

tencia, junto con la siguiente documentación:

-Certificación bancaria con el número de cuenta de su titularidad en el que desea que se realice el pago.

compensación económica por los gastos que tuvo que asumir al acudir a la sanidad privada en este asunto, ni de que se halle en trámite otro procedimiento para obtener dicha compensación.

-Acreditación de que la factura de 6.000 euros de la mercantil "Neurocirugía Madroños, SL" aportada en vía administrativa se corresponde a un servicio vinculado a la intervención quirúrgica del Hospital Quirón, no incluido en las facturas de dicho Hospital (por ejemplo, respecto de esto último, sería útil una certificación bancaria de las transferencias de los pagos realizados).

Si en el plazo de tres meses desde la presentación de dicha documentación en el registro de la Xunta de Galicia no se ha efectuado el pago, podrá el demandante promover en este Juzgado la ejecución forzosa de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 106.3 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, con el correspondiente perjuicio para la Administración demandada (intereses y costas).

VI.-De la estimación parcial del recurso se deriva que no se realice un especial pronunciamiento sobre las costas (art. 139.1 LJCA).

PARTE DISPOSITIVA

1º.- ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. S.G.P. contra la resolución de 10 de mayo de 2016 de la Secretaria Xeral Técnica de la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia, desestimatoria de la indemnización solicitada por las perjuicios padecidos al haber tenido que acudir a la sanidad privada ante las excesivas listas de espera del Servicio de Neurología del Complejo Hospitalario Universitario de Ourense (expte. RP 2015/0190/O).

2º.- Revocar la referida resolución, condenando a la Xunta de Galicia al pago de diez mil euros (10.000 €) al demandante, incrementados con el IPC desde la fecha de presentación de la reclamación en vía administrativa. La sentencia se ejecutará en los términos señalados en el fundamento "V".

3º.-Sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que contra ella no cabe interponer Recurso de Apelación (art. 81 LJCA).

RELACIÓN CONTRACTUAL

Acción directa del mutualista de Muface contra Adeslas por mala praxis médica

ADS. Reproducimos en este número el texto de una novedosa e importante sentencia del *Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Jaén* que expresa que la relación entre el mutualista de y la compañía que le presta el servicio sanitario es contractual, lo que condiciona de forma esencial no sólo el plazo de prescripción para reclamar, sino la legitimación pasiva de la aseguradora para ser demandada, es decir que cabe acción la directa del mutualista contra ésta sin necesidad de demandar a la mutualidad de funcionarios.

El Juzgado no tiene duda de que existe relación contractual al interpretar que cuando celebra un contrato con una aseguradora -en este caso un concierto sanitario-, los mutualistas de esta mutualidad pasan a ser parte de la relación contractual: "Es como si los miembros de suscribieran el mismo".

Interrupción del plazo para reclamar

La sentencia, facilitada a ADS por el experto en Derecho Sanitario **Segundo López Izquierdo**, confirma que el plazo de prescripción no prescribe mientras el paciente no tenga un conocimiento real del alcance de las secuelas, y como esto no se produce hasta que se emite informe pericial de los daños (casi cuatro años después de la intervención), el plazo de cómputo del periodo de reclamación -*dies a quo*- no comienza hasta el dictamen del perito.

Por otra parte, la forma de proceder de la defensa, que cada año desde la intervención (esclerosis de hemorroide-) presenta reclamaciones a , durante tres años, interrumpe la prescripción, por lo que pervive el plazo para reclamar.

La intervención médica fue en el año 2010, y aunque la demanda se presenta en noviembre de 2014, no se encontraba prescrita la acción para reclamar.

Enfoque de la demanda

Tiene también interés el enfoque de la demanda, ya que permite que el juez dice una sentencia declarativa de la responsabilidad directa de la aseguradora por mala praxis médica, dejando para otro momento -otro pleito posterior- la reclamación de la indemnización, lo que le permitirá reclamar los intereses de demora del artículo 20 de la *Ley de Contrato de Seguro*.

Es novedoso, además, el recurso que utiliza la defensa del paciente al esgrimir el artículo 105 de la *Ley de Contrato de Seguro* como fundamento de la responsabilidad, precepto que indica que "el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica".

Infracción de protocolo y consentimiento

El juez considera probado que existió una inadecuación del sanitario a los protocolos médicos aplicados al caso concreto y a las características particulares de la clínica, por omisión de pruebas y de un correcto consentimiento informado, que ha provocado unos efectos secundarios perjudiciales a la demandada.

En el *fundamento jurídico 3º*, la sentencia analiza la cumplimentación del consentimiento informado:

"Así en cuanto al consentimiento informado que aparece firmado por la paciente y no por el Doctor, cuando se le interrogó a éste sobre el modo y forma de exponer el mismo, se limitó a explicar que con carácter general se firman antes de la intervención quirúrgica, en nuestro caso el mismo día, pero no explicó que alternativas ofreció a la paciente, y si le explicó el **riesgo de estenosis**, ya que no basta con estampar la firma en el documento, y ello por-

que el paciente no es un técnico sanitario y exige que se le explique de manera comprensible los riesgos, alternativas y posibles consecuencias de la intervención (...)"

No expuso el médico "si la información se hacía en consulta o con la paciente ya en camilla", por lo que **"existe una ausencia total del contenido real de un consentimiento informado en sentido pleno"**.

Omisión de pruebas diagnósticas

No se trataba de un caso usual de hemorroides, ya que llevaba aparejado dolor, lo que era un síntoma de posibles fisuras anales, y antes de la intervención se debió de realizar una manometría anal.

Esta prueba no es sustituible por otras y proporciona información útil para el médico en el tratamiento de pacientes con incontinencia fecal o estreñimiento severo, en el estudio del dolor anorrectal severo sin que se haya encontrado la causa en la rectoscopia, así como antes de realizar cirugía anal de fisura anal, hemorroides y fistula.

El médico manifestó que no era necesaria su realización porque la paciente era menor de 40 años y no había sido intervenida, manifestación que "no es precisa técnicamente y no se comparte por esta instancia, ya que esta prueba se utiliza también con niños, en caso de incontinencia anal o estreñimiento, es decir, es el caso concreto el que acomoda el protocolo médico y no al revés".

No se realizó una correcta valoración de las fisuras anales y la paciente entró en una situación de emergencia con sangrados masivos teniendo que ser transfundida, e ingresada, y posteriormente intervenida de urgencia para controlar la hemorragia.

Tampoco existe prueba de que realizara una anuscopia, ya que el propio médico lo negó en su interrogatorio.

En la intervención de urgencias, practicada por otro médico con posterioridad debido al sangrado

masivo, la situación era "deplorable y anticipaba la estenosis que iba a padecer". El médico de urgencias llega a declarar que en sus 40 años de cirugía nunca había visto un estado de un paciente como el de la actora tras una intervención quirúrgica tipo.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 227 / Junio 2015. *Muface no responde de daños a mutualistas en servicios sanitarios concertados.*

ADS nº 206 / Julio - Agosto 2013. *Consideraciones sobre la responsabilidad de centros sanitarios privados concertados.* ALEJANDRO FERNÁNDEZ-SORDO CABAL.

ADS nº 187 / Nov. 2011. *Responsabilidad de la Administración por daños en clínica concertada con una Mutua (Pág. 838)*

ADS nº 186 / Octubre 2011. SUPREMO / *Muface responde por daños en entidades concertadas para la asistencia (Pág. 744)*

Ref. ADS 11/2016

ABSTRACT: Legitimación pasiva de para ser demandada - Relación contractual entre mutualista y - Dies a quo - El incumplimiento de las obligaciones del artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro - Necesidad de prueba de la culpa por el demandante - No observancia de protocolos médicos (omisión de pruebas previas para confirmar entidad de hemorroides: manometría anal, omisión de anuscopia) - Consentimiento informado, firmado por la paciente, no por el médico: deficiente - Sentencia declarativa - Cuantificación de la indemnización para un proceso posterior - Acto médico inadecuado por omisión de pruebas diagnósticas y de un correcto consentimiento informado - Responsabilidad directa de la aseguradora por mala praxis médica.

Juzgado de Primera Instancia nº 5 de los de Jaén.

Sentencia 12/17, de 16 de enero de 2017.

Juicio ordinario nº 1132/14,

Promovido por JMV contra .

Acción declarativa.

SENTENCIA

EN NOMBRE DE S.M. EL REY SENTENCIA no 12/17 En Jaén a 16 de enero de 2017. Visto por Da. Virginia Aparicio Bartolomé, Magistrado titular del Juzgado de

Primera Instancia no 5 de los de Jaén y su partido, juicio ordinario no 1132/14, promovido por D Jesús Méndez Vilchez, en nombre y representación de , contra

, en el ejercicio de acción declarativa.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. D Jesús Méndez Vilchez, en nombre y representación de , presentó el 4/11/14 demanda de juicio ordinario contra

, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, interesó el dictado de una sentencia por la que se declare la responsabilidad directa de la entidad demandada por la deficiente asistencia sanitaria prestada a la parte actora, así como la relación causal entre los daños y perjuicios ocasionados a aquella y la referida asistencia, condenando a su indemnización pero dejando para un pleito posterior la determinación de las cantidades en que se concretará la misma, cantidad que en su caso deberá de incluir los intereses del art. 20 de la LCS, y costas judiciales. Segundo. La demandada se opuso por medio de escrito de 5/10/15, alegando las excepciones procesales de defecto en el modo de proponer la demanda; la falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber demandado al Doctor ; la falta de legitimación pasiva de la demandada ya que siendo el fundamento de la petición de la demanda la declaración de una incorrecta asistencia sanitaria, entiende la entidad demandada que lo que existe es un contrato de gestión pública entre la demandada y y que de forma colateral beneficia a la actora que no es parte directa en dicho contrato, y en último lugar, la prescripción de la acción ejercitada por responsabilidad extracontractual que a juicio de la demandada es la única que responsabilidad que en su caso podría reclamarla. Argumentando en cuanto al fondo de la cuestión litigiosa, la ausencia de relación contractual entre las partes, sin que la demandada haya incumplido ninguna de las obligaciones que, en su caso, podrían incumbirle en su condición de entidad concertada con para la cobertura de asistencia sanitaria, y sin que se le pueda exigir responsabilidad extracontractual por la labor de los sanitarios ya que no ejerce ninguna labor de control sobre la actividad de los profesionales que prestan la asistencia sanitaria a sus asegurados, desconociendo el desarrollo de los hechos, pero negando que los daños padecidos por la actora sean consecuencia de una actuación negligente o contraria a la lex artis, y sin que

se pueda exigir responsabilidad a la demandada por una falta de información o consentimiento informado a la paciente, sin que sea de aplicación la teoría del daño desproporcionado. Tercero. La Audiencia Previa al juicio se celebró el 12/05/16, aclarando la parte demandante que lo que se ejercitaba en la demanda era una acción de naturaleza declarativa y no de forma acumulada la petición de condena a indemnización de daños y perjuicios, que no se contabilizaban por ello en la demanda, motivo por el entendió el Tribunal, que no existía defecto en el modo de proponer la demanda.

En cuanto a la excepción de litisconstitución pasivo necesario por la falta de llamamiento al Doctor se desestimó en la Audiencia al entender la instancia que la acción ejercitada era una acción declarativa contra la compañía por la incorrecta prestación del servicio sanitario, sin que implicase un ejercicio de acción por responsabilidad de mala praxis contra el facultativo, y sin perjuicio de un eventual derecho de repetición de la citada compañía contra el mismo. El resto de excepciones quedaron para resolver en sentencia. El juicio se inició el 27/09/16, sin que se pudiera practicar toda la prueba propuesta y admitida, reanudándose el 16/12/16, dando a las partes trámite de conclusiones por escrito que cumplieron con sendos informes de fecha 21/12/16 y de fecha 29/12/16, tras lo que quedaron los autos pendientes de dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La acción ejercitada es una acción por la que se pretende un pronunciamiento judicial que declare la responsabilidad directa de la entidad demandada por la deficiente asistencia sanitaria prestada a la parte actora, así como la relación causal entre los daños y perjuicios ocasionados a aquella y la referida asistencia, con expresa condena en costas. Todo ello al amparo de la previsión del art. 105 de la LCS, en relación con los arts. 26 y 28 de la LCYU, en la redacción anterior al RD1/2007 de 16 de noviembre y la jurisprudencia que los desarrolla. Frente a ello, la demandada se opuso alegando las excepciones procesales de defecto en el modo de proponer la demanda; la falta de litisconstitución pasivo necesario al no haber demandado al Doctor ; la falta de legitimación pasiva de la demandada ya que siendo el fundamento de la demanda la petición de declaración de una incorrecta asistencia sanitaria, entiende la entidad demandada que lo que existe es un contrato de gestión públi-

ca entre la demandada y y que de forma colateral beneficia a la actora que no es parte directa en dicho contrato, y en último lugar, la prescripción de la acción ejercitada por responsabilidad extracontractual que a juicio de la demandada es el único tipo de responsabilidad que en su caso podría reclamar la demandante.

Argumentando en cuanto al fondo de la cuestión litigiosa, la ausencia de relación contractual entre las partes, sin que la demandada haya incumplido ninguna de las obligaciones que, en su caso, podrían incumbirle en su condición de entidad concertada con para la cobertura de asistencia sanitaria, y sin que se le pueda exigir responsabilidad extracontractual por la labor de los sanitarios ya que no ejerce ninguna labor de control sobre la actividad de los profesionales que prestan la asistencia sanitaria a sus asegurados, desconociendo el desarrollo de los hechos, pero negando que los daños padecidos por la actora sean consecuencia de una actuación negligente o contraria a la *lex artis*, y sin que se pueda exigir responsabilidad a la demandada por una falta de información o consentimiento informado a la paciente, sin que sea de aplicación la teoría del daño desproporcionado.

Tal y como se relataba en los antecedentes de hecho la excepción procesal de defecto en el modo de proponer la demanda y la excepción de litisconstitución pasivo necesario, se resolvieron en la Audiencia Previa, debiendo de estar a los argumentos esgrimidos en aquella. La excepción de falta de legitimación pasiva de la demandada entronca con el fondo de la cuestión litigiosa y como tal se desarrollará en los siguientes fundamentos de derecho. Entiende el tribunal que la excepción de prescripción de la acción, también se encuentra íntimamente ligada al fondo de la controversia, ya que para la parte actora la acción tiene una relación causal que toma como título un contrato de prestación de asistencia sanitaria entre la parte actora y la entidad de seguros demandada en base a la literalidad del art. 105 de la LCS, y por ello la acción no se encontraría prescrita, mientras que en versión de la parte demandada no existe tal relación contractual, y sólo un contrato de gestión sanitaria entre , entidad de la que forma parte la actora, y la compañía aseguradora, de modo que de existir algún tipo de responsabilidad sería de índole extracontractual, y en el momento de interposición de la presente demanda se encontraría prescrita.

SEGUNDO.-Expuesto lo anterior, la aproximación a la cuestión litigiosa exige atender al tipo de relación, que une a la parte actora y a la entidad demandada. En tal sentido el TS se ha manifestado en sentencia reciente

como la de 13/10/15 que constituye un hito en la materia y que señala como "Tal distinción ha tenido reflejo en el cambio jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que aparece explicitado en la sentencia de 18 de octubre de 2011, Rc. 443/2009 en los siguientes términos: "...esta misma Sección, en la Sentencia de 2 de julio de 2008, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 395/2006, ha tenido ocasión de estudiar el tema a la luz de elementos normativos recientes, que lo han clarificado. En efecto, la Sección, en asuntos similares al de autos, vino declarando que, "el daño cuyo resarcimiento se persigue por la actora, no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos, habida cuenta de que la actuación administrativa consiste en celebrar conciertos con Entidades o Sociedades para facilitar a los mutualistas y beneficiarios la prestación sanitaria de tal modo que, a tenor de lo dispuesto en los Conciertos suscritos, la responsabilidad que puede surgir por la defectuosa asistencia no es susceptible de ser imputada más allá del círculo en que efectivamente se realiza la prestación, extendiéndose en la forma pretendida por la demandante", añadiéndose que la Administración "no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, ha sido la Entidad concertada elegida por la mutualista la que lo ha hecho a través de sus servicios y en el ámbito de una relación establecida libremente con la recurrente y que ésta no puede desconocer" (de la Sentencia de 25 de enero de 2001 -recurso n.º 251/2000 -). "Se destaca en la referida Sentencia de 2 de julio del pasado año, no puede desconocerse la incidencia que, en esta cuestión, tiene la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyo apartado 1 dispone que "los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público". Con esta disposición, el legislador considera expresamente sometidos los conciertos del tipo del que trae causa la asistencia prestada a la parte actora, celebrado entre la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado -el Instituto Social de las Fuerzas Armadas en el recurso número 395/2006- y Asisa, al régimen del contrato de gestión de servicio público, del que el concierto constituye una de sus modalidades de contratación [artículo 253.a) de la nueva Ley y artículo 156.c) de la

precedente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas], figurando entre las obligaciones del contratista la de "indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración" [artículo 256.c) de la nueva Ley y artículo 161.c) de su precedente] Esta idea, que ya se deducía de la normativa anterior, se hace ahora explícita, cobrando todo su vigor el sistema de responsabilidad al que se acaba de aludir, de manera que "la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración [...], modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular" del servicio y del fin público que se trata de satisfacer, así como en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que responden a órdenes de la Administración (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006)." 7. Que se configuren como autónomas las relaciones de los beneficiarios con los facultativos o centros de la Entidad que ha celebrado el concierto con la Mutualidad, sin suponer relación de ésta con aquellos, no empece a que se haya de convenir que aquellas relaciones traen causa del contrato de servicio público celebrado entre la Mutualidad y la Entidad, previéndose en su normativa, entre las obligaciones del contratista, la de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración (artículo 280 c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), pues se trata de un contrato en el que la Administración contratante (aquí el Mutualismo Administrativo que asume la prestación de asistencia sanitaria con el mismo alcance y contenido que el sistema de la Seguridad Social) encomienda a un contratista la gestión de un servicio de su competencia.¹⁵ que señala como "

Se opta por tanto por entender que existen en la práctica dos contratos, por un lado un contrato de seguro con la entidad aseguradora y otro segundo contrato de servicios profesionales con los concretos sanitarios del cuadro médico. Para esta instancia no existe duda de que la parte actora tiene acción contra la entidad demandada, ya que en base al art. 105 de la LCS,

contrató con aquella y por ende puede exigir responsabilidad por la correcta prestación del servicio. La fórmula del concierto de , no ignora que los beneficiarios de que integran aquella, cuando celebra un contrato, en este caso de concierto sanitario, con la entidad demandada, es como si los miembros de , con ello la parte actora, suscribieran el mismo, y se convierten en parte de la relación contractual. Este planteamiento que ofrece esta instancia, relación contractual, es congruente con la importante sentencia del TS citada, una primera aproximación podría inducir a error e interpretar que dado que el alto Tribunal fija el plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción, opta sin más por entender que estamos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

El argumento deductivo de la sentencia citada es mucho más complejo y técnico, fija el plazo de un año porque lo que pretende es equiparar a todos los posibles beneficiarios ya sea del sistema de mutuas de seguros de salud como del sistema nacional de salud, ya que para estos últimos según el art. 142.5 de la Ley 30/1992 LRJAP y PAC y el artículo 67 de la Ley 39/15 de PACAP para la reclamación de la responsabilidad patrimonial de la administración se fija el plazo de prescripción de un año. Circunstancia a la que se une como la Disposición Adicional Vigésimo tercera de la Ley 30/2007 de Contratación en el Sector Público, en su apartado 1o, establece como los conciertos para la prestación de servicios sanitarios se regirán por la normativa especial de cada mutualidad y en todo lo no previsto por la legislación de contratos del sector público.

Es decir, existe relación contractual, pero existe también una norma especial que se convierte en Ley especial frente a la general, para la fijación del plazo de ejercicio de la acción. En el caso que nos ocupa la parte actora es tratada por el Doctor el 31/05/2010 esclerosando las hemorroides sin resultado satisfactorio e interviniéndola el 24/06/10. El informe pericial de la parte actora que pone de manifiesto la realidad concreta de los daños es de fecha 6/02/13, y es este momento el del comienzo del dies a quo del plazo de prescripción. No se puede obviar el hecho de que el instituto de la prescripción constituye una limitación al derecho a la tutela judicial efectiva en los términos del art. 24 de la CE, por cuanto que impide el dictado de una sentencia que entre en el fondo de la cuestión litigiosa, de ahí que la doctrina y la jurisprudencia de forma unánime hayan establecido que su interpretación debe de ser restrictiva, y esta interpretación restrictiva influye en el computo del día de inicio del plazo, ya que no será el concreto día en que se produ-

jo el daño, sino que aquel en el que el lesionado o perjudicado tuvo un conocimiento real del alcance y veracidad de los perjuicios, por lo tanto el 6/02/13. En la Audiencia Previa se presentan varios documentos que acreditan la presentación de reclamaciones en ADESLAS, sobretodo, de fecha 18/03/13 y de fecha 11/03/14, esta último, incluso con sello de entrada, y que siguen una misma pauta de presentación una vez al año dentro del primer trimestre de cada año desde el 2011 para interrumpir la prescripción. Por lo que el 4/11/14 cuando se interpone la demanda la acción no se encontraba prescrita. La excepción de prescripción debe de ser desestimada.

TERCERO.-El debate se centra por lo tanto en estudiar si la entidad demandada ha incumplido las obligaciones que le son propias en los términos del art. 105 de la LCS.

De este modo cabe plantearse si el resultado lesivo que la intervención efectuada por el Doctor tuvo para la actora fue consecuencia de la inadecuación del acto de cirugía o de la falta de la correcta información a la paciente del diagnóstico, pronóstico y alternativas a la intervención según su concreta dolencia. Circunstancia que hace referencia a si en el tratamiento o en la intervención, incluyendo el consentimiento informado, se respetaron los protocolos médicos que permitan calibrar la diligencia exigible en cada acto o tratamiento médico por el profesional del cuadro médico suministrado por la entidad demandada, lo que incluye la realización de todas las pruebas diagnósticas que en ese momento la ciencia considerase idóneas y efectivas para el paciente.

La premisa expuesta tiene unas consecuencias básicas, en primer lugar, declarar que en nuestro sistema judicial no se puede apreciar que ha existido un inadecuado acto de cirugía o de información por el resultado lesivo, ya que la medicina es una ciencia compleja, y en la misma se pueden producir resultados fatales aún empleándose para su consecución todos los medios posibles, habiendo quedado superada por la jurisprudencia la teoría del daño desproporcionado, y ello porque la responsabilidad del sanitario es de medios y no de resultado.

En segundo lugar, e íntimamente relacionado con lo expuesto es que no existe objetivación de responsabilidad por el daño, por lo que es preciso la prueba de la culpa y dicha carga debe de pesar sobre la parte actora en los términos del art. 217 de la LEC. En el caso de autos esta instancia considera probado que existió una inadecuación del sanitario a los protocolos médicos aplicados al caso concreto y a las características parti-

culares de la clínica. Así en cuanto al consentimiento informado que aparece firmado por la paciente y no por el Doctor [redacted], cuando se le interrogó a éste sobre el modo y forma de exponer el mismo, se limitó a explicar que con carácter general se firman antes de la intervención quirúrgica, en nuestro caso el mismo día, pero no explicó que alternativas ofreció a la paciente, y si le explicó el riesgo de estenosis, ya que no basta con estampar la firma en el documento, y ello porque el paciente no es un técnico sanitario y exige que se le explique de manera comprensible los riesgos, alternativas y posibles consecuencias de la intervención.

Del relato en la vista oral por el citado Doctor se desprende que se trató de una intervención en un día en el que al menos estaban previstas otras dos o tres más y tras terminar su servicio en el sistema público de salud, pero no expuso si la información se hacía en consulta o con la paciente ya en camilla, existe una ausencia total del contenido real de un consentimiento informado en sentido pleno.

En cuanto al acto quirúrgico y la acomodación a las exigencias médicas del caso concreto, es cierto que la paciente era menor de 40 años y no había sido intervenida con anterioridad, pero tenía una clínica concreta como puso de manifiesto las propias visitas que realizó al Doctor [redacted] en el mes de mayo de 2010, y en las que evidenció que no era un caso usual de hemorroides ya que llevaba aparejado dolor, lo que era un síntoma de posibles fisuras anales, y antes de la intervención se debió de realizar una manometría anal. A través de esta técnica se miden las presiones dentro del ano y del recto, y sus conclusiones no se pueden obtener mediante la sustitución de esta prueba por otras y proporciona información útil para el médico en el tratamiento de pacientes con incontinencia fecal o estreñimiento severo, en el estudio del dolor anorrectal severo sin que se haya encontrado la causa en la rectoscopia, así como antes de realizar cirugía anal de fisura anal, hemorroides y fistula. La referencia que realiza el Doctor [redacted] de que no era necesaria su realización porque la paciente era menor de 40 años y no había sido intervenida, no es precisa técnicamente y no se comparte por esta instancia, ya que esta prueba se utiliza también con niños, en caso de incontinencia anal o estreñimiento, es decir, es el caso concreto el que acomoda el protocolo médico y no al revés, y la paciente aparece ya diagnosticada antes de la intervención quirúrgica por el propio Doctor D. [redacted] con estreñimiento y fisura anal crónica, lo que pone de relieve que puede padecer la denominada fisura secundaria. No se puede obviar que no se realizó una correcta valoración de las fisuras anales y la paciente

entró en una situación de emergencia con sangrados masivos teniendo que ser transfundida, e ingresada, y posteriormente intervenida de urgencia para controlar la hemorragia. Además tampoco existe prueba de que realizara una anoscopia, ya que el propio Doctor [redacted] lo negó en su interrogatorio, y la referencia manuscrita que interpreta la defensa no deja de ser una interpretación ya que la letra ni es clara ni comprensible, máxime si el que tuvo que realizarla niega haberla llevado a término. No se puede ignorar por esta instancia la declaración en la vista principal del Doctor D. [redacted] que fue el especialista de urgencias que intervino de urgencia a la paciente tras su sangrado masivo, y que le fue imposible explorar a la actora en consulta y hubo que anestésicarla, declarando como se encontraba en una situación deplorable que anticipaba la estenosis que iba a padecer, careciendo de mucosa en el ano, tenía úlceras lacerantes por quemadura, y la ausencia de mucosa del ano tuvo que ser recubierta con mucosa del colon, tal es así que en sus 40 años de cirugía nunca había visto un estado de un paciente como el de la actora tras una intervención quirúrgica tipo. Por lo que ajuicio de esta instancia existió un acto médico inadecuado por omisión de pruebas y de un correcto consentimiento informado, que ha provocado unos efectos secundarios perjudiciales a la demandada y cuyo valor indemnizatorio no es objeto de este pleito.

CUARTO.-Las costas se imponen a la parte demandada que resulta condenada de acuerdo con lo establecido en el art. 394 de la LEC. Vistos además de los citados los artículos de general aplicación.

FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por D Jesús Méndez Vilchez, en nombre y representación de [redacted], contra [redacted], declarando la responsabilidad directa de la entidad demandada por la deficiente asistencia sanitaria prestada a la parte actora, así como la relación causal entre los daños y perjuicios ocasionados a aquella y la referida asistencia y costas judiciales.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días desde la notificación, previo abono de deposito judicial. Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando, y firmo, Da Virginia Aparicio Bartolomé, Magistrado Titular del Juzgado nº 5 de Jaén.

