

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 42 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 5 - 28020

Tfno: 914932837

Fax: 914932839

42020310

NIG: 28.079.00.2-2015/0275624

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1755/2015

Materia: Contratos en general

F

Demandante: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña.

Demandado: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña.

SENTENCIA Nº 26/2018

En Madrid, a veintinueve de enero de dos mil dieciocho

D^a, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 42 de Madrid, ha visto los presentes autos de juicio ORDINARIO seguidos en este Juzgado bajo el número 1755/15, entre la parte demandante D^a, actuando a su vez en nombre de su hijo menor de edad D., representados por la Procuradora Sra. Solera Lama y asistidos por el Letrado D. Carlos Sardinero García, y el demandado, representado por el Procurador Sr.y asistido por el Letrado Sr....., sobre reclamación de cantidad por responsabilidad derivada de imprudencia profesional,

Con base en los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la mencionada representación de la parte actora se interpuso demanda de juicio ordinario, que correspondió a este Juzgado por turno se reparto, en la que, tras la alegación fáctica y jurídica que tuvo por conveniente, terminaba solicitando que *se dictara sentencia por la que se condene al demandado al pago de la cantidad de 19.811 euros, más intereses, por los daños y perjuicios sufridos, con expresa imposición de costas.*

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda se acordó el emplazamiento del demandado para que personándose en autos contestara aquella en tiempo y forma, lo que evacuó mediante escrito que quedó unido a las actuaciones en el que se allanaba parcialmente a la demanda contraria en la *cantidad de 10.411 euros, sin perjuicio de que esta cantidad*

podiera ser modificada conforme a las conclusiones del informe del especialista en Valoración del Daño Corporal que anuncia, con expresa condena en costas a la parte demandante.

TERCERO: Convocada la audiencia previa prevista legalmente esta tuvo lugar el día señalado con la asistencia de todas las partes. No fue posible alcanzar un acuerdo por lo que continuó el acto para el objeto previsto.

La parte demandante ratificó el escrito de demanda y solicitó prueba documental y pericial.

La parte demandada ratificó el escrito de contestación aunque rebajó la cantidad en la que se había allanado a la de 4.049,63 euros acorde con las conclusiones del informe pericial presentado. Solicitó prueba documental y pericial.

de forma que demandante y demandado ratificaron sus escritos de demanda y contestación.

Admitida la prueba propuesta, conforme consta en las actuaciones, se señaló día y hora para la celebración de vista. Entretanto las partes fueron derivadas a mediación intrajudicial que, como consta en las actuaciones, concluyó sin avenencia.

CUARTO: La vista tuvo lugar el día señalado con la asistencia de todas las partes. Se practicó la prueba que había sido propuesta y admitida, en el orden previsto legalmente y con el resultado que obra en autos, y evacuadas conclusiones por las partes quedaron las actuaciones para sentencia.

QUINTO: En la tramitación de este juicio se han observado todas las prescripciones legales.

Y en los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte actora ejercita acción de condena con base, esencialmente, en los preceptos del Código Civil que regulan el arrendamiento de servicios y los arts. 1098, 1101, 1104, 1108, 1089 y 1544 del Código Civil alegando que su hijo menor de edad tenía que ser intervenido quirúrgicamente de un quiste óseo en el pie derecho, según diferentes pruebas médicas y exploraciones a las que fue sometido, pero que, en su lugar, llegado el día de la intervención, el 17 de julio de 2014, esta se produjo sobre el pie izquierdo. Indican que como consecuencia de la intervención se le produjo al menor una pérdida de tejido óseo en el pie izquierdo, en el que no había ninguna patología, además de permanecer con escayola hasta el día 18 de agosto de 2014 y de tener que ser intervenido posteriormente del pie derecho en el mes de diciembre, lo que supuso que el niño perdiera varios días de escolarización, circunstancia estas que no se habrían producido con la primera intervención programada para el verano. Reclama la cantidad de 19.811 euros por un día de hospitalización; por 32 días de baja impeditiva; por 14 días de baja no impeditiva; por 5 puntos de secuelas descritas como pérdida de tejido óseo en el pie izquierdo y talalgia postraumática; y 7 puntos de secuela de perjuicio estético; además de gastos médicos y la cantidad de 6.000 euros por daño moral por

haber tenido que ser sometido a dos intervenciones quirúrgicas, siendo la primera de ellas innecesaria e inútil.

El demandado se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra reconociendo su responsabilidad en los hechos pero considerando excesiva la cantidad reclamada de manera que, habiéndose allanado en el escrito de contestación al pago de la cantidad de 10.411 euros, redujo el allanamiento en el acto de la audiencia previa a la de 4.049,63 euros con base en un informe pericial de valoración del daño corporal en el que se contempla 1 día de hospitalización; 28 días de baja impeditivos; 14 días de baja no impeditivos; 1 punto de secuela funcional y 1 punto de perjuicio estético.

SEGUNDO: No es cuestión controvertida la responsabilidad del demandado en los daños por los que se reclama derivados de una errónea praxis médica al haber intervenido quirúrgicamente al hijo menor de edad de los demandantes en el pie izquierdo que no adolecía de patología alguna, en lugar de en el pie derecho en el que se había constatado la existencia de un quiste óseo. Admitida por el demandado su responsabilidad en los hechos, la cuestión controvertida ha quedado reducida a la entidad del daño derivado de esa negligencia y a la determinación de la cantidad indemnizatoria procedente para reparar ese daño.

Las pretensiones de una y otra parte se basan en sendos informes periciales, siendo muy destacable la postura procesal del demandado que habiéndose allanado en el escrito de contestación al pago de la cantidad de 10.411 euros, redujo el allanamiento a la cantidad de 4.049,63 euros en el acto de la audiencia previa con base en un informe pericial presentado después de la contestación, cuando parece que antes de la contestación ya pudo disponer de todos datos precisos para haber contado con un informe pericial y haber ajustado a este su ofrecimiento.

En cualquier caso, respecto a la prueba pericial es sabido que el juez deberá valorar los dictámenes tomando en cuenta sus propias máximas de experiencia, como son la lógica interna del informe del experto, su ajuste a la realidad del pleito, la titulación del perito con relación a lo que constituye el objeto de la pericia, la relación entre el resultado de la pericial y los demás medios probatorios obrantes en autos, el detalle y exhaustividad del informe, la metodología o las operaciones practicadas para la obtención de conclusiones, como son la inspección, la extracción de muestras o la realización de análisis. Además, como dice reiteradamente el Tribunal Supremo en multitud de resoluciones, la prueba pericial es de libre apreciación por el juez (sentencias de 12 de noviembre de 1988, 9 de diciembre de 1989, 19 de noviembre de 2002, 18 de julio de 2003, 19 de abril y 6 de octubre de 2004, etc.) y no existen reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, que se ha de apreciar según las reglas de la sana crítica. El tribunal, al valorar la prueba por medio de dictamen de peritos, deberá ponderar, entre otras, las siguientes cuestiones: 1º Los razonamientos que contengan los dictámenes, y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro (STS 10 de febrero de 1.994). 2º Deberá, también, tener en cuenta el tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten, tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes, como de los dictámenes emitidos por peritos designados

por el tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes (STS 4 de diciembre de 1.989) 3º Otro factor a ponderar por el tribunal deberá ser el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes (STS 28 de enero de 1.995).

En el presente caso, la discrepancia fundamental en los dos informes periciales con los que se cuenta se encuentra en la constatación y en la valoración de las secuelas, porque existe casi identidad en los días de baja reconocidos, con la sola diferencia en los días de baja impositivos que la parte actora cuantifica en 32 días, determinando que la escayola le fue retirada el 18 de agosto de 2014, y la parte demandada en 28 días porque contempla que la retirada de la escayola se produjo en 4 semanas, según informaron a la perito los padres del menor (así lo dijo aquella en la vista). Ciertamente, no existe en autos ningún informe médico del que resulte que la escayola se retiró exactamente el día 18 de agosto de 2014 pero la precisión de la demanda al indicar que se produjo ese día, información que también se ofreció al perito que ha informado a instancia de la actora, y la aproximación entre el mismo y lo que podría ser un periodo de cuatro semanas, permiten otorgar verosimilitud a lo expuesto en este punto por los demandantes y reconocer un periodo de baja impositiva de 32 días.

De este modo, se indemnizará por un día de hospitalización, 32 días de baja impositivos y 14 días de baja no impositivos la cantidad total de 2.380,96 euros.

Respecto a las secuelas, los demandantes contemplan la existencia de pérdida de tejido óseo en el pie izquierdo, que valoran en 2 puntos, y talalgia, que valoran en 3 puntos. Dadas las características de la intervención es evidente que se produjo una pérdida de tejido óseo en el pie izquierdo, y, según explicó en el plenario el perito Sr., no se rellenó con hueso propio lo que no favorece tanto el crecimiento óseo. La perito Sra. admitió esa pérdida de tejido óseo y, aunque indicó que no ha constatado que de la misma se derive ninguna alteración funcional, valora 1 punto de secuela “si tuviera alteración funcional o dolor”. Lo que parece obvio es que la zona habrá quedado debilitada innecesaria e injustificadamente; la sola pérdida de tejido óseo es una secuela que tener en cuenta con independencia de si conlleva más o menos limitaciones funcionales y, atendiendo a la edad del perjudicado y a la zona afectada, la valoración en 2 puntos se considera más ajustada a la entidad secuelar.

La demandada rechaza la secuela de talalgia porque la perito no evidenció dolor en esa zona (indicó en la vista que ni siquiera le fue referido en la exploración), ni constan asistencias médicas durante todos estos años asociadas a dolor en el talón izquierdo. Por el contrario el Sr. indica en su informe que la cicatriz del pie izquierdo es “dolorosa a la palpación” y que se observa presencia de dolor en el pie izquierdo en la zona del calcáneo que radiológicamente se manifiesta por una “pérdida de sustancia ósea, no integración del fosfato tricálcico y una osteolisis alrededor del mismo”. En el acto de la vista explicó que es normal que exista dolor derivado de la pérdida de sustancia ósea y del hecho antes expuesto de que no se rellenase con hueso propio pero no fue muy explícito en las características y cualidad de dicho dolor ni en si es incuestionable su definitiva persistencia. Ciertamente, la única mención que existe en los informes médicos presentados sobre la

lesión en el pie izquierdo posterior a la intervención es un informe de radiología de 30 de octubre de 2014 en el que se constata “lesión lítica de baja agresividad en calcáneo izquierdo probablemente de carácter residual según los daños que se hacen constan en los antecedentes del paciente” pero no existe ninguna referencia a la existencia de dolor. No puede pasarse por alto el carácter quasisubjetivo de este tipo de secuelas, pero tampoco puede descartarse la existencia de dolor residual en el talón, que no haya precisado de asistencias médicas posteriores por ser de escasa relevancia, persistencia o entidad, teniendo en cuenta que la zona se encuentra debilitada y traumáticamente afectada por la pérdida de hueso, por lo que es más que probable y no descartable desde el punto de vista médico que pueda existir dolor, siquiera ocasional, en el talón y que este miembro quede afectado de forma permanente por la secuela. Además, en este punto deben acogerse las conclusiones del informe pericial de la parte demandante por la titulación de quien lo emite, específicamente vinculada a lesiones en el pie, lo que permite otorgarle mayor eficacia probatoria en este punto, tanto en la consideración de la existencia de la secuela como en su valoración en 3 puntos.

Consecuentemente, por 5 puntos de secuelas funcionales (pérdida de tejido óseo y talalgia postraumática) se reconoce la cantidad de 4.460 euros solicitada por la actora (aunque conforme al baremo de 2014 correspondería la cantidad de 4.707,40 euros, pero al ser superior, y de acuerdo con el principio dispositivo que rige el proceso civil, no puede otorgarse).

Sin embargo, no puede acogerse la valoración del perjuicio estético contenida en el informe pericial de la parte actora, como moderado y en 7 puntos, por ser manifiestamente exagerada. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que las fotografías presentadas como documento nº 6 de la demanda se circunscriben a la propia cicatriz (ampliada) pero no ofrecen una visión global del pie lo que impide hacerse a la idea de la incidencia real que aquella pueda tener en el aspecto general del mismo. Además, es evidente que su aspecto habrá variado y que se habrá atenuado su visibilidad por efecto del paso del tiempo y la incidencia de la luz solar y de otros factores. Así, atendiendo al tamaño de la cicatriz, al lugar en el que está ubicada y a la edad del perjudicado se considera que implica un perjuicio estético ligero y se valora en 3 puntos, correspondiendo por ellos la cantidad de 2.706,93 euros.

Finalmente, se reclama por la parte demandante la cantidad de 6.000 euros como daño moral. No reconoce el demandado esta cantidad por considerar que se trata de un daño no acreditado y porque este tipo de daños están incluidos en la valoración de los puntos por lesiones permanentes del Baremo de tráfico aplicado por las partes para el cálculo de la indemnización. Recordemos, en primer lugar, que dicho baremo se aplica en este caso por asimilación y para favorecer un cálculo de la indemnización basado en parámetros uniformes pero que no es de estricta observancia en todas sus pautas porque no nos encontramos ante lesiones o daños derivados de un accidente de circulación por culpa extracontractual, sino ante un resultado dañoso derivado de una negligencia médica, en el marco de un vínculo contractual, en el que la obligación de resarcimiento o indemnización en el caso de incumplimiento de las obligaciones se rige por otros criterios legales y jurisprudenciales, siendo estos criterios, en el ámbito en el que nos encontramos, especialmente exigentes. De este modo, considero que es perfectamente admisible la existencia de un daño moral indemnizable de forma separada y con carácter propio.

Y, así, debe recordarse, como enseña la STS de 31 de mayo de 2002, que cuando el daño moral emane de un daño material (s. 19 octubre 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la "*in re ipsa loquitur*", o cuando se da una situación de notoriedad (SS. 15 febrero 1994, 11 marzo 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria. Las sentencias de la Sala Primera han reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa (S. 22 mayo 1995), relativa e imprecisa (SS. 14 diciembre 1996 y 5 octubre 1998). Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se extendió su ámbito adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos, que limitaban su aplicación a la concepción clásica del "*pretium doloris*" y los ataques a los derechos de la personalidad (S. 19 octubre de 1998). Ciertamente que todavía las hipótesis más numerosas se manifiestan en relación con las intromisiones en el honor e intimidad (donde tiene reconocimiento legislativo), los ataques al prestigio profesional, propiedad intelectual (igualmente con regulación legal), y, precisamente, en la responsabilidad sanitaria (Sentencias 22 mayo 1995, 27 enero 1997, 28 diciembre 1998 y 27 septiembre 1999), pero ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista con fundamento en el principio de indemnidad. La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (Sentencias 22 mayo 1995, 19 octubre 1996, 27 septiembre 1999). La reciente jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual -Sentencia de 23 de julio de 1990 -, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia -Sentencia de 6 de junio de 1990-, la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre -Sentencia de 22 de mayo de 1995-, el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente, -Sentencia de 27 de enero de 1998 -, impacto, quebrantamiento o sufrimiento psíquico -Sentencia de 2 de julio de 1999 y de 31 de mayo de 2000 -. Si bien, como se precisa en la misma Sentencia de 14 de julio de 2006 los daños morales en sí mismos carecen de valor económico, no por eso dejan de ser indemnizables, conforme a conocida y reiterada jurisprudencia civil, en cuanto actúan como compensadores en lo posible de los padecimientos psíquicos irrogados a quien se puede considerar víctima, y aunque el dinero no actúe como equivalente, que es el caso de resarcimiento de daños materiales, en el ámbito del daño moral la indemnización al menos palía el padecimiento en cuanto contribuye a equilibrar el patrimonio, permitiendo algunas satisfacciones para neutralizar los padecimientos sufridos y la afección y ofensa que se implantó, correspondiendo a los Tribunales fijarlos equitativamente. De ahí que, ante, frente, o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del lucro cesante o el daño emergente la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado (STS 5 de junio de 2008)

En este caso, es más que evidente que el menor afectado por la mala praxis médica atribuida al demandado ha sufrido un daño moral indemnizable vinculado al hecho de haber sido sometido a una intervención quirúrgica absolutamente innecesaria, tener que soportar un

posterior periodo de curación incapacitante, que le privó de poder desarrollar sus actividades habituales durante algo más de un mes, y quedar con las secuelas en el talón antes reconocidas. Esto implicó, a su vez, que la intervención quirúrgica pautada, la del pie derecho, tuviera que realizarse unos meses después, ya en época escolar, con la consiguiente pérdida de clases y actividades deportivas y nuevo sometimiento a un periodo incapacitante de curación. Es evidente, sin necesidad de la rigurosa acreditación que reclama el demandado en el escrito de contestación, que el perjudicado debió sufrir rabia, impotencia y ansiedad ante la situación provocada, máxime cuando se trata de un niño de 12 años al que probablemente le resultaría más dificultoso comprender lo que había ocurrido.

En consecuencia, se considera suficientemente probada la existencia de un daño moral indemnizable, causalmente vinculado a la negligencia atribuida al demandado, y estimo que la cantidad adecuada para su resarcimiento es la de 3.500 euros por considerarla más proporcionada a las circunstancias concurrentes que de 6.000 euros la reclamada por la parte.

En consecuencia, la demanda será parcialmente estimada condenando al demandado a pagar a la actora la cantidad de 13.295,29 euros.

TERCERO: DE LOS INTERESES. El art. 1108 del Código Civil, en relación con el art.1100 del mismo Cuerpo Legal, establece que cuando la obligación consistiere en la entrega de una cantidad de dinero, como la presente, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de los daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, el interés legal. Por otro lado, el art.576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, esta devengará a favor del acreedor, desde que fuera dictada en Primera Instancia y hasta que sea totalmente ejecutada, un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes.

En el presente caso, la cantidad objeto de condena devengará intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda y hasta el pago, con el incremento previsto legalmente a partir de la fecha de esta resolución.

CUARTO: DE LAS COSTAS. Conforme a lo previsto en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al producirse una estimación parcial de la demanda no se hace especial condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda interpuesta porY D.
....., actuando a su vez en nombre de su hijo menor de edad D.

....., representados por la Procuradora Sra. Solera Lama, frente a , representado por el Procurador Sr., DEBO CONDENAR Y CONDENO al citado demandado a pagar a los demandantes la cantidad de TRECE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO euros y VEINTINUEVE céntimos (13.295,29), más intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y hasta el pago, con el incremento previsto legalmente a partir de la fecha de esta resolución, sin especial condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de APELACIÓN, que se interpondrá ante este Juzgado en el plazo de VEINTE días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación, para ante la Audiencia Provincial de Madrid, previo depósito de la cantidad de 50 euros en la forma prevista legalmente y bajo apercibimiento de inadmisión.

Así por esta mi sentencia, de la que se deducirá testimonio para su unión a los autos quedando el original en el libro de Sentencias, juzgando en Primera Instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACIÓN: La anterior sentencia ha sido notificada, publicada y archivada en la Secretaría de este Juzgado, quedando por testimonio en autos conforme a lo ordenado. Doy fe.