



Pase 457/07
recoger el fondo

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 12
MADRID

SENTENCIA: 00235/2009

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 78cc/2008

S E N T E N C I A N° 235/ 2009

ILUSTRE COLEGIO PROCURADOR DE BERNABEU	
78cc/2008	NOTIFICACIÓN
30 NOV 2009	- 1 DIC 2009
Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000	

En MADRID a veinticuatro de noviembre de dos mil nueve

La Ilma. Sra. Dña. PILAR PALA CASTAN, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia número 12 de los de MADRID, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos en este Juzgado al número 71 /2008 a instancia de [REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales IGNACIO MELCHOR DE ORUÑA contra [REDACTED], representado por el Procurador de los Tribunales JUAN MANUEL CALOTO CARPINTERO, que versa sobre acción de responsabilidad contractual y extracontractual, y, en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales D. IGNACIO MELCHOR DE ORUÑA en nombre y representación de D. [REDACTED] se presentó demanda, en la que, tras exponer los hechos en que fundamentaba su pretensión y los fundamentos de derecho que estima aplicables, solicitaba que previos los trámites legales se dictara Sentencia por la que estimando la demanda:

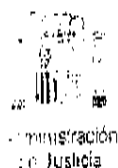
- Se declare vulnerado el derecho de acceso del demandante a la historia clínica por parte del demandado.

- Se condene al demandado al abono al actor de la cuantía de 300 euros, más intereses legales, por la vulneración de este derecho de acceso.

- Se declaren vulnerados los derechos fundamentales a la libertad, intimidad e integridad física del actor, consecuencia de no haber sido debidamente informado de todos y cada uno de los riesgos de la intervención, de la posibilidad de no operarse, así como de las alternativas terapéuticas, en relación con el apartado del fondo del asunto de la demanda.

- Se condene al demandado a abonar al actor la cantidad de 36.363,8 euros, más los intereses legales desde el momento de presentación de la demanda, consecuencia de las secuelas derivadas de la intervención, decretando todo lo demás oportuno en derecho, en especial en lo que se refiere al artículo 231 de la LEC.





SEGUNDO.- Examinada la demanda y estimándose que la parte demandante reunía los requisitos de capacidad, representación y postulación necesarios para comparecer en juicio, examinada así mismo la jurisdicción y competencia objetiva de este Juzgado, y estimándose el mismo competente territorialmente se dictó, con fecha 09.07.09 Auto por el que admitiéndose a trámite la demanda se acordaba emplazar a la demandada para comparecer en autos por medio de Abogado y Procurador.

TERCERO.- Contestada la demanda, se señaló Audiencia Previa, en la que comprobado que subsistía el litigio, se efectuaron por las partes las alegaciones que estimaron oportunas, quedando fijados los hechos controvertidos, proponiendo las pruebas que estimaron oportunas, acordándose la practica de las que fueron admitidas, quedando citadas las partes para la celebracion del juicio.

CUARTO.- En el acto del juicio se practicaron las pruebas admitidas, haciendo los Abogados de las partes el correspondiente resumen de las pruebas practicadas.

QUINTO.- Que en la tramitacion de este Juicio se ha observado las prescripciones legales.

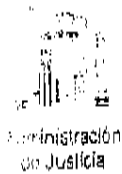
FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interesa en la demanda que se declare vulnerado el derecho del actor al acceso la historia clínica efectuada por el demandado y sus derechos a la libertad, intimidad e integridad física por no haber sido informado de los riesgos de la intervención. A estas acciones se acumulan las de responsabilidad contractual y extracontractual en reclamación de los daños y perjuicios sufridos por el actor a consecuencia de una intervención de reducción de miopía con técnica de laser (LASIK).

En cuanto a la vulneración del derecho al acceso a la historia clínica, y tratándose del acceso de datos de carácter personal obrantes en ficheros, consta en autos (documento n° 2 de la demanda) que el demandante acudió a la Agencia Española de Protección de Datos que accedió a su solicitud requiriendo al demandado a que permitiera el acceso a todos los datos clínicos del actor al amparo del artículo 15.1 LOPD y 18.3 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente, como consta en el documento n° 2 de la demanda, obrando en procedimiento aquellos que habían sido elaborados, sin perjuicio de que se reputa que constituyen o no una historia clínica completa.

Así, estimando que se había vulnerado su derecho de acceso a datos de carácter personal el actor acudió al organismo administrativo competente para conocer de su solicitud, que resolvió en consecuencia, sin que este tribunal sea competente para enjuiciar y valorar una conducta de obstrucción de dicho derecho de acceso, conocimiento que incumbe a la agencia citada y, en su caso, a los órganos del





orden jurisdiccional contencioso administrativo.

SEGUNDO.- Respecto a la vulneración de derechos fundamentales a la libertad, intimidad e integridad física del demandante por no haber sido informado de los riesgos de la intervención y de la posibilidad de no operarse ha de señalarse que si bien la demanda lo plantea como infracción de derechos fundamentales, alguno de los cuales, como la intimidad, tienen su cauce procedimental propio en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, la obligación de informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo constituye un elemento esencial de la "lex artis ad hoc" o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos, es. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 16 de diciembre de 1997 EDJ 1997/9772, 2 de octubre de 1997 EDJ 1997/7958 y 8 de septiembre de 2003 EDJ 2003/92643 entre otras). Así, pues ha de examinarse conjuntamente con el estudio de la responsabilidad contractual exigida al facultativo.

La sentencia de 26 de junio de 2006 (EDJ 2006/98681) recoge la doctrina jurisprudencial sobre el consentimiento informado citando la sentencia de 29 de septiembre de 2005 EDJ 2005/149422 según la cual "la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor "ad probationem" (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1997 EDJ 1997/7985, 2 de octubre de 1997, 26 de enero EDJ 1998/313 y 10 de noviembre de 1998 EDJ 1998/26482, 2 de noviembre de 2000 EDJ 2000/37060, 2 de julio de 2002 EDJ 2002/26117) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2000; 10 de febrero de 2004 EDJ 2004/3305) y la sentencia de 29 de mayo de 2003 EDJ 2003/17151, que declara que "al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte", como exige la Ley de 24 de noviembre de 2002, reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que constituye el marco normativo actual.

Es este caso el paciente suscribe el documento en el que consta su consentimiento informado (doc. 4.7) en el que se explica la técnica que se utiliza en la intervención y se exponen posibles complicaciones. Consta además que el demandante recibió del facultativo la explicación de la técnica a emplear, al explicar en el documento n° 1 que el doctor le dijo que le haría un nuevo corte (flap). El que en esa información no se contuviera el riesgo que finalmente tuvo lugar no se reputa que infrinja el deber de información si no es un riesgo previsible en este tipo de intervenciones, hecho éste que no alega la parte demandante, que no apunta la causa concreta de la lesión sufrida por el paciente.

Por ello no se reputa infringido el derecho a la información, desestimando el pedimento relativo a este extremo.



Administración
de Justicia

TERCERO.- Corresponde a continuación examinar la existencia de responsabilidad contractual y extracontractual del demandado por los perjuicios derivados de la intervención.

Se basa la demanda en los siguientes hechos:

- que el demandante se sometió en 1997 a la misma operación cuando tenía 8 dioptrías en cada ojo.
- que al haber aumentado las dioptrías al cabo de los años decide, en 2005, someterse a una nueva intervención que desaconsejó la oftalmóloga que había practicado la primera, pero que el demandado consideró viable.
- que durante la operación se produjo una cavidad en la córnea del ojo izquierdo (astigmatismo irregular) que hace que la visión sea muy deficiente, en torno al 20%, que no es operable y que solo ofrece dos alternativas, trasplante de córnea o aplicación de una lente semirígida terapéutica, opción escogida por el actor que ha obtenido con ella una visión de un 90%.
- que a consecuencia de los hechos escritos el demandante ha estado 148 días impedido para sus ocupaciones quedándole como secuela la importante reducción de la visión en un ojo que le obliga a llevar una lente.

CUARTO.- El facultativo demandado se opone a la demanda alegando:

- que en la operación de 1.997 habían quedado al paciente el remanente de una dioptría en el ojo derecho y 0'8 en el izquierdo y molestias en ambos (blefaritis, visión de halos y lágrima sucia)
- que en el momento en que acude a su consulta el actor presenta en la graduación 1'5 dioptrías en el ojo derecho y 1'75 en el izquierdo, siendo informado sobre la operación y sus riesgos.
- Que antes de la intervención se practicaron al paciente una paquimetría que arroja un espesor corneal de 450-590 más que suficiente para soportarla y una topografía corneal que no informa de contraindicación alguna.
- Que la intervención se practicó sin incidencias.
- Que en el seguimiento posterior se comprueba que en el ojo derecho presenta una agudeza visual del 120% y en el izquierdo de un 20%, debido a un escalón en el eje nasal de la córnea posiblemente por un tallado irregular del láser, por lo que solicitó interconsulta a otros compañeros de reconocido prestigio que le diagnosticaron astigmatismo irregular sin poder determinar la causa.
- Que tras el cambio de lente efectuado en julio de 2007 la agudeza visual del paciente con ella es de un 100%, pudiendo utilizarse en torno a 12 horas diarias con un máximo de 16 o 17.

QUINTO.- Se discute entre las partes la naturaleza -curativa o satisfactiva- de la intervención quirúrgica a la que se sometió D. [REDACTED]. La distinción tiene consecuencias en orden a la exigencia o de un concreto



Madrid

Administración
de Justicia

resultado de la intervención, según la elaboración jurisprudencial en torno a si el facultativo contrae en una obligación de medios o una obligación de resultados.

Así, con carácter general, la jurisprudencia ha venido manteniendo que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de lo que se pueda disponer y otorgar. No se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible (S.T.S. 16-2-95 EDJ1995/474); en el mismo sentido la S.T.S. 28-12-98 EDJ1998/30714).

Ahora bien, también la jurisprudencia ha establecido la responsabilidad en la actuación médica, cuando se produce un resultado desproporcionado en el sentido de que es preciso "que se produzca 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 aunque no se conozca el detalle exacto (S.T.S. 8-5-03 EDJ2003/17170), esto es, se aprecia la culpa al haber producido un resultado desproporcionado al acto y fin médico practicado.

Como excepción viene declarando el Tribunal Supremo que las actuaciones médicas satisfativas o voluntarias implican una obligación de resultado como sucede en los supuestos de cirugía estética, vasectomía y odontología (SS.TS. 7-2-90 EDJ1990/1168, 28-6-99 EDJ1999/14358).


SEXTO.- En el caso presente la magna miopía que presentaba el actor cuando se le practica a la primera intervención (8 dioptrías) hace que aquella se presentase como curativa. Cuando decide someterse a la que ahora se examina el número de dioptrías era notablemente inferior, 0.8 en cada ojo, según medición de la doctora D^a Teresa Del Río (doc. 4.5 de la demanda) que no considera indicada la operación y 1,5 dioptrías en el ojo derecho y 1,75 en el izquierdo, según la historia clínica elaborada por el demandado y aportada como documento n° 3.11 de la demanda.

De ambas mediciones este tribunal opta por atender a la efectuada por la doctora Del Río. Y ello porque el informe aportado recoge los datos de todas las revisiones efectuadas al paciente desde 1.997 a 2005 de un modo riguroso, midiendo cada año las dioptrías que oscilan entre 0.8 y 1 dioptrías en el ojo derecho y 0.53 a 0.8 en el izquierdo, siendo la de abril de 2005 de 0.8 dioptrías en cada ojo.

El informe del demandado doctor [REDACTED] está elaborado tras la intervención quirúrgica como resulta de su lectura que comprende, en un mismo relato, tanto los datos sobre la visión previa como el resultado de aquella y tratamiento posterior, siendo más fiable el anteriormente expuesto que evidencian la anotación por la doctora del resultado de cada revisión efectuada al demandante.



Madrid



Administración
de Justicia

Dando por buena la medición de 0.8 dioptrías en cada ojo ha de resolverse la cuestión relativa a la naturaleza -satisfactiva o curativa- de la intervención de reducción de miopía.

En este caso la operación está en una zona limítrofe entre una medicina satisfactiva y la curativa, sin que pueda decirse que era notoriamente curativa ya no se ha demostrado en forma alguna su necesidad, al no constar probado que las molestias que sufría el actor (lágrima sucia, blefaritis) sean susceptibles de ser corregidas mediante esta intervención, indicada para reducir la falta de visión debida a miopía. Reducir unas dioptrías de 0.8 solo puede tener como propósito el prescindir de todo medio de corrección de la visión (gafas o lentillas) y por tal se tiene la finalidad buscada por el paciente y ofrecida por el facultativo por lo que la medicina practicada se encuentra mas cerca de la voluntaria o satisfactiva que de la curativa y la obligación contraída por el oftalmólogo se puede calificar como una obligación de resultado.

No obstante, aun cuando se reputase claramente curativa, con la única obligación del facultativo de proporcionar al enfermo todos los cuidados que éste requiera, según el estado de la ciencia y la denominada *lex artis ad hoc*, queda probado que o bien en la indicación o en la ejecución de la intervención se infringió por el demandado esta obligación. Y ello porque, si bien no ha quedado acreditada la concreta causa de la producción del escalón en el eje nasal de la córnea e incumbe al actor la carga de la prueba de la negligencia del facultativo ha de tenerse en cuenta el principio de facilidad probatoria del artículo 217 LEC y dado que el incidente en la operación solo fue conocido tras una revisión, lo que excluye la comprobación del funcionamiento del aparato de láser utilizado, solo una mala programación de éste, ya que no hay manipulación tras programarse, o una indebida indicación de la intervención por la existencia de otra previa pueden explicar el resultado dañoso sufrido por el paciente.

Sostiene el demandado que se hicieron las pruebas precisas y que su resultado no contraindicaba la operación y el perito del demandante no ofrece sino consideraciones generales sobre factores a tener en cuenta en este tipo de intervenciones por lo que este tribunal no puede concluir exactamente la causa del daño pero sí descarta, porque no se ha apuntado siquiera, que la complicación sufrida por el paciente fuera fortuita o debida a causa mayor o de las que son frecuentes en mayor o menor proporción en este tipo de operaciones e independientes de la pericia del facultativo, como pueden ser aquellas de las que se advierte al suscribir el consentimiento informado, que consta efectuado al paciente tal como resulta del propio relato de hechos del mismo aportado como documento n° 1 y del que suscribe aceptando los riesgos de la intervención (doc. 4.7). Solo la negligencia del facultativo en su indicación o práctica puede explicar el daño sufrido por el demandante.





Así pues, se concluye que por reputarse más cerca de la medicina voluntaria que de la curativa, el facultativo incumplió la obligación contraída de mejorar la visión de su paciente, obteniendo el resultado contrario de empeorarla en uno de sus ojos, conclusión que se mantiene aun entendiendo que está en una zona limítrofe entre ambas, al no haber extremado el demandado los cuidados necesarios para evitar el resultado dañoso sufrido por el paciente por lo que en base a los artículos 1.089 y siguientes y el artículo 1.902 CC, procede declarar la obligación del demandado a indemnizar los perjuicios sufridos por el actor.

SÉPTIMO.- Para la valoración del daño cuya indemnización se solicita ha de atenderse al informe pericial aportado como documento nº 12 de la demanda que fija en 20 puntos la secuela de pérdida de un 80% de visión y consigna 148 días de incapacidad temporal con carácter impeditivo. Añade como gasto indemnizable el coste periódico de renovación de lentes de contacto a razón de 240 euros, por un total de 6.000 euros y el precio de la intervención, 1.200 euros.

Prueba el demandante el haber padecido un cuadro nervioso y depresivo reactivo a consecuencia de la pérdida de visión del ojo (doc. 7) y haber estado de baja, según parte incorporado a ese documento, desde el día 24 de octubre de 2005 al 22 de marzo de 2006, lo que hace un total de 148 días, que son los que consigna la demanda.

En cuanto a la secuela se fija en la demanda en 20 puntos, que incluyen la pérdida de visión y el síndrome postraumático, valoración que se considera extra dentro de los límites que fija el anexo Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor que establece y que establece el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, atendidas la TABLA A relativa a la agudeza visual y el capítulo 1º de la TABLA VI relativo a síndromes psiquiátricos.

Para la valoración del punto y de los días impeditivos ha de estarse a la fecha en que se produce el siniestro(sentencias dictadas por el Pleno del Tribunal Supremo con fecha 17 de abril de 2007, resolviendo los recursos de casación 2908/2001 y 2598/2002, aplicadas, entre otras, en las recientes sentencias de 10 de julio de 2008 (rec. núm. 2541/2003), 23 de julio de 2008 (rec. núm. 1793/2004, y 30 de octubre de 2008 (rec. núm. 296/2004).

En este caso tales valores vienen fijados por Resolución de 7 de febrero de 2005, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las que resultarán de aplicación durante 2005. En ella el valor del punto, atendida la edad del lesionado, es de 1.019,35 euros, que multiplicado por 20





Administración
de Justicia

puntos ofrece un total de 20.387 euros

El valor del día impositivo según esta misma resolución es de 47,28 euros, por lo que la indemnización por incapacidad temporal asciende a 6.997,44 euros.

Finalmente, se reconocen el derecho a obtenerla devolución del importe de la operación, 1.200 euros, y 6.000 euros por el gasto previsto en lentes semirígidas, atendido el precio de éstas, por lo que el total a abonar por el demandado al actor, asciende a 34.584,44 euros, estimándose parcialmente la demanda.

OCTAVO.- Habiendo incurrido en mora el demandado y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil, procede imponerle el abono del interés legal de la suma a la que asciende la condena desde la fecha de la interpelación judicial hasta la sentencia y desde esa fecha, de acuerdo con el art. 576 de la LEC, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

NOVENO.- Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al estimarse parcialmente la demanda no procede hacer expresa condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos.

FALLO

1º.- ESTIMO PARCIALMENTE la demanda formulada por la representación de D. [REDACTED] contra D. [REDACTED].

2º.- CONDENO al demandado a que abone a la actora la cantidad de 34.584,44 euros.

3º.- CONDENO al demandado al pago del interés legal de la suma a la que asciende la condena desde la interpelación judicial.

4º.- SIN expresa condena en costas.

MODO DE IMPUGNACION mediante recurso de APELACION ante la Audiencia Provincial de Madrid (art. 455 LEC). El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DIAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con



Madrid