

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 8ª

Rollo N°: 595/2004

Autos: 201/2003

Procedencia: JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 33 DE MADRID

Demandante/Apelado:

Procurador: DOÑA PALOMA SOLERA LAMA

Demandado/Apelante:

Procurador: I

Ponente : ILMO. SR. D. FERNANDO DELGADO RODRÍGUEZ



SENTENCIA N° 593

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez.

Ilmo. Sr. D. Manuel Camino Paniagua.

Ilmo Sr. D. José Manuel Arias Rodríguez.

En Madrid, a veinticinco de Noviembre de dos mil cinco. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio ordinario, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia n° 33 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como



Administración de Justicia

demandante-apelado, y de otra, como
demandado-apelante,

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez que expresa el común parecer de este Tribunal.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Madrid, en fecha 8 de abril de 2004, se dictó sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora D^a.Paloma Solera, en nombre y representación de D^a. contra representada por el procurador D. debo condenar y condeno a la demandada a abonar al actor la indemnización de 47.000 euros, más los intereses legales que se devenguen hasta su completo pago, desde el dictado de esta resolución. Se imponen las costas a la demandada."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, ante la que comparecieron las partes, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso, quedó en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 21 de noviembre de 2005.



CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de la sentencia recurrida, que concuerden con los actuales.

PRIMERO.- A consecuencia de las cuatro intervenciones quirúrgicas a las que fue sometida la actora para los respectivos implantes y retiradas de los mismos de prótesis mamarias, sin éxito alguno, la demanda tuvo por objeto la indemnización de 47.000 €, resultado de sumar el coste de las citadas operaciones de estética cuyo importe ascendió a 12.551 €, y la valoración global de las secuelas físicas y psíquicas padecidas en 34.449 €, según se relató en el fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida, en que se estimó íntegramente la pretensión rectora de autos.

SEGUNDO.- Los motivos del recurso de USP Dermoestética, S.L. fueron: I La infracción por aplicación indebida de los artículos 1101 y 1104 del C.C. y de su interpretación jurisprudencial. II La infracción por aplicación indebida del artículo 10 de la LGS y de la jurisprudencia sobre el consentimiento informado. III Discrepancia con la concesión de los conceptos indemnizatorios.

La parte apelada se ha opuesto a los motivos del recurso mediante extensas alegaciones en que ha tratado de desvirtuar las consideraciones de la parte contraria, reforzando a la vez los fundamentos de la sentencia recurrida.

TERCERO.- Respecto del primer motivo del recurso, la Sala considera que la valoración probatoria efectuada en la sentencia



recurrída debe entenderse en general que fue correcta jurídicamente, si bien sus consecuencias prácticas posteriormente serán ponderadas con arreglo al examen de los conceptos indemnizatorios debatidos, reduciéndose en la medida pertinente por las razones que luego se expondrán. Sin que ello suponga, en principio, la vulneración de los artículos 1101 y 1104 del C.C. y de su interpretación jurisprudencial por la sentencia apelada. Así por ejemplo, en casos similares se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 667/2002 (Sala de lo Civil), de 2 julio, dictada en el Recurso de Casación núm. 2769/1996 (RJ 2002\5514), cuando se alega infracción de los artículos 1101, 1103, 1104 y 1105 del Código Civil, y en su caso de los artículos 1902 y 1903 del propio Cuerpo Legal.

El primer motivo, no obstante, se debe estimar en parte, visto desde la perspectiva de aquellas consecuencias, porque, con independencia de lo que se dirá a propósito de la información y del deber de informar, que será objeto de examen del motivo segundo, falta la base fáctica necesaria para entender que en la actuación médica de todas las intervenciones, tanto en lo que hace referencia al operatorio, como al postoperatorio, existió negligencia. No obstante la existencia de un nexo causal entre la primera operación de implante de prótesis mamarias que enlaza con las dos siguientes, según se razona con acierto en el referido fundamento sexto de la sentencia recurrida, en conexión con los demás, no implica que la Sala comparta la conclusión de que también exista el enlace preciso de aquéllas con la cuarta y última que obedeció al deseo de la actora de intentar de nuevo la aplicación de los implantes, por lo que no guarda la necesaria relación de causalidad con las dos primeras y tampoco en su parte proporcional con el ulterior daño causado consistente en los perjuicios estéticos y daños morales, descritos en el susodicho fundamento sexto de la sentencia recurrida, lo cual es suficiente para sentar la responsabilidad médica del servicio de cirugía de la demandada, pues es preciso un reproche culposo o negligente, que en el caso se invoca,



y se prueba, porque no cabe presumir, o tratar de sustentar en conjeturas, o apreciaciones que no revisten el grado de certeza o verosimilitud aceptable para estimar que algo se dejó de hacer, o se hizo mal, de modo que con otro comportamiento, más ajustado a la «praxis» médica (reglas o exigencias de la medicina del caso), se hubiera evitado, o limitado la magnitud del resultado lesivo. Así pues, en resumen, la cuarta operación, entiende la Sala que no quedó integrada en la necesaria relación de causalidad con los efectos de la primera, tratada de remediar sin éxito con la segunda, y cuyo corolario debió ser la tercera, por lo que sólo las tres primeras reúnen los requisitos necesarios para serles aplicable la doctrina jurisprudencial comentada, y con las matizaciones que a continuación se precisarán.

CUARTO.- En cuanto al segundo motivo del recurso que versa acerca del consentimiento informado, en relación a la infracción por inaplicación del art. 10, apartados 5, 6 y 11 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, alegó la apelante que la actora firmó sendos protocolos antes de las dos intervenciones quirúrgicas efectuadas por sus cirujanos plásticos y anestesistas, según consta en los documentos 2 a 6 de los adjuntos a la contestación de la demanda. En la sentencia se rechazó la eficacia de tales protocolos médico-estéticos porque no los firmaron los cirujanos, pero sí los anestesistas, porque los consentimientos se prestaron poco antes de las operaciones, sin que tuviera la paciente tiempo de reflexión, y porque no contenían los datos del diagnóstico personal de la paciente, ni de sus especiales circunstancias personales.

En lo relativo a la precisión de la firma del facultativo para la validez del consentimiento informado debemos compartir el criterio sostenido entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª), núm. 597/2004 de 20 octubre, dictada en el Recurso de Apelación núm. 263/2004, que sí la requiere, así como el diagnóstico personalizado, pero el tiempo de reflexión, entendemos



que es un requisito accesorio y vinculado a los anteriores, ponderable una vez atendidas las circunstancias particulares del caso debatido, y que en el actual debe quedar supeditado a la existencia de los otros dos.

El Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 828/2003 (Sala de lo Civil, Sección Unica), de 8 septiembre, (RJ 2003\6065), manifestó que: La falta de acreditamiento, exige, desde luego, mayor precisión en su determinación y reclama, pese a la observancia de la «lex artis» en la intervención quirúrgica, tratamiento jurídico de las dudas o incertidumbres que haya generado la insuficiencia de prueba del consentimiento no pueden perjudicar a la parte que no tiene la carga de la prueba, sino justamente a la contraria, no otra que el demandado.

Como explica la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3), desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1998 (RJ 1998\7565), esta Sala mantiene que la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al Centro hospitalario. En el mismo sentido, la de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10164), hace recaer la carga sobre el profesional de la medicina, por ser quien se halla en situación más favorable para conseguir su prueba. Igualmente, la Sentencia de 19 de abril de 1999 (RJ 1999\2588), repite tal criterio y, por último, la de 7 de marzo de 2000 (RJ 2000\1508), lo imputa al Servicio Nacional de la Salud. Todo facultativo –dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995 (RJ 1995\4262)– de la medicina, especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica y de obtener su consentimiento al efecto, a excepción de presentarse un supuesto de urgencia que haga peligrar la vida del paciente o pudiera causarle graves lesiones de carácter inmediato, circunstancias éstas que se encuentran recogidas en el artículo 10-6-c) de la Ley 14/1986, de 25

de abril, General de Sanidad, al establecer el derecho que asiste «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 cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento», elementos estos últimos que no concurrieron en el caso concreto de autos.

Así pues, una vez establecido, por tanto, que incumbía al centro facultativo haber probado, mediante los preceptivos documentos, la existencia del consentimiento, lo que no se hizo debidamente al carecer los protocolos de la firma del cirujano interviniente. En definitiva, resta fijar las consecuencias jurídicas de tal carencia, quedando inmersa también en el pleito la actuación del anestesista, puesto que pese a firmar los documentos, éstos son meros formularios en que no se personaliza la situación clínica de la paciente, por lo que de este modo no resultó liberado de responsabilidad dicho servicio clínico, a los efectos de los conceptos indemnizatorios que luego examinaremos, y en consonancia a la doctrina de esta Audiencia, también para el caso de anestesistas en la Sentencia núm. 662/2004 de la Sección 9ª, de 29 noviembre, Recurso de Apelación núm. 361/2003, puesta en relación con la anteriormente comentada.

En consecuencia, ninguno de ambos servicios de cirugía estética y de anestesia, que por dichas importantes omisiones, firma en el primer caso, e inespecificación de características clínicas de la paciente, en ambos; no pueden tener a su favor los efectos plenos del consentimiento informado, acto bilateral que debe atestiguar con su firma, tanto quien lo da, la paciente, como quien lo recibe, el cirujano, y al faltar la firma de uno de ellos, a su recíproca parte prestacional no le comprende el beneficio de la exculpación de responsabilidad, que conferiría un consentimiento informado completo.

La solución expresada se ajusta a la Jurisprudencia de la

Sala 1ª del TS, que pone de relieve la importancia de cumplir el deber de información (Sentencias, entre otras, de 25 abril 1994; 24 mayo 1995 [RJ 1995\4262]; 31 julio 1996 [RJ 1996\6084]; 11 febrero [RJ 1997\940], 1 julio [RJ 1997\5471] y 2 octubre 1997; 16 octubre y 28 diciembre 1998; 13 abril 1999 [RJ 1999\2611]; 7 marzo y 26 septiembre 2000 [RJ 2000\8126]; 12 enero y 11 mayo 2001 [RJ 2001\6197]), porque, para que el consentimiento prestado por el usuario sea eficaz, es preciso que sea un consentimiento que se preste con conocimiento de causa, y para ello se requiere que se le hubiesen comunicado, entre otros aspectos, los riesgos y complicaciones que podían surgir durante o «a posteriori» de la operación. Y, en su defecto, inmediatamente se cae en la cuenta de que se ha incumplido un deber profesional impuesto por Ley. Su trascendencia, no obstante, ha de desvincularse del cumplimiento adecuado del oficio técnico de cirujano, pues, consta acreditado que las tareas operatorias se desarrollaron, conforme a la «lex artis», no así las de carácter preoperatorias, como se explica en la sentencia apelada.

En suma, lo que debe valorarse en cuanto proceder antijurídico, es la privación del derecho del paciente a obtener la información personalizada y esclarecedora para el diagnóstico individualizado, previa al consentimiento y derivados del mismo, como pueden ser el derecho a nuevas consultas, derecho a elegir entre varias opciones, en su caso, derecho a demorarse en la práctica de la intervención, etc.). Es decir, los requisitos de la información, a que alude el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad, suficientemente expuestos que, sintetizados, son: De carácter formal: verbal y escrita. De carácter temporal: que se ha de proporcionar de forma continuada, en el sentido de que no basta con informar en una sola ocasión, sino que se ha de realizar una información periódica. Y de fondo: en cuanto ha de ser completa y referirse tanto al diagnóstico como al pronóstico y a las alternativas del tratamiento, así como los medios con que cuenta el Centro para la realización de la intervención.

En definitiva, no cabe acoger el segundo motivo del recurso, en el sentido de liberar de responsabilidad al servicio facultativo y a la parte demandada porque no tramitó correctamente dicha clase de consentimiento.

QUINTO.- Los efectos de los anteriores fundamentos sobre el tercer motivo del recurso son, que a la primera cantidad reconocida de 12.551 € por los costes de las intervenciones cobradas a la actora debe restarse el precio de la cuarta intervención quirúrgica, 6.984,20 €, porque su finalidad específica no fue remediar las complicaciones de las dos primeras, que sí fue el objeto de la tercera, al haber perdido la confianza en el centro demandado la actora, sino sólo volver a intentar el implante de similares prótesis, conociendo la paciente, sin duda el fracaso de los precedentes intentos, prueba de lo cual es que hubo de buscar un tercer especialista, que no intervino en las anteriores operaciones, no llegándose a establecer el nexo causal entre la primera operación y la cuarta, además de por las precedentes consideraciones, sobre todo las efectuadas en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución, porque el cálculo de probabilidad de éxito era nulo, como así se demostró en la cuarta intervención, al repetirse el riesgo de la importante contractura capsular bilateral, acontecida después de la primera operación quirúrgica enjuiciada.

En cuanto al resarcimiento del daño moral producido en este tipo de operaciones estéticas, por las afectaciones en las mamas y las secuelas derivadas, más los gastos, que se cuantificaron en una indemnización global o a tanto alzado de 34.449 €, teniéndose en cuenta que se objetivó la falta de tolerancia de la paciente al implante mamario, siendo imprevisible el amplio grado de la tendencia orgánica de la misma a encapsular las prótesis, por lo que hemos de referirnos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª), núm. 19/2003 de 27 enero, Recurso de Apelación núm. 175/2002 (AC 2005\89), cuya doctrina de referencia nos conduce a prorratear la

cuantificación de la sentencia apelada, deduciendo aquellas partidas económicas que han ido quedando descartadas a lo largo del desarrollo de la presente resolución, para llegar a un resultado definitivo armónico con la objetivación de los daños materiales, y en función de su porcentaje que ahora resulte estimado se obtiene la correlativa cantidad por la indemnización de daños morales y demás conceptos comentados. Es decir, si para los costes operatorios apreciados en la sentencia recurrida con un valor de 12.551 €, corresponde una indemnización de 34.449 €, a los que resultan de restar a dichos costes los que consideramos indebidos para la apelante de 6.984,20 €, relativos a la infructuosa cuarta operación, debemos obtener la cifra de 5.566,80 €, como costes quirúrgicos debidos, a los que corresponde una indemnización proporcional de 15.279,32 €. Sumando ambos conceptos, resultan 20.846,12 €, más los intereses legales que se devenguen hasta su completo pago, contados a partir de la sentencia de primera instancia de 8 de abril de 2004, en que por primera vez resultaron reconocidos, resultando de aplicación los moratorios previstos en el art. 1108 C.C. respecto de las cantidades relativas a la indemnización, que eran líquidas desde que fueron concedidas en la misma.

SEXTO.- Al estimarse en parte el recurso, con su proyección en la correlativa estimación parcial de la demanda, las costas de ambas instancias no deben imponerse a ninguna de las partes litigantes, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 398 y 394 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- F A L L A M O S



Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de ' .. contra la sentencia de 8 de abril de 2004 del Juzgado de 1ª Instancia nº 33 de Madrid, revocando en parte la sentencia con la reducción de la cantidad de condena a la cifra de 20.846,12 €, más los intereses legales que se devenguen hasta su completo pago, contados a partir de la sentencia de primera instancia de 8 de abril de 2004, en que por primera vez resultaron reconocidos, por lo que no procede imponer costas en ambas instancias a ninguna de las partes litigantes.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

