



JDO. 1A. INSTANCIA N. 5
MANACOR

SENTENCIA: 00196/2025

Teléfono: 971 844 535, Fax: 971 559 277
Correo electrónico: instancia5.manacor@justicia.es

Equipo/usuario: ETI
Modelo: N04390 SENTENCIA DE TEXTO LIBRE ART 447 LEC

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001231 /2022

Procedimiento origen:

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña.
Procurador/a Sr/a.
Abogado/a Sr/a. CARLOS SARDINERO GARCIA
DEMANDADO , DEMANDADO D/ña.
REASEGUROS SA
Procurador/a Sr/a.
Abogado/a Sr/a. ,

SEGURCAIXA ADESLAS DE SEGUROS

SENTENCIA

En Manacor a 21 de abril de 2025

Vistos por D^a Juez ssta del Juzgado de 1^a Instancia nº 5 de este partido Judicial, los presentes autos de Juicio ordinario nº 1231/2022 seguidos en este Juzgado a instancia de D^a representada por la Procuradora de los Tribunales D^a y asistida del Letrado D. Carlos Sardinero García, contra **SEGURCAIXA ADESLAS,SA, DE SEGUROS Y REASEGUROS**, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a y asistida del Letrado D^a sobre responsabilidad civil por daños y perjuicios; con la Intervencion Voluntaria en calidad de demandado de D. representado por el Procurador y asistido por el letrado D.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la expresada parte actora se formuló demanda de Juicio ordinario en la cual solicitaba que se dictara sentencia condenando a la adversa a pagar la cantidad de 98.216,76 euros, más intereses del art. 20 LCS en concepto de daños y perjuicios y costas.

SEGUNDO.- Que tras ser admitida a trámite la demanda y emplazadas las demandadas para contestar, contestada éstas, se convocó a las partes a la celebración de la audiencia previa, con el resultado que obra en autos. Llegado el día del juicio, éste tuvo lugar con la asistencia de las partes, representadas ambas por Procurador y asistidas de Letrado. Recibido el pleito a prueba por S.S^a, se practicaron las propuestas por las partes, admitidas y declaradas pertinentes con el resultado que obra en autos.

TERCERO.- Que en la sustanciación del presente juicio, se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte **demandante** alegó como fundamento de su pretensión las siguientes consideraciones: a) La actora tiene concertado seguro de salud con la demandada, quien cubrió la asistencia sanitaria controvertida y objeto del presente procedimiento; b) A la paciente se le programó una cirugía de cuadrantectomía para extirpar la masa tumoral de la mama, cirugía que estaba indicada y no se discute pero por un error injustificable, en lugar de extraerle el tumor se le extrajo tejido sano de la mama, por lo que se realizó una segunda cirugía en la que se quitó la mama completa y también la otra mama (completamente sana) como profilaxis por un supuesto alto riesgo de sufrir un segundo cancer de mama que no existía; c) Como consecuencia la demandante estuvo de baja laboral desde el 3/06/2019 (fecha de cirugía cuadrantectomía) hasta el 13/01/2020; d) Como consecuencia ha precisado de tratamiento psicológico en la que se ha puesto de manifiesto la persistencia de secuelas físicas tales como pérdida de movilidad y fuerza en las extremidades (le impiden levantar animales en su trabajo de veterinaria), imposibilidad de dormir

boca abajo por molestias y deterioro de su autoimagen así como estrés postraumático; e) Enviaron hasta dos burofax (el 7/01/2021 y el 20/12/2021) a Adeslas , declinando la demandada su responsabilidad; f) Solicita las siguientes indemnizaciones en concepto de responsabilidad civil:

A) Por lesiones temporales:

- Perjuicio personal particular

225 días de perjuicio moderado a 53,81 €/día: 12.107,25 €

-Por dos intervenciones quirúrgicas de los Grupo III y IV: 1.810.96 €

Total indemnización por lesiones temporales: .918,21 €

B) Por secuelas:

- Perjuicio personal básico

- psicofísico: mastectomía bilateral. 25 puntos: 36.901,19 €

- estético (medio). 18 puntos: 22.537,65 €

- Perjuicio personal particular

- por pérdida de calidad de vida (leve): 10.000 €

-por perjuicio excepcional (incremento del 25 %):14.859,71 €

Total indemnización por secuelas:84.298,55 €

f) Solicitan se declare la responsabilidad de la demandada y, consecuentemente, se le condene a indemnizar a la demandante en la cantidad de 98.216,76 €, más intereses del art. 20 LCS, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos

La demandada **Segurcaixa Adeslas** solicitó como cuestión previa la intervención provocada del Hospital S. Rafael y del Dr. . Alegó, como fundamento de su oposición, las siguientes consideraciones: a) Falta de legitimación pasiva de Segurcaixa Adeslas; b) No es imputable a Segurcaixa Adeslas responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno porque tanto el Hospital de San Rafael como su personal así como el ginecólogo de la demandante, Dr.

son ajenas a Segurcaixa.; c) No consta acreditado que la asistencia prestada a la demandante en el Hospital San Rafael fuera contraria a la Lex Artis ; d) Ausencia de responsabilidad de Segurcaixa por supuesta ausencia de consentimiento informado; e) Improcedencia de la cuantía reclamada, pluspetición; e) Segur Caixa solo se obliga dentro de los límites de la póliza; f) Solicitan ser absueltos.

Concurre la INTERVENCIÓN VOLUNTARIA del **Dr.** quien solicita la desestimación de la demanda por considerar queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva.

Se discute sobre lo siguiente: 1.Mala praxis médica: error en la localización del tumor, mastectomía practicada no necesaria; 2. Falta de consentimiento informado; 3. Quantum indemnizatorio; Intereses del art. 20.4 LCS; 4. Póliza suscrita.

SEGUNDO.- Legitimación pasiva

Considera la demandada que no es imputable a Segurcaixa Adeslas la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno porque tanto el Hospital de San Rafael como su personal así como el ginecólogo de la demandante, Dr. son ajenos a Segurcaixa.

Son ilustrativas para el caso que nos ocupa las SSTS de 19 de diciembre de 2008, 23 de enero de 2009 y 22 de julio de 2010. Estas sentencias refieren que en la responsabilidad de la aseguradora de asistencia sanitaria cabe la existencia de una yuxtaposición de culpas. Una, de naturaleza contractual, surgida de la relación entre la aseguradora y el asegurado, por el que la primera se compromete a la prestación de servicios médicos y quirúrgicos, dentro de los límites y condiciones pactados. Y otra, de naturaleza extracontractual, en relación con la actuación del médico al asegurado enfermo. Habiendo optado la demandante por el ejercicio de la acción contractual, no cabe apreciar litisconsorcio pasivo necesario, lo que no impide que deba examinarse la actuación del facultativo, pues si no ha habido negligencia por

su parte determinante de responsabilidad civil, no podría condenarse a la aseguradora. La sentencia en cuestión considera que ha habido un error de diagnóstico, que ha generado una pérdida de oportunidad para la paciente quien, de haber conocido antes la verdadera patología que presentaba, le hubiera permitido una detección más precoz del cáncer de mama que presentaba.

Por otro lado, en sentencia N.º 191/2020, de 23 de junio, la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial Civil de Madrid (APM) ha conocido el recurso de apelación N.º 27/2020, por la que, desestimando este recurso, resuelve que corresponde indemnizar a la paciente por su aseguradora por vivir el trance de creerse curada, cuando la realidad era que el tumor por el que había sido intervenida seguía activo. El seguro deberá abonar 60.000 euros a la paciente, que tuvo que someterse a una nueva operación, a pesar de ser informada de que su tumor había sido extirpado completamente sin dejar rastro. Se considera, por tanto, que los médicos han actuado en contra de la lex artis (los niveles de calidad exigibles a los servicios profesionales) al asegurar a la paciente que estaba curada.

Dicho lo anterior, traemos a colación la mencionada Sentencia, más allá de su contenido dispositivo, porque introduce interesantes consideraciones al objeto de analizar cuáles son los criterios generales establecidos jurisprudencialmente para entender concurrente la responsabilidad de entidades de seguro de asistencia sanitaria por mala praxis de los facultativos, personal sanitario o centros médicos actuantes, tratándose esta de una temática que genera no pocas divergencias interpretativas en supuestos como el enjuiciado en la Sentencia. Procede prestar atención al Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia el siguiente extracto:

“En efecto la demandante basa su demanda en la concertación del seguro denominado de asistencia sanitaria, que no de reembolso de gastos, por medio del cual la entidad recurrente asumió además del pago de los gastos médicos la prestación de la asistencia sanitaria por medio de los facultativos y por medio de las Clínicas u Hospitales con los que tuviera concertados, que son precisamente los que ha utilizado la demandante. Es obvio que para poder determinar la responsabilidad

de la aseguradora, de ordinario es preciso que con carácter previo se pueda declarar la responsabilidad o se pueda actuar sobre la responsabilidad que hayan podido incurrir tanto los médicos o facultativos dependientes del cuadro médico o elegidos por la demandante dentro de los que se le proporcionan, o de las propias entidades con la que se tienen conciertos de prestación de servicios”.

Dice la STS de 4 junio 2009 lo siguiente: “...La responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por una mala praxis de los facultativos, personal sanitario o Centros médicos, tal y como señala la sentencia de 4 de diciembre de 2007, ha venido reconociéndose o rechazándose por la jurisprudencia de esta Sala en función de diversos criterios aplicados, alternativa o combinadamente, en atención a las circunstancias de cada caso:

1. Responsabilidad por hecho ajeno dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903 I y IV C. La existencia de una relación de dependencia no parece ofrecer duda en aquellos supuestos en los cuales la relación de los médicos con la aseguradora de asistencia médica es una relación de naturaleza laboral. Sin embargo, en la mayoría de los casos esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios entre la entidad aseguradora y el prestador sanitario, según la califica habitualmente la jurisprudencia (SSTS de 12 febrero 1990; 10 de noviembre de 1999) . El hecho de que los facultativos presten sus servicios con total libertad de criterio, de acuerdo con sus conocimientos científicos y técnicos, sin interferencias de las aseguradoras, supone que en principio responde por sí mismo -siempre que reúna las cualidades adecuadas y por ello deba estimarse correctamente seleccionado por parte del empresario; y siempre que éste no ejerza una función de control sobre su actividad-, por lo que en alguna de estas sentencias se contempla algún elemento adicional, como el hecho de la elección directa del médico por la aseguradora.

2. Responsabilidad derivada de naturaleza contractual que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus asegurados, basada normalmente en asumir, más o menos explícitamente, que la aseguradora garantiza o asume el

deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre de 2004 ; 17 de noviembre de 2004), con apoyo en los precedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues en las mutuas no existía separación entre la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica, y en el hecho de que el artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que "el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos".

3. Responsabilidad sanitaria con base en la llamada doctrina o principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores (STS 2 de noviembre 1999 : el seguro se contrató en atención a la garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía, con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial, y también en la STS de 4 de octubre de 2004, en la que se toma en consideración que se garantizaba expresamente una correcta atención al enfermo). En todos estos casos, los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga a resultas del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual, pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora y sin perjuicio de la acción de regreso de ésta contra su auxiliar contractual.

4. Responsabilidad derivada de la existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos o en su actuación (STS 2 de noviembre de 1999).

Este tipo de responsabilidad opera en el marco de la relación contractual determinante de una responsabilidad directa de la aseguradora, pero no es infrecuente la referencia a las disposiciones del Código Civil que regulan la responsabilidad por hecho de otro en el marco de la extracontractual. La sentencia de 21 de junio de 2006 parte del hecho de que la comadrona estaba incluida en el cuadro facultativo de la aseguradora, y otras, más numerosas, de las Audiencias Provinciales, suelen considerar suficiente la inclusión del facultativo en el cuadro médico de la aseguradora para inferir la existencia de responsabilidad por parte de ésta derivada de la culpa in eligendo. Resulta indudable que el examen de las circunstancias de cada caso concreto es ineludible para concretar si la inclusión en el cuadro médico comporta el establecimiento de una relación de dependencia o auxilio contractual con la aseguradora.

5. Responsabilidad en aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios (artículos 26 y 28, en la redacción anterior al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la lex artis ad hoc. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001 #; 26 de marzo de 2004 ; 17 de noviembre de 2004 ; 5 de enero de 2007 # y 26 de abril de 2007).»

En conclusión, en el caso que no ocupa el Hospital de San Rafael, fue el centro médico prestador de la asistencia sanitaria que se discute y se encuentra incluido dentro el cuadro médico correspondiente a la póliza del seguro salud que D^a.

tenía suscrita con Segurcaixa Adeslas. Es por ello que en base a la jurisprudencia referenciada se desestima la excepción procesal planteada de falta de legitimación pasiva.

“Los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga a resultas del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio. Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora y sin perjuicio de la acción e regreso de ésta contra su auxiliar contractual” (STS de 16/01/2012, nº 948/22011).

TERCERO.-Mala praxis médica.

Alega la demandante que a D^a. se le practicó una primera cirugía para extirpar la masa tumoral maligna de una mama pero sin que en dicha cirugía se le extirpara el tumor sino una parte sana de la mama por lo que el tumor se dejó dentro. Actuación que consideran alejada de la buena práctica médica porque no existe ninguna justificación para haber errado en la masa que debía extraerse. Si en la cuadrantectomía se hubiera localizado y extirpado el tumor no se hubiera tenido que realizar la mastectomía total. Consideran que esta última no estaba justificada en función el riesgo existente y que concurrió falta de información. Alegan, asimismo, que no constan en la historia clínica de la paciente los consentimientos informados para la cirugía de mastectomía bilateral y para la segunda cirugía de reconstrucción. Por tanto, son dos las cuestiones principales que se plantean:

- A) Error en la localización del tumor;
- B) B) Ausencia de consentimiento informado.

Pasamos a analizar la prueba practicada. **Concurre la intervención voluntaria del Dr.** (cirujano actuante en las dos intervenciones quirúrgicas), quien compareció y quien, a preguntas de los letrados, explicó que en esas fechas trabajaba en el servicio externo del Hospital de S. Rafael y que su empresa facturaba a Adeslas. Explicó que conocía a la paciente y su familia desde hacía unos 15 años. Que le firmó el consentimiento informado delante suyo. En cuanto a la primera intervención que él *"quitó lo que se palpaba por fuera"*, que quitó lo que consideraron con bordes suficientes y que lo enviaron a Anatomía Patológica y el resultado en un primer momento fue negativo, es decir, *"que habían quitado el tumor"*. Que no utilizaron la técnica del arpón porque se utilizaba en lesiones más pequeñas y que este caso era complejo porque *no era una mama sana*. Fue posteriormente, cuando Anatomía Patológica amplía el análisis y se comprueba que no habían extraído el tumor. Que cuando plantearon la segunda intervención él aconsejó una cirugía de ampliación en la misma mama intervenida y que incluir la otra mama lo propuso la paciente y que a él no le pareció incorrecto para evitar riesgos de reincidencia y por tema estético. Que en este tipo de cirugías hay un 20% de recurrencia .

Declaró en calidad de **testigo D.** anatomopatólogo del Hospital de S. Rafael. Aseguró no tener relación de dependencia ni laboral con la entidad demandada y que sus honorarios provienen de una empresa que tiene un acuerdo con el Hospital de S. Rafael. Explico que el primer análisis que realizó tiene finalidad intraoperatoria y *"que es imposible un análisis pormenorizado"* porque el paciente sigue en quirófano. Aseguró que se trataba de una mama compleja y que el resultado *"se puede confundir"*. A la pregunta de si la pieza que recibió era un carcinoma contestó *"que en apariencia sí"*. A la pregunta si según el informe intraoperatorio habían sido extraído el tumor contestó que *"los bordes estaban libres"* y que se entendió por el cirujano que por estar los bordes limpios se había extraído el tumor. Que el patólogo en ese primer informe no puede analizar toda la pieza sino que para determinar si la lesión es maligna comprueban los bordes.



La testigo de la demandada, la **Dra.** cirujana plástica, reconoció que en junio de 2019 tenía una relación mercantil con Adeslas a través del Hospital de San Rafael. Que en junio de 2019 vio a la paciente para una reconstrucción total y le explicó todas las opciones. En cuanto al consentimiento informado, que se lo enviaron por email para que lo entregase firmado en el H. de S. Rafael. Que estuvo presente en la segunda intervención como cirujana plástica e indicó la mejor vía de abordaje, las más adecuada; que en las posteriores visitas de revisión la paciente no le comentó que estuviera insatisfecha. Se habló de una tercera cirugía para mejorar irregularidades pero no la cubría Adeslas y la paciente dejó de acudir a la consulta. En cuanto a que, como el tumor estaba en la mama derecha y no en la izquierda, si la decisión de profilaxis de las dos mamas era correcta ella respondió que era normal por la sensibilización de la paciente, quien ha vivido antecedentes familiares de cáncer de mama.

Compareció en calidad de testigo el **LR del H. de S. Rafael, Don**

quien lleva apenas seis meses en el cargo. Reconoció que tienen un contrato de prestación de servicios con Adeslas pero que son independientes, no les dan directrices sino que tienen pactadas unas tarifas. En cuanto al protocolo del consentimiento informado respondió que es una obligación legal el recogerlo del paciente antes de cada intervención.

En calidad de perito de la parte actora compareció el **Dr.**

oncólogo, quien se ratificó en su informe (doc. nº 6), realizado en base a la documentación clínica de la paciente. Manifestó no explicarse como no le extrajeron el tumor desde la primera intervención porque si se tienen dudas se marca con un arpón para encontrarlo. Si bien con mamas densas (y 37 años) puede haber confusión por los cambios de la menstruación cuando se tienen dudas se marca el tumor y evitas correr riesgos. Recalcó que cuando concurre algo insospechado hay que replantearse la cirugía para hacerla con seguridad. Manifestó que a la vista del historial de la paciente no era tributaria de una mastectomía subtotal. En cuanto al error, alegado por el cirujano actuante, del tamaño del tumor entre el hallazgo y el RM contestó que no hay discordancia sino error sin trascendencia porque

médicamente ese error no tiene sentido ni relevancia. El verdadero error es no extirpar el tumor en cirugía. Si al explorar a la paciente la localización no es clara no tiene explicación la intervención sin marcador. En la primera cirugía no se trabajó con márgenes cercanos sino que no se sacó el tumor. Es posible no localizar un tumor de 4mm pero el de la paciente tenía el tamaño de una aceituna y no localizarlo no entra en la lógica médica. En cuanto al patólogo no cortó la pieza extraída por la mitad y si lo hubiera hecho hubiera afinado más. El carcinoma estaba localizado por tanto la mastectomía total no estaba indicada, no estaba justificada. A la pregunta de si existen protocolos de actuación en estos casos respondió afirmativamente, y que aconseja procurar una cirugía conservadora con ganglio, y tratamientos posteriores si hay mucha agresividad, pero que no puedes dejarlo asimétrico con el otro pecho. Añadió que si la resonancia no refiere lesión en la otra mama no procede una mastectomía. En la estimación del riesgo se tiene en cuenta el estudio genético y en la paciente era de un 21%, es decir, intermedio. Se aconseja actuar sobre las dos mamas para evitar rescisivas cuando hay mas de 50% de riesgo y, en cualquier caso, dejan un tiempo para reflexionar, después de informar sobre el riesgo, efectos secundarios, despejar dudas..., porque transcurrido este tiempo muchas pacientes cambian de opinión. En este caso con diferencia de una sola semana se produjeron ambas intervenciones. Confesó que de entrada él nunca lo recomienda porque el riesgo es más negativo que positivo. No considera que se le ofreciese un dialogo razonable ni tiempo suficiente para meditarlo. Concluyó que debía haberse extraído el tumor en la primera cirugía sin necesidad de someter a la paciente a una segunda. En cuanto a marcar los tumores manifestó que cuando no lo tienes seguro hay que marcarlo porque si no lo puedes perder. En cuanto a los efectos estéticos cuando se extrae todo de golpe es difícil de valorar hasta el momento en que es reconstruida. Finalmente, en cuanto al consentimiento informado, afirmó que, en cualquier caso, no son válidos sino consta el carácter de la cirugía, las opciones existentes, las peculiaridades de esa paciente,... todo ello para que quede constancia de que se trata de un consentimiento informado correcto.

En su informe presenta las siguientes Conclusiones:

“1. La paciente fue sometida a una cirugía conservadora de un tumor de mama de unos 2 cm de diámetro sobre una mama derecha de pequeño tamaño el 3 de junio de 2019 sin que el tumor fuera extirpado en la intervención. En la pieza quirúrgica no se identificó tumor macroscópico y sólo lesiones benignas proliferativas sin atipia como papilomas intraductales, adenosis esclerosante y fibroadenomatosis.

No se explica este perito cómo esta cirugía sobre una mama de tamaño reducido con un tumor palpable de 2-2.5 cm no se extirpó en el acto quirúrgico del 3 de junio de 2019.

2. Tras la fallida extirpación del tumor el 3 de junio de 2019 se planteó a la paciente la posibilidad de realizar una cirugía más amplia con mastectomía bilateral basándose en el riesgo de cáncer de mama por historia familiar a pesar de tener un estudio genético que no encontró alteraciones y sin realizar una estimación precisa de ese riesgo por un profesional cualificado para ello. Su riesgo estimado para un 2º cáncer de mama se estima en un 21% a lo largo de la vida. También se argumentó que las lesiones benignas encontradas en la tumorectomía del 3 de junio de 2019 suponían un factor de riesgo de un segundo cáncer de mama cuando era lesiones de bajo riesgo.

La historia familiar con el estudio genético realizado y las lesiones benignas encontradas en la tumorectomía del 3 de junio de 2019 no serían criterios para considerar un alto riesgo de cáncer de mama contralateral en el futuro y por ello no estaba justificado una mastectomía bilateral como tratamiento de su cáncer de mama localizado.

3. Plantear la mastectomía bilateral en un segundo momento tras el primer fallido intento de extirpar el tumor de forma conservadora fue un tratamiento agresivo para un cáncer de mama de buen pronóstico que se hubiera podido beneficiar de un tratamiento óptimo con cirugía conservadora de la mama y radioterapia y hormonoterapia adyuvantes.

La paciente fue expuesta a las consecuencias innecesarias de una mastectomía bilateral como tratamiento de su cáncer de mama localizado con las secuelas a corto, medio y largo plazo que ello puede conllevar”.

En calidad de perito, también de la parte actora, declaró el **Dr.**
quien afirmó haber reconocido a la paciente y ratificarse en el informe
(doc. nº 7 demanda) realizado conjuntamente con el Dr.

Contestó que no analizó la praxis pero que la cirugía fue infructuosa.
Estos dos peritos concluyen lo siguiente:

*“1º) - Que D^a. fue diagnosticada de cáncer de mama, indicándose cirugía
en la que por error, en la porción extirpada no se encontraba el tumor.*

*2º).- Que ante lo anterior se indicó una intervención más agresiva, una mastectomía
radical. A mayor abundamiento bilateral, mientras, de acuerdo al Dr. perito
oncólogo que ha estudiado el caso no estaba indicada.*

*3º) Que como consecuencia de lo anterior consideramos un perjuicio temporal de
225 días de perjuicio moderado, durante el cual la paciente permaneció de baja, y
además requirió dos intervenciones de los Grupos III y IV.*

*4º) Que persisten como secuelas 25 puntos de perjuicio fisiológico y 18 de perjuicio
estéticos, que además suponen la existencia de un perjuicio de calidad de vida y un
daño excepcional.*

5º) Que en base a lo anterior se cuantifica el presente informe en 98.216,76€”.

En calidad de perito de la entidad demandada Segurcaixa Adeslas, compareció la
Dra. quien es ginecóloga y practica cirugía de mama . se
ratificó en su informe (doc. nº 9). No reconoció a la paciente. Manifestó que las
pruebas se realizaron conforme a los protocolos. Mientras la paciente está
anestesiada el celador lleva la pieza extraída al patólogo y valora los márgenes libres
de enfermedad: primero enviaron los ganglios centinela, que estaban libres y en un
momento posterior se lleva el tumor extraído al macroscopio. Manifestó que el
cirujano se sorprendió que no hubiera cáncer en la pieza extraída y fue cuando
propuso nueva cuadrantectomía. Reconoció que la extracción de dos cuadrantes
queda mal y que las mastectomía asegura el resultado y también se hace por
estética. A la pregunta si el Dr. informó a la paciente correctamente contestó
que “si así lo escribió debió expresárselo”. Respecto a si hay que dar un tiempo a la
paciente para decidir contestó que la cirugía cuanto más rápida mejor “sobre todo

en un caso excepcional como este". En cuanto al recurso del arpón para indicar la situación del tumor contestó que está indicado cuando la lesión no es palpable. Reconoció que cuando la mama es fibrosa, como es el caso, no es tan fácil localizarlo.

En su Informe presenta las siguientes Conclusiones:

"Primera: Dª [redacted] fue diagnosticada de un carcinoma ductal infiltrante de la mama derecha y el 3 de junio de 2019 fue intervenida mediante una cirugía conservadora, sin que el tumor fuera extirpado en la intervención. Esta situación infrecuente pero posible, se explica porque la paciente presentaba unas mamas muy fibrosas (adenosis esclerosante y cambios fibroadenomatosos). En la exploración intraoperatoria se puede confundir el tejido fibroso con el cáncer dado que es la misma consistencia al tacto. Además, existió la confirmación intraoperatoria por parte del médico patólogo de que los márgenes estaban libres de enfermedad y el patólogo tampoco sospechó la ausencia del cáncer por el aspecto macroscópico de la pieza quirúrgica.

Segunda: Tras la fallida extirpación del tumor el 3 de junio de 2019, la paciente acudió a la consulta de ginecología para programar ampliación quirúrgica de la cuadrantectomía realizada. Se le explicaron a la paciente la discordancia entre los hallazgos de la RM y las otras pruebas, los antecedentes (familiares) y el hallazgo de alteraciones benignas. Así como el tamaño de la mama con resultados estéticos. La paciente aceptó la mastectomía total subcutánea con conservación del complejo areola-pezón, entendiendo las alternativas quirúrgicas (ampliación de la cuadrantectomía), futuras complicaciones como aparición de recidivas locales en el complejo areola pezón y los resultados estéticos. Es más, la paciente planteó al Dr. [redacted] el deseo de mastectomía contralateral profiláctica, es decir prefería extirparse las dos mamas con reconstrucción inmediata. Además, fue valorada en la Consulta de Cirugía plástica previa a la intervención. La paciente aceptó voluntariamente la extirpación de las dos mamas con reconstrucción tras las explicaciones y alternativas ofrecidas.

Tercera: La paciente firmó el Consentimiento Informado para mastectomía subcutánea bilateral (recogido en Historia Clínica). En el caso de esta paciente

se pensó en los beneficios de la mastectomía dado que la mama era pequeña; para conseguir mejores resultados estéticos. Además, en esta cirugía prevalece el deseo de la paciente independientemente del riesgo de recidiva. Su riesgo estimado para un 2º cáncer de mama se estima en un 21% a lo largo de la vida. (datos del peritaje del oncólogo).

VII. CONCLUSION

La actuación del equipo que tardo a la paciente en el Hospital de San Rafael fue ajustada a la Lex Artis."

Lo cierto es que coinciden todos los peritos en afirmar que la primera intervención no extirpó el tumor y que concurrió confirmación intraoperatoria por parte del médico patólogo de que los márgenes estaban libres de enfermedad y el patólogo tampoco "sospechó" la ausencia del cáncer. En estos puntos no hay discusión, con independencia de la interpretación que se le dé. También asegura esta perito que la paciente firmó un consentimiento informado que no existe ni se ha incorporado a estos autos. Es mas, a pesar de la prueba practicada, no conocemos ni como se lleva a cabo este trámite en el Hospital de S. Rafael. Y ello porque la Dra.

incluso afirma que se envía por email (como si fuera un trámite más, carente de mayor relevancia) y que se tiene que devolver firmado, lo cual no parece muy garantista de los derechos del paciente ni con la obligación que tiene el médico de asegurarse de que la paciente ha sido suficientemente informada y que tendrá el tiempo necesario para tomar una decisión desde la serenidad y la reflexión y no desde el miedo propio de este tipo de situaciones, sobre todo cuando se complican, como es el caso.

También declaro como perito de la entidad demandada la **Dra** quien se ratificó en su informe (doc. nº 10). No reconoció personalmente a la paciente. Discrepa de las conclusiones planteadas por la pericial de la parte actora. Asi es el caso el momento de inició del cómputo de los días de baja, que considera que no debe considerarse desde la primera intervención sino desde la segunda. Sorprendentemente considera, que no hay perjuicio de calidad de vida porque no se

ha acreditado y que llevar prótesis no limita , y que “no hay mas que mirar a las famosas”; que los síntomas subjetivos no suponen un perjuicio excepcional, etc.... Cuestiono las fotos aportadas por el perito de la actora y argumento que a la primera intervención la actora se sometió voluntariamente y que por tanto no debía tenerse en cuenta en el importe indemnizatorio. Se trata de unas declaraciones que sorprendieron a esta Juez y que hablan por si solas.

En su Informe presenta las siguientes Conclusiones:

“Primera.- D^a reclama 98.216,76 € por la realización de una mastectomía subcutánea bilateral supuestamente llevada a cabo sin indicación médica, en el Hospital San Rafael el 28 de junio de 2019

Segunda.- Como consecuencia de dicha intervención, la lesionada es portadora de prótesis mamaria bilateral con una cicatriz pequeña en el seno.

Tercera.- Para establecer una relación entre los hechos objeto de litigio y la asistencia dispensada, serán los especialistas los que se pronuncien sobre el cumplimiento de la lex artis, cuyo estudio no es la finalidad del presente informe, por lo que se lleva a cabo la valoración de las lesiones.

Cuarta.- De acuerdo a la Ley 35/2015 se ha realizado una Valoración del Daño Corporal, la valoración del daño se resume de la siguiente forma:

a. Lesiones temporales:

- Perjuicio personal particular por pérdida de calidad de vida moderada: 90 días.

- Intervenciones quirúrgicas:

o Mastectomía simple. Grupo III.

o Extracción de expansor y colocación de prótesis. Grupo III.

b. Secuelas - Perjuicio básico:

- Perjuicio psicofísico: 11 puntos

- Perjuicio estético: 5 puntos

Quinta.- Esta valoración podría modificarse en el caso que se aportara mayor documentación o se procediera a la exploración de la lesionada.”

Es necesario considerar relevante que esta perito discute todas las valoraciones presentadas por la actora SIN haber reconocido a la paciente.

Por último, por parte del Dr. _____ - intervención provocada_ se presento un informe pericial (doc. nº 1) elaborado por el **Dr. D.**

(_____ ginecólogo) quien se ratificó en su informe. Reconoció que tampoco reconoció a la paciente. Habló de "error factible" y no de mala praxis en cuanto a que en la primera intervención no se extrajera el tumor. Que fue a la vista del informe del patólogo que el cirujano consideró terminada la cirugía, convencido de que la pieza extraída era el tumor. Que en un caso como este si se tiene que hacer una nueva cirugía debe ser enseguida. Que se daban dos opciones, la nueva cuadrantectomía y la mastectomía total. Considera que un 21% de reincidencia es riesgo cuando concurren antecedentes de cáncer de varios parientes y la constitución de las mamas son de riesgo (arenosis esclerosante) aunque reconoció que el test genético no lo indicaba. En cuanto a no constar el documento de consentimiento informado da por válido que se haga referencia al mismo en las anotaciones del Dr. _____ Afirmó la existencia de un error del patólogo pero no del cirujano.

Este perito presenta las siguientes Conclusiones:

- "1.- El Dr. _____ afrontó la cirugía de la paciente , comprobando que lo que él palpaba se correspondía con la zona descrita como cancerosa , pero las características de la mama le llevaron a extirpar una zona próxima pero no la tumoral. Esto se hubiera podido rectificar si el estudio intraoperatorio hubiera informado que no existía tumor en la pieza extirpada.*
- 2.- El anatómo patólogo se equivocó ya que no se puede informar en un espécimen que los bordes se encuentran libres de infiltración en el tejido adyacente si no contienen ningún tumor.*
- 3.- Existía la indicación de la mastectomía subcutánea derecha tras el resultado anómalo de la primera cirugía ya que el resultado estético en caso de ampliación y no mastectomía no hubiera sido aceptable.*
- 4.- Aunque no existía indicación absoluta de la mastectomía contralateral, no se puede considerar una mala praxis que se realizara si la paciente ,d espues de una adecuada información así lo solicitó."*

Este perito proyecta toda la responsabilidad en el patólogo y pasa por alto, sorprendentemente, que quien extrajo la pieza sana en lugar del tumor fue el cirujano, como si este no tuviera nada que ver. Igualmente da por sentido que la paciente fue adecuadamente informada, sin que obre ningún consentimiento informado en este procedimiento.

La "lex artis" surge como un protocolo que se exige sea conocido por los profesionales, y esta "diligencia debida" que es la que opera cuando hablamos de responsabilidad civil profesional tiene una íntima conexión con la formación continuada y con el conocimiento acerca de cuál debe ser el modo y forma de proceder protocolizada ante cada supuesto de hecho concreto, pudiendo exponerse que la "mala praxis" existirá cuando el profesional se salga de los patrones habituales que funcionan como respuesta que debe darse ante un caso.

Obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 403/2013 de 18 Jun. 2013, Rec. 368/2011 -EDJ 2013/111169-

En materia de responsabilidad civil médica debe aplicarse la responsabilidad subjetiva o por culpa, y no una responsabilidad objetiva o por riesgo. Es el paciente el que debe probar la culpa del médico y aplicar el nexo de causalidad entre la acción y omisión que se le achaca al médico y el resultado lesivo producido que se le imputa al médico.

"Es doctrina reiterada de esta Sala (sentencias de 1 junio 2011 -EDJ 2011/99508- y de 18 mayo 2012 -EDJ 2012/89300-), que en el ámbito de la responsabilidad del

profesional médico, debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (art.217.5 LEC -EDL 2000/77463-). El criterio de imputación del art.1902 CC -EDL 1889/1- se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (SSTS 24 noviembre 2005 -EDJ 2005/207146-; 10 junio 2008 -EDJ 2008/131352-; 20 noviembre 2009 -EDJ 2009/265694-).

La prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva (SSTS 11 febrero 1998 -EDJ 1998/1501-; 30 junio 2000 -EDJ 2000/15196-; 20 febrero 2003 -EDJ 2003/2072-) y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SSTS 6 febrero -EDJ 1999/942- y 31 julio 1999 -EDJ 1999/19940-, 8 febrero 2000 -EDJ 2000/2107-), aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido (SSTS 30 noviembre 2001 -EDJ 2001/46496-, 7 junio -EDJ 2002/22236- y 23 diciembre 2002 -EDJ 2002/59198-, 29 septiembre -EDJ 2005/157470- y 21 diciembre 2005 -EDJ 2005/206730-; 19 junio -EDJ 2007/92326-, 12 septiembre -EDJ 2007/152408-, 19 -EDJ 2007/184372- y 24 octubre 2007, 13 julio 2010 -EDJ 2010/152957-)."

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 828/2021 de 30 Nov. 2021, Rec. 5955/2018 -EDJ 2021/760013-: Podría existir responsabilidad médica por no haberse ofrecido y dado el consentimiento informado al paciente y, luego, aparece un daño. Así, existe obligación al facultativo de proporcionar al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica, entre otros extremos sobre: "b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la



experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y d) las contraindicaciones.

"Durante muchos años el ejercicio de la medicina respondió a una concepción paternalista, conforme a la cual era el médico quien, por su experiencia, conocimientos y su condición de tercero ajeno a la enfermedad, tomaba las decisiones que, según su criterio profesional, más le convenían al estado de salud y al grado de evolución de la enfermedad de sus pacientes, con la unilateral instauración de tratamientos e indicación de intervenciones quirúrgicas.

No obstante, frente a dicho paternalismo, se ha consagrado normativamente el principio de autonomía de la voluntad del paciente, concebido como el derecho que le corresponde para determinar los tratamientos en los que se encuentran comprometidos su vida e integridad física, que constituyen decisiones personales que exclusivamente le pertenecen.

Desde esta perspectiva, se produce un cambio radical en el rol de las relaciones médico - paciente, limitándose aquél a informar del diagnóstico y pronóstico de las enfermedades, de las distintas alternativas de tratamiento que brinda la ciencia médica, de los riesgos que su práctica encierra, de las consecuencias de no someterse a las indicaciones pautadas, ayudándole, en definitiva, a tomar una decisión, pero sin que ninguna injerencia quepa en la integridad física de cualquier persona sin su consentimiento expreso e informado, salvo situaciones límites de estado de necesidad terapéutico, en las que no es posible obtener un consentimiento de tal clase.

Como explica la sentencia 101/2011, de 4 marzo -EDJ 2011/30414-: "La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses".



Únicamente cuando el enfermo, con una información suficiente y una capacidad de comprensión adecuada, adopta libremente una decisión con respecto a una actuación médica, se puede concluir que quiere el tratamiento que se le va a dispensar. En este sentido, la sentencia 784/2003, de 23 julio -EDJ 2003/80469-, señala que: "la información pretende iluminar al enfermo para que pueda escoger con libertad dentro de las opciones posibles, incluso la de no someterse a ningún tratamiento o intervención quirúrgica".

En este sentido, la STC 37/2011, 28 marzo -EDJ 2011/18185-, señala que el art.15 CE -EDL 1978/3879- comprende: "decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal [...] Ahora bien para que esta facultad de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento". En definitiva, la privación de información equivale a la privación del derecho a consentir.

Especial importancia adquiere en el contexto europeo el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 -EDL 1997/56600-, que entró en vigor en España el uno de enero de 2000, que pretende armonizar las distintas legislaciones europeas sobre la materia, y que se asienta en tres pilares fundamentales: a) el derecho de información del paciente; b) el consentimiento informado y c) la intimidad de la información.

Con evidente inspiración en este Convenio y con antecedente normativo en la Ley General de la Sanidad de 1986 -EDL 1986/10228-, se dictó la L 41/2002, de 14 noviembre -EDL 2002/44837-, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La mentada Ley tiene la condición de básica, de conformidad con lo establecido en el art.149.1.1ª y 16ª de la CE -EDL 1978/3879-, por lo que el Estado y las

Comunidades Autónomas adoptarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para la efectividad de dicha norma.

Pues bien, en este caso, se consideran infringidos por su indebida aplicación los arts.8 y 10 de la precitada L 41/2002, de 14 de noviembre -EDL 2002/44837-. El primero de los mentados preceptos proclama que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art.4 -EDL 2002/44837-, haya valorado las opciones propias del caso. Dicho consentimiento se prestará por escrito en el caso de las intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en la aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

El segundo de los precitados preceptos, impone la obligación al facultativo de proporcionar al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica, entre otros extremos sobre: "b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y d) las contraindicaciones".

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 284/2014 de 6 Jun. 2014, Rec. 847/2012 -EDJ 2014/91085-: Cuando nos encontramos ante un caso concreto en el que nos situamos con un daño médico que es excesivo puede aplicarse esta teoría del daño desproporcionado en contra del médico si se comprueba que en supuestos semejantes no es posible que lo ocurrido en cuanto al daño al paciente está exagerado de lo que podría ocurrir en situaciones idénticas, por lo que cabría utilizar esta tesis como coadyuvante a la presunción de culpa. Y ello exige una razón o justificación explicativa acerca de por qué surgió ese daño tan desproporcionado con las circunstancias del caso y otros semejantes. Se exige, así, una explicación racional del médico en estos casos.



"La doctrina del daño desproporcionado, permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito, pues ante la existencia de un daño de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume (SSTS 16 abril, rec. nº1667/2000 -EDJ 2007/32751-, y 23 mayo 2007, rec. nº1940/2000 -EDJ 2007/40206-).

El daño desproporcionado - STS 19 julio 2013, rec. nº939/2011 -EDJ 2013/150004- es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el "onus probandi" "de la relación de causalidad y la presunción de culpa (SSTS 30 junio 2009, rec. 222/205 -EDJ 2009/158045-; 27 diciembre 2011, rec. nº2069/2008 -EDJ 2011/307886-, entre otras), sin que ello implique la objetivización, en todo caso, de la responsabilidad por actos médico", "sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia (res ipsa loquitur)" (STS 23 octubre 2008, rec. nº870/2003 -EDJ 2008/190074-).

El criterio básico de imputación estriba en la determinación de si se comportó con arreglo a las pautas o parámetros prescritos, según el estado actual de la ciencia, para la praxis médico-quirúrgica, lo que esta Sala ha denominado *lex artis ad hoc*."

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 715/2013 de 25 Nov. 2013, Rec. 2187/2011 -EDJ 2013/233974-: En este caso se traslada a las aseguradoras de

las pólizas de seguros colectivos de responsabilidad médica por mala praxis que la exclusión de cobertura en caso de defectos en el consentimiento informado es cláusula limitativa de derechos y debe ser firmada expresamente por cada médico colegiado. Y si no es así no se admite la exclusión de cobertura y debe responder la aseguradora.

"La Audiencia que la cláusula que excluye en la póliza litigiosa -cláusula 5.37- la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de solicitar y obtener del paciente en determinados casos, el consentimiento informado por escrito, es limitativa de derechos, por cuanto que el incumplimiento de dicha obligación, aunque sea una obligación impuesta por la ley, primero, forma parte de la obligación general del médico en el ejercicio de su actividad profesional, forma parte de la *lex artis* y, segundo, no es el incumplimiento de una obligación que tiene un contenido explícitamente legal, por ello intencional o necesariamente intencional en la producción del siniestro, ni desde luego excluyente de la actividad médica generadora del riesgo, pues tal deber es tan médico como cualquiera, dada la naturaleza estrictamente sanitaria que el consentimiento informado tiene; y dado que las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados deben cumplir, en orden a su validez, como expresión de un principio de transparencia legalmente impuesto, los requisitos de ser destacadas de modo especial y ser específicamente aceptadas por escrito, en el caso que nos ocupa, ni las generales ni las particulares, ni en el boletín de suscripción-adhesión, ni en el certificado de aseguramiento, no consta dicha firma como tampoco la entrega de las condiciones al asegurado, lo que supone un incumplimiento de los requisitos de transparencia exigidos específicamente para las cláusulas limitativas de derechos a que se refiere el art.3 LCS -EDL 1980/4219-, por lo que la inoponibilidad de dichas cláusulas deviene evidente.

Tiene establecido esta Sala (SSTS 28 noviembre 2007 -EDJ 2007/222925-, 15 noviembre -EDJ 2006/306294- y 21 diciembre 2006 -EDJ 2006/353226-, entre otras), que la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la *lex artis* ad hoc, en la que se integran un conjunto de

deberes profesionales exigibles en las artes profesionales, con inclusión de las que tienen un contenido estatutario legal, como en el presente caso, (art.8 de la L 41/2002 -EDL 2002/44837-, sobre el consentimiento informado) así como aquéllas derivadas del ejercicio profesional, por una actuación culposa o negligente, vinculada causalmente a la producción de un daño, lo que puede dar lugar a las responsabilidades profesionales.

La limitación de la cobertura que se pretende, en un caso de responsabilidad civil profesional, por un incumplimiento de una norma, pone en evidencia que es una cláusula limitativa de derechos del asegurado, por lo que, debía haberse observado cuanto establece el art.3 LCS -EDL 1980/4219-. Como señala la sentencia recurrida es limitativa por cuanto la obligación incumplida forma parte de la general del médico en el ejercicio de su actividad, y es de carácter tan médico como cualquiera, dada la naturaleza estrictamente sanitaria que el consentimiento informado tiene (del Fundamento de Derecho Cuarto)."

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 240/2016 de 12 Abr. 2016, Rec. 618/2014 -EDJ 2016/40498-:En la intervención médica la facilidad probatoria exige la prueba de la información médica al paciente y del consentimiento informado firmado por el paciente acerca de los riesgos de la intervención y la asunción por éste último.

"El consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la lex artis y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 mayo -EDJ 2003/17151-; 23 julio 2003 -EDJ 2003/80469-; 21 diciembre 2005 -EDJ 2005/206730-; 15 noviembre 2006 -EDJ 2006/306294-; 13 -EDJ 2011/71295- y 27 mayo 2011), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la L 14/1986, de 25 abril, General de Sanidad -EDL 1986/10228-, y ahora, con más precisión, con la L 41/2002, de 14 de noviembre -EDL 2002/44837- de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad.

Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto, aún en aquellos supuestos en los que se actúa de forma necesaria sobre el enfermo para evitar ulteriores consecuencias (SSTS 4 marzo 2011 -EDJ 2011/30414-, 8 septiembre 2015 -EDJ 2015/153881-).

Con la misma reiteración ha declarado esta Sala que la información por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente (SSTS 13 octubre 2009 -EDJ 2009/234615-; 27 septiembre 2010 -EDJ 2010/201439-; 1 junio 2011 -EDJ 2011/99508-). Es, además, acorde con el contenido del derecho fundamental afectado y con la exigencia de una interpretación de la legalidad en sentido más favorable a su efectividad, como exige la STC 29 marzo 2010, con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en si misma se desarrolle con sujeción a la lex artis (STS 19 de noviembre de 2007 -EDJ 2007/213143-), pues una cosa es que la actuación del médico se lleve a cabo con absoluta corrección y otra distinta que la reprochabilidad pueda basarse en la no intervención de un consentimiento del paciente o sus familiares debidamente informado por el médico.

Pues bien, Ni la información Ni el consentimiento se han acreditado en este caso, que tuvo como destinatario a un paciente que podía tener información de la intervención de un tumor de 2 cm a la que se sometía, pero que nunca se imaginó, que le extraerían pieza sana en lugar del tumor en cuestión. Todo lo que aconteció despues es una nebulosa pues no hay ninguna constancia de que recibiese información cumplida tanto de la intervención posterior como de la anestesia, de sus

riesgos personalizados relacionados son su estado de salud o patologías que le aquejaban, de las posibles complicaciones que pudieran aparecer en el curso de la intervención, los perjuicios de los tratamientos posteriores, los perjuicios de las prótesis, etc ; la ausencia de todo lo cual NUNCA le permitió hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias de la actuación médica a la que se iba a someter.

Conclusiones

1.- La obligación de la medicina curativa es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención. En base a ello no concurre buena praxis en el presente caso a partir del momento que en la primera intervención no se extrajo el tumor de solo dos cm localizado en la mama derecha sino tejido completamente sano. Sorprendentemente, ni el cirujano ni el patólogo intervinientes lo advirtieron. Ello provocó una segunda cirugía en la que se le quitaron ambas mamas, a pesar de estar localizado el tumor en una de ellas con todas las secuelas que ello implica a diferentes niveles (tratamientos durante años, limitaciones de movilidad, de tipo estético en una mujer muy joven, de tipo sexual, etc).

En este caso no concurren simples alteraciones biológicas que hayan dado lugar a nuevas intervenciones y por tanto no se trata de un supuesto de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico.

2.- El criterio de imputación del art.1902 CC -EDL 1889/1- se funda en la culpabilidad y se considera acreditada la concurrencia de culpas, por parte del cirujano y del patólogo intervinientes. Respecto al cirujano por no adoptar las medidas oportunas para tener localizado el tumor en la primera cirugía y evitar extraer en lugar del tumor una pieza totalmente sana; y por parte del patólogo por no analizar completamente la pieza de tejido extraída. Ha quedado plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo.

3- Se da un daño desproporcionado teniendo en cuenta que el tumor “del tamaño de una aceituna”, se encontraba perfectamente localizado en la mama derecha, y que finalmente, tras lo que ha sido calificado como “un error” supuso se le extirparan ambas mamas. Este daño exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. El daño desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. La explicación del cirujano que descarga toda la responsabilidad en la paciente y en el patólogo no es aceptable.

4.-Las partes no solicitaron el interrogatorio de la demandante y por tanto desconocemos las conversaciones que precedieron a la segunda intervención. Tampoco se ha aportado el consentimiento informado. El cirujano insiste en que se firmó el documento pero ni el Hospital de S. Rafael ni el cirujano lo han facilitado.

La materialización de un riesgo típico informado y consentido no es fuente de responsabilidad civil, salvo concurrencia de culpa o negligencia. En este caso concurre culpa y negligencia por parte de ambos profesionales, por parte del cirujano y del patólogo, ello sumado a la ausencia de consentimiento informado, en tanto en cuanto si ninguno de los implicados se ha preocupado en aportarlo no podemos considerar su existencia . La actora aportó copia del correo electrónico acreditativo de la solicitud de la paciente de dichos consentimiento informados y la respuesta negativa del hospital, junto con el archivo pdf facilitado por el mismo (Mas doc. nº 1).

Por todo lo expuesto y en base a la prueba practicada, principalmente las testificales y periciales entendemos que existe responsabilidad civil médica por parte del cirujano y patólogo intervinientes, Dr. _____ y Dr. _____, en consecuencia de la aseguradora demandada.

CUARTO.-Período de estabilización lesional y perjuicio personal.

Las cuestiones a resolver se centran en determinar cuál es el periodo necesitado por la perjudicada para la estabilidad lesional y el tema de las secuelas. La demandada discute la valoración presentada por la actora con argumentos muy superficiales y poco serios.

La incapacidad temporal para el perjudicado por un siniestro comprende el **período** que va desde la producción del siniestro hasta que se produce la sanidad o **“estabilidad lesional”**.

La Sentencia del TS de 19 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/218716) establece que la incapacidad temporal *“comprende únicamente el periodo que se extiende hasta la curación o estabilización de las lesiones derivadas del siniestro, durante el cual la víctima recibió tratamiento médico. En consecuencia, una vez que las lesiones se estabilizan en el sentido de que no son susceptibles de curarse ni de mejorar con el tratamiento médico recibido, dicho daño corporal ha de valorarse como secuelas determinantes de una incapacidad, no ya temporal sino permanente”*; añadiendo que no es vinculante el periodo de baja laboral *“en la medida que esta puede estar relacionada con las propias lesiones permanentes, finalmente determinantes de que se reconozca a la víctima una invalidez en el orden social, siendo irrelevante a tales efectos que fueran estas secuelas las que mantuvieran a la víctima en situación de baja laboral”*. El período de incapacidad, a efectos médico legales en el ámbito civil, no tiene una relación directa con la incapacidad laboral. Es más, no es anómalo que el alta laboral no llegue a obtenerse nunca, dependiendo de las secuelas. Esto mismo estableció la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 6 de julio de 2012, que tomó como base la jurisprudencia del Tribunal Supremo, señalando que el concepto de sanidad, desde el punto de vista médico legal debe ponerse en relación con la idea de estabilidad lesional.

Del informe médico de la demanda (doc. nº 7) se constata que el periodo de curación comprende los días 225 días comprendidos desde día de la primera

intervención, el 3/06/2019 , a la fecha de alta laboral, 13/01/2020. Corroborado por el historial medico que consta en autos . No puede admitirse como fecha de inicio del computo, tal como refiere la demandada, la fecha de la segunda intervención porque la primera fue el detonante de todo lo que sucedió después y que es motivo de reclamación.

La pericial presenta por la actora (doc. nº 7) explica de forma detallada cada una de las secuelas:

1. Valoración de las secuelas fisiológicas: La paciente sufre una mastectomía bilateral que se puntúa con 25 puntos.
2. Valoración del perjuicio estético. Tal y como se observa en la imágenes de la página 8 del presente informe, la informada sufre estrías en la parte medial de las mamas, y cicatrices en región periareolar que deforman la mama, especialmente en mama izquierda. Esto será es visible con escotes, en traje de baño y tiene especial trascendencia en la esfera íntima de la informada, que ha visto muy afectada su vida sexual, y no reconoce las mamas como suyas.
3. Perjuicio personal particular: Ante la existencia de afectación de la actividad sexual, de la práctica deportiva, y una cierta afectación de su profesión, y la edad de la paciente, que no ha alcanzado el 80% de su esperanza vital, consideramos una indemnización por perjuicio leve equiparable a 10.000€.
4. - Perjuicio excepcional: La paciente hubo de afrontar un nuevo trauma tras el diagnóstico de cáncer y el tratamiento quirúrgico al que se había sometido: el tumor continuaba, intacto, dentro de ella. Lo anterior supone un evidente un perjuicio que podríamos llamar excepcional, cuyo sufrimiento además queda plasmado en el informe de la psicóloga que la trata. Además de lo anterior las prótesis tienen una vida limitada, por lo que ante la juventud de la paciente deberá afrontar nuevas cirugías para recambios protésicos, con los respectivos periodos de recuperación.
5. Por lo anteriormente expuesto consideramos un perjuicio excepcional del 25.
6. Cuantificación tiempo de estabilización:

Por 225 días de perjuicio moderado a 53,81 €/día: 12.107,25 €.

Por dos intervenciones quirúrgicas de los Grupo III y IV: 1.810.96 €.

Total por tiempo de estabilización: 13.918,21€

7. Cuantificación secuelas:

Por 25 puntos de perjuicio fisiológico: 36.901,19 €.

Por 18 puntos de perjuicio estético: 22.537,65 € €.

Total: 59.438,84 €

8. Cuantificación perjuicio particular.

Por perjuicio por pérdida de calidad de vida leve: 10.000€.

Por perjuicio excepcional: 14.859,71 €

Total: 24.859,71 €

9. Cuantificación final:

$13.918,21 + 59.438,84 + 24.859,71 = 98.216,76€$

Consideramos que la valoración aportada por la parte demandante es ajustada a derecho. No hay que olvidar que no fue solicitado en la audiencia previa el interrogatorio de la parte actora por ninguna de las partes. . Tampoco podemos pasar por alto que los médicos, que redactaron los otros dos informes periciales de parte, ninguno de ellos reconoció a la paciente personalmente.

Es una máxima de experiencia que, ante un mismo diagnóstico, no puede establecerse patrones de tratamientos ni días concretos necesarios para la estabilidad lesional. Depende de factores concretos como la edad, salud, fortaleza,

psicología, evolución, trabajo que desempeñe, lugar de rehabilitación, etc. Todas esas circunstancias que pueden acaecer es la que determina el tiempo necesitado para la sanación. En este caso, han existido secuelas, muy evidentes desde el punto de vista estético y difícilmente aceptables y asumibles en una mujer joven de 37 años, cuando se podían haber evitado o al menos visto reducidas si la primera intervención se hubiera practicado conforme a la lex artis. Por ello, se considera adecuado y proporcionado, en atención a las circunstancias de esta paciente, la valoración planteada por la parte actora.

Por todo ello, ha de atenderse al informe médico aportado por la actora, firmado por dos médicos, el Dr. . y el Dr.

quienes no solo reconocieron personalmente a la paciente tal cual lo atestiguan las fotografías del estado de las mamas, que le realizaron y que acompañan su informe de forma más que elocuente, sino que recogieron su relato de secuelas (limitación para coger pesos grandes por molestias ya que le tiran los pectorales, siendo ella veterinaria y debiendo coger perros grandes de unos 30 Kg, por lo que necesita de la ayuda de algún compañero; Sufre de limitación en sus actividades deportivas e incluso imposibilidad de ejercicios que impliquen pectorales, flexiones, pesas,...; y a nivel íntimo se siente frustrada, considera sus mamas antinaturales y tiene estrías, además de alteraciones de sensibilidad y dolor en pezones. Hemos de valorar preferentemente este informe de la actora que los informados por peritos de las demandadas, que no reconocieron en ningún momento a la paciente y que no han presentado ningún tipo de prueba que desacredite al primero.

TERCERO.- Intereses de la LCS.

D^a es demandante y la compañía SEGURCAIXA ADESLAS, S.A., DE SEGUROS Y REASEGUROS es demandada, una aseguradora. El art. 20.8 LCS dispone que *“no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable”*.

En relación a dicho artículo el Tribunal Supremo ha señalado, en Sentencia de 29 de Noviembre de 2005, que la jurisprudencia contempla específicamente algunos supuestos en los que estima que concurre una circunstancia que libera al asegurador del pago de los intereses moratorios, a saber: a) Cuando la determinación de la causa del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, en especial cuando es discutible la existencia o realidad del siniestro, como sucede cuando no se han determinado sus causas y esto es determinante de la indemnización o de su cuantía, y cuando exista discusión entre las partes, no sobre el importe exacto de la indemnización, sino sobre la procedencia o no de cubrir el siniestro; b) Cuando junto a la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional competente para la determinación de la causa, culposa o no, de la producción del siniestro, sea necesaria la decisión judicial para la fijación exacta de la cantidad que debe abonar el asegurador por vía de indemnización ante las discrepancias existentes entre las partes, y c) Aquellos supuestos en los que la complejidad de las relaciones habidas entre las partes litigantes excluyen la fácil determinación de la cantidad realmente adeudada.

En el caso de autos, no resulta de aplicación el apartado 8 del art. 20 LCS, antes citado, puesto que se niega por la demandada cualquier tipo de responsabilidad por los hechos denunciados. No se trata de una mera oposición a la cuantía indemnizatoria

CUARTO.- En cuanto a las costas, siendo una estimación íntegra y aplicando el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se hace expresa condena en costas a la parte demandada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación

FALLO

Se **estima íntegramente la demanda** formulada por D^a
representada por la Procuradora de los Tribunales D^a.



contra SEGURCAIXA ADESLAS,SA, DE SEGUROS Y REASEGUROS,
representada por la Procuradora de los Tribunales D^a En
consecuencia, **se condena** a la entidad demandada a pagar a la parte actora la
cantidad de **98.216,76** euros más los intereses legales. Todo ello con expresa
imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese a las partes la presente resolución.

Llévese el original al Libro de Sentencias y líbrese testimonio de la misma para que
conste en autos.

Contra esta resolución cabe formular recurso de apelación ante la AUDIENCIA
PROVINCIAL, que se interpondrá en el plazo de veinte días contados desde el día
siguiente a la notificación, conforme disponen los artículos 455 y siguientes de la Ley
de Enjuiciamiento Civil. Doy Fe.

Así lo acuerda, manda y firma; Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha
sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal
que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de
las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las
víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con
fines contrarios a las leyes.