.S. dadas las circunstancias del presente caso, puesto que no consta que la aseguradora haya tenido conocimiento de los términos de la reclamación hasta que se presentó la presente demanda, desde cuyo momento incurre en mora, lo impide considerar que dicha demandada haya demorado su responsabilidad de forma reprochable.

SEXTO.- Habiéndose estimado la demanda, se condena a la parte demandada al pago de las costas causadas conforme al principio objetivo del vencimiento a tenor del artículo 394 L.E.c.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda presentada por el procurador D. IGNACIO MELCHOR DE ORUÑA en nombre y representación de DÑA. [REDACTED] debo condenar y condeno a la demandada WR BERKLEY INSURANCE (EUROPE)LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA representada por el procurador DÑA CELIA LÓPEZ ARIZA a indemnizar a la demandante en la cantidad de TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA EUROS CON SETENTA Y CINCO (34.550,75 euros) con los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y al pago de las costas causadas.

Contra la presente sentencia cabe recurso de apelación se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que se impugna. (artículo 458 LEC en su redacción dada por Ley 37/2011 de 10 de octubre).

Conforme establece la disposición adicional decimoquinta de





la L.O.P.J., deberá acompañarse de resguardo de ingreso en la cuenta de consignaciones del juzgado en el Banco Español de Crédito, en la cuenta 4140, y número y año del expediente en que se dictó la resolución, la suma de 50 euros, sin cuyo requisito no podrá ser tenido por preparado, salvo que el recurrente fuera una entidad pública.

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

PUBLICACION.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

