

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 67  
MADRID**

**Procedimiento: Ordinario 1066/2005**



**SENTENCIA**

En Madrid, a veintiuno de febrero de dos mil siete.

Vistos por la Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Silvia Abella Maeso, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 67 de Madrid, los presentes autos de juicio ordinario seguidos bajo el nº 1066/2005, promovidos a instancia de DOÑA [redacted], representada por el Procurador D. Ignacio Melchor Oruña y asistida del letrado D. José Antonio Ramos Mesonero, contra DON [redacted] Y [redacted] ASEGURADORA S.A. representados ambos por el Procurador D. Antonio Ramón Rueda y asistidos del letrado D.<sup>a</sup> Raquel Murillo Solís, y frente a la CLÍNICA [redacted] representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y asistida del letrado D. Pablo Castañeda Pérez, versando sobre responsabilidad civil médica.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de Doña [redacted] se interpuso demanda de juicio ordinario contra D. [redacted] Aseguradora y Clínica [redacted]; en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos solicitaba que se condenara a los demandados como responsables civiles a la cantidad de 10.000 euros por la causación de un acúfeno tras la operación de miringoplastia y a la cantidad de 8.000 euros por omitir el consentimiento informado, en total se les condene al pago de la cantidad de 18.000 euros.

**SEGUNDO.-** Por auto de fecha de 19 de septiembre de 2005 se admitió a trámite la demanda, y se acordó emplazar a los demandados, los cuales se personaron en autos y la contestaron en legal plazo o poniéndose a ella y solicitando su desestimación con imposición de costas a la actora.

Admitidas las contestaciones, se citó a las partes para la celebración de la preceptiva audiencia previa, que tuvo lugar el día 17 de julio de 2006. A ella asistieron todas las partes debidamente representadas y asistidas, teniendo lugar con arreglo a las prescripciones legales. Tras fijarse los hechos controvertidos, y no siendo posible llegar a un acuerdo, cada parte propuso las

pruebas que a su derecho convino, siendo admitidas las pertinentes. Finalmente se señaló para la celebración del juicio el día 7 de febrero de 2007, quedando citadas todas las partes.

**TERCERO.-** Al mencionado acto asistieron las representaciones procesales y técnicas de las partes y personalmente éstas. Abierto el acto, tras la práctica de la prueba con el resultado que obra en autos, las partes formularon oralmente conclusiones, tras lo cual quedaron los autos vistos para sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** *Acción ejercitada.*

El demandante ejercita una acción de responsabilidad contractual al amparo de los artículos 1091 y 1101 CC frente a D. \_\_\_\_\_ y su aseguradora, \_\_\_\_\_ Aseguradora, y contra la Clínica \_\_\_\_\_. Ejercita asimismo una acción de responsabilidad extracontractual al amparo de los artículos 1902 y ss del CC frente a los mismos demandados que en la acción ejercitada anteriormente. Reclama como indemnización por la causación de una secuela consistente en un acúfeno la cantidad de 10.000 euros, y por la no prestación del consentimiento informado la cantidad de 8.000 euros.

La defensa del demandado Clínica \_\_\_\_\_ planteó excepción de falta de legitimación pasiva y de prescripción respecto de la acción de responsabilidad extracontractual ejercitada frente a ella.

El letrado defensor de los otros dos demandados se opone por entender que la prestación de los servicios médicos y la información al paciente previa a los mismos fue correcta y conforme a la *lex artis ad hoc*.

**SEGUNDO.-** *Unidad de culpa civil*

Frente a la tradicional incompatibilidad entre la acción de responsabilidad contractual y extracontractual, a partir de la segunda mitad de la década de los noventa, el Tribunal Supremo (STS de 1 de abril de 1994) comenzó a acuñar la teoría de la unidad de la culpa civil en virtud de la cual el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro. Dicha posición la reitera en otras sentencias como la de 18 de febrero de 1997, 31 de diciembre de 1997, 31 de diciembre de 1997, 6 de mayo de 1998, 30 de diciembre de 1999, 12 de febrero de 2000 y 11 de junio de 2001, entre otras).

Es evidente la dificultad de delimitación del campo propio de al responsabilidad civil por culpa extracontractual o contractual, dificultad que, en muchas ocasiones, tiene por causa que el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro, lo que determina, en términos procesales, un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el "petitum" indemnizatorio, tal como declara la S.T.S. de 18 de febrero de 1997 (así lo recoge a su vez la S.A.P. Ciudad Real, de 29 de junio de 2005).

### **TERCERO.- Excepción de falta de legitimación pasiva**

Alega la representación técnica de Clínica : que dicha entidad no tiene legitimación pasiva puesto que no existe relación laboral entre Clínica la .. y D. , sino que éste último actúa como un profesional independiente. Apoya su pretensión con el resultado de las diligencias preliminares aportado como documento nº 1 de su contestación, en el que se manifiesta por dicho médico codemandado que no es empleado de Clínica la L. sino que lo es de la Colaboradora del , que a su vez pertenece al Insalud. Alega asimismo que su responsabilidad en la prestación de servicios se limita a los de habitación, enfermería, laboratorio, radiología, farmacia y similares pero que no tiene ninguna relación ni responsabilidad con los realizados por el médico cirujano demandado. Por tanto su conclusión es que el único contrato que le vinculaba con el ha sido ejecutado correctamente.

existe conformidad de las partes sobre el hecho de que la demandante tiene derecho a la prestación sanitaria que le proporciona el , por una relación de prestación de servicios que no se concreta porque no es objeto de discusión en el procedimiento. El Banco a su vez subcontrata con diversos profesionales para la prestación de tales servicios. En el caso concreto, para la ejecución de esa prestación sanitaria existía un cuadro médico al que pertenecía el Dr. y entre los hospitales en los que dicha actividad se realizaba se encontraba la Clínica . Todo ello que es antecedente lógico de la conclusión sobre la legitimación no es objeto de litigio entre las partes.

en estos supuestos cada vez más frecuentes de prestación de la asistencia sanitaria por una multitud de profesionales la jurisprudencia estima que en muchas ocasiones resulta difícil, cuando no imposible, identificar al concreto sujeto responsable del acto en que se concreta la atención médica inadecuada. Más aún, como cuando en el caso presente, el obligado a la prestación sanitaria subcontrata con otros profesionales las distintas esferas de la actividad médica, creando estipulaciones obligatorias para cada uno de ellos en favor del usuario de la prestación médica. En el caso que nos ocupa, cada uno de los profesionales sanitarios demandados, médico, consiguientemente su aseguradora, y hospital celebraron un contrato de arrendamiento de servicios con la entidad del en el que creaban una estipulación en favor de los terceros usuarios de dichos servicios, por lo que están directamente

obligados frente al usuario a pesar de su posición de subcontratista, por lo que no existe falta de legitimación pasiva de la Clínica

**CUARTO.- Prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual.**

Por la defensa de la Clínica se alegó prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual por haber excedido el plazo del año que prescribe la ley.

La acción de responsabilidad extracontractual, conforme al artículo 1968.3 prescribe en el plazo de un año, contado desde que se pudo ejercitar dicha acción. Con respecto a la prescripción existe una consolidada doctrina del Tribunal Supremo que como resume la STS de 2 de noviembre de 2005 en los siguientes términos: "La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1988 (en igual sentido las de 16 de enero de 2003, 30 de septiembre de 1993 y 6 de noviembre de 1987) declara lo siguiente: la doctrina de este Tribunal, abandonando la rigidez de la interpretación estrictamente dogmática de la prescripción que venía siguiéndose hasta aproximadamente el último decenio e inspirándose en unos criterios hermeneúticos de carácter lógico-sociológico, siempre más dúctiles y acomodables a las exigencias de la vida real, criterios que el artículo 3.1 del Código Civil más que pregonar, impone, ha señalado como idea básica para la exégesis de los artículos 1969 y 1973 del Código Civil, el que siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (Sentencias de 8 de octubre de 1981, 31 de enero de 1983 2 de febrero y 16 de julio de 1984, 9 de mayo y 19 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987); esta construcción finalista de la prescripción, verdadera "alma mater" o "pieza angular" de la misma, tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades, como en consideraciones de necesidad y utilidad social.

En el caso presente ha transcurrido más de el plazo del año, con creces, desde que se pudo ejercitar la acción contra la Clínica. Son hechos admitidos por las partes que la operación de miringoplastia se produjo el día 26 de noviembre de 1997, tal y como resulta además de la historia clínica que se aporta como consecuencia de las diligencias preliminares solicitadas, nº 2.15, y el acúfeno consta por primera vez el día 13 de mayo de 1998 tal y como se deduce del mismo documento. Desde esa fecha no consta reclamación alguna a ninguna de las partes que pudiera interrumpir el plazo del año, que ha transcurrido sobradamente hasta la presentación de la demanda el 22 de julio de 2005 y la actora se encontraba en condiciones de poder ejercitar la acción, por lo que la conclusión no puede ser otra que la de estimar que ha prescrito la acción de responsabilidad extracontractual contra la Clínica, que la alega. Siendo la prescripción una materia no apreciable de oficio y no habiendo sido alegada por la representación técnica del Dr. y de



Aseguradora, no cabe pronunciarse sobre la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual contra él dirigida.

**QUINTO.-** *Culpa anónima o individualizada.*

Puesto que existe una pluralidad de sujetos demandados como responsables causantes del hecho dañoso, la primera cuestión a determinar es si todos ellos, en el caso de que se determinara su responsabilidad, han de responder conjuntamente, si ha de hacerlo el Centro Hospitalario o ha de escudriñarse el alcance de la concreta responsabilidad de cada uno de ellos.

La teoría de la culpa anónima surgió en el ámbito de los supuestos en los que la actividad considerada negligente era fruto de la actuación de múltiples profesionales sanitarios y surgió para evitar al demandante la prueba diabólica de determinar cual era el sujeto que realizó la conducta. Como señala la jurisprudencia el artículo 1902 supone una responsabilidad directa que no está subordinada a la individualización de un responsable concreto, toda vez que la acción negligente tuvo lugar en el círculo de actividades del centro hospitalario y por circunstancias que cabe atribuir a sus empleados, por lo que responde el centro empleador, y consecuentemente su aseguradora, sin necesidad de identificación de los concretos sujetos responsables.

En el presente caso no cabe la aplicación de dicha teoría, sino que ha de determinarse como es la regla general el alcance de la responsabilidad de cada uno de ellos. Ello es así porque no sólo no existe una relación laboral entre el centro hospitalario y el médico actuante, sino porque en este caso se encuentran perfectamente deslindados los campos concretos de actividad de cada sujeto prestador de asistencia sanitaria por lo que procede el examen de su actuación de forma individualizada a efectos de determinar su responsabilidad.

**SEXTO.-** *Responsabilidad de D. [redacted] y de Agrupación Mutua Aseguradora.*

A pesar de que de acuerdo con la ya expuesta teoría de la unidad de la culpa civil, es posible el ejercicio conjunto de ambas acciones de responsabilidad, contractual y extracontractual, es preciso que el juzgador determine posteriormente si nos encontramos en uno u otro supuesto. Como señala la sentencia de 11 de febrero de 1993 se trata de un supuesto de "yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible."

En el caso presente en la relación entre el médico que nos ocupa y la demandante prima su carácter contractual por la obligación contractual que



asume el médico frente a la paciente en el arrendamiento de servicios contratado con el [redacted] y como consecuencia del cual se efectúa la asistencia sanitaria y se realiza la operación de miringoplastia objeto de discusión.

**SÉPTIMO.- Medicina curativa o voluntaria.**

Por el letrado del demandante se alega que nos encontramos ante un supuesto de medicina voluntaria, porque la operación no era necesaria para la paciente.

La diferencia entre ambos tipos de medicina es sustancial a los efectos de la determinación del contenido de la obligación del facultativo y de la carga de la prueba de la irregularidad de su conducta.

La medicina curativa es aquella que trata de realizar una actividad tendente a lograr la curación del enfermo que presenta una alteración patológica de su organismo. Es un contrato de arrendamiento de servicios y el médico adquiere la obligación de ejecutarlo conforme a la *lex artis*, es decir, no queda obligado a curar al paciente sino a suministrarle las actuaciones requeridas según el estado de la ciencia (STS 10 diciembre de 1996). Se trata por tanto de una obligación de medios, no de resultado y la carga de la prueba de un presunto actuar negligente corresponde al demandante.

El fin de la llamada medicina voluntaria no es curativo estrictamente, sino que engloba supuestos en los que actúa sobre un cuerpo sano, para mejorar su aspecto físico como es el caso de la cirugía estética o para anular su capacidad reproductora (vasectomías y salpingectomías).

El caso de autos se engloba claramente dentro de la medicina curativa, puesto que la operación de miringoplastia fue prescrita para solucionar una patología de la demandante en el oído, tal y como resulta de la ratificación de los peritos en el acto del juicio.

Consecuencia de ello es que habrá que enjuiciar si los medios utilizados por el sanitario en la prestación del servicio fueron los adecuados para lograr su curación (obligación de medios), y que la carga de la prueba de la defectuosa prestación corresponde al demandante que la alega.

**OCTAVO.-** La S.A.P. de Córdoba de fecha 24 de abril de 2000 recoge la doctrina jurisprudencial en este materia y señala lo siguiente: "la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios) como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios) no de resultado, en lo que es reiterada la jurisprudencia (entre otras muchas, ss 8-5-91, 20-2-92, 13-10-92, 2-2-93, 7-7-93, 15-11-93, 12-7-94, 24-9-94, 16-2-95, 23-9-96, 15- 10-96, 22-4-97, 21-6-97, 13-12-97 y 9-12-98), que expresan "la idea que se mantiene es que la obligación no es la de

obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente) sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias; la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejercita la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo ya que tan solo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación hace presumir la culpa; en la obligación de actividad es preciso la prueba de la falta de diligencia para apreciar incumplimiento, tal como ha reseñado el TS. En múltiples sentencias, como la de 29-7-94 que dice "una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien prestó tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independiente de los resultados que con ello se obtengan". Sin perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño cuando este es desproporcionado en relación de causalidad con la actividad del profesional médico".

Así pues, la responsabilidad civil médica se desplaza esencialmente al último de los elementos, del nexo causal: si el daño está producido por causa de una enfermedad o está causado por la conducta negligente del médico; está es la cuestión que hay que dilucidar "el nexo causal del que se habla al principio como requisito indispensable, que debe coordinar la acción y el resultado dañoso, dice la STS de 17 de noviembre de 1998, que precisamente estimó que faltaba el nexo causal, bien entendido que como afirman las ss TS 15-3-93, 15-10-96 y 16-12-97, a esa relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa por no depender la misma del resultado dañoso (STS 6-3-96).

Por último, sería casi innecesario reproducir un sinfín de sentencias del TS en las que se confirma que, en sede de responsabilidad médica, tanto contractual como en la extracontractual la culpa así como la relación de causalidad entre el daño o mal del paciente y la actuación médica ha de

probarla el paciente, a los meros datos estadísticos se señala que tras la "emblemática" de 10 de julio de 1943, que inició la repetida praxis de la inversión de la carga de la prueba o dispensa de prueba para el perjudicado o víctima cuando se acciona *ex* artículo 1902 por cualquier evento dañoso, seguida, entre otras por las de 10-5-82, 7-4-83, 10-7-89, 13-12-89, 31-1-86 y 19-12-87, se consagra ya en sede de responsabilidad médica la excepción a esa inversión y se unifica el criterio de que tanto en la contractual como en la extracontractual, esa carga incumbe al actor o paciente, entre otras muchas, en las siguientes 13-5-87, 12-7-88, 6-1-90, 7-2-90, 6-6-90, 8-10-92, 4-3-93, 23-3-93, 2-2-93, 15-2-93, 25-4-94, 29-3-94, 12-7-94, 14-11-94, 20-2-95, 16-2-95, 10-2-96, 8-4-96, 23-9-96, 25-7-96, 31-7-96, 10-12-96, 20-6-97, 10-11-97, 16-12-97... y es claro que esa doctrina sobre la carga de la prueba se excepciona en dos supuestos:

1º) Cuando por la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva o estética el paciente es cliente, y la obligación ya es de resultado por ubicarse el acto médico preciso en una especie de "locatio operis" (ss. 25-4-94, 11-2-97, 28-6-99).

2º) En aquellos casos en los que por circunstancias especiales acreditadas o probadas en la sentencia, el daño del paciente o es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción, o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el propio Tribunal, en los términos análogos a los de, entre varias, las ss 29-7-94, 2-12-96, 21-7-97.

Continúa diciendo la S.A.P. de Córdoba transcrita que: "en esta dirección señalaron los recurrentes el incumplimiento defectuoso del acto médico, art. 1104 CC, como base y fundamento de la responsabilidad para el médico, al realizar una prestación que no se ajustó al proyecto de conducta establecido, por no haberse adecuado a la ciencia médica "lex artis ad hoc" por haber empleado en el parto unos fórceps con expulsión prolongada por más de 40 minutos y no haber realizado una cesárea, pese a llevar la madre más de 13 horas con la bolsa rota, con el efecto de haberse provocado un sufrimiento fetal desmesurado originador de la situación actual de la nacida, y podía haber sido éste detectable por razón de las alteraciones en la frecuencia cardiaca del feto que aconsejaban un estudio bioquímico para conocer la existencia o no de una hipoxia o acidosis fetal (prueba de minotoma sanguínea de cuero cabelludo del feto para la determinación del PH, que se omitió por completo.





El desarrollo argumental del motivo olvida que en todo conflicto tendente a exigir responsabilidad al autor de una conducta o ilícita, la carga de la prueba prevista en el art. 1214 CC. es inevitable: el actor o perjudicado debe probar la obligación cuyo cumplimiento reclama, y el demandado la extinción de esa obligación por su no incumplimiento; en consecuencia, aquel actor habrá de acreditar no solo la existencia de la obligación sino que el obligado no la ha cumplido por no actuar adecuadamente en la observancia de su prestación.

Trasladada esta teoría a las clases de responsabilidad contractual como extracontractual -pues en ambas opera- resulta:

1º) En la contractual, el acreedor o perjudicado que acciona, deberá acreditar la obligación y características de la prestación -si es de hacer o de dar, si es de medios o de resultado- así como el no cumplimiento porque el deudor no ha actuado bajo la observancia de los deberes de esa prestación (art. 1101 CC.) al no concurrir la exoneración del caso del art. 1105 CC, mientras que el deudor puede oponer, previa prueba, el pago o cumplimiento.

2º) En la extracontractual (art. 1902 CC), el perjudicado o dañado, habrá de acreditar no sólo ese daño -es el subrogado de la obligación precedente- sino la autoría de la conducta dañosa, el nexo causal y la voluntariedad de esa autoría por infringir deberes de prevención o el general "naeminen laedere", es obvio que en esta responsabilidad huelga la distinción entre la obligación de medios y de resultado (antes del factum dañoso ni existe un destinatario de la acción ni, menos aún, una concreta prestación salvo el genérico "alterum non laedere"), más propia del contexto o diseño de la responsabilidad contractual, al autor le basta con oponerse a la reclamación.

En la responsabilidad médica, por lo general, de tipo contractual, tanto porque haya un contrato de asistencia, directo o a través de Entidad o Seguridad Social, tanto porque se integre merced al mismo acto médico, el mecanismo de prueba de responsabilidad será el acorde con lo antes dicho a propósito de la contractual: el actor o paciente habrá de acreditar no solo el daño sino la autoría y relación de causalidad y hasta la infracción de los deberes profesionales o "lex artis ad hoc", de ahí que se afirme, desde siempre, que al ser la obligación del médico, la de observar esos deberes asistenciales o sea los "medios para curar" y no el resultado la curación del paciente (de impredecible previsión hasta por el enigma somático o reacción psicológica del enfermo) no cabe derivar del daño o mal del paciente, sin más, la responsabilidad del médico.

Sostener, sin más, que siempre se presume la culpa del deudor (médico en el caso de autos) en base al artículo 1183 CC. no es sino simplificar el problema y desconocer que este artículo solo se refiere a las obligaciones de dar al incumplirse, entonces, la accesoria de conservar, ex artículo 1094 CC, mientras que en sede de responsabilidad médica, la prestación de hacer o "facere" profesional o medial (salvo en la singularidad de la cirugía estética, S. 28-6-97), es inconcisa; sin que tampoco quepa extraer aquel aserto de que en toda clase de obligaciones se presume la culpa del deudor en caso de incumplimiento, ni del artículo 1098, ni del 1099, ni, por supuesto, del artículo 1103 ni del 1104 todos CC, en especial, a propósito de las obligaciones de hacer en que se enmarca la prestación del médico, porque si el primero de los citados -el 1098- sanciona que "si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa", que informa a todos los demás, es menester delimitar esa prestación, o sea, esa "alguna cosa" a lo que se obliga el facultativo para "si no lo hiciere" ejecutarlo a su costa y ya se vio que "desde siempre" el médico se obliga a "procurar la salud o curación-medios" pero no a la curación efectiva -resultado; luego sólo cuando en esa procura se demuestre su culpa o falta de diligencia responderá, y claro es, que ese presupuesto entra de lleno en el onus probandi del actor o paciente (S.T.S. 16- 12-97).

**NOVENO.-Responsabilidad: Lex artis o daño desproporcionado**

Aplicada la anterior doctrina jurisprudencial al caso de autos, y de acuerdo con lo dispuesto anteriormente la responsabilidad del médico y por ende de su aseguradora, sólo cabe en los supuestos falta de diligencia en los medios utilizados en dicha operación de miringoplastia o bien cuando aún siendo los medios utilizados idóneos, el resultado de la operación es desproporcionado con lo que es usual comparativamente, conforme a las normas de la experiencia y del sentido común.

Para el análisis de ello es necesario valorar los dictámenes periciales aportados.

El artículo 348 LEC 1/2000 establece que «El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica.

Como señala la SAP Madrid de 29 de noviembre de 2005 "Este mandato supone no que la Ley rehuya en absoluto indicar a los juzgadores cómo deben apreciar y valorar los dictámenes periciales, sino sola y exclusivamente que, de un lado, renuncia a atribuir a éstos en abstracto una determinada eficiencia, esto es, a someterla a un régimen de prueba tasada; y, de otro, que omite suministrar a aquellos unos criterios precisos de acuerdo con los cuales formar su convicción, limitándose a fijar unas pautas genéricas de conducta.

No obstante la potestad conferida al juzgador por la ley, para evitar tanto la irreflexiva e inmotivada sujeción del juez al dictamen pericial como la

crítica del mismo cargada de subjetivismo por la ausencia de tales conocimientos especializados se hace preciso la motivación de las razones por las que se concede o no aptitud probatoria a tal dictamen aportando la jurisprudencia criterios que deben ser tenidas en cuenta dentro del mismo para ello.

Para ello la Jurisprudencia diferencia entre el análisis de los aspectos no técnicos del dictamen pericial» cuanto, pese a su mayor dificultad, a «las máximas de experiencia técnica proporcionadas por el perito». Respecto de los primeros, mediante la comprobación de si el perito ha observado estrictamente los límites del encargo, o si, diversamente, ha incurrido en eventual exceso o defecto, sin perjuicio de lo cual señala que el Juez puede recurrir a cualesquiera máximas de experiencia que facilite el perito «aunque excedan los límites del encargo siempre y cuando sean útiles a los efectos del proceso», con base en que «...el Juez podía utilizar personalmente dichas máximas de experiencia sin intervención del Perito»; en segundo lugar, contrastando «si los hechos sobre los que el Perito aplica sus conocimientos técnicos, coinciden o no con los hechos probados en el proceso, de modo que «...si el perito introduce hechos nuevos en el proceso, o parte de hechos que pese a haber sido alegados por las partes no han resultado acreditados a través de la prueba, el Juez podrá rechazar el dictamen pericial fundado en tales hechos»; en tercer lugar, mediante la revisión de los razonamientos lógicos y jurídicos eventualmente vertidos por el perito, que exceden de su específico cometido; y en cuarto lugar, a través del examen de «... la propia coherencia interna del dictamen en lo que respecta a sus aspectos técnicos», ya que «tanto en el dictamen como a través de las aclaraciones solicitadas al dictamen, puede detectar el Juez contradicciones entre los varios pronunciamientos técnicos del dictamen pericial que hagan sospechosa la corrección del dictamen».

Acerca de los segundos, porque «si el Juez posee privadamente los conocimientos técnicos proporcionados por el Perito, se encontrará en inmejorables condiciones para realizar una labor crítica del dictamen pericial»; y si carece de tales conocimientos, puede procurárselos mediante la investigación privada en las fuentes adecuadas tales como «libros y publicaciones técnicas»; y en tercer lugar --sistema que no resulta de aplicación bajo el régimen de la LEC 1/2000«cuando el Juez tenga fundadas sospechas en torno a la exactitud de las máximas de experiencia técnicas proporcionadas por el Perito, y no pueda resolverlas privadamente, siempre podrá acudir a un nuevo dictamen pericial pericial que le permita superar su limitación individual». (SAP Madrid de 29 de noviembre de 2005)

A este respecto son ilustrativas entre otras las SSTS de 28 de junio de 1999, de 30 de noviembre de 1994 o de 28 de junio de 1999, todas ellas de la sala primera.

Entre los criterios mencionados que se ha establecido jurisprudencialmente para la valoración del dictamen destacan los siguientes:

- Cualificación profesional o técnica del perito.
- Nº de dictámenes periciales efectuados.
- Si se trata de un perito judicial o de parte
- Datos y documentos que sirven de base al dictamen.
- Operaciones y medios técnicos empleados.
- Solidez de los argumentos, teniendo en cuenta tanto lo favorable como lo desfavorable en los dictámenes de parte.

En el caso presente con arreglo a lo establecido anteriormente merecen más credibilidad a los efectos de la valoración de la prueba los dictámenes presentados por los demandados de los peritos D. [redacted] y D. [redacted], que la perito presentada por el demandante. Los motivos de ello son la cualificación profesional de los peritos, que ambos eran especialistas en otorrinolaringología y la claridad y seguridad de su exposición en la ratificación en el acto del juicio, que contrastaba con las continuas rectificaciones y errores cometidos por la perito de la demandante, Doña [redacted], confundiendo el oído medio con el oído externo o interpretando confusamente los informes y rectificando sobre ello como en lo relativo a la fecha de la operación o en inciso introducido relativo a la "presencia de gasa quirúrgica con reacción de granuloma de cuerpo extraño", de la que se retractó al iniciar su exposición.

Valorando pues la prueba realizada en el juicio podemos estimar como probados los siguientes hechos:

-La demandante presentaba una patología previa consistente en una perforación timpánica marginal o posterior. Su oído estaba catalogado como de evolución tórpida, lo cual podría acelerar el proceso de degeneración del oído. Estos hechos se deducen no sólo de la declaración del Dr. [redacted] en el acto del juicio sino de las declaraciones de los dos peritos aportados por los demandados.

-Dicha perforación marginal o posterior, a diferencia de la perforación central, no cierra por si sola casi nunca por lo que es precisa para ello la operación de miringoplastia. La perforación causaba a la paciente pérdida de audición leve, en las frecuencias graves y molestias por posibles infecciones si entraba agua en el oído. La pérdida de audición antes de la operación se deduce de las declaraciones de los peritos de los demandados interpretando la audiometría previa a la miringoplastia en la que describen dicha pérdida y la catalogan como leve.

-Si no se produce la operación hay riesgo de que se forme un colesteatoma, que es un tumor invasivo no maligno pero que puede romper la cadena de huesecillos causando hipoacusia o pérdida de audición, parálisis facial, absceso cerebral, meningitis, cefalitis, entre otras consecuencias. Esta es una valoración que realizan los peritos mencionados y que permite al juzgador elaborar una determinación de las circunstancias previas a la operación

integrantes del juicio *ex ante* que debe tener en cuenta el juzgador para determinar si su actuación fue ajustada a la *lex artis*.

-Se produce la operación de miringoplastia el día 26 de noviembre de 1997, tapando la perforación con un injerto de pericondrio.

-El día 19 de diciembre de 1997 es dada de alta de la operación. Se deduce además de las ratificaciones de los peritos, de la historia clínica que consta como documento 2. 15.

-El día 15 de enero de 1998 se le practica una audiometría de la que resulta que su audición ha aumentado unos 10 decibelios.

-El día 13 de mayo de 1998 la demandante manifiesta tener un acúfeno o ruido constante en el oído. Dichas referencias se deducen de la historia clínica y manifestado asimismo por el demandante.

Existen varias teorías en el ámbito de la responsabilidad civil médica para determinar si ha existido relación causal entre el acúfeno y la operación de miringoplastia, tales como la teoría de la equivalencia de las condiciones, teoría de la causalidad adecuada, teoría anglosajona del *but for*, teoría de la probabilidad estadística, creación culposa de un riesgo...

No queda probado con arreglo a ninguna de estas teorías que exista una relación de causalidad entre el acúfeno que refiere la demandante y la operación de miringoplastia. Rompe el nexo causal el tiempo transcurrido en su aparición, casi 6 meses, y la multitud de causas que alegan los demandados como posibles causantes de un acúfeno que no han quedado descartadas en este procedimiento. Los peritos D. ... y D. ... señalan que los acúfenos no están descritos como consecuencias posibles de dicha operación y que desvirtúa la relación hipotética de causalidad el hecho de que la paciente lo refiera a los 6 meses. Añaden que la paciente pudo confundir la sensación de taponamiento del oído con un acúfeno.

El demandante alega que la actuación del médico no fue correcta porque no estaba suficientemente justificada la intervención por la pérdida leve de audición que sufría la paciente. Ha quedado probado que el médico no prescribió solo la operación por ese motivo, sino por el riesgo de colesteatoma que existía por los antecedentes y ubicación de la perforación.

No existe pues ni causación de un daño desproporcionado ni indicio alguno que pueda evidenciar una actuación del médico contraria a la *lex artis*. Puesto que se trata de una obligación de medios la carga de la prueba corresponde al demandante, Puesto que no ha quedado probado ello conlleva la desestimación de petición de responsabilidad contra el médico, el Dr. ... y consecuentemente con respecto a ... Aseguradora, en su condición de tal.

### **DECIMO.- Historia clínica**

Por vía de diligencias preliminares fue solicitada por el demandante a los demandados la historia clínica de la paciente, que fue aportada y unida a los autos. En trámite de conclusiones el letrado de la demandante alegó que fuera tenida en cuenta la teoría de la facilidad y disponibilidad probatoria puesto que determinados documentos como la hoja de evolución de enfermería, hoja de quirófano o informe de alta no habían sido aportados por la parte en dichas diligencias preliminares.

Es cierto como ha señalado el Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que *la carencia de historia clínica priva de un elemento valioso para la prueba de la responsabilidad médica y debe perjudicar a quien le era exigible como deber de colaboración o cooperación en la difícil actividad probatoria y esclarecimiento de los hechos. A través de la prueba de presunciones, una historia clínica insuficiente constituye un indicio más que deberá ser tenido en cuenta por el Tribunal a la hora de analizar las conductas de los profesionales. Ahora bien, la necesaria relación causal no puede deducirse tan sólo de la existencia de una historia clínica irregular.*

Este último supuesto es precisamente en el que podría englobarse las alegaciones del letrado del demandante. No es que no se aporte historia clínica, sino que a su juicio no incluye documentos que podrían apoyar su pretensión. La parte demandada alega que dado el tiempo transcurrido no tiene obligación de conservarla de acuerdo con lo dispuesto en el la Ley de Autonomía del Paciente de la Comunidad de Madrid que sólo obliga a guardarla 5 años. Por tanto además de que se aporta al menos parte de la historia clínica, ha sido el demandante quien dilatando la interposición de la demanda tantos años desde la fecha de los hechos dificulta la constancia y acreditación de su pretensión por lo que no puede ser estimada la inversión de la carga de la prueba basada en la no aportación, a su juicio, de esos documentos. Reprocha el demandante que se tomaran por los peritos demandados en consideración tan sólo los documentos obrantes en autos para emitir sus informes, pero lo cierto es que son los únicos disponibles, pues, aparentemente la propia actora posee otros con los que sí contó la perito propuesta a su instancia relativos al período de tiempo en el que nada constá, que pudiendo haberse aportado no lo han sido.

### **UNDECIMO.- Consentimiento informado**

El artículo 10 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, ley 14/ 1986 que era la legislación aplicable al consentimiento informado en el momento de realizarse la operación establecía que el paciente tiene derecho a:

5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

- a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.
- b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.
- c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

El consentimiento informado forma parte de toda actuación asistencial y se haya incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS de 25 de abril de 1994, de 2 de octubre de 1997 y 24 de mayo de 1999).

La regulación parcial del consentimiento informado ha sido corregida y completada por la jurisprudencia establecimiento los límites y el contenido de dicha información.

Es preciso pues analizar si la información a tiene derecho el paciente ha sido comunicada explicando los resultados de la misma, sus riesgos, sus alternativas y demás factores para una justa y real ponderación por éste para que pueda emitir su conformidad con la realización de la operación por el médico.

El titular del derecho a la información, salvo los supuestos excepcionales que recoge la ley es el paciente, debe ser prestado con carácter previo, y no necesariamente ha de ejecutarse en un solo acto, sino que es una obligación de tracto sucesivo durante toda la prestación de la asistencia sanitaria. Aunque la ley establecía que podía ser verbal o escrito la jurisprudencia había matizado tal requisito exigiendo consentimiento escrito en los mismos supuestos que recoge el actual artículo 8.2 de la ley 41/2002 de 14 de noviembre, es decir, en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos, y terapéuticos invasores y en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa en la salud del paciente. Por tanto en el caso presente el consentimiento debió prestarse por escrito por tratarse de una operación quirúrgica. El obligado a prestarlo es el médico que va a efectuar la operación, y es a él asimismo a quien corresponde la carga de la prueba de su realización (SSTS de 25 de abril de 1994, de 31 de julio de 1996, de 26 de septiembre de 2000, de 12 de enero de 2001, entre otras.)

El contenido de dicha información debe ser como señala la ley 41/2002 y el Convenio de Oviedo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la biomedicina en vigor desde el 1 de enero de 2000, cuya aplicación interpretativa postulamos ante el silencio de la Ley General de Sanidad,

establece que debe recaer sobre la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y consecuencias. Dentro de la misma se comprenden los riesgos típicos, probables, las contraindicaciones y los riesgos personalizados atendiendo a las específicas circunstancias del paciente.

La jurisprudencia ha admitido la condena por la omisión de información respecto de los riesgos típicos o patognómicos. En el caso presente ha quedado probada la existencia del consentimiento informado prestado por el Dr. a la demandante según resulta del documento 2.16 que aparece firmado por ambas partes. El demandante alega que su contenido no fue el adecuado porque no se le informó de la existencia de los riesgos de acúfenos y de las alternativas a la operación. No ha quedado probado que los acúfenos sean riesgos propios de las operaciones de miringoplastia, como señalan los peritos de las partes demandadas en el acto de la vista. Por todo ello queda excluido que dichos acúfenos integren los riesgos típicos o patognómicos sobre los que debe recaer el consentimiento informado, ni tampoco son riesgos probables que se pueden derivar de la operación por lo que no es exigible que el médico cirujano demandado debiera informar sobre tal extremo a la paciente demandante. Por todo ello procede denegar la petición de condena a dicha parte a satisfacer un importe de 8.000 euros por ausencia de consentimiento informado.

#### **DUODÉCIMO.-** Responsabilidad contractual de Clínica

Una vez establecida la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual contra la Clínica es preciso entrar en el examen de su hipotética responsabilidad contractual. Como se ha explicado en el fundamento jurídico quinto, se han de deslindar los campos concretos de responsabilidad de cada uno de los sujetos demandados para determinar si en el campo concreto de su actuación existió alguna actuación determinante de la exigencia de responsabilidad civil. Respecto del consentimiento informado hemos mencionado en el fundamento jurídico anterior que el sujeto obligado a prestarlo es el médico que va a efectuar la operación por lo que se excluye toda responsabilidad por parte de la Clínica en este extremo.

Y respecto de la causación del acúfeno, no se ha señalado por el demandante ninguna mala praxis imputable a la clínica que pudiera ser determinante de su producción, en el hipotético caso de que se hubiera considerado probado el nexo de causalidad. Como éste no ha quedado probado además, tampoco es imputable a esta parte.

**TRIGESIMO.-** Procede la imposición de las costas de este



Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, por la autoridad que me confiere la Constitución Española,

### FALLO

Que desestimando en su totalidad la demanda que dio origen al presente procedimiento, interpuesta por la representación procesal de DOÑA  
- contra DON I  
- ASEGURADORA Y CLINICA , debo declarar y declaro no haber lugar a lo en ella solicitado, y en consecuencia absuelvo a los demandados de la pretensión contra ellos deducida, condenando a la actora al pago de las costas causadas en el procedimiento.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella podrán interponer recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, en el plazo de cinco días a partir de tal notificación, mediante escrito presentado en este Juzgado, preparándolo.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior resolución en el día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrado que la dictó, hallándose la misma celebrando audiencia pública, de lo que doy fe.

