



## JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 17 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 3 - 28020

Tfno: 914932762

Fax: 914932764

42020310

NIG: 28.079.00.2-2018/0125498

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 754/2018**

Materia: Contratos: otras cuestiones

**Demandante:** D./Dña. M. C M G

PROCURADOR D./Dña. MARIA GEMA MORENAS PERONA

**Demandado:** AGRUPACION MUTUAL ASEGURADORA (A.M.A.)

PROCURADOR D./Dña. MARIA DOLORES DE HARO MARTINEZ

### SENTENCIA Nº 49/2020

En Madrid a diez de marzo de dos mil veinte.

Vistos por mí, Mónica Roche Solarana, Magistrada-Juez del presente Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid, los presentes autos de juicio ORDINARIO Nº: 754/18 promovidos a instancia de Dª. M C M G representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. María Gema Morenas Perona contra la AGRUPACIÓN MUTUAL ASEGURADORA (AMA) representada por la Procuradora Dª. María Dolores de Haro Martínez y celebrado el juicio oral, vengo a resolver en virtud de los siguientes,

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El día 17 de julio de 2018 fue turnada en este Juzgado demanda de juicio ordinario, presentada por la Procuradora de los Tribunales Dª. M Gema Morenas Perona en nombre y representación de Dª. M C M G en reclamación de la cantidad de 42.991,32 € contra la entidad aseguradora A.M.A.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda por medio de Decreto dictado el día 25 de julio de 2018 se dio traslado de la misma a la demandada para contestar en el plazo de veinte días, efectuándolo en virtud de escrito presentado el día 28 de septiembre de 2018, oponiéndose a aquella y solicitando la absolución de los mismos, con condena en costas al actor.

**TERCERO.-** Evacuados los trámites pertinentes, se convocó a las partes a la audiencia previa al juicio para el día 27/06/19. Comparecidas las partes debidamente asistidas por sus letrados se las exhortó para llegar a un acuerdo; ante la infructuosidad del mismo y a requerimiento del Tribunal, cada parte se ratificó en sus respectivos escritos y fijó los hechos controvertidos, con proposición de pruebas sobre los mismos.



Admitida la prueba propuesta, se señaló como fecha para la celebración del juicio el día 5 de marzo de 2020.

**CUARTO.-** El día señalado comparecieron la parte actora y la codemandada, debidamente representadas y asistidas, abierto el acto comenzó con la práctica de la prueba admitida y declarada pertinente; una vez practicada la totalidad de la prueba, cada parte formuló sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, informando sobre los argumentos jurídicos en los que cada una apoyaba sus pretensiones. Quedando los autos a la vista para resolver.

**QUINTO.-** En la tramitación de este proceso se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La reclamación contenida en la demanda tiene su origen en las infiltraciones a la que se sometió D<sup>a</sup>. M C M G de 51 años de edad para recuperar la dificultad que presentaba para subir y bajar escaleras y paliar la sensación de falta de lubricación de su rodilla derecha tras ser intervenida quirúrgicamente de una bursitis infrapatelar profunda y rotura del cuerno anterior, infiltraciones que fueron llevadas a cabo por la Dra. M I H A , especialista en Unidad del Dolor. La última infiltración realizada el 6 de abril de 2017 le provocó una infección por un staphilococo epidermidys que requirió tratamiento antibiótico y la práctica de dos artroscopias de limpieza por el servicio de traumatología, provocando que la rodilla nunca recuperara la movilidad completa. Sosteniendo la actora que la bacteria fue inoculada en el transcurso de alguna de las infiltraciones realizadas por la Dra. H , con póliza de seguro en la Compañía Aseguradora A.M.A, al no utilizar guantes estériles ni limpiarle la pierna con desinfectante ni utilizar un apósito estéril para cubrir la zona donde se realizó la punción. Invocando así mismo la teoría del daño desproporcionado, pues el resultado producido ni se había advertido a la paciente ni lo había consentido ni lo había previsto.

A raíz de este suceso y según la pericial de la actora, D. José Ramón Fernández Mariño la actora requirió dos intervenciones quirúrgicas (artroscopias de limpieza) y sufre como secuelas: una limitación de la flexión de 15º, déficit de la extensión de menos de 10º, gonalgia postraumática inespecífica asimilando a ella dolor de rodilla; añadiendo 30 días de perjuicio grave, 380 días de perjuicio moderado; solicitando 15.000 € en concepto de perjuicio moral por pérdida de calidad de vida y por lo que reclama la cantidad global de 42.991,32 €, al entender que no sea adoptaron las medidas de asepsia adecuadas, tratamiento erróneo y que fue informada de forma adecuada acerca de los riesgos de la intervención.

Por su parte, la entidad A.M.A se opone a la demanda y esgrime en suma los motivos siguientes:

- De un lado, la falta de legitimación pasiva, por no encontrarse en vigor la póliza cuando se efectuó la reclamación y por existir una cláusula de limitación temporal que excluye el siniestro.
- De otro, alega que no existe prueba sobre la falta de adopción de las medidas de asepsia ni sobre la relación de causalidad entre la infiltración y la inoculación de la bacteria
- Y finalmente, discrepa con la interpretación de valoración de las lesiones y las secuelas que realiza el perito de la actora, entendiendo que se trata de una mera pérdida de oportunidad en el caso de que la doctora no hubiera informado correctamente de los riesgos de un acto médico realizado correctamente.

## **SEGUNDO.- SOBRE LA NORMATIVA APLICABLE. CONDICIÓN DE CONSUMIDORA**

En materia de responsabilidad civil, cuando concurra en el perjudicado la condición de consumidor o usuario, el ejercicio de las acciones contractuales o extracontractuales deberá conjugarse con la normativa protectora de los consumidores. En este orden de cosas, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce la "unidad de la culpa civil" en los "supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez de acto ilícito extracontractual señalan como doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una y otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro". En todo caso, respecto a la acción de reclamación de cantidad dirigida al titular de la clínica de estética, además de la acción nacida del contrato, es aplicable el art. 1.902 del Código Civil, por cuya virtud, el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. Dichas acciones nacen al ocasionarse el daño, por culpa o negligencia del infractor, tanto en el caso de que esa infracción fuese de una obligación convencional de acuerdo al art. 1.101 del Código Civil o una obligación extracontractual del art. 1.902. También procede la aplicación de la doctrina del riesgo cuando concurre la falta de las adecuadas medidas de seguridad, debiendo ser esa conducta, tanto en ámbito contractual como extracontractual, generadora de responsabilidad por los daños que se causen.

Como ya se ha mencionado, dicha doctrina debe también de interpretarse conjuntamente con la normativa de consumo, que reconoce el derecho de los usuarios a ser indemnizados por los daños y perjuicios que sufran que sean consecuencia de la utilización de un producto o servicio. En relación al presente supuesto, como usuario de los servicios contratados, la reclamación por los daños que sufran los pacientes, deberá resolverse por las normas generales de responsabilidad contractual y extracontractual, y también por las normas de defensa de consumidores y usuarios, que obligan al prestador de servicios a cumplir con las normas de seguridad sin riesgo para los usuarios, imponiendo la obligación de indemnización por los daños y perjuicios sufridos. En este sentido, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece: "Artículo 128. Indemnización de daños. Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar. Artículo 129. Ámbito de protección. 1. El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado. 2. El presente libro no será de aplicación para la reparación de los daños causados por accidentes nucleares, siempre que tales daños se encuentren cubiertos por convenios internacionales ratificados por los Estados miembros de la Unión Europea. Artículo 147. Régimen general de responsabilidad. Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio."

Por tanto, de acuerdo con normativa para la defensa de los consumidores y usuarios, el consumidor y usuario tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen salvo en los supuestos antes mencionados.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2014, respecto a la responsabilidad médica, dice lo siguiente: "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 ( SSTS 12 de marzo 2008 ; 30 de junio 2009 )".

D<sup>a</sup>. M C M G , a priori, se encuentra en estos supuestos y por tanto, protegida por la normativa sobre consumidores y usuarios.

### **TERCERO.- FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA**

#### **1) VIGENCIA DE LA PÓLIZA**

A propósito de esta cuestión sostiene la entidad demandada que la Dra. H suscribió una primera póliza el 1/06/2011 manteniéndose su vigencia sin cambio hasta el 18/05/17 en que se solicita un cambio de domiciliación por la asegurada. Remitiendo a dicha cuenta la renovación de la póliza correspondiente a la anualidad que comenzaba el 1/06/17, siendo devuelto varias veces, por lo que finalmente, mediante carta remitida a aquella en fecha 8/08/17, se le comunica la anulación de la póliza con efectos desde el 1/06/2017.

Con posterioridad a la anulación de la póliza, el letrado de la actora formula reclamación por estos mismos hechos con fecha 25/10/2017 (doc. 8 de la demanda), que ante la ausencia de contestación motivó la presentación de Diligencias Preliminares el 30/11/17 (doc. 9).

La asegurada, tras tener conocimiento de las Diligencias Preliminares y de la anulación de la póliza, sin informar de esta circunstancia, suscribe una nueva póliza el 23/02/2018.

Analizando las pruebas practicadas, debe desestimarse este motivo de



oposición, toda vez que cuando ocurrieron los hechos, es decir, cuando se practicaron las infiltraciones, el 17/03/2017, incluso tomando como referencia la fecha de la última infiltración, el 6 de abril de 2017 o cuando se acude al traumatólogo donde se atisban sospechas de infección, el 17 de abril de 2017, la primera póliza suscrita, aún se encontraba en vigor y por tanto, amparaba la cobertura del siniestro.

## 2) OPONIBILIDAD AL PERJUDICADO DEL LÍMITE TEMPORAL:

En segundo lugar, esgrime la entidad demandada que su falta de legitimación también deriva de la cláusula 4ª de la primera póliza (doc. 2 de la contestación) que contiene una delimitación temporal de cobertura, estipulando: " Modificando lo establecido en las Condiciones Generales apartado A) Responsabilidad Civil Profesional, se conviene expresamente entre las partes, que la cobertura del presente contrato queda limitada exclusivamente para aquellos daños objeto de este seguro, cuyas reclamaciones se presenten a A.M.A durante la vigencia de esta póliza, con independencia del momento en que ocurrió o se produjo el hecho causante del daño".

A propósito de esta cuestión la SAP Madrid Sección 21 Nº de Recurso: 294/2017 de fecha 16/05/2018, recoge de forma resumida la jurisprudencia sobre el tema de la definición del siniestro en el seguro de responsabilidad civil y las cláusulas de delimitación temporal del seguro o "claims made", declaraba la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2011 que: "Definido el seguro de responsabilidad civil por el artículo 73 LCS como aquel por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a Derecho, es bien conocido el debate doctrinal sobre si lo decisivo es el hecho causante de la obligación, el nacimiento de la obligación misma o la reclamación del perjudicado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2015 , con cita de las sentencias del Alto Tribunal de 26 de noviembre de 2006 , 8 de marzo de 2007 , y 23 de abril de 2009 , aclara la interpretación del artículo 76 de la ley de Contrato de Seguro Esta jurisprudencia se refiere a las excepciones objetivas y no a las derivadas de la conducta del asegurado, que no son oponibles al perjudicado que acciona en virtud de la acción directa del artículo 76 LCS :



Y es que, al establecer el artículo 76 de la LCS que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, se ha configurado una acción especial, que deriva no solo del contrato sino de la ley, que si bien permite a la aseguradora oponer al perjudicado que el daño sufrido es realización de un riesgo excluido en el contrato, no le autoriza oponer aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, como es la causación dolosa del daño, "sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado"; derecho de repetición que sólo tiene sentido si se admite que el asegurador no puede oponer al perjudicado que el daño tuvo su origen en una conducta dolosa precisamente porque es obligación de la aseguradora indemnizar al tercero el daño que deriva del comportamiento doloso del asegurado."

Pero incluso la sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2014 y 8 de marzo de 2018 señalan la posibilidad de oponer al tercero las cláusulas de limitación temporal de la cobertura del seguro o clausulas "Claims made".

Así declara la primera sentencia citada de 20 de mayo de 2014 que: "Constituye doctrina reiterada (entre las más recientes, STS de 12 de noviembre de 2013, rec. nº 2524/2011 y las que en ella se citan) que, en virtud de la naturaleza del contrato de seguro de responsabilidad civil, « la autonomía del derecho del perjudicado tiene marcados sus límites por la Ley y por el propio contrato de seguro», de tal forma que « el derecho del perjudicado debe estar dentro de la cobertura o delimitación del contrato de seguro». Es decir, aunque el art. 76 LCS reconoce al perjudicado una acción directa contra el asegurador que convierte a este en responsable solidario junto al asegurado, pudiendo ser demandados ambos conjunta o individualmente por aquel, dicha solidaridad tiene «particulares características y límites, pues el art. 73 de la LCS preceptúa que el asegurador responde dentro de los límites del contrato y de la ley, con lo que ya tenemos una frontera ineludible para la acción directa». Estas características y límites de la acción directa del perjudicado se traducen en que «el derecho propio del tercero perjudicado para exigir al asegurador la obligación de indemnizar, no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. De forma que el tercero perjudicado, cuando ese causante del daño está asegurado, tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones que no se confunden: la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la



existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76) ( STS 14-12-2006, rec. 922/2000 )»

Y la de 8 de marzo de 2018 que: (...) pues siendo oponibles al perjudicado los términos objetivos de la cobertura del contrato de seguro, en particular la existencia de una delimitación temporal de cobertura de las previstas en el art. 73, párrafo segundo, de la LCS (añadido por la d. adicional 6.ª 5 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre ,(RCL 1995,3046) de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados , BOE de 9 de noviembre) mediante la cual se pueda desplazar la deuda de responsabilidad al momento en que se produzca la reclamación, para que esto suceda es condición indispensable que las cláusulas en cuestión resulten probadas y se ajusten a lo dispuesto en el art. 3 LCS , es decir, que aparezcan destacadas de modo especial en la póliza y sean específicamente aceptadas por escrito, ya que por su naturaleza limitativa de los derechos del asegurado (cubierto, como regla general del párrafo primero del art. 73 LCS , frente a hechos causantes de su responsabilidad acontecidos durante la vigencia de la póliza independientemente de cuando se formule la reclamación) «han sido aceptadas por la jurisprudencia únicamente en tanto fueran en beneficio y no perjudicaran los derechos del asegurado o perjudicado, reputándose como lesivas en caso contrario»".

Aplicando lo expuesto al presente caso, no puede admitirse que esta cláusula de limitación temporal inserta en las Condiciones Particulares de a primera póliza, cumpla los requisitos expuestos, pues ni aparece destacada en la misma con negrita ni siquiera con subrayado, ni ocupa una posición relevante en el documento ni la letra empleada permite distinguir esta cláusula del resto y pese a constar la firma del tomador del seguro al pie del documento, resulta evidente, que en este caso, dicha cláusula es contraria a los derechos de la perjudicada, Dª. M C M G por lo tanto, al no reunir tales requisitos exigidos jurisprudencialmente, no pueden oponerse a la perjudicada. Lo que lleva consigo la desestimación de este segundo motivo de oposición.

#### **CUARTO.- RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y CONSENTIMIENTO INFORMADO.**

Fijado el contexto jurídico, la cuestión litigiosa se centra en las siguientes cuestiones: si existió una mala praxis. al no utilizar las medidas de asencia





Desde una perspectiva general cabe definir la "lex artis ad hoc", siguiendo a la S.T.S. de 11 de marzo de 1.991, como el criterio valorativo sobre la corrección del acto médico concreto que se ha ejecutado por el profesional de la medicina, atendiendo siempre a las especiales características de su autor y de su profesión, a la complejidad y trascendencia vital que una cierta actuación médica tiene para el paciente, y en cualquier caso sin descuidar otros factores endógenos como el estado e intervención del enfermo y de sus familiares y la misma organización sanitaria. Todo ello debe ser considerado para calificar el acto médico como conforme o no con la técnica normalmente requerida.

Esta misma resolución indica las notas que ha de reunir la actuación médica para que sea conforme con la "lex artis ad hoc". Pueden resumirse las mismas afirmando que como tal "lex" implica la regla de medición de una conducta a tenor de determinados baremos, de forma que el acto sea conforme o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos, según determinadas técnicas que proyectan al exterior los principios o normas de la profesión médica, cobrando una especial importancia la actuación específica sobre la que esa técnica recae y que ha de ponderarse a tenor de las específicas peculiaridades propias de ese actuar médico -clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución, etc.-.

Ahora bien, como acoge también la jurisprudencia (S. S. T. S. de 6 de noviembre de 1.990 y de 20 de junio de 1.997), la carga de la prueba de la negligencia médica y de la relación causal entre el daño y el acto efectuado por el facultativo corresponde a quien reclama.

Analizando en su conjunto la prueba practicada y tomando en especial consideración el informe emitido por el Perito Judicial, D. P. M. G. resulta constatado que la Dra. H. le recomendó ocho infiltraciones a razón de una semanal y se realizaría un primer ciclo de tres infiltraciones de Traumeel, Trigón depot, Zeel y Coenzyma, siendo todos estos productos de carácter homeopático mezclado con corticoides y un segundo ciclo de cinco infiltraciones de Adant (ácido hialurónico); sin embargo tres días después de la primera infiltración de Adant, D<sup>a</sup>. M. C. M. G. comenzó a tener molestias e inflamación en la rodilla que se fueron transformando en dolor con el paso de los días, por lo que acudió a otro especialista que le extrajo líquido de la rodilla para su análisis, que reveló una infección de Estafilococo Epidermidis con diagnóstico de artritis séptica.



De manera que, a la vista de tales datos, resulta acreditada la relación de causalidad entre esta última infiltración y la penetración de la bacteria que le provocó la infección, pues entre aquel acto y el descubrimiento de la infección tan sólo transcurrieron nueve días, teniendo en cuenta, que los síntomas se revelaron tres días después de esta infiltración. Por lo que el nexo causal es claro con este último acto médico y no con las artroscopias practicadas, máxime cuando este perito judicial, aseveró en el juicio que por su experiencia resulta evidente que la infección se debió a esta infiltración, pues lleva cuarenta años realizando artroscopias y si hay una infección se manifiesta de inmediato, no a los tres meses añadiendo que existen además dos factores que permiten establecer este nexo causal, como el tiempo transcurrido entre la infiltración y la aparición de las molestias y el sometimiento a la paciente a inyecciones continuadas.

Resta analizar, si esta inoculación de la bacteria fue provocada por una falta de asepsia y si el tratamiento no fue el adecuado. Pues bien, no resulta constatado que la Doctora hiciera uso de métodos de desinfección con carácter previo a inyectar a la paciente, pues nada consta al respecto en la historia clínica, aunque también sostuvo tanto la Dra. H. [redacted] como la perito de la parte demandada, D<sup>a</sup>. Z. [redacted] C. [redacted], que nunca se indica en los informes ni en las historias que se procede a desinfectar, pues siempre se hace y lo exige el protocolo, resultando innecesario reseñarlo, si bien esta perito, si precisó que ella si indica de forma genérica que “procede con asepsia”, lo cual sin embargo, no consta en ninguno de los informes ni historia clínica redactada por la Dra. H. [redacted]. Por lo tanto, desconociéndose si la misma procedió a desinfectar la zona con carácter previo a la infiltración cuando es a través de la piel, como se introducen estas bacterias, como mantuvo el perito judicial, resulta plausible que la misma no empleara los medios de asepsia necesarios y ello provocara la infección. Que pese a sostener todos los peritos que es un riesgo inherente a toda actuación médica que implica una cierta injerencia corporal (como una inyección) lo cierto es, que da haberse adoptado las medidas de desinfección necesarias, se hubiera disminuido el riesgo de infección. Incurriendo, por tanto, la Dra. H. [redacted] en una vulneración de la lex artis.

Por lo tanto, no entran las lesiones padecidas por D<sup>a</sup>. M. [redacted] C. [redacted] M. [redacted] G. [redacted] dentro del ámbito del daño médico desproporcionado, que es aquél no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médico-sanitaria ( SSTS 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007). En estos casos en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que el daño se produjo si se presenta en la esfera de su actuación profesional y no es de los que habitualmente se originan sino por razón de una conducta negligente, cuyo enjuiciamiento debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recae sobre el que causa



un daño no previsto ni explicable, de modo que la ausencia u omisión de la misma puede determinar la imputación ( SSTS de 23 de mayo de 2007, 8 de noviembre 2007; 10 de junio y 23 de octubre 2008 ). Concluyendo el TS en sentencia de 12-4-2016 (Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA), que: "...no puede existir daño desproporcionado, por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado, al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS 19 de octubre 2007; 30 de junio 2009; 28 de junio 2013)."

Y añadiendo en STS de 24-11-2016 (Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA), que: "La doctrina del daño desproporcionado (STS 6 de junio 2014) permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito , pues ante la existencia de un daño de los que habitualmente no se produce sino por razón de una conducta negligente , se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume."

Por lo que, teniendo en cuenta estas premisas y que la teoría del daño desproporcionado tiene un carácter residual, se puede concluir que no concurre en este caso, pues ha habido una justificación del daño, como la omisión de la médico en la aplicación del desinfectante a la actora con carácter previo a la infiltración.

Y en relación a la aplicación del artículo 1.105 del Código Civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo declara: "Para que exista irresponsabilidad se precisa que el suceso sea imprevisible o insuperable e irresistible, que no se deba a la voluntad del deudor, que haga imposible el cumplimiento de la obligación y que haya relación entre el evento y el resultado". Dicho precepto hay que interpretarlo en el sentido de que excluye aquellos acontecimientos totalmente insólitos y extraordinarios, no previsibles por una conducta prudente y atenta a las eventualidades que del curso de la vida se puedan esperar. Y en este caso, como ya se ha visto y de las pruebas practicadas, no existe prueba hábil para demostrar que las lesiones constituyeron un evento imprevisible o que, aún previsto, es de consecuencias inevitables, debiendo el demandado asumir todas las consecuencias que de la misma se deriven.

Sin embargo no se puede considerar que D<sup>a</sup>. I. H infringiera su deber de informar de forma adecuada a su paciente sobre los riesgos inherentes a esta intervención, pues toda información debe comprender la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias", debiendo ser "verdadera" y comunicarse al enfermo "de forma comprensible y adecuada a sus necesidades" a fin de ayudarle "a tomar decisiones de acuerdo con su



propia y libre voluntad". En concreto, obliga al facultativo, antes de recabar el consentimiento escrito, a proporcionar información sobre:

- A) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- B), Los riesgos relacionados con las concretas circunstancias personales o profesionales del paciente.
- C), Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y,
- D) Las contraindicaciones.

Y en este caso, resulta adverbado por la testifical de la Dra. H. y por el interrogatorio de la actora, que en la primera consulta dicha doctora se interesó por todas las patologías que padecía D<sup>a</sup>. M. C. M. G. para hacer un análisis global de su padecimiento y conseguir aplicarla un tratamiento adecuado al mismo, reconociendo la actora que le formuló múltiples preguntas y que esta sesión duró mucho tiempo, resultando coherente con la declaración de la Doctora, que en esta consulta le explicara pormenorizadamente el tratamiento a aplicar y sus riesgos, pese a no constar de forma detallada en el consentimiento informado incorporado a la Historia Clínica obrante en el procedimiento. Máxime cuando, es un hecho notorio la posibilidad de infección por bacterias al someterse a actos médico-quirúrgicos, como reconoció la propia actora en su declaración. Por lo tanto, no puede admitirse que la Dra. H. incumpliera su deber de informar.

#### QUINTO.- INDEMNIZACIÓN.

Resta analizar el quantum indemnizatorio solicitado por la actora para que se corresponda con las lesiones causadas. Es principio general del derecho en materia resarcitoria, el oportuno restablecimiento de la esfera jurídica patrimonial -y aun de la personal o extrapatrimonial, en sentido amplio, cuándo y en la medida en que ello sea posible-, a su estado anterior al padecimiento de cualesquiera menoscabos, debiéndose acudir, en consecuencia, prioritaria y preferentemente a la reposición o restitución de la cosa misma, y solamente por su impracticabilidad, sucesivamente a la reparación o a la indemnización económica, sin perjuicio de la compatibilidad de esta última con las anteriores, cuando proceda complementarlas.

Poniendo en relación ambos informes periciales, esta juzgadora considera más acertado y proporcional aplicar el criterio contenido en el informe del perito del actor, toda vez que el de la demandada se limita a disminuir en un 50% la



indemnización propuesta por la actora, basándose en que ya existía dolor y limitación previa de la movilidad de la rodilla previa a la intervención de la Dra. H . Y si bien este extremo es cierto, pues de otro modo no hubiese acudido a su consulta a solucionar el problema de su rodilla y la sensación de falta de lubricación, las consecuencias derivadas de la infección superaron esas limitaciones iniciales, aunque se considera procedente moderar, por este motivo expuesto por la perito de la demandada, la indemnización propuesta por el de la actora y por tanto, reducir en un 30% la misma (27.991,32 €) en cuanto a las secuelas funcionales y así mismo, disminuir en un 50% la suma solicitada en concepto de perjuicio moral por pérdida de calidad de vida (15.000 € a 7.500 €), entendiendo que este porcentaje es adecuado y proporcional a las circunstancias del caso.

En base a ello, procede indemnizar a D<sup>a</sup>. M C M G la suma de 27.093,92 € (19.593,92+7.500 €).

Cantidad de la que deberá responder en base al Art. 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, la entidad aseguradora A.M.A como aseguradora D<sup>a</sup>. I H A .

**SEXTO.-** Dicha cantidad generará a favor del perjudicado, y a cargo de la entidad aseguradora, del interés del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, en su redacción dada por Ley 30/95, de 8 de noviembre al entender el asegurador ha incurrido en mora al no haber cumplido su prestación dentro del plazo legal. Ahora bien, el día a quo para el cómputo del plazo comenzará a contar desde que tuvo conocimiento el obligado, que en el caso de la entidad AMA, lo fue el 12 de diciembre de 2016 tal y como resulta del documento nº 4 de la demanda.

**SÉPTIMO.-** En virtud del 394.1 LEC las costas procesales se impondrán a la parte demandada, al resultar de aplicación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 24/4715 según la cual: "como afirma la jurisprudencia, entre otras ST TS 30/04/ y 5/03/08 8/03/07, existe una situación de cuasi vencimiento, determinante de la existencia de una estimación sustancial de la demanda, cuando hay una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido. Esta doctrina jurisprudencial, al interpretar el Art. 394 LEC ha mantenido, por razones de equidad, que a los efectos de la imposición de costas, debe equipararse la estimación sustancial a la total".

Y en este caso, el haber valorado las secuelas de forma inferior a como lo realizó la perito de la actora, supone una alteración ínfima de las pretensiones de la demanda que justifica la aplicación del Art. 394.1 LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.



## FALLO

Debo ESTIMAR Y ESTIMO a demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María Gema Morenas Perona en nombre y representación de D<sup>a</sup>. M C M G contra la entidad aseguradora A.M.A y en consecuencia:

1. Condenar a la demandada a abonar a la actora la cantidad de VEINTISIESTE MIL NOVENTA Y TRES EUROS CON NOVENTA Y DOS CÉNTIMOS (27.093,92 €) más los intereses moratorios descritos en el fundamento jurídico sexto de la presente resolución.
2. Las costas procesales se impondrán a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Apelación ante este Juzgado en los veinte días siguientes a su notificación, previa constitución de un depósito para su admisión.

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

La Magistrada-Juez

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

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

