|  |  |
| --- | --- |
| **Juzgado de 1ª Instancia nº 50 de Madrid**C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 1 - 28020Tfno: 914936840,6841Fax: 91493683942020310 |  |

NIG: 28.079.42.2-2013/0134673

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1009/2013**

Materia:

**Demandante::** D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. MARIA SOLEDAD VALLES RODRIGUEZ

**Demandado::** D./Dña

PROCURADOR D./Dña. NURIA FELIU SUAREZ

**SENTENCIA Nº 169/2016**

**JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ:** Dña. MARÍA DEL ROSARIO CAMPESINO TEMPRANO

**Lugar**: Madrid

**Fecha**: dos de junio de dos mil dieciséis

Vistos por Dña. MARIA DEL ROSARIO CAMPESINO TEMPRANO , Iltma. Sra. MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia nº 50 de MADRID, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO 1009/2013 seguidos ante este Juzgado, a instancia de Dña. …………representada por la Procuradora Dña. MARIA SOLEDAD VALLES RODRIGUEZ contra D…………… representado por la Procuradora Dña. NURIA FELIU SUAREZ.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-**Por la representación de la parte actora se formula demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicita previa alegación de los Hechos y Fundamentos de Derecho, que se dicte sentencia por la que se condene a la parte demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 20.150 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos, como consecuencia de la vulneración del principio de la “lex artis ad hoc”, más los intereses conforme al artículo 576 de la LEC.

 **SEGUNDO.-** Que admitida a trámite la demanda, se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que en el término legal, compareciere en autos asistida de Abogado y Procurador y contestara aquélla, lo cual verificó, en tiempo y forma, mediante la presentación de escrito de contestación a la demanda, arreglado a las prescripciones legales, suplicando se desestimase la de contrario. Que por resolución, se convocó a las partes a la audiencia previa que previene el artículo 414 de la L.E.C. la que tuvo lugar con la concurrencia de las partes y habiéndose solicitado el recibimiento del juicio a prueba. Una vez admitidas las pruebas pertinentes se convocó a las partes para la celebración del juicio y practicadas en dicho acto las propuestas y admitidas, con el resultado que obra en autos, quedaron seguidamente los autos vistos para Sentencia. Acordándose en virtud de Auto dictado en fecha 1 de Marzo de 2016 la práctica de diligencia final, celebrándose con el resultado que consta en autos, presentando las partes, dentro del quinto día, escritos valorando el resultado, de conformidad con el artículo 436.1 de la LEC.

**TERCERO.-**En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las formalidades legales.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO**.- Por la representación procesal de la parte actora se ejercita acción contra D. ………en reclamación de 20.150 euros en concepto de indemnización por los perjuicios ocasionados a su mandante como consecuencia de la intervención de mamoplastia practicada por el demandado en fecha 16 de Agosto 2012; al no advertírsele de que podría no lograr el efecto pretendido que era elevar los pechos y no haberse conseguido dicho fin sino el contrario, interesando en concepto de indemnización la cantidad de 6.000 euros, presupuestada para una nueva intervención quirúrgica, por daño psicológico e inhibición sexual el importe de 2.550 euros, por daño moral 6.000 euros, y por 193 días no impeditivos la cantidad de 7.600 euros, cantidades que se concretaron en el acto del juicio.

La representación procesal de la parte demandada se opone a la demanda alegando que se informó a la actora de los tratamientos y riesgos del procedimiento, proponiéndose la realización en un primer momento de una mamoplastia de aumento y en una segunda intervención, una mastopexia bilateral, sin que se incurriera en negligencia por su mandante e impugna la cuantía reclamada en concepto de indemnización .

**SEGUNDO**.- Es un hecho no controvertido que el demandado practicó a la actora una intervención de mamoplastia de aumento, suscribiéndose por la demandante el consentimiento que se adjunta como documento 3 con la demanda.

Al respecto de la cirugía estética, en ocasiones, la doctrina jurisprudencial, como se recoge en la Sentencia de 26 de Marzo de 2004, ha dado, un tratamiento distinto a la medicina voluntaria o estética frente a la curativa o necesaria, y así tras recordar que "en sede de responsabilidad médica, tanto contractual como en la extracontractual, la culpa así como la relación de causalidad entre el daño y el mal del paciente y la actuación médica, ha de probarla el paciente" añade que "esta doctrina sobre la carga de la prueba se excepciona en dos supuestos, amén de cuando el propio Tribunal de Instancia ya lo haya probado:

1º.- Cuando por la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva el paciente es cliente y la obligación ya es de resultado por ubicarse el acto médico en una especie de "locatio operis" "Sentencias de 25 de Abril de 1994 y 11 de Febrero de 1997.

2º.- En aquellos casos en los que por circunstancias especiales y probadas el daño del paciente o es desproporcionado o enorme, o se aprecia obstrucción, o falta de cooperación del médico, en los términos análogos a los de, entre varias, las Sentencias de 29 de Julio de 1994, 2 de Diciembre de 1996 y 21 de Julio de 1997".

Asimismo la Sentencia de 25 de Abril de 1994, junto con las de 31 de Enero de 1996 (vasectomía); 11 de Febrero de 1997 (vasectomía); 28 de junio de 1999 (tratamiento dental); 11 de Diciembre de 2001 (protusión del maxilar superior) y 22 de Julio de 2003 (mejora del aspecto físico y estético de los senos), entre otras, se refieren a una doble obligación del médico, de medios y de resultados. Se afirma que en la medicina llamada voluntaria la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte -el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra -médico- por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso.

Ahora bien no debemos olvidar que tal corriente ha sido cuestionada en las últimas resoluciones del Tribunal Supremo y así la Sentencia de 30 de Junio de 2009 indica que "la distinción entre obligación de medios y resultados ("discutida obligación de medios y resultados", dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Junio 2007), no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuya diferencia tampoco aparece muy clara en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no solo físico. La responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya 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. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuacion médica ajustada a la lex artis, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (Sentencia del Tribunal Supremo 12 de Marzo de 2008). Las doctrinas sobre medicina curativa-medicina satisfactiva, y sobre obligación de medios-obligación del resultado, dice la Sentencia de 23 de Octubre de 2008, no se resuelven en respuestas absolutas, dado que según los casos y las circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias. Las singularidades y particularidades, por tanto, de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso y de la responsabilidad consiguiente. En este sentido, la Sentencia de 22 de Noviembre de 2007, analizando un supuesto de medicina voluntaria o satisfactiva, declara que "no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuanto resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de Abril de 1994, 11 de Febrero de 1997, 7 de Abril de 2004, 21 de Octubre de 2005, 4 de Octubre de 2006 y 23 de Mayo de 2007".

Pues bien, la parte actora basa en primer término la responsabilidad del demandado en la falta de información sobre el riesgo de que una vez practicada la mamoplastia de aumento, no se consiguiera el fin pretendido que era la elevación de los pechos y fuera preciso practicar una segunda intervención consistente en una mastopexia.

Ha de estimarse acreditado que la finalidad de la actora era una elevación de los pechos a tenor de la declaración de la testigo Dña………………, enfermera que forma parte del equipo del demandado, y que estuvo presente en la consulta efectuada por la actora y ello atendiendo a que aunque dicha testigo manifiesta en un primer término, que el propósito de la actora era únicamente un aumento de pecho, lo cierto es que declara que cuando una vez practicada la mamoplastia de aumento, la demandante en nueva consulta médica manifestó que no estaba satisfecha por no haber obtenido como resultado una elevación del pecho, se le propuso solucionarlo, sin coste alguno, con la práctica de una nueva intervención quirúrgica de mastopexia, lo que lleva a presumir razonablemente que dicha segunda intervención sin coste venía motivada por no haber obtenido el resultado de elevación de pecho pretendido por la actora, ya que no es lógico pensar que si únicamente había solicitado la práctica de una mamoplastia de aumento, el demandado, sin coste alguno, le ofreciera la práctica de una segunda intervención con finalidad diversa al aumento de pecho. Haciéndose constar dicho ofrecimiento en el informe médico emitido por el demandado, aportado como documento 6 con la demanda.

Establecida dicha cuestión, ha de señalarse que en este caso no estamos en presencia de falta de información de un riesgo derivado de la intervención de mamoplastia de aumento inicialmente practicada, sino de falta de información sobre la técnica a utilizar para solucionar el problema planteado por la demandante. Así el perito D. ………., cirujano plástico, que ratifica el informe pericial obrante en autos, señala que para conseguir elevar los pechos existen tres opciones, una de ellas practicar una mamoplastia de aumento únicamente, ya que existe un porcentaje elevado de casos en que dicha intervención determina que se produzca una elevación del pecho, una segunda que consiste en practicar la mamoplastia de aumento y una mastopexia y una tercera opción que es practicar una mastopexia en el supuesto de que la mamoplastia de aumento no consiga el resultado de elevación del pecho, ya que la mastopexia supone un tratamiento más invasivo que determina la existencia de cicatrices. Pues bien, con independencia de que la mamoplastia de aumento practicada por el demandado se ajuste a la lex artis, lo cierto es que lo que no se ha acreditado por el demandado es que informara a la actora de las tres opciones anteriormente referidas para conseguir elevar el pecho y que ésta optara por practicarse en primer término una mamoplastia de aumento y si no se conseguía la elevación del pecho someterse a una intervención de mastopexia, ya que el consentimiento suscrito por la misma únicamente se refiere a la intervención de mamoplastia de aumento y a los riesgos de ésta, sin que conste información alguna respecto de la necesidad de practicar una intervención con objeto diverso como es la mastopexia en el supuesto de que no se consiguiera con la mamoplastia de aumento el resultado pretendido, puesto que la posibilidad de realizar una cirugía adicional contemplada no conllevara la información sobre las opciones quirúrgicas expuestas por el perito anteriormente referido.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Octubre de 2005 señala que “en los supuestos de medicina satisfactiva o voluntaria "se acrecienta, -para algún sector doctrinal es el único aspecto del enfoque judicial en el que debe operar la distinción con la medicina denominada necesaria, curativa o asistencial-, el deber de información médica, porque si éste se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información (conocimiento) prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminazión sobre la salud y persona que es la finalidad perseguida por la norma (artículo 10.5 y 6 de la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de Abril y en la actual Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente 41/2002, de 14 de Noviembre), con más razón es exigible tal derecho cuando el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención habida cuenta la innecesariedad o falta de premura de la misma; a lo que debe añadirse la oportunidad de mantener un criterio más riguroso, que respecto de la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención.

El deber de información en la medicina satisfactiva -en el caso, cirugía estética-, en la perspectiva de la información dirigida a la obtención del consentimiento para la intervención, también denominada en nuestra doctrina "información como requisito previo para la validez del consentimiento", que es la que aquí interesa como información objetiva, veraz, completa y asequible, no solo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riegos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica.

Por tanto debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente”.

Siendo que en el caso que nos ocupa lo que no consta no es la falta de información sobre los riesgos de la mamoplastia de aumento practicada sino la falta de información sobre la técnica quirúrgica, que podía conllevar la necesidad de una segunda intervención tras la mamoplastia de aumento practicada, determinando dicha falta de información una mala praxis médica y como tal ha de ser tenida en consideración a los efectos de indemnizar a la actora.

La parte demandante interesa como indemnización la cantidad de 6.000 euros presupuestada para una nueva intervención quirúrgica, aportando como documento 7 un presupuesto del equipo médico quirúrgico de la Doctora ……..considerándose razonable condenar al demandado al abono de dicho importe, ya que si bien contempla el presupuesto la mastopexia bilateral ofrecida por el mismo, sin coste alguno, una vez practicada la mamoplastia de aumento, es lógico que la actora ante el incumplimiento por el actor de las obligaciones de información anteriormente expuestas no tenga la intención de que dicha intervención se practique por el demandado.

Asimismo la parte actora reclama la cantidad de 2.550 euros por daño psicológico e inhibición sexual, siendo hecho reconocido por la parte actora que con anterioridad a la práctica de la intervención que nos ocupa, tomaba un antidepresivo y el hecho de que posteriormente se incrementara la dosis, no determina que se haya acreditado por la actora, a quien incumbe la carga de la prueba conforme al artículo 217 de la LEC, que dicha circunstancia tenga su origen en los hechos que nos ocupan, ya que no se aporta informe psicológico que así lo acredite, tal y como señala la perito Dña. ……., quien señala que la demandante le había manifestado que ya tomaba antidepresivos como consecuencia del fallecimiento de su cónyuge, por lo que al no acreditarse la relación de causalidad no cabe conceder indemnización alguna por el trastorno depresivo e igualmente ha de llegarse a la misma conclusión respecto de la inhibición sexual, ya que no consta causa física o psicológica alguna que determine dicha circunstancia, reconociendo el perito D. ………. que dicha circunstancia la hace constar en su informe por la simple referencia de la actora.

En cuanto a la cantidad de 7.600 euros reclamada por 193 días no impeditivos, no consta que la demandante tuviera un periodo de curación en relación a la mamoplastia de aumento por ella consentida superior al periodo de curación normal, tal y como señala la perito referida, no pudiendo pretender tomar como fecha de curación la del informe emitido por el demandado el 26 de Mayo de 2013, aportado como documento 6, del que no se deriva que hasta dicha fecha se practicara tratamiento curativo alguno.

Por último y a tenor de los conceptos concretados por la parte actora en el acto del juicio como reclamados en concepto de indemnización, se manifiesta solicitar en concepto de daño moral la suma de 6.000 euros. Al respecto señala la Jurisprudencia que el concepto de "daño moral" no es desde luego tan aprehensible como el daño físico o material, y todavía resulta tarea más complicada la de su cuantificación, al presentar un componente subjetivo, que le confiere unos contornos borrosos de difícil precisión. Estableciendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2.006 que: "Los daños morales efectivamente no resultan de pruebas directas u objetivas, por lo que cabe su cuantificación judicial atendiendo a las circunstancias concurrentes". Así la Sentencia de 9 de diciembre de 2003 señala que “de lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y la angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro”, estimándose razonable dicha cantidad, teniendo en consideración que no consta que la actora fuera debidamente informada de las opciones que disponía para conseguir el fin pretendido que era la elevación de los pechos, privándole de tomar voluntariamente la opción que considerara más adecuada que en su caso podría ser la opción de en una única intervención practicar la mamoplastia de aumento y la mastopexia, sin someterse a una nueva anestesia en una segunda intervención, todo lo cual conlleva que se estime parcialmente la demanda formulada.

**TERCERO**.- De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la LEC, han de imponerse las costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

**FALLO**

 Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Dña. ……….representada por la Procuradora Dña. MARIA SOLEDAD VALLES RODRIGUEZ contra D. ……… representado por la Procuradora Dña. NURIA FELIU SUAREZ, debo condenar y condeno a la parte demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 12.000 euros (DOCE MIL EUROS) en concepto de indemnización, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2544-0000-04-1009-13 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1ª Instancia nº 50 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2544-0000-04-1009-13

.

Así mismo deberá aportar justificante del pago de la tasa prevista en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

**PUBLICACIÓN**: Firmada la anterior resolución número 169/2016 es entregada en el día de hoy en esta Secretaría para su notificación dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión a los autos quedando el original archivado en el libro correspondiente.

MADRID en la fecha 14 de Junio de 2.016