

InDret

Fractura de genoll en accident d'esquí i responsabilitat civil mèdico-sanitària

*Comentari a la STS, 1a, 8.5.2003
Ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz*

Álvaro Luna Yerga
Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper n°: 174
Barcelona, octubre de 2003
www.indret.com

En la jurisprudència de la Sala Primera del Tribunal Suprem sobre responsabilitat civil mèdico-sanitària de l'últim lustre s'observa un avanç decidit envers l'objectivització de la responsabilitat individual de metges i personal sanitari que se suma a l'objectivització de la responsabilitat de centres sanitaris o, en el seu cas, Administració Pública de la qual depenguin. Els mecanismes són diversos: així, per exemple, el Tribunal Suprem ha estès la doctrina dels danys desproporcionats a supòsits en els quals no es plantejava sinó la materialització del risc típic de fracassos d'una determinada intervenció; o, recentment, ha defensat l'aplicabilitat del règim de responsabilitat objectiva previst a l'art. 28.2 de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris (LGDCU). El cas resolt per la [STS, 1a, 8.5.2003](#) (Ar. 3890) exemplifica bé la primera de les dreceres marcades per aquesta nova orientació i posa de manifest els resultats indesitjables als quals pot conduir.

En el cas, l'actora es fracturà l'espina tibial de la seva cama dreta el gener de 1991 quan esquiava a l'estació de Baqueira Beret, a la Vall d'Aran, i un cop atesa d'urgència a peu de pista va ser traslladada a Barcelona, on li van ser practicades fins a tres intervencions quirúrgiques pel cirurgià codemandat sense que obtingués un resultat satisfactori. Donat que no millorava, a mitjans de 1992 va recórrer a un altre cirurgià que acabà el tractament tot i que no va poder evitar que a l'actora li restessin com a seqüeles la limitació de la mobilitat del genoll dret, atròfia muscular i osteocondritis del còndil intern, és a dir, «una clara coixesa irreversible».

L'actora demandà el primer cirurgià que la va intervenir, a la seva companyia asseguradora i a l'entitat prestadora de serveis sanitaris a què pertanyia en reclamació d'una indemnització de 120.202,42 €. El Jutjat de Primera Instància núm. 25 de Barcelona, en Sentència de 7 d'abril de 1995, estimà parcialment la demanda i condemnà el cirurgià codemandat i a la seva asseguradora a pagar solidàriament 72.121,45 €. La Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en Sentència de 8 de maig de 1997, pel contrari, estimà el recurs d'apel·lació interposat pels condemnats, revocà parcialment la Sentència del Jutjat i els absolgué de totes les peticions, en base a la manca de prova respecte de la concurrència de negligència del facultatiu codemandat en la producció del dany, la causa del qual, afegeix, va ser «l'acte lliure i voluntari de la part actora», això és, la pràctica de l'esquí.

El Tribunal Suprem, per la seva part, estimà el recurs de cassació interposat per l'actora, revocà la Sentència de l'Audiència i reposà la de Primera Instància. A diferència de l'Audiència Provincial, el Tribunal Suprem considera acreditada la negligència del facultatiu codemandat en base a la doctrina del dany desproporcionat:

«En definitiva, una caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicados, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible; lo cual crea una deducción de negligencia (res ipsa loquitur), una apariencia de prueba de ésta (Anscheisbeweis), una culpa virtual (faute virtuelle)» (FJ. 3r).

El Tribunal Suprem cita en recolzament de la seva decisió dues Sentències que resolen sengles casos on el tractament mèdic iniciat per un equip mèdic va haver de ser finalitzat per un altre de diferent davant

l'absència de resultats positius. En el cas decidit per la STS, 1a, 11.12.2001 (Ar. 2711), l'actora va haver de recórrer a un equip mèdic nord-americà, després de dues infructuoses intervencions prèvies per eliminar una protusió del maxil·lar superior, malgrat les quals li van quedar seqüeles. En el decidit per la STS, 1a, 31.1.2003 (A. 646), l'actor havia sofert incontinència anal parcial a conseqüència d'una intervenció d'hemorroides sagnants i fissura anal, motiu pel qual va ser intervingut fins a sis cops més per un altre equip mèdic sense que s'assolís un resultat satisfactori.

No obstant això, la remissió a aquests precedents no sembla correcta. En efecte, en el primer dels casos el Tribunal Suprem entengué que, donat que es tractava d'una intervenció de cirurgia estètica, l'obligació mèdica s'assimilava a les obligacions de resultat i ometé qualificar la diligència en la conducta del facultatiu demandat. En el segon, també ponència de l'Il·lm. Magistrat Sr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, s'incorre com aquí en l'error d'acudir a la doctrina del dany desproporcionat quan no existeix màxima d'experiència clara que indiqui la negligència del facultatiu demandat (LUNA YERGA, 2003, págs. 10-11).

En la Sentència no es consigna cap dada que permeti afirmar, amb la contundència del Magistrat Ponent, que efectivament concorre una màxima d'experiència de la qual induir la negligència del facultatiu codemandat. L'esquí és un esport de risc, com ho demostra l'elevat nombre de lesions que cada any es produeixen a les pistes d'esquí del nostre país. Moltes d'elles, per la seva tipologia, deixen seqüeles greus en els pacients i els impedeixen, en molts casos, la pràctica d'aquests i d'altres esports en el futur.

Segons l'[Informe de Detección de Accidentes Domésticos y de Ocio 2002](#) (Informe DADO), elaborat pel Ministeri de Sanitat i Consum, a Espanya es van produir el passat any un total de 1.320.943 accidents d'aquest tipus, dels quals un total de 169.081 (un 12,8%) correspongueren a accidents esportius. D'aquests, un total de 8.115 (el 4,80%) es produïren durant la pràctica d'algun esport d'hivern, entre els quals destaca l'esquí en primer lloc amb un total de 5.748 accidents (això és, el 3,40% del total d'accidents esportius).

En el cas concret, la Sentència trasllada al facultatiu els costos de la pràctica d'esports arriscats pel seu pacient en estendre la seva obligació, de fet, més enllà del contingut propi de les obligacions de mitjans. Malgrat això, en el seu conjunt seran els pacients qui hauran de suportar el sobrecost de la sobreprecaució a què molt probablement conduirà aquest increment de l'estàndard de responsabilitat, ja sigui mitjançant una pujada dels impostos en relació amb la sanitat pública o de les assegurances mèdiques en la sanitat privada. Així, cal qüestionar-se si una decisió de política legislativa semblant ha de ser adoptada pels nostres Jutges i Magistrats i no, com seria preferible, pel legislador.

A més, el Tribunal Suprem no es conforma amb presumir, a manca d'una màxima d'experiència clara que indiqui que en presència d'una fractura de genoll el mal resultat de les intervencions quirúrgiques posteriors és degut a una mala pràctica d'aquelles i no a les característiques pròpies de la lesió, sinó que sembla invertir la càrrega de la prova del nexa causal en perjudici del demandat:

«En la relación fáctica basada esencialmente en las varias pruebas periciales se afirma que no hubo culpa o negligencia, lo cual no es un factum sino una quaestio iuris revisable en casación; se dice que la prueba pericial dice que no hay nexo causal entre la actuación

médica y el resultado dañoso; pero no dice cómo ni porqué se ha producido éste; ni dice en ningún momento que la causa fuera ajena a aquella actuación, ni que fuera causada por fuerza mayor, ni que tuviera su origen en previas condiciones de la propia perjudicada» (FJ. 3º).

Afortunadament, aquesta tendència objectivitzadora de la responsabilitat civil mèdico-sanitària sustentada en la presumpció amb caràcter general de la culpa mèdica mitjançant aquests instruments processals i la consegüent inversió injustificada de la càrrega probatòria no es troba a l'agenda de tots els Magistrats del Tribunal Suprem, com es desprèn de la recent STS, 1a, 25.6.2003 (A. 4261). En el cas, una pacient obesa, que presentava dolors en l'epigastri acompanyats de nàusees i vòmits, va ser atesa a casa seva a prop de les 20.00 h. per un metge d'urgències, que li diagnosticà gastritis, prescriví un tractament de *Buscapina*® (hioscina i paracetamol) en comprimits i li administrà una injecció de *Cleboril*® (cleboprida), medicament antitèrmic i antinauseós, amb recomanació que acudís el dia següent a l'especialista. La malalta es va adormir i no va despertar fins dues hores després, en que després de beure aigua copiosament presentà un quadre d'esvaïment i morí als pocs minuts, sense que els serveis d'urgència que van acudir al domicili a les 22.14 h. poguessin reanimar-la. En el certificat de defunció el metge del Registre Civil anotà com a causa de la mort infart agut de miocardi, tot i que no es va poder confirmar donat que no es va practicar l'autòpsia al cadàver. El vidu i els fills de la pacient van interposar una demanda contra el metge d'urgències i "Winterthur" en reclamació de 120.202,43 €, que va ser desestimada tant en la instància com en cassació en base a la falta de prova de la negligència mèdica, donat que el metge va actuar en tot moment conforme a la *lex artis*. En aquest punt, el Tribunal Suprem arremet contra la STS, 1a, 8.5.2003 (A. 3890) i, especialment, contra el recurs a la doctrina dels danys desproporcionats i similars en els supòsits on presumiblement no existeix base per a acudir-hi:

«En el litigio, por último, no es posible ni imaginar cuál hubiera sido otro grado de diligencia al expuesto en el facultativo, salvo que se le quiera, como aspira el motivo, imputarle las demás consecuencias imprevisibles propias del «casus» (y connotación «a sensu contrario» de la reciente sentencia de la Sala de 8 de mayo de 2003 sobre la culpa virtual y el llamado «daño desproporcionado») que surgen «ex post» sin conexión alguna con el trastorno somático, enfermedad que, atendida por el médico, y cuya terapia resultó evidentemente satisfactiva en el «tempus» de inmediatez en que se desarrolló esa asistencia» (FD. 3º).

La distribució de la càrrega probatòria entre les parts troba necessàriament el seu límit en l'aplicació dels principis de disponibilitat i facilitat probatòria, avui reconeguts en l'art. 217.6 Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil (LEC). El diferent cost que suposa a les parts descarregar la prova de què es tracti no és l'únic element a tenir en compte en la distribució de la càrrega probatòria: així, la probabilitat *ex ante* que una determinada activitat, conforme a les màximes d'experiència, sigui la causa d'un concret resultat danyós, o la probabilitat que el dany es produeixi fins i tot quan s'han adoptat les mesures de precaució socialment exigibles, han de ponderar-se amb els principis anteriors (SALVADOR CODERCH, GÓMEZ POMAR, ARTIGOT

GOLOBARDES i GUERRA AZNAR, 2000, pág. 17; GÓMEZ POMAR, 2001). D'aquesta manera, a mesura que augmenta la probabilitat que la causa del dany consisteixi en l'actuació del demandat o la probabilitat que el dany s'hagi produït per la seva negligència, redunda en interès del procés i de l'eficiència que se li atribueixi en aquest la prova, i a la inversa. Malgrat això, és precisament en els casos en els quals *ex ante* és difícil apreciar en la conducta del demandat la seva susceptibilitat per causar el dany i en els quals la seva producció no és un bon indicador de la seva negligència on es suggereix la inversió de la càrrega probatòria. El cas que ens ocupa bé podria ser un d'ells.

Bibliografia

Fernando GÓMEZ POMAR, "Càrrega de la prova i responsabilitat objectiva", *InDret* 1/2001 (<http://www.indret.com>).

Álvaro LUNA YERGA, "Oblit d'una gasa durant una intervenció quirúrgica. Comentari a la STS, 1a, 29.11.2002", *InDret* 02/2002 (<http://www.indret.com>).

MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, *Informe de Detección de Accidentes Domésticos y de Ocio 2002* (<http://www.consumo-inc.es/informes/interior/estudios/frame/PDF/dado2002.pdf>).

Pablo SALVADOR CODERCH, Fernando GÓMEZ POMAR, Mireia ARTIGOT GOLOBARDES i Yolanda GUERRA AZNAR, "Observacions al Llibre Blanc sobre Responsabilitat Ambiental", en *InDret* 4/2000 (<http://www.indret.com>).