

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 81 DE MADRID**

C/ Princesa, 3 , Planta 9 - 28008

Tfno: 914438818,8819

Fax: 915423051

42010143

NIG: 28.079.42.2-2013/0147836

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1149/2013**

**D<sup>a</sup>**, representada por la Procuradora Sra. Solera Lama

....., representada por la Procuradora Sra. Sánchez



(01) 30431535891

**SENTENCIA Nº 232/2015**

En Madrid, a diez de noviembre de dos mil quince.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Carlos Ceballos Norte, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 81 de Madrid, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos con el número 1149/2013, *a instancia de D<sup>a</sup>...*, representada por la Procuradora Sra. Solera Lama y dirigida por el Letrado Sr. Sardinero, *contra* ... representada por la Procuradora Sra. Sánchez y dirigida por el Letrado Sr. Formes.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la Procuradora Sra. Solera Lama, en nombre y representación de D<sup>a</sup>..., se formuló demanda de juicio ordinario contra ...basada en los hechos y los fundamentos de derecho que aquí se dan por reproducidos, terminando por suplicar al Juzgado que, previa la tramitación correspondiente, se dicte sentencia por la que se condene a la demandada a abonar la suma de 85.000 Euros, más intereses desde la fecha de interposición de la demanda y costas.

**SEGUNDO.-** Por decreto de fecha 28/10/2013 se admitió a trámite la demanda y se emplazó a la demandada para que la contestase en el plazo de veinte días.

**TERCERO.-** Dentro de plazo, ... representada por la Procuradora Sra. Sánchez, presentó escrito de contestación a la demanda, interesando que se dictara sentencia desestimatoria de la demanda.

**CUARTO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 9/01/2015, se citó a las partes a la audiencia previa, en la que se dio un primer turno de palabra para alegaciones. No siendo posible el acuerdo, se recibió el pleito a prueba. La parte actora propuso los siguientes medios: documental, pericial, testifical; la parte demandada los siguientes: documental, testifical y pericial.

**QUINTO.-** El día y hora señalados para el juicio se practicaron los medios probatorios con el resultado que obra en autos; tras ello, se concedió un turno de palabra para conclusiones, quedando los autos vistos para sentencia.

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Falta de legitimación pasiva.**

**PRIMERO.-** La demanda se formula contra..., en virtud de la relación que le unía a la actora, por el seguro médico que ésta tenía contratado con dicha entidad, que le ofertaba un cuadro médico entre los que se encontraba el médico a quien imputa la actuación médica dañosa.

Es decir, la prestación médico sanitaria se efectuó con cargo y por cuenta de la entidad demandada.

La acción ejercitada es la de responsabilidad contractual, por las resultas dañosas derivadas de la deficiente prestación sanitaria prestada en cumplimiento del contrato de seguro de asistencia que liga a demandante y demandada, según señala la STS de 19 de Junio del 2001 [ROJ: STS 5243/2001].

La responsabilidad de la demandada deriva de la prestación sanitaria que se obligó a prestar a la actora (a través del cuadro médico que ofertaba), en virtud del contrato de seguro médico; ésta prestación sanitaria incluye no solo garantizar que va a recibir una prestación sanitaria sino también que va a responder frente a las posibles negligencias que se produzcan en el ámbito de la relación de contrato de asistencia médica que había asumido (SSTS 2 noviembre 1999; 19 junio 2001, 4 de diciembre 2007; 19 de diciembre 2008; 4 de junio 2009, entre otras, todas ellas citadas por la STS de 22 de Julio de 2010 [ROJ: STS 4523/2010]).

La doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por una mala praxis de los facultativos, personal sanitario o Centros médicos, tal y como señalan las sentencias de 4 de diciembre de 2007 y 4 de junio 2009 y STS de 4 de Noviembre del 2010 [ROJ: STS 6363/2010], se concreta en diversos supuestos:

(a) Responsabilidad por hecho ajeno dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903 I y IV CC. 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.

(b) 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 e iguales 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".

(c) 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.

(d) 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 eligiendo.

(e) 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 nuestro caso, la prestación médico sanitaria se efectuó con cargo y por cuenta de la entidad demandada, y, por ello, es irrelevante, lo alegado por la demandada sobre que la misma no puede responder civilmente de la actuación profesional del médico, por mucho que la Clínica no sea gestionada por la demandada; ello es irrelevante porque la

responsabilidad de la demandada deriva de la prestación sanitaria que se obligó a prestar a la actora en virtud del contrato de seguro médico; ésta prestación sanitaria incluye no solo garantizar que va a recibir una prestación sanitaria sino también que va a responder frente a las posibles negligencias que se produzcan en el ámbito de la relación de contrato de asistencia médica que había asumido (SSTS 2 noviembre 1999; 19 junio 2001, 4 de diciembre 2007; 19 de diciembre 2008; 4 de junio 2009, entre otras, todas ellas citadas por la STS de 22 de Julio de 2010 [ROJ: STS 4523/2010]).

Por todo lo expuesto, procede desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva que plantea...

### **Infracciones de la lex artis imputables a D.**

**SEGUNDO.-** De las documentales públicas y privadas y pericial practicada, resulta acreditado lo siguiente:

1.- D...acude el 22/10/2013 a la Clínica de D. con antecedente de operación de cataratas en ambos ojos e intolerancia a lentes de contacto y afaquia intracapsular, por lo que se propuso implante de lente intraocular que se realizó en el ojo derecho el 10 de noviembre de 2003 y en ojo izquierdo el 9 de diciembre de 2003.

No existe prueba de que esta indicación de cirugía fuera incorrecta, pues se trataba de una paciente ya operada a la que se le había quitado el cristalino y no se le había sustituido por ningún otro elemento; dijo el perito de la actora que la colocación de una lente intraocular en este tipo de pacientes era una operación que se hacía en aquella época para personas que no tenían cristalino, con la finalidad de mejorar la visión del paciente [49:30 DVD 2].

En este caso, el debate sobre la obligación de medios o la obligación de resultados es totalmente irrelevante.

La STS de 30 de Junio del 2009 [ROJ: STS 4687/2009], con cita de la STS de 29 de junio de 2007, sobre la distinción entre obligación de medios y de resultados ("discutida obligación de medios y resultados"), dice que "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 sólo 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, propia de nuestro sistema, 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 actuación 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 (STS 12 de marzo 2008 ). Las doctrinas sobre medicina curativa-medicina satisfactiva, y sobre obligación de medios-obligación de 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 cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 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)".

Es, en definitiva, lo que se conoce como la *lex artis* o lo que es lo mismo un supuesto y elemento esencial para llevar a cabo la actividad médica y obtener de una forma diligente la curación del enfermo, a la que es ajena el resultado obtenido puesto que no asegura o garantiza el interés final perseguido por el paciente".

En el mismo sentido, STS de 03 de marzo de 2010 [ROJ: STS 976/2010] y STS de 19 de julio de 2013 [ROJ: STS 4090/2013] dictada en un caso de daños sufridos como consecuencia de una reconstrucción mamaria.

Para la acreditación o no del cumplimiento de la *lex artis* y consiguiente buena praxis, el Tribunal Supremo se ha pronunciado [entre otras, la reciente STS 475/2013 de 3 de julio de 2013 (EDJ 2013/127300)] 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). El criterio de imputación del art. 1902 CC 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 de noviembre de 2005; 10 de junio 2008; 20 de octubre 2009; 18 de mayo 2012). 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 de febrero de 1998; 30 de junio de 2000; 20 de febrero de 2003) y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SSTS 6 de febrero y 31 de julio de 1999, 8 de febrero de 2000)".

**2.- Con la historia clínica conocida es imposible saber con absoluta seguridad si la implantación quirúrgica de la lente fue correcta.** Sabemos, por el informe pericial de la Sra. Poyales, aportado a las actuaciones como documental pública (doc. nº 13 de la demanda), que en este punto la historia clínica es muy limitada, pero debe destacarse lo siguiente:

\* Se describe que se realizó una incisión de 3.2 mm, cuando se necesita mínimo una incisión de 5 mm para implantar una lente de cámara anterior.

\* No consta el tipo de lente intraocular implantada, tan sólo la potencia dióptrica.

\* No consta el tipo de anestesia que se utilizó.

\* No consta el estado del ojo al finalizar la cirugía.

\* No consta exploración del ojo desde el día de la intervención (diciembre de 2003). Se limita a decir que el ojo está “bien”, “tranquilo”, “correcto”, “sin cambios”, sin describir el estado de la córnea ni la posición de la lente, información fundamental para hacer un seguimiento adecuado.

\* No consta en la historia si se realizó vitrectomía anterior (imprescindible para la correcta colocación de la lente en caso de haber vítreo en cámara anterior). No consta el estado de la pupila ni la situación de la lente al final de la cirugía.

Teniendo en cuenta que fue necesaria una recolocación de la lente en febrero de 2007 y que en marzo de 2006 se presentaron ya molestias en el ojo izquierdo, puede aventurarse que la lente pudo estar mal colocada desde el principio, porque contactaba con la córnea, dañándola, pero lo cierto es que durante más de dos años la parte actora no se quejó de ella, lo que impide considerar acreditado que existiera mala praxis en la colocación de la LIO.

Ha quedado acreditado que el endotelio es la capa más interna de la córnea, que si se lesiona la córnea acumula agua y pierde su transparencia, que el paciente pierde visión y se forman unas ampollas que cuando se rompen son dolorosas y se pueden infectar; y, por otro lado, que el contacto de los hápticos (las patitas de la lente) con el endotelio por una colocación incorrecta de la lente, puede perfectamente causar ese daño en el endotelio y, por tanto el edema; ahora bien, dado el tiempo transcurrido desde la intervención quirúrgica (diciembre de 2006) hasta que aparecen las primeras molestias (marzo de 2006), falta el elemento temporal para considerar acreditado que el edema corneal tuvo su origen en una incorrecta colocación de la lente en la primera cirugía, como afirma la Sra. Poyales en su informe.

Además, el perito de la actora, Sr. indicó en el juicio que el contacto entre las patas de la LIO y el endotelio es una complicación “que le puede ocurrir a cualquiera” [37:20 DVD 2], con clara referencia a que sólo de ese concreto dato no se puede extraer la existencia de una mala praxis, independientemente de que también afirmara este perito que, una vez que se presenta esa complicación y se constata que hay un agente mecánico que roza y que produce el daño hay, que poner el tratamiento adecuado, lo que no se hizo en el caso que nos ocupa, como más adelante se detallará.

3.- **No se ha dado un tratamiento adecuado a la tensión intraocular.** Dice el perito SR.

en su informe (página 12) que “no se encuentran especificados en la historia clínica los antecedentes de glaucoma anteriores a 1990 de D<sup>a</sup>..., ni está considerado el diagnóstico de glaucoma en su evolución posterior, aunque precisó tratamiento constatado antiglaucomatoso el 07.01.04 y siguientes”.

En el juicio dijo este perito que había un “fantasma” detrás que era la tensión intraocular [40:00 DVD 2], que con fecha 22/10/2003 ya tiene 25 mm de mercurio, cinco más de lo normal, y que no se ve que esté atendido en el historial clínico hasta el 7/03/2007.

Lo mismo dice la Sra..., para quien la presión intraocular era alta, pues en la historia clínica “consta que tiene una presión intraocular de 25 (normal hasta 20) y que se le pone tratamiento pero en las sucesivas visitas no consta si se le cambia el tratamiento o si se suspende en algún momento”. Añade que “tampoco consta el estado del nervio óptico, fundamental en el seguimiento de un paciente con hipertensión ocular”.

Aclaró el perito de la actora que el glaucoma es una hiperpresión intraocular mantenida en el tiempo y no corregida por el tratamiento, y que no se le hizo un diagnóstico específico de ese glaucoma.

4.- **El tratamiento antiedema fue tardío e insuficiente.** El 3/03/2006 la paciente se presenta con “Dolor O.I.”. El 13/09/2006 se anota “se inicia edema corneal inferior OI” y el 16/11/2006 se vuelve a decir “edema corneal inferior”, anotación que se repite el 11/01/07. Unos días más tarde, el 19/01/2007 se anota “OI comienza a desaparecer el edema superior”, pero el 29/01/2007 se vuelve a anotar “sigue edema”, hasta que el 6/02/2007 se anota “recolocar LIO OI” y el 9/02/2007 se decide recolocar la lente OI.

Pues bien, el tratamiento antiedema no fue correcto, por los siguientes motivos, que se extraen del informe de la Sra.:

\* El tratamiento correcto es tópico con colirio, pomada antiedema e hipotensores oculares, y debe instaurarse inmediatamente, en cuanto se identifica el edema (en este caso, el 13/09/2006).

\* En este caso pasan 6 meses hasta que se pone el colirio antiedema y no se sabe con qué posología al no constar en la historia. Además, no se pautan hipotensores ni pomada antiedema.

\* En septiembre de 2006 **se indica un tratamiento ineficaz, pues se pautan unos medicamentos sin indicación terapéutica para el edema** (página 3 informe Sra...) y no se pauta el colirio antiedema hasta seis meses después.

Por tanto, en esta resolución se concluye (i) que no se pautó tratamiento antiedema a tiempo (se diagnostica el 13 de septiembre de 2006 y se pauta en enero de 2007); (ii) que cuando se se diagnostica se pauta un tratamiento inadecuado (septiembre de 2006); y (iii) que cuando se rectifica el tratamiento en enero de 2007, se pauta un tratamiento antiedema “corto” (sólo colirio, sin hipotensores ni pomada antiedema).

5.- **Se optó inadecuadamente por una recolocación de la lente intraocular.** Se asume el criterio de la Sra. (página 4): “La recolocación de la lente produce más pérdidas de células endoteliales, empeorando drásticamente la situación del paciente. Una vez que la córnea se ha descompensado, recolocar la lente no tiene sentido; tiene más sentido hacer un trasplante de córnea y en el mismo acto poner una lente”.

Por tanto, en esta resolución se concluye que, además de pautar un tratamiento farmacológico tardío e inadecuado para el edema, D... optó por una intervención de recolocación que lo único que provocó fue acentuar la patología, como lo demuestra que el 26/03/2007 se haga constar en el historial: “sigue persistiendo el edema, por lo que se decide retirar lente intraocular; se coloca lente terapéutica para mejorar la queratopatía bullosa”. La relación entre edema y queratopatía bullosa es clara, según explica el perito Sr. ...(página 4 y 5): la córnea normal está hidratada en un 78 % y su mantenimiento depende especialmente de la barrera endotelial; si falla el achique de agua, el estroma de la córnea se encharca, se edematiza, aumentándose su grosor; el líquido se acumula debajo de las células epiteliales, formando las denominadas “bullas” que dan nombre a la queratopatía bullosa.

También lo explica la Sra...(página 4): cuando se pierden células endoteliales, la córnea se llena de agua. Con el tiempo se forman ampollas en la superficie de la córnea por acúmulo de líquido. Estas ampollas se rompen produciendo mucho dolor y se pueden infectar, que fue lo que ocurrió en este caso.

En **la indicación de cirugía para la recolocación de lente**, al cabo de tres años y por la aparición de un edema corneal, **lo único que hizo fue empeorar la situación**. Si se sospecha una mala colocación debe recolocarse inmediatamente, para evitar el deterioro de la córnea. **Una vez que se instaura el edema la situación es irreversible y sólo se soluciona con un trasplante** (página 5 informe Sra. Poyales).

6.- **Absoluta falta de información en la historia clínica sobre el “explante de la**

**lente intraocular” [LIO], retraso a la hora de indicar y gestionar el trasplante de córnea y falta de actuación competente a la hora de pautar el tratamiento antibiótico.** Consta en la historia clínica que el 21/03/2007 se propone extracción de LIO OI, y que se lleva a cabo el 26/03/2007. Pues bien, se asume el criterio de la Sra. (página 5), en el sentido que “la indicación de la retirada de la lente [...] debería haber llevado asociado un trasplante de córnea, dado que era evidente que la córnea estaba dañada de forma irreversible”.

Por tanto, en esta resolución se concluye que debió procederse a un trasplante de córnea desde que se instaura el edema, lo que en todo caso debe considerarse producido a finales de enero de 2007. Si el 29/01/2007 se vuelve a anotar “sigue edema” y el 6/02/2007 se anota “recolocar LIO OI” es más que evidente que el edema está instaurado en enero de 2007. No sólo no se decidió hacer el trasplante en esas fechas (enero de 2007), sino que cuando se extrae la LIO el 26/03/2007 no se asocia a esa acción un inmediato trasplante de córnea y no se valora el mismo, según las propias anotaciones del historial, hasta el 9/05/2008 (“se plantea trasplante de córnea, puesto que no acaba de solucionarse el edema”) y se anota “con fecha 21 de mayo, se solicita córnea para trasplante al Transplant Service Foundation de Barcelona”. Aun dando por ciertas estas anotaciones, pasan más de 15 meses hasta que se decide poner en marcha el procedimiento, no demasiado ágil a la vista del resultado, de pedir una córnea apta para la paciente. Téngase en cuenta que hay una nueva petición anotada, esta vez “con carácter urgente” el 20/08/2008.

La pasividad que se desprende del historial clínico es abrumadora. Después de quitarle la LIO, el 9/07/2007 se anota “ulcera central” en OI, anotación que se repite el 13/09/2007, empeorando la patología a todas luces según la anotación de 26/12/2007, cuando se dice que hay “infiltrado corneal central de 2 mm de diámetro”. El 9/05/2008 “se plantea trasplante de córnea, puesto que no acaba de solucionarse el edema” y se anota “con fecha 21 de mayo, que se solicita córnea para trasplante al Transplant Service Foundation de Barcelona”. El 6/08/2008 se anota “Dolor OI” en el marco de esa “queratopatía bullosa” de la que antes hemos hablado. El 11/08/2008 se anota “infiltrado corneal OI; Absceso?”, añadiendo el 18/08/2008 “absceso difuso”, pero al día siguiente (19/08/2008) se dice “ha perforado (por la invasión)” y el 20/08/2008 se dice que el “absceso progresa a 2/3 de la córnea. Inicia melting corneal”.

Hay pasividad evidente en septiembre de 2007, cuando se aprecia “ulcera central”, y en diciembre de 2007, cuando se aprecia “infiltrado corneal central de 2 mm de diámetro”, por no poner en marcha inmediatamente el protocolo de trasplante (no se hace hasta mayo de 2008). Además el tratamiento no fue adecuado porque:

\* No consta cuándo se cambia o limpia la lente de contacto terapéutica. Las lentes de contacto terapéuticas han de cambiarse como máximo cada mes y en este caso estuvo intervalos de 2 meses con la lentilla (página 4 informe Sra. Poyales).

\* No consta la posología del antibiótico pautado (página 4 informe Sra. Poyales).

\* No se describe la exploración ni el tratamiento (página 4 informe Sra. Poyales).

\* Tanto la úlcera como el infiltrado requerían un tratamiento inmediato lo más *etiológico* posible, pero no consta que se realizara ningún análisis de laboratorio mediante exudado conjuntival y posterior cultivo de la muestra que a su vez indicara el agente infeccioso que subyacía en el lecho corneal (dictamen pericial actora, página 13).

Tampoco se actúa correctamente cuando el 11/08/2008 se detecta absceso corneal. Según explica la Sra., ante un absceso corneal lo primero que hay que hacer es tomar un cultivo para saber el agente causal y lo segundo es poner antibióticos fortificados (antibióticos de uso intravenoso que se transforman en colirios en farmacias especializadas



con campanas de flujo laminar para evitar contaminaciones) de forma empírica cada hora hasta el resultado del cultivo, lo que evidentemente no se hizo en este caso.

Además, no consta en la historia el aspecto del absceso, hecho que puede ser determinante a la hora de indicar el tratamiento con un antibiótico o con medicación para hongos o amebas mientras se espera el resultado del cultivo (informe Sra. página 5).

La dejación de funciones a la hora de describir el estado de la paciente es palmario cuando en la anotación de 11/08/2008 se limita a poner un interrogante a la palabra “Absceso?”.

Además, a la paciente se le siguen administrando los mismos antibióticos con una pauta desconocida y a los cuales no responde, cuando en estos casos se debe cambiar el antibiótico ya que se pueden generar resistencias (informe Sra., página 5).

Finalmente, la revisiones tienen que ser diarias y no como en este caso que desde que se identifica el infiltrado corneal pasan 4 días hasta que se vuelve a ver a la paciente (página 5 informe Sra. Poyales).

Por último, hay que hacer una referencia a la deficiente gestión de la petición de “homoinjertos corneales para trasplante”.

En las actuaciones sólo consta un “justificante de transmisión” de un fax, con toda la escasa fuerza probatoria que tiene esta clase de “reportes”, de fecha 21/05/2008. La Sra. afirma que este Banco de córneas facilita como máximo el tejido en el plazo de un mes, por lo que, a la vista de las afirmaciones de dicha perito, que la demandada conoce desde que le ha sido dado traslado de la demanda con sus documentos, es evidente que la parte demandada tenía la carga de probar cumplidamente que D. solicitó las corneas en las fechas que dice y el motivo por el que no fueron facilitadas. Lo podría haber hecho la demandada con una simple prueba testifical escrita del art. 381 de la LEC.

Con tan escasa y deficiente prueba, aquí lo único que puede concluirse es que D., pese a la gravedad de la patología de su cliente, no hizo el seguimiento mínimo que le era exigible de esa petición de córnea, para, en caso de que no fuera facilitada en un tiempo razonable y útil para la salud de la paciente, poder buscar otra solución de urgencia o, al menos, informar a la cliente de la situación para que ella, con conocimiento claro de la gravedad de su situación, hubiera podido optar por acudir a otro facultativo.

La conclusión que se obtiene de todo lo anterior es que, al margen de la posible deficiente original implantación quirúrgica de la lente y de la ausencia de tratamiento adecuado a la tensión intraocular, la actuación de D. fue manifiestamente negligente porque (i) no se pautó tratamiento antiedema a tiempo, cuando se hizo se pautó un tratamiento inadecuado y que cuando se rectifica el tratamiento en enero de 2007, se pauta un tratamiento antiedema “corto” (sólo colirio, sin hipotensores ni pomada antiedema); (ii) después, se optó inadecuadamente por un tratamiento quirúrgico incorrecto de recolocación de la lente intraocular, cuando desde ese momento se debió optar por el trasplante; (iii) gestionó de forma muy deficiente, en el tiempo y en la forma, la obtención de una córnea para el trasplante; (iv) actuó de forma negligente a la hora de pautar el tratamiento antibiótico cuando se manifestaron las úlceras, infiltraciones y abscesos.

Por consiguiente, es clara y manifiesta la negligente actuación profesional de D. y, por ello, debe responder, en la extensión que ahora se dirá, la parte demandada de los daños y perjuicios causados a la actora.

### **Infracción de la lex artis: consentimiento informado.**

**TERCERO.-** En relación al consentimiento informado ha de partirse de que el mismo es un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis*. Constituye, por consiguiente, una exigencia de la *lex artis* para llevar a efecto la actividad médico quirúrgica. Estamos, por tanto, ante un acto o proceso clínico más, cuyo incumplimiento puede ser causa de responsabilidad, y que, en la actualidad, supone una de las principales causas de condena en los supuestos de responsabilidad civil médica. El consentimiento informado es, por tanto, un elemento esencial de la *lex artis*, cuya omisión puede generar responsabilidad cuando se materializan los riesgos típicos de los que el paciente no ha sido informado. En este sentido, señala la STS de 2 de octubre de 1997, que "un elemento esencial de la *lex artis ad hoc* es el de la obligación de informar al paciente", de lo que se deduce que su incumplimiento es constitutivo de una transgresión de esa *lex artis ad hoc*. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo ámbito de aplicación lo constituyen los pacientes, usuarios y profesionales, así como los centros y servicios sanitarios, públicos y privados (art. 1), define al consentimiento informado, en su art. 3, como "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud". Tal información está viciada cuando la misma es sesgada o inexacta, puesto que el tenor de la obligación médica comprende no sólo la aplicación de las técnicas o intervenciones adecuadas en el estado actual de la ciencia médica (núcleo principal de su deber prestacional), sino también el deber de dar al paciente la información adecuada en cada caso concreto y teniendo en cuenta las circunstancias personales de la paciente, poniéndolo en su conocimiento las alternativas de tratamiento existentes.

El art. 8.2 de la Ley 41/2002 establece que "El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente". La ausencia o deficiencia del consentimiento informado per se constituye título suficiente de imputación de responsabilidad. De esta forma la condena del médico viene dada no tanto por su impericia o negligencia profesionales, sino por la falta de una debida información al paciente sobre las consecuencias posibles de un determinado acto médico. Nuestros Tribunales puntualizan que la mera prestación formal del consentimiento por parte del paciente no supone que éste hubiera sido informado suficientemente de las consecuencias derivadas de la intervención, así como de las posibles complicaciones "normales" que podrían ocurrir durante ella o con posterioridad a la misma; por lo que se hace posible la condena del médico por un defecto de información, a pesar de que su actuación profesional haya sido técnicamente irreprochable. La eficacia del consentimiento del paciente se halla supeditada a que el médico cumpla con su deber de información en términos comprensibles y de manera objetiva, veraz, completa y asequible.

El Tribunal Supremo tiene declarado (por todas STS de 16 de diciembre de 1997) que un elemento esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos es el de la obligación de informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, debiendo ser el consentimiento prestado por el enfermo o sus parientes informado, comprendiendo tal información, para no incurrir en responsabilidad, el diagnóstico de la enfermedad o lesión que se padece, el pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y los riesgos del mismo (en similares términos las sentencias del Alto Tribunal de 1/7/97, 16/10/98, 24/5/99, 7/3/2000, 12/1/01, 2/7/02 y 29/6/07).

En nuestro caso se aprecia una fundamental deficiencia en el consentimiento informado, porque se alega (y se prueba, como ahora se verá) que el consentimiento informado que D. en su día esgrimió como firmado por la actora para la intervención de 9/12/2013, precisamente la del implante de LIO en ojo izquierdo, que es el que sufre todo el proceso que concluye con la enucleación del mismo, está falsificado.

En previo procedimiento seguido contra D. en el que se practicó prueba pericial judicial sobre la cuestión, que se aporta aquí (art. 317,1º LEC) como prueba documental pública (doc. nº 15), se concluye sin lugar a dudas que las dos firmas atribuidas a Dª de ese documento (nº 5 del bloque documental nº 14 de este procedimiento) son idénticas y lo son porque son reproducción o “montaje reprográfico” de otra firma original de Dª que consta en un documento de fecha posterior, la que consta en la tercera página del consentimiento informado para la operación de 12/02/2007, de extracción de la lente, aunque en el documento conste que es para “IMPLANTE SECUNDARIO DE LENTE INTRAOCULAR” (doc. nº 7 del bloque documental 14).

Al margen de lo anterior, los consentimientos informados presentados están plagados de irregularidades:

- Doc. nº 3 del bloque documental 14 de la demanda. Se trata de un consentimiento informado para una cirugía a realizar el 10/11/2003, es decir, la de implante de lente intraocular que se realizó en el ojo derecho en noviembre de 2003. Se titula “CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LA CIRUGÍA DE LA CATARATA” pero en realidad no incluye lo que se realizó, la implantación de una lente intraocular.

- La cirugía de implantación de lente intraocular que se realizó en el ojo izquierdo en diciembre de 2003 carece de consentimiento informado por lo comentado anteriormente, al principio de este fundamento de derecho.

- Doc. nº 7 del bloque documental 14 de la demanda. Se titula “DOCUMENTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA IMPLANTE SECUNDARIO DE LENTE INTRAOCULAR” y está fechado el 12/02/2007, cuando sabemos que la operación de recolocación de LIO ojo izquierdo se hizo el 9/02/2007, lo que significa que se firmó después de la operación, como confirmó la testigo Dª, hija de la actora, al manifestar que se lo presentaron a la firma en la consulta post intervención para revisar la cirugía.

- Doc. nº 9 del bloque documental nº 14 de la demanda. Se titula “DOCUMENTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA RECAMBIO DE LENTE INTRAOCULAR”, fechado el 26/03/2007. Sabemos que en esa fecha se hizo, no un recambio, sino la extracción de LIO de ojo izquierdo y de él debe destacarse que no está firmado por la paciente y que, además, se firma el mismo día de la intervención. Este documento no se le exhibió directamente a la testigo Dª, hija de la actora, sino que el Sr. Letrado de la parte actora dio por supuesto que estaba firmado por ella, a lo que la testigo dijo que firmaba esos documentos cuando su madre estaba en quirófano [11:17 DVD 2]. El documento que sí se le exhibió a la testigo y reconoció como firmado por ella fue el doc. nº 4 del bloque 14 [9:55 DVD 2], cuya firma ciertamente está fotocopiada parcialmente; pero la testigo dijo que ese y otros documentos estaban firmados por ella, por lo que hay que considerar probado que el nº 9 también está firmado por ella, que era quien acompañaba a la actora en las intervenciones.

El artículo 8.1 (Consentimiento informado) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, señala 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 artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”; y el artículo 4.2 señala que “la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”.*

Como señala la SAP de Madrid, Civil, sección 9ª, de 01 de febrero de 2013 [ROJ: SAP M 2908/2013 - ECLI:ES:APM:2013:2908], difícilmente puede una persona valorar las "opciones propias del caso" (artículo 8.1 de la Ley 41/2002 ) si el documento se le presenta justo antes de la intervención quirúrgica, mucho menos cuando la información que se suministra, como en el caso de autos, se firma cuando la paciente está en quirófano, por una familiar (hija) o, incluso, días después de la intervención con ocasión de la revisión de la cirugía (así lo afirmó la testigo en relación al documento firmado el 12/02/2007), lo que más parece que constituya un mero formalismo que un acto de información serio y responsable a la paciente sobre los riesgos que afronta.

Existe, por tanto, un claro y palmario incumplimiento de la *lex artis*, en forma de deficiente información a la paciente de los riesgos que asumía en cada operación a la que fue sometida.

#### **Daño indemnizable. Lesiones temporales.**

**CUARTO.-** Siguiendo un orden lógico de resolución de las cuestiones planteadas, ha de abordarse ahora la cuestión del concreto daño indemnizable y cómo se traduce la negligencia declarada en una cantidad de dinero.

La parte demandada dice que el periodo de curación es de 903 días, mientras que la parte actora reclama 892 días. La aplicación del principio dispositivo y atendida la concreción de la actora en cuanto a los días de baja y el concepto en el que los pide (no impositivos) limitan el ámbito de controversia a resolver por este Juzgado.

No hay discrepancia sobre el carácter de esos días de curación, porque la actora dice que son todos **no impositivos**.

Ciertamente, el concepto de “baja” que se maneja en la jurisdicción civil no es un concepto laboral. La primera y fundamental idea que ha de manejarse es que el utilizado por el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación es un concepto civil, que sirve a la responsabilidad civil como instituto estrictamente civil. Al hablarse de "baja" quiere decirse simplemente deficiencia o menoscabo. Se trata de un concepto de resonancia laboral que retoma la legislación civil, y que se debe depurar, haciéndolo equivalente a "salud quebrantada" (la Sentencia de la Sección 10ª de la A.P. de Madrid, de fecha 27 de mayo de 2000 [AC 2000\2378]).

El día de estancia hospitalaria es intrínsecamente impositivo, pero tan día de «baja» - en el sentido civil que se maneja, equivalente a salud quebrantada- es el impositivo extrahospitalario como el que desarrollándose fuera de un centro de esta clase no es, al propio tiempo, impositivo (SAP Madrid, sección 10ª, de 22 de Septiembre de 2010 [ROJ: SAP M 15165/2010]). En expresión del Tribunal Supremo (STS 20 de febrero de 1981), "el padecimiento o sufrimiento, los sinsabores y contrariedades sufridos durante el curso curativo" son superiores cuando se está hospitalizado, y lo mismo cabe decir respecto de los días invalidantes, frente a los que no lo son. Por eso, el baremo concede un "plus" al día impositivo extrahospitalario, frente al día de baja no impositivo, de forma que su resarcimiento se situaba a medio camino entre la indemnización reconocida para el día hospitalario y el día de salud quebrantada sin impedimento (en este sentido, Sentencia de la

Sección 10ª de la A.P. de Madrid, de fecha 27 de mayo de 2000 [AC 2378\2000]).

La diferencia entre día de baja impeditivo y día de baja no impeditivo radica en que en este último el lesionado no está incapacitado total ni parcialmente para desarrollar su ocupación o actividad habitual. **La llamada (1) de la TABLA V**, Indemnizaciones por incapacidad temporal, Compatibles con otras indemnizaciones, A) Indemnización básica (incluidos daños morales), de la RESOLUCIÓN de 17 de enero de 2008, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, que resultarán de aplicar durante 2008, el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, señala que **“se entiende por día de baja impeditivo aquél en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual”**.

La parte actora considera que todos los días de curación han sido no impeditivos, lo que veda todo debate sobre la cuestión.

La controversia está en la actualización del baremo a aplicar, pues la actora reclama una cuantificación conforme a la actualización de la Resolución de 21 de enero de 2013.

Conforme doctrina reiterada del TS en la aplicación del baremo (SSTS de 17 de abril de 2007, en rec. nº 2908/2001 y rec. nº 2598/2002 , ha sentado doctrina, luego recogida en otras muchas resoluciones (entre otras, SSTS de 9 de julio de 2008, rec. nº 1927/2002 ; de 10 de julio 2008, rec. nº 1634/2002 y rec. nº 2541/2003 ; de 23 de julio de 2008, rec. nº 1793/2004 ; de 18 de septiembre de 2008, rec. nº 838/2004 ; de 30 de octubre de 2008, rec. nº 296/2004 y de 9 de marzo de 2010, rec. nº 456/2006) el momento del siniestro determina únicamente el régimen legal aplicable para la concreción del daño, debiéndose estar para su cuantificación al valor del punto en el momento que se produce el alta definitiva.

La estabilización de las lesiones se produce, según la propia parte actora, en agosto de 2008, porque hasta esa fecha es hasta la que calcula el periodo de lesiones temporales. Es, pues, por tanto, de aplicación RESOLUCIÓN de 17 de enero de 2008, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, que resultarán de aplicar durante 2008, el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que cifra en 28,26 € el día de baja no impeditivo.

En consecuencia, los 892 días de baja no impeditivos se valoran en **25.207,92 €** (28,26 €/día x 892 días).

### **Lesiones permanentes.**

**QUINTO.-** El apartado Sistema ocular- Cara Sistema osteoarticular del CAPÍTULO 1. CABEZA, Cráneo y encéfalo, de la TABLA VI, Clasificaciones y valoración de secuelas, del Anejo aprobado por REAL DECRETO LEGISLATIVO 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, prevé las siguientes secuelas relacionadas con la pérdida sufrida por la actora:

*Globo ocular:*

*Ablación de un globo ocular ... 30 puntos*

*Ablación de ambos globos oculares ... 90 puntos.*

*Pérdida de visión de un ojo ... 25 puntos.*

*Nota: si el ojo afectado por el traumatismo tenía anteriormente algún déficit visual,*

*la tasa de agravación será la diferencia entre el déficit actual y el existente.*

*Ceguera ...*

*85 puntos.*

La parte actora solicita ser indemnizada en 27 puntos (página 18 de su demanda), por la ablación o evisceración de globo ocular izquierdo con posibilidad de prótesis. La aplicación del principio dispositivo y atendida la concreta puntuación que solicita limita el debate exclusivamente a la valoración por punto.

El criterio Primero, 3, del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, señala que “a los efectos de la aplicación de las tablas, la edad de la víctima y [...] será la referida a la fecha del accidente”.

A la fecha de la evisceración (20/08/2008), la actora tenía 72 años, por lo que el punto ha de valorarse en 783,47 €, según la RESOLUCIÓN de 17 de enero de 2008. De esta forma, los 27 puntos equivalen a **21.153,69 €** (27 puntos x 783,47 €/punto).

Además, solicita 23 puntos por “pérdida de visión del ojo izquierdo”.

En la explicación de la Tablas VI del “Sistema” ha de tenerse en cuenta que “la puntuación adecuada al caso concreto se establecerá teniendo en cuenta las características específicas de la lesión en relación con el grado de limitación o pérdida de la función que haya sufrido el miembro u órgano afectado”; que “la puntuación otorgada a cada secuela, según criterio clínico y dentro del margen permitido, tendrá en cuenta su intensidad y gravedad desde el punto de vista físico o biológico-funcional, sin tomar en consideración la edad, sexo o la profesión”; y que “una secuela debe ser valorada una sola vez, aunque su sintomatología se encuentre descrita en varios apartados de la tabla, sin perjuicio de lo establecido respecto del perjuicio estético. No se valorarán las secuelas que estén incluidas y/o se deriven de otra, aunque estén descritas de forma independiente”.

Resulta palmario que no puede valorarse la pérdida del ojo izquierdo y, a la vez, la pérdida de visión en el mismo ojo, pues, de otra forma, se estaría valorando dos veces la misma secuela.

No es posible por simple aplicación de la reglas del sistema y, además, porque no es razonable valorar la pérdida del ojo izquierdo con una puntuación global (50 puntos [27 de la evisceración + 23 de la pérdida de visión]) que es el doble de la otorgada para la pérdida de visión de un ojo (25 puntos) y bastante cercana a la ceguera total que está valorada en 85 puntos.

En el criterio para la determinación de la responsabilidad y la indemnización previsto en el apartado primero.7 del Sistema, se prevé que “... son elementos correctores de agravación en las indemnizaciones por lesiones permanentes la producción de invalideces concurrentes y, en su caso, la subsistencia de incapacidades preexistentes”. En la TABLA IV, Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, se prevé como elementos correctores del apartado primero.7 del anexo un “Aumento (en porcentaje o en euros) ... Según circunstancias”.

En el dictamen del perito Sr. se dice que a fecha 25/10/2011 la actora estaba pendiente en lista de espera para la realización de trasplante corneal y cambio de LIO” del ojo de derecho, operación que al parecer se ha realizado en la actualidad pero que no se acredita documentalmente.

Según se dice en la regla 11 del sistema, “en la determinación y concreción de las lesiones permanentes y las incapacidades temporales, así como en la sanidad del perjudicado, será preciso informe médico”.

Para valorar ese déficit visual que arrastra el ojo derecho en la actualidad y su influencia como “elemento corrector de agravación” en la indemnización por la ablación del ojo izquierdo, solamente contamos con la declaración en el juicio del perito de la actora, quien manifestó [45:07 DVD 2] que (i) se ha realizado un trasplante de cornea endotelial del ojo derecho (no sabemos en qué fecha); (ii) que ese ojo trasplantado tiene manifestaciones de edema y disforóicas (luces con halo); (iii) que parece ser que va a ser sometida a un nuevo trasplante y (iv) que la agudeza visual en ese ojo es fluctuante a lo largo del día, entre 0,2/0,3.

Estas afirmaciones están respaldadas por el perito Sr., quien es oftalmólogo, por lo que se cumple el requisito de la regla 11 del sistema (“en la determinación y concreción de las lesiones permanentes y las incapacidades temporales, así como en la sanidad del perjudicado, será preciso informe médico”).

Indudablemente, era preferible que esa información se aportara como nueva prueba documental (o incluso nuevo dictamen pericial), a presentar bien en la audiencia previa, bien antes del juicio, pero, desde luego, con la sola manifestación del perito en el juicio se pone de manifiesto que el ojo derecho no es un ojo sano, circunstancia que ha de valorarse, no con una diferente puntuación, pero sí con un porcentaje corrector de la indemnización solicitada y concedida por la secuela (pidió solo 27 puntos frente a los 30 posibles), sin que por cambiar el parámetro indemnizatorio se incurra en incongruencia, porque, en definitiva, la actora está solicitando un incremento de la indemnización por lesiones permanentes por el estado patológico del otro ojo (*pag. 18 de su demanda: “fatiga ocular ojo derecho ..., recientes implicaciones en el ojo derecho..., transplante corneal en el ojo derecho...*).

Así, los 21.153,69 € en que se valora la pérdida del ojo izquierdo, han de incrementarse con un porcentaje corrector aumentativo que, en este caso, con los escasos datos documentales que se han facilitado, se valora en un 50 %, esto es, **10.576,84 € adicionales**. La cantidad concedida por la concurrencia con el estado patológico del ojo derecho no excede de los 23 puntos que se habían solicitado por la actora, si se valoraran éstos con arreglo a 719,76 €/punto (que es la puntuación otorgada en la RESOLUCIÓN de 17 de enero de 2008 a un arco de puntuación como el citado en una persona de la edad de la lesionada).

### **Perjuicio estético.**

**SEXTO.-** Hay que valorar separadamente (la TABLA VI. Clasificaciones y valoración de secuelas, del baremo del Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, señala en el “Capítulo especial. Perjuicio estético”, que “el perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente y, adjudicada la puntuación total que corresponda a cada uno, se ha de efectuar la valoración que les corresponda de acuerdo con la tabla III por separado, sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes”), **y sin factor de corrección**, según establece la STS de 15 de Julio del 2013 [ROJ: STS 3870/2013], **los puntos por perjuicio estético.**

Las Reglas de utilización del baremo sobre el perjuicio estético señalan lo siguiente:

1. El perjuicio estético consiste en cualquier modificación peyorativa que afecta a la imagen de la persona; constituye una dimensión diversa del perjuicio fisiológico que le sirve de sustrato; **refiere tanto a su expresión estática como dinámica.**

2. El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético constituyen conceptos perjudiciales diversos. Cuando un menoscabo permanente de salud supone, a su vez, la existencia de un

perjuicio estético, se ha de fijar separadamente la puntuación que corresponda a uno y a otro, sin que la asignada a la secuela fisiológica incorpore la ponderación de su repercusión antiestética.

3. El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente y, adjudicada la puntuación total que corresponda a cada uno, se ha de efectuar la valoración que les corresponda de acuerdo con la tabla III por separado, sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes.

4. La puntuación adjudicada al perjuicio estético es la expresión de un porcentaje de menoscabo permanente del patrimonio estético de la persona. 50 puntos corresponden a un porcentaje del 100 por cien.

5. La puntuación del perjuicio estético se ha de realizar mediante la ponderación de su significación conjunta, sin que se pueda atribuir a cada uno de sus componentes una determinada puntuación parcial.

6. El perjuicio estético es el existente en el momento de la producción de la sanidad del lesionado (estabilización lesional), y es compatible su resarcimiento con el coste de las intervenciones de cirugía plástica para su corrección.

La imposibilidad de corrección constituye un factor que intensifica la importancia del perjuicio.

7. El perjuicio estético importantísimo corresponde a un perjuicio de enorme gravedad, como el que producen las grandes quemaduras, las grandes pérdidas de sustancia y las grandes alteraciones de la morfología facial o corporal.

8. Ni la edad ni el sexo de la persona lesionada se tendrán en cuenta como parámetros de medición de la intensidad del perjuicio estético.

9. La puntuación adjudicada al perjuicio estético no incluye la ponderación de la incidencia que este tenga sobre las actividades del lesionado (profesionales y extraprofesionales), cuyo específico perjuicio se ha de valorar a través del factor de corrección de la incapacidad permanente.

Pide la parte actora un perjuicio estético que valora en 8 puntos (prácticamente el mínimo del perjuicio estético “moderado”, que tiene una horquilla del 7 a 12 puntos en el CAPÍTULO ESPECIAL, PERJUICIO ESTÉTICO, del baremo).

El perito extrajudicial de la actora no dice nada en su informe sobre el aspecto estético, ni sobre la prótesis ni su adaptación. En la vista dijo el perito que tenía un reportaje fotográfico que no se ha aportado a las actuaciones. Afirmó que cuando D<sup>a</sup> mira al frente [43:50 DVD 2] existe sólo una pequeña asimetría entre los dos ojos, pero cuando mira a un lado el ojo de la prótesis se queda quieto o retrasado, mientras que el ojo derecho se desplaza, produciendo un efecto de rechazo con la persona con la que se esté relacionando “que no sabe a qué ojo mirar”.

El perito extrajudicial de la demandada, sin examinar a la paciente, dice que tiene que valorarse en 7 puntos.

Atendiendo a la prueba practicada ha de considerarse que ocho puntos son una puntuación adecuada e, incluso, conservadora para el perjuicio estético existente, teniendo en cuenta que ha de valorarse tanto en su expresión estática como dinámica. Que el ojo de la prótesis se quede “retrasado” cuando se mira a un lado es causa suficiente para justificar la puntuación reclamada.

Por tanto, lo correcto es valorar el perjuicio estético en 8 puntos, que en una persona de su edad se cuantifica en **4.641,84 Euros** (8 puntos x 580,23 Euros/punto).



### **Prótesis y resumen indemnizatorio.**

**SÉPTIMO.-** Es imprescindible recordar someramente que el perjuicio es un concepto genérico que engloba tanto la pérdida, patrimonial o de otro tipo, que genera el evento dañoso y que también se conoce como daño emergente, como la figura, distinta, del lucro cesante o ganancia dejada de obtener por ese mismo motivo. También incluye el concepto de perjuicio otra categoría, la de gasto emergente, que engloba aquellos gastos obligados, sufragados por el propio perjudicado, para la minoración o reparación del resultado lesivo que sufre y que, en modo alguno, puede confundirse con el daño emergente y el lucro cesante.

En términos generales, gasto emergente es el que no hubiese existido sin el accidente que se enjuicia [SAP, Badajoz, sección 3ª, del 21 de Febrero del 2002 [ROJ: SAP BA 182/2002]].

Estos gastos emergentes son silenciados por el Sistema, salvo los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria y, en las indemnizaciones por muerte, los gastos de entierro y funeral (apartado Primero, punto 6, del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación del Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor). Además, el Sistema prevé en la Tabla IV (Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes), no propiamente como gasto emergente aunque en íntima conexión con este concepto, un factor de corrección para la adecuación del vehículo propio, y para los grandes inválidos o estados de coma vigil o vegetativos, otro consistente en la necesidad de ayuda de terceras personas y la adecuación de la vivienda. Por ello, se ha dicho (S.A.P. Madrid, Sección Primera, de 13 de octubre de 1997) que en ocasiones el propio sistema se encarga de consignar expresamente este tipo de gastos, lo que demuestra que no le repugna la reparación de gastos necesarios y efectivamente llevados a cabo por el perjudicado.

Por ello, está obligada la aseguradora demandada abonar el importe de la prótesis, por valor de **1.450 €** (doc. nº 18 de la demanda), por la clara y palmaria relación de causalidad de ese gasto con el daño indemnizable.

En conclusión,, abonará a Dª la cantidad de **63.030,29 €** (25.207,92 € [días de baja no impositivos] + 21.153,69 € [Ablación de un globo ocular] + 10.576,84 € [porcentaje corrector aumentativo] + 4.641,84 Euros [perjuicio estético] + 1.450 € [prótesis])

### **Intereses.**

**OCTAVO.-** ...abonará los intereses del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro.

Es frecuente la alegación en pleitos de este tipo por parte de las aseguradoras que no procede su aplicación por entender que actúan como una mera Sociedad que presta servicios a través de sus médicos, e igualmente se discute la condena a dicho pago cuando concurre causa justificada de su impago, como es que se ha cuestionado la causa de los daños, y la cuantía excesiva que se reclamaba.

Esta alegación es frecuente en pleitos de este tipo y es resuelta por la SAP de Madrid, sección 12ª, de 27 de Junio de 2012 [ROJ: SAP M 13409/2012], cuando dice que no pueden acogerse ese tipo de argumentos, puesto que resulta indudable que el presente procedimiento trae causa de un incumplimiento de una póliza de seguro médico, naturaleza de su contrato que admite la demandada cuando dice que “asegura la prestación de servicios médicos”.

Por lo que se refiere a la justificación de la falta de pago, recuerda la STS de 06 de Junio de 2013 [ROJ: STS 2880/2013], según el artículo 20.8 de la LCS, el recargo de los intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada o imputable a la aseguradora. En su interpretación, tanto en su primitiva redacción, como en el texto vigente dado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones que la indemnización establecida en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado. La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial, nada de lo cual se da en el caso (SSTS 13 de junio de 2007; 26 de mayo y 20 de septiembre 2011).

Sobre la incertidumbre también ha declarado la Sala que no la integra la mera discrepancia en las cuantías reclamadas (STS 17 de mayo de 2012, RC. 1427/2009).

Por tanto, que la demandada discrepara en la cuantía de la indemnización, no es causa suficiente para evitar el devengo de los intereses.

El término inicial del cómputo de estos intereses ha de situarse en la fecha de presentación de la demanda (13/09/2013), pues el art. 20.6º de la LCS establece:

*“Será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro.*

*No obstante, si por el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario no se ha cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o, subsidiariamente, en el de siete días de haberlo conocido, el término inicial del cómputo será el día de la comunicación del siniestro.*

*Respecto del tercero perjudicado o sus herederos lo dispuesto en el párrafo primero de este número quedará exceptuado cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, en cuyo caso será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del citado ejercicio de la acción directa”.*

No hay constancia de que la aseguradora haya tenido conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por D<sup>a</sup> a través de la demanda rectora de este procedimiento, por el dies a quo se fija en la fecha de presentación de la demanda.

#### **Costas.**

**NOVENO.-** No se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta primera instancia (art. 394 L.E.C. 1/2000).

### **FALLO**

**V I S T O S** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

**ACUERDO: ESTIMAR parcialmente** la demanda formulada por D<sup>a</sup> contra ..y, en consecuencia, **CONDENO** a la. a que abone a la actora la suma de **63.030,29 €** más el

interés legal del art. 20 de la LCS desde el 13/09/2013, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta primera instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, con la indicación de que la misma no es firme, y que contra la cual cabe recurso de apelación a interponer en el plazo de veinte días desde la notificación, ante este Juzgado.

Líbrese y únase testimonio de la presente resolución a las actuaciones con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

E /.

**Publicación.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha; doy fe.