

# EL DAÑO DESPROPORCIONADO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA. UN ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ<sup>1</sup>

## RESUMEN

El daño desproporcionado es una figura doctrinal creada para dar respuesta a la responsabilidad civil médica de casos controvertidos, hasta el punto de llegar a ser inexplicables. Esta figura doctrinal parte de una premisa, la existencia de un daño de envergadura considerable, que, además, su producción presuma un acto negligente. El presente trabajo procede a abordar la figura en cuestión desde una perspectiva netamente jurisprudencial. Partiendo de construcciones doctrinales fundadas, se realiza un estudio casuístico del daño desproporcionado, centrado especialmente en los hechos que dieron lugar a que el Tribunal Supremo optase por la concurrencia de esta figura o de otra para calificar la situación fáctica del caso. Se parte por tanto de la siguiente cuestión: ¿Qué supuestos dan lugar a la aplicación de esta figura? ¿Es la doctrina del Tribunal Supremo unánime al respecto?

Palabras clave: Daño desproporcionado, sanitario, responsabilidad civil.

## ABSTRACT

*The disproportionate damage is a figure created to give response to the civil medical responsibility of controversial cases, up to the point of managing to be inexplicable. This one figures part of a premise, the existence of an important considerable damage, that in addition, his production presumes a neglectful act. The present work proceeds to approach the figure in question from a jurisprudence perspective. Starting from doctrinal founded constructions, there is realized a casuistical study of the disproportionate hurt(damage), based specially on the facts that gave place to the Supreme Court to choose the concurrence of this figure or of other one.*

*We are going to start with the following questions: what suppositions do give place to the application of this figure? Is it the doctrine of the Supreme Court unanimous in the matter?*

*Key words: Disproportionate damage, sanitary, civil liability.*

I. Para comenzar el estudio de la institución del daño desproporcionado, partimos de una definición de GALÁN CORTÉS en la que señala que: “Estamos ante una aplicación de la regla *res ipsa loquitur*, procedente del *Common Law* (regla del *Anscheinsbeweis* de la doctrina alemana), esto es, ante

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho por la Universidad de Deusto. Doctoranda en Derecho en la Universidad de Deusto.

una presunción de culpa cualificada que genera un mal resultado, cuando este por su anormalidad y desproporción con lo que es usual, comparativamente, según las máximas de experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, conforme al estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización. De esta forma, ante ciertos datos empíricos puede deducirse la culpa médica no probada de modo directo, cuando las circunstancias y el sentido indican que el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar culpa profesional”<sup>2</sup>.

Señala el autor, respecto de esta figura, que: “La doctrina del daño o resultado desproporcionado no es un método de valoración de la negligencia, sino una regla de utilización de presunciones que se ha abierto paso en la doctrina de la Sala 1ª del TS y responde a una corriente generalizada en Europa”<sup>3</sup>.

De lo expuesto se extrae la idea de que para la existencia de la figura del daño desproporcionado, es necesaria la concurrencia de tres elementos: en primer lugar un evento dañoso que no resulte usual si no es por la concurrencia de una negligencia por parte del facultativo; en segundo lugar, se requiere el control exclusivo del demandado del medio material o personal causante del daño; y tercero, es necesario que la propia víctima no haya contribuido a la producción del daño.

Esta construcción doctrinal fue aplicada por primera vez en la jurisprudencia de Estados Unidos, concretamente en 1863, por el juez Pollock en el caso *Byrne versus Boadle*. Sin embargo, no fue aplicada en Europa hasta 1960, fecha en la que la *Cour de Cassation*, Cámara primera, de lo civil, acudió a esta figura para condenar a un médico radiólogo por la radiodermatitis sufrida por su paciente como consecuencia de la exposición a los rayos X. En España fue necesario aguardar hasta 1996, año en el que la Sala primera del Tribunal Supremo aplicó esta figura por primera vez.

II. La primera sentencia de referencia en el presente estudio del daño desproporcionado es la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2002<sup>4</sup>. En la mencionada sentencia, Regina, una mujer de 46 años de edad, con dedicación plena a las labores de labranza, estaba casada y tenía dos hijos de 24 y 26 años de edad. También resulta destacable respecto de Regina, que la misma padecía de obesidad, sufría de hipertensión arterial,

<sup>2</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César, “Sentencia de 7 de octubre de 2001 (RJ 2004,6229)”, en: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 68 (2005), pp. 831-846.

<sup>3</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César, “Sentencia de 5 de enero de 2007 (RJ 2007,552)”, en: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 74 (2007), pp. 995-1014.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Rol 3194/2000, Sala Primera, 18 de diciembre de 2002.

medicada con “Capoten” y presentaba trastornos depresivos ocasionales que ella misma medicaba con “Halazepan” (Alapryl).

Con ocasión de un examen del “Programa de Prevención del Cáncer de Mama”, realizado en su localidad, se le descubrió una anormalidad y tras ser verificada anamnesis (con exploración clínica de mamografía y ecografía) se le descubrió en el cuadrante infero-externo de la mama derecha un nódulo de 3 centímetros de diámetro, el cual era móvil y no adherido a los planos profundos. A efectos de estudio del nódulo hallado, se procedió a la realización de un P. A.A.F (punción-aspiración con aguja fina), siendo el resultado de la misma una hiperplasia atípica. Ante la sospecha de una potencial malignidad del nódulo, se le recomendó a Regina la extirpación del mismo, con biopsia intraoperatoria. Así, Regina ingresó el día 19 de octubre de 1994 en el servicio de cirugía del Hospital Virgen de la Concha de Zamora, donde se le realizó el historial clínico, calificándose el nódulo como sospechoso de neo –cuadrante interior– externo de mama derecho; señalándose como tratamiento su extirpación, biopsia intraoperatoria y en función del resultado, mastectomía.

Al día siguiente, el 20 de octubre de 1994, se llevó a cabo la intervención quirúrgica, con la consabida extirpación del nódulo, remitiéndose el mismo al servicio de anatomía patológica para realización de biopsia intraoperatoria. Durante la espera del resultado se produjo en Regina una intensa bradicardia por bloqueo aurículo-ventricular de segundo grado, tipo II (Mobitz II), que ocasionó una repercusión hemodinámica (hipotensión arterial y cianosis periférica y central). Ante tal situación, se actuó en consecuencia y se iniciaron las maniobras de reanimación, consistentes en un masaje cardíaco, oxigenoterapia con oxígeno al 100% y administración de tres ampollas de atropina, otras dos de isoproteronol (Aleudrina), tres de adrenalina y una de bicarbonato un molar, consiguiendo la recuperación de la paciente con taquicardia supraventricular después de un tiempo aproximado de 10-15 minutos. Superada esta complicación, llegó el resultado de la biopsia, siendo este: carcinoma de mama compatible con carcinoma mucosoide, es decir, el tumor resultó maligno. En base a ese resultado, se decidió continuar con la intervención, practicándose una mastectomía derecha con la denominada técnica de “Patey”, siendo completada esta parte de la intervención sin problemas. En posteriores estudios del nódulo, se confirmó el carácter canceroso del mismo.

Regina fue ingresada en la UCI bajos los efectos de la anestesia, estando conectada a respirador y con las analíticas compensadas. Se le efectuó un E.E.G., sin que pudiera valorarse, pues Regina presentaba ritmos rápidos generalizados de bajo voltaje de causa medicamentosa. Sin embargo, a las 24 horas de la intervención, seguía en coma profundo, con pupilas medias reactivas y ventilación mecánica; conservando reflejos óculo-cefálicos. Se

inició postura de descerebración al dolor, existiendo respuestas de plantares extensoras. Se le realizó un nuevo E.E.G., apareciendo lentificación difusa del trazado, lo que en su conjunto sugería una encefalopatía difusa probablemente anóxica. En los días posteriores al E.E.G., Regina continuó en su estado de coma con arreflexia, aunque con respiración espontánea, abriendo los ojos, pero sin fijar la mirada. Catorce días después de los hechos señalados, Regina fue trasladada al Hospital Río Hortera de Valladolid para una nueva valoración; volviendo a ingresar en el Hospital Virgen de la Concha con diagnóstico de estado vegetativo por encefalopatía hipóxica, pero en esta ocasión, en la planta de neurología.

No ha sido posible determinar cuál fue la causa que originó el bloqueo; sin embargo, se intuye que pudo tener un origen vagal, pues puede ser relativamente frecuente durante la anestesia.

Se destaca en la resolución, que el día de la intervención de Regina, 20 de octubre de 1994, el Hospital Virgen de la Concha (donde fue intervenida) disponía de un ecocardiógrafo en la Unidad de Cardiología; sin embargo, este no se utilizó en las pruebas preoperatorios de la paciente. Cabe destacar que con la utilización de dicho instrumento es detectable la existencia de cardiopatías morfológicas, tales como congénitas, aunque la detección de algunas de ellas solo sea posible mediante estudios microscópicos.

Como secuelas, Regina presenta una tetraparesia, encontrándose, de hecho, inmóvil, con los ojos abiertos, pero sin fijar la mirada, no respondiendo a estímulos visuales, ni auditivos, aunque sí a los dolorosos. Respira espontáneamente por traqueotomía, pero precisa de un aspirador para las secreciones cada cierto tiempo. Finalmente, se alimenta por sonda nasogástrica, sin requerir una vesical, pero sí pañales por incontinencia. Consecuentemente, es incapaz de realizar funciones básicas de la vida diaria por sí misma, requiriendo la ayuda de terceros; sin tener posibilidad alguna de curación o simple mejoría de su estado. Con fecha 10 de julio de 1997 se declaró la incapacidad de Regina, siendo su esposo su tutor legal.

Respecto del *iter* procesal de sus pretensiones, en primera instancia, las intenciones de los actores (marido e hijos de Regina), siendo estos parte procesal recurrida ante el Tribunal Supremo, fueron desestimadas, para ser parcialmente estimadas en apelación. Acude en casación el Instituto Nacional de la Salud, desestimándose el recurso presentado por el mismo.

Como ya se ha hecho referencia con carácter previo, la esencia de la institución del daño desproporcionado, basada en el concepto de la culpa virtual, radica en la existencia de un daño altamente inusual (o desproporcionado, como su propio nombre indica), como consecuencia, bien de un tratamiento o intervención quirúrgica; requiriéndose, además, para la observancia de la presente figura, que por parte del causante del daño (centro

hospitalario o personal del mismo), no exista una explicación coherente para el mismo, es decir, una justificación lógica.

En base a esta idea, es constatable que el Tribunal Supremo acudió a la figura doctrinal del daño desproporcionado, tomando como base uno de los hechos que el Alto Tribunal señala fugazmente en el punto número once del Fundamento Jurídico Primero de la resolución. Se señala en este apartado, literalmente, lo siguiente: “No ha sido posible determinar la causa del bloqueo aurículo-ventricular, aunque se intuye que fue desencadenado por un reflejo vaso-vagal, que se produce frecuentemente durante la anestesia”<sup>5</sup>. Es decir, el Tribunal Supremo centra su argumentación de concurrencia del fenómeno del daño desproporcionado, en el eje fáctico del desconocimiento del hecho causante del daño. Es decir, ante la incapacidad del centro hospitalario o equipo médico, de dar una razón médica coherente que justifique que, a pesar de lo desproporcionado del resultado, la actuación de los mismos no fue negligente, sino que actuaron con diligencia, pero que concurrió un elemento ajeno a su actuación que provocó el fatal desenlace.

En este sentido señala el Tribunal Supremo de forma sucinta que, dado que no ha existido justificación alguna por parte de los causantes del daño, concurriría un resultado desproporcionado o culpa virtual, por lo que se debería indemnizar a la víctima en base al principio *non animus laedere*. De esta última afirmación se desprende la idea de que, de haber existido, hipotéticamente, un hecho justificativo, es decir, un elemento de carácter imprevisible, y mediase, asimismo, una conducta diligente, la calificación del Tribunal Supremo probablemente hubiese sido la de caso fortuito.

Ahora bien, también hubiera resultado igualmente viable centrar la argumentación, no en el daño desproporcionado, sino quizás en la figura de la responsabilidad por omisión de medios. La razón de ser de esta afirmación radica en su similitud con el supuesto fáctico de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2002<sup>6</sup>. Relatando fugazmente los hechos, cabe destacar que se trataba de un hombre que se sometió a una intervención quirúrgica para extirparle un tumor cerebral, de cuya malignidad se tuvo conocimiento a posteriori. Durante la pendencia de la intervención se produjo una complicación consistente en la rotura de la arteria cerebral media, dañándose, a consecuencia de la misma, varios vasos sanguíneos. Una vez finalizada la intervención, el cirujano procedió a reconstruir el cráneo, una técnica poco acertada para la situación en concreto, pues el edema provocado en el cerebro podía expandirse causando el fallecimiento del paciente al comprimirse otras estructuras cerebrales. De no haberse producido la consabida complicación, la técnica en cuestión hubiese resul-

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Rol 3422/1996, Sala Primera, 11 de abril de 2002.

tado más correcta. Sin embargo, no son estos los hechos centrales relevantes, sino que lejos de comenzar a discutir si una técnica u otra hubiese resultado más idónea, la cuestión fáctica de interés radica en que tras la intervención a la que se vio sometido el paciente, la vigilancia del mismo resultó escasa e incluso pasiva; produciéndose la muerte del mismo al día siguiente de la intervención. El elemento destacable de la presente sentencia no es otro que la falta de utilización de medios, en este caso de vigilancia, para velar por la salud del paciente. Lejos de entrar a valorar si estos fueron los causantes del fallecimiento del mismo o de comentar la posible concurrencia del fenómeno conocido como la pérdida de oportunidad, destaca la figura de la pasividad en la atención y control del paciente en el postoperatorio, es decir, la omisión de medios, tanto por parte del cirujano como del propio hospital.

La similitud entre este último supuesto y el caso objeto del presente estudio resulta innegable, no debiendo obviarse que la Sentencia de 18 de diciembre de 2002 se expone en su Fundamento Jurídico quinto aduciendo que la anomalía cardíaca que presentaba Regina era un hemibloqueo anterior del haz de Hiss, patología de la que se podría haber tenido conocimiento de haberse realizado una ecocardiografía. La similitud entre ambos casos resulta más patente aún cuando la propia resolución señala que en el centro hospitalario donde fue intervenida Regina existía un ecocardiógrafo disponible para su utilización, y sin embargo, Regina no se vio sometida a esta prueba previa a la intervención. De acuerdo con la doctrina asentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1996, la omisión de uso de instrumentos eficaces de prueba, entre los que se señala expresamente el ecocardiógrafo, instrumento que puede utilizarse para detectar cardiopatías de carácter morfológico o congénito, puede calificarse como culpa o negligencia ante la concurrencia de un daño. Línea jurisprudencial seguida por las Sentencias de 13 de octubre de 1992, 7 de junio de 1998 y 30 de julio de 1991.

En virtud de todo lo hasta aquí expuesto, estimo que también hubiese resultado una opción viable, e igualmente correcta, acudir a la figura de la omisión de medios, en lugar de centrar la argumentación del daño desproporcionado en un hecho fugaz, como es la falta de conocimiento del elemento causante del daño, más si cabe, cuando este se vislumbra. Sin embargo, esta última tesis no es acorde a la mantenida por GALÁN CORTÉS, pues señala este autor comentado la presente resolución: “En nuestro criterio la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado en el caso que comentamos, por cuanto el resultado final de la actuación médica brindada a la demandante por el Servicio Andaluz de Salud es, en realidad, desproporción con lo que es usual comparativamente en casos similares, sin que se trate de un riesgo típico de tal proceder médico-quirúrgico,

ni se hubiere facilitado por el centro sanitario una versión o descripción coherente de lo acaecido”<sup>7</sup>.

III. Puede resultar de ayuda para dirimir la cuestión planteada el siguiente caso objeto de estudio, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2002<sup>8</sup>. En la presente resolución, Tomás se sometió a una intervención quirúrgica a efectos de que le fuese extirpado un tumor (meningiolece) que le comprimía las raíces sacras. Dicha operación se le practicó el día 13 de noviembre de 1974; sin embargo, tras la misma, seguía experimentando molestias, fiebre y estado anormal, por lo que acudió al mismo médico que le intervino (Constantino), el cual tuvo que practicarle una nueva operación quirúrgica el día 14 de febrero de 1975. Constantino encontró un trozo de gasa que había quedado en la zona anteriormente intervenida, encarcerado en la primera operación. A pesar de la extracción de la citada gasa, Tomás sufre una serie de secuelas que han dado lugar a su incapacidad permanente absoluta para el trabajo.

Respecto del iter procesal cabe destacar que tanto en primera instancia, como en apelación, las pretensiones del demandante, recurrente en casación, fueron desestimadas. La razón de ser de esta negación por parte de las dos instancias anteriores al Alto Tribunal, radica en que ambas consideran que la relación existente entre el olvido de la gasa y las secuelas que sufre Tomás no está probada. Acude Tomás en casación al Tribunal Supremo, siendo sus pretensiones finalmente estimadas.

Sin embargo, no es menester entrar a conocer ahora la cuestión relativa al nexo causal, sino que el estudio de la presente resolución se centrará únicamente en la figura del resultado desproporcionado.

Señala el Tribunal Supremo en la presente resolución, respecto del daño desproporcionado, lo siguiente: “el resultado que se ha producido, ni se había advertido al paciente, demandante (lo que ni se ha alegado siquiera), ni lo había consentido, ni lo había previsto; con lo cual se reitera la doctrina de esta Sala sobre el daño desproporcionado que, entre otras, expresan las sentencias de 29 de junio de 1999 y 9 de diciembre del mismo año, que dicen: Debe aplicarse la doctrina jurisprudencial, también repetida y que es preciso recordar, sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, las SSTS de 13 de diciembre de 1997 y 9 de diciembre de 1998), que, como expresa la STS 29 de junio de 1999 corresponde a la regla *res ipsa loquitur* [sic] (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheinsbeweis* [sic] (apariencia de

<sup>7</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César, “Sentencia de 5 de enero...”, p. 841.

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Rol 1270/1997, Sección Primera, 29 de noviembre de 2002.

prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* [sic] (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima<sup>9</sup>.

La argumentación del Tribunal Supremo se centra en una deducción lógica, tomando como base conceptos como la apariencia de prueba o *Anscheinsbeweis* de la doctrina alemana y la *Faute virtuelle* o culpa virtual de la doctrina francesa. Parte así, de la idea de que ha existido un daño altamente inusual (las secuelas causadas por el olvido de la gasa en el interior de Tomás) y que este solo ha podido ser causado por una actuación negligente. Finaliza el estudio de la figura con alusión al último elemento necesario para la concurrencia del daño desproporcionado, la ausencia de justificación del mismo. Así, señala el Tribunal Supremo que ante la falta de concurrencia de una explicación coherente que exima de responsabilidad al facultativo, o en su defecto, que sea una acción propia de la víctima o externa, la causante del daño, este deberá responder por el perjuicio causado.

IV. En esta misma línea argumentativa se encuentra la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003<sup>10</sup>. En la resolución mencionada se narra que Marisol sufrió un accidente mientras practicaba esquí en Baqueira Beret, el día 7 de enero de 1991. Tras ser auxiliada in situ, fue trasladada a Barcelona, donde fue atendida por Carlos Antonio, desde un primer momento, sometiendo este a Marisol a tres intervenciones quirúrgicas, de las cuales ninguna tuvo un resultado favorable. Marisol siguió en tratamiento con Carlos Antonio hasta mayo de 1992, fecha en la que prescindió de sus servicios, acudiendo ella misma a otro médico, que terminó el trabajo inacabado por parte de su compañero de profesión. A pesar de que este último facultativo finalizó el tratamiento a Marisol, esta, como consecuencia del largo y penoso método, sufre graves secuelas, que pueden traducirse en la limitación de la movilidad de la rodilla derecha, atrofia muscular y osteocondritis del condito interno, es decir, le ha quedado una clara cojera irreversible. Respecto de esta última, debe mencionarse que Marisol era una persona joven en la época en la que sufrió el accidente.

Respecto del *iter* procesal cabe destacar que las pretensiones de la demandante, también recurrente ante el Tribunal Supremo, fueron parcialmente estimadas en primera instancia, para ser revocadas en apelación, por

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Rol 2731/1997, Sala Primera, 8 de mayo de 2003.



haberse admitido el recurso interpuesto por los demandados. El Tribunal Supremo admite el recurso de casación tomando como base la concurrencia de la figura del daño desproporcionado.

Respecto de la concurrencia de la figura mencionada, señala el Tribunal Supremo lo siguiente: “Lo que debe ser calificada jurídicamente es la actuación y partiendo de que la obligación contractual o el deber de *neminem laedere* del médico es de actividad y no de resultado, ver si este corresponde a la normal actuación o bien, se ha producido un resultado desproporcionado del que deriva la presencia de la responsabilidad contractual o extracontractual. Tal como han expresado la sentencias de 29 de junio de 1999, 29 de noviembre de 2002 y 31 de enero de 2003, entre otras, la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor corresponde a la regla *res ipsa loquitur* [sic] (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheinsbeweis* [sic] (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* [sic] (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto”<sup>11</sup>.

El Tribunal Supremo parte de la idea de que no hay evidencia alguna de la existencia de una negligencia en la actuación del facultativo Carlos Antonio; sin embargo, se tiene constancia de que la lesión sufrida por Marisol no era lo suficientemente grave como para provocar la secuela que padece la actora. A partir de estas dos premisas básicas y partiendo de la regla *res ipsa loquitur*, el Tribunal Supremo acude a la creación doctrinal del daño desproporcionado, aduciendo que si bien es cierto que no consta la existencia de una negligencia médica, también lo es que “la cosa habla por sí misma” y que la secuela que le ha restado a Marisol solo puede tener su origen en una actuación de escasa diligencia. Como punto de apoyo de la argumentación se encuentra el hecho de que Marisol tuvo que soportar tres intervenciones quirúrgicas, no arrojando ninguna de ellas resultado positivo. Es más, su tratamiento fue largo, doloroso y, evidentemente, infructuoso; llevando a la actora a prescindir de los servicios del facultativo que la atendía, viéndose obligada a acudir a otro médico, el cual finalizó el tratamiento que Marisol requería.

Por lo tanto, resulta innegable que para que concurran unas secuelas como las que padece Marisol, y que estas sean consecuencia de una lesión

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de mayo de 2003... *Op. cit.*

como la que padeció la actora, debe mediar una actuación negligente. Más si cabe, tomando en consideración que no existe justificación alguna por parte del facultativo demandado, así como tampoco posibilidad de injerencia de un tercero o culpa de la propia víctima en el resultado final. Es por ello que el Tribunal Supremo se plantea la concurrencia de la figura del daño desproporcionado como única vía solutoria del caso, pues no existe una explicación para el resultado final acaecido y tampoco una relación de causalidad clara. Abogar, por tanto, por la figura del daño desproporcionado es la opción más correcta. Más si cabe teniendo constancia de la existencia de precedentes cuyos hechos resultan análogos a los aquí acontecidos.

Finalmente, el Tribunal Supremo cierra la argumentación con una breve síntesis del caso objeto de estudio en la que señala: “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 esta (*Anscheinsbeweis*), una culpa virtual (*faute virtuelle*). No se trata, pues, de una objetivación absoluta de responsabilidad sino de apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado y no contradichos por hechos considerados acreditados por prueba pericial. Se produce un suceso y un daño: es claro que no consta causa del mismo imputable a la víctima (no tiene sentido la aberrante frase antes transcrita: “...causa real fue el acto libre y voluntario de la parte actora”), ni se menciona el caso fortuito o la fuerza mayor; la causa fue la actuación médica, de cuyo mal resultado se desprende la culpa y, por ende, la responsabilidad”<sup>12</sup>.

V. A efectos comparativos cabe destacar que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001<sup>13</sup> se estudia un caso muy similar al que está siendo objeto de estudio; en la misma se le exigió responsabilidad civil a un odontólogo por el largo y doloroso tratamiento seguido por el mismo, el cual tuvo que ser finalizado por otro médico. La actora de este procedimiento fue diagnosticada por el odontólogo de “protusión del maxilar superior” y como tratamiento le recomendó una intervención quirúrgica, la cual se produjo el día 23 de marzo de 1997. Sin embargo, el resultado obtenido distaba mucho de lo pretendido, por lo que la paciente volvió a ser intervenida por el mismo odontólogo. Dicha intervención arrojó también un resultado no deseado, pues se le infectaron los injertos que el odontólogo le había implantado. Como consecuencia de la infección, el maxilar volvió a la posición que ocupaba tras la primera operación. Para

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Rol 2071/1996, Sala Primera, de 11 de diciembre de 2001.

erradicar el problema, la paciente tuvo que acudir a Estados Unidos, donde siguió un tratamiento que finalmente solventó su problema; pero el tratamiento no finalizó hasta la realización de tres intervenciones de cirugía plástica (todas ellas realizadas en Barcelona), sufriendo la actora, a consecuencia de lo ya relatado, secuelas derivadas del largo tratamiento sufrido. A efectos de justificar la condena del odontólogo, aduce el Tribunal Supremo lo siguiente: “El incumplimiento de su obligación de resultado, obligación contractual, se advierte claro, al que se ha aplicado correctamente el artículo 1103 del Código Civil sin infracción del artículo 1902 ni del 1105, ambos del mismo cuerpo legal, ya que no hay prueba alguna de un hecho fortuito o de fuerza mayor que haya sido causa del mal resultado que produjo la actuación del médico demandado”<sup>14</sup>.

Sigue la misma línea argumentativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003<sup>15</sup>, que contempla el caso de una intervención de hemorroides sangrantes y fisura anal, cuyo resultado final fue una secuela consistente en incontinencia anal parcial. Sobre este último supuesto el Tribunal Supremo se pronuncia señalando lo siguiente: “La responsabilidad médica del demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que ha sido consagrada por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias: 13 Dic. 1997, 9 Dic. 1998, 29 Jun. 1999, 9 Dic. 1999 y 30 Ene. 2003, que dice esta última que el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado esta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”<sup>16</sup>. Sin embargo, cabe señalar que la calificación de este último caso ejemplificativo como daño desproporcionado no resulta pacífica, pues GALÁN CORTÉS estima incorrecta la aplicación de dicha figura señalando: “...las SSTS de 31 de enero y 15 de septiembre de 2003 definen como desproporcionado el resultado producido tras la materialización de un riesgo típico del procedimiento médico en cuestión (incontinencia anal parcial en cirugía de hemorroides sangrantes, por la lesión muscular del esfínter externo del ano, en el primer caso; y lesión del nervio espinal en el curso de una cirugía cervical en el segundo caso). No

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Rol 1897/1997, Sala Primera, de 31 de enero de 2003.

<sup>16</sup> *Ibid.*

debe conceptuarse de resultado desproporcionado el riesgo típico, aunque sea indeseado e insatisfactorio, de una intervención médica, ya que este puede presentarse aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica más apropiada”<sup>17</sup>. En esta misma línea argumentativa se sitúa TEJEDOR MUÑOZ cuando señala: “Observando un consentimiento informado de dicha cirugía del INSALUD, bajo el epígrafe de riesgos generales, puede leerse, pueden incluir: infección, hemorragia, hematomas, alteraciones cardiopulmonares, reacciones alérgicas y neumonías. Asimismo se puede producir estenosis, abscesos, incontinencia para gases e incluso para heces. Estos riesgos pueden ser ocasionalmente graves, dejar secuelas o incluso ser causa de fallecimiento... Por todo ello, comparto el voto particular del magistrado, en el que afirma “si la técnica quirúrgica aplicada por el demandado fue la adecuada y no la alegada en la demanda como desfasada, si la intervención no dañó el nervio del esfínter, si la lesión muscular del esfínter externo es consustancial o inherente a la técnica quirúrgica aplicada y si, en fin, los trastornos esfínterinos no son descartables tras este tipo de intervenciones, influyendo en ellos factores incluso psicológicos, la imputación del daño al cirujano demandado como ‘resultado desproporcionado’ equivale a hacerle responsable de un riesgo típico con resultado desproporcionado”<sup>18</sup>.

La similitud de los dos casos referidos con el que está siendo objeto de estudio resulta patente, pues los tres parten de la misma premisa: la existencia de un daño que solo se produce ante la concurrencia de una negligencia de la que, sin embargo, no se tiene constancia. Ante la ausencia de justificación alguna por parte del facultativo, de injerencia de un tercero o de culpa de la propia víctima, la responsabilidad radicará en el potencial causante del daño, que no es otro que el médico.

VI. Igualmente polémica que las anteriores resoluciones resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2004, aboga por la figura del daño desproporcionado<sup>19</sup>. En el mencionado caso, Constanza fue intervenida quirúrgicamente de una histerectomía radical por mioma uterino, en la Clínica Nuestra Señora del Carmen, el día 11 de abril de 1994. La intervención se desarrolló con aparente normalidad, sin embargo cinco días después de la misma, y aún estando ingresada en la clínica, Constanza sufrió una pérdida de conocimiento pasajero, con ligera taquicardia y tonos

<sup>17</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César, “Sentencia de 5 de enero...”, p. 842.

<sup>18</sup> TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, “Responsabilidad civil médica. Doctrina del daño desproporcionado. Aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios. Voto particular (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003)”, en: *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, número 680 (2003), pp. 3437-3442.

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Rol 5332/2000, Sala Primera, 17 de noviembre de 2004.

cardíacos normales. Dicho cuadro se repitió al día siguiente, en virtud de lo cual fue remitida a la Clínica San Roque para ser valorada radiológicamente y descartar un posible proceso cerebral, mediante un escáner. El traslado fue necesario, en la medida en el que en la Clínica Nuestra Señora del Carmen no había medios para realizar el citado estudio. Antes del citado traslado, se le realizó un análisis de sangre que arrojó un resultado de anemia moderada, quedando pendiente el estudio bioquímico, el cual no llegó a tramitarse debido al traslado de Constanza. Recién ingresada en la Clínica San Roque, siendo la noche del 17 de abril, Constanza presentó un nuevo episodio de taquicardia ventricular, aunque de carácter limitado. Se inició un tratamiento con "Propafenoma" para tratar la taquicardia, pero al resistir las rachas de taquicardia y presentar complejos ventriculares prematuros frecuentes, que se calificaron de malignos, se comenzó un tratamiento con altas dosis de "Amiodarona". Iniciado este nuevo tratamiento, Constanza volvió a sufrir un nuevo episodio de fibrilación ventricular, pero en esta ocasión hubo pérdida de conciencia y parada cardiorrespiratoria a la una del mediodía del 18 de abril. Del citado episodio fue recuperada tras 45 minutos de esfuerzo por los facultativos de la UVI. A las 8:15 de la tarde de ese mismo día, Constanza volvió a sufrir un nuevo cuadro de fibrilación ventricular, del cual fue recuperada por la técnica de puñopercusión. A partir de ese momento, en la noche del 18 al 19 de abril, se sucedieron una serie de nuevas taquicardias, algunas de ellas acompañadas de fibrilación ventricular e hicieron precisas cardioversiones de 300 julios para volver al ritmo sinusal, siendo necesario el empleo de dosis más altas de Amiodarona.

Las repetidas paradas cardiorrespiratorias produjeron en la paciente múltiples anoxias, que dañaron gravemente su cerebro, resultando secuelas irreversibles que le impiden valerse por sí misma, requiriendo ayuda para realizar las tareas básicas diarias. Durante varios días después de las agresivas taquicardias mencionadas, persistieron complejos ventriculares frecuentes, aunque de menor intensidad. Realizado un electrocardiograma en la Clínica San Roque, se le diagnosticó a Constanza una taquicardia ventricular de tipo "Torsade de Pointe", requiriendo la paciente un marcapasos y un desfibrilador automático. Tras el citado estudio, Constanza fue trasladada a la Clínica Nuestra Señora de Loreto para que le fuese practicado un estudio electrofisiológico, para el cual era preciso suspender toda medicación a efectos de la normalización de la actividad cardíaca. Tras la práctica de la prueba en cuestión, se constató que Constanza no requería marcapasos, ni desfibrilador, ni tratamiento alguno, pues su corazón estaba sano. Por ello fue remitida a su domicilio, donde se encontraba en la fecha en que se dictó la sentencia, con un corazón sano y sin patologías; de hecho, no se tiene constancia de que Constanza haya tenido el más mínimo problema de corazón desde la fecha de la realización del estudio electrofisiológico.

Haciendo alusión al iter procesal de la presente Sentencia, cabe señalar que en primera instancia las pretensiones del actor (el marido de Constanza) fueron estimadas. Acudieron los demandados en apelación, siendo el recurso de la Clínica del Carmen estimado, así como también el de la institución Adeslas, mientras que el recurso de la Clínica San Roque fue parcialmente admitido. En virtud de ello, esta última acudió en casación al Tribunal Supremo. Este recurso de casación fue admitido en base a uno de los petita de carácter meramente procesal, por el cual se solicitaba que la condena de la entidad Adeslas no fuese subsidiaria, sino solidaria, ya que en primera instancia fue condenada como tal, sin embargo, en apelación se produjo una confusión y su responsabilidad fue calificada como subsidiaria. El Tribunal Supremo admite el *petitum* y corrige el error relativo a la responsabilidad de Adeslas, calificándola como solidaria y no subsidiaria.

Centrando el estudio en la resolución que nos ocupa, esta parte de la utilización de la figura del daño desproporcionado para justificar la razón de ser por la cual Constanza ingresó en la Clínica Nuestra Señora del Carmen para ser sometida a una histerectomía radical y acabó con graves daños cerebrales como consecuencia de repetidas taquicardias, que finalmente abocaron en paradas cardiorrespiratorias. Tomando como base esta idea, el Tribunal Supremo señala: “Y es ahora el momento de decir que para resolver la actual contienda es preciso recurrir a la técnica del resultado desproporcionado del que se deriva una responsabilidad civil médica que tiene como base en la existencia de un evento dañoso de tal entidad y naturaleza y lógica que solo puede deberse a una negligencia...”<sup>23</sup>. Acto seguido el Supremo aduce lo siguiente: “Y en el presente caso no se puede olvidar que a través de un tratamiento coronario francamente agresivo e innecesario se produjeron unos daños físicos y unas secuelas, cuya medida está perfectamente cuantificada en la sentencia recurrida y cuyos parámetros acepta esta Sala, lo que se mide en una situación de daño desproporcionado, y así se infiere de lo manifestado con absoluta corrección por la sentencia recurrida, cuando en ella se afirma: lo anterior quizá no tendría, posiblemente, carácter excepcional (desde el punto de vista del experiencia médica, evidentemente) si no fuera porque, trasladada la enferma a la clínica de Madrid “Nuestra Sra. de Loreto” para practicarse un estudio electrofisiológico, se le suspende toda la medicación y resulta que:

1. La paciente normaliza la actividad de su corazón, no precisó ni marcapasos ni desfibrilador automático.

<sup>20</sup> *Ibid.*

2. La práctica del estudio electrofisiológico evidenció la inexistencia de cardiopatía alguna, tras lo cual Constanza se reintegró a su domicilio el día 13 de julio de 1994.
3. Constanza permanece en la actualidad en su domicilio sin precisar tratamiento alguno para su corazón.
4. El corazón de dicha persona continúa sano en la actualidad y sin que conste que Constanza haya vuelto a tener el más mínimo problema de corazón<sup>21</sup>.

La remisión a la figura del daño desproporcionado resulta correcta en la medida en que la base fáctica da lugar a su aplicación; no en vano, Constanza acude a un centro hospitalario para realizarse una histerectomía y finaliza con graves daños neurológicos que le limitan en sus funciones diarias, hasta el punto de requerir ayuda para todas ellas. Resulta obvio que ante la falta de justificación, la concurrencia de un daño de tal magnitud lleva a la lógica conclusión de la existencia de una negligencia.

Sin embargo, podría llegar a deducirse que el Tribunal Supremo a la hora de observar la concurrencia de la figura del daño desproporcionado, obvia un elemento fáctico que desde mi perspectiva resulta relevante a efectos de calificación: el tratamiento, primero con Propafenoma y luego con Amiodarona.

Partiendo de la base fáctica antes relatada, se hace patente el hecho de que tras el tratamiento prescrito a Constanza, su estado se vio claramente agravado, pasando las taquicardias a ser más seguidas en el tiempo, y como consecuencia de ello Constanza sufrió paradas cardiorrespiratorias, causantes del daño neurológico sufrido. Tomando como base este último hecho resaltado, quizás cabría la posibilidad de acudir a otra figura que no sea el daño desproporcionado, sino el error en el objeto, pudiendo traducirse en el error del tratamiento suministrado a Constanza.

Tras la administración de los citados tratamientos (calificados como agresivos por el Alto Tribunal), el estado de Constanza, lejos de mejorar, se agravó considerablemente. Pero la cuestión toma especial relieve cuando se descubre, como consecuencia de la suspensión del tratamiento para la práctica de un estudio electrofisiológico, que el corazón de Constanza estaba sano; es más, a la fecha de publicación de la resolución, este seguía sano, sin requerir tratamiento alguno.

Esto último puede llevar a la conclusión de que el causante del daño final objeto de litigio (daños cerebrales de Constanza) fue el agresivo tratamiento que se siguió, bajo la creencia de que esta padecía una cardiopatía a tratar; revelándose en pruebas posteriores que su corazón estaba sano. Ante

---

<sup>21</sup> *Ibid.*

esta afirmación, cabría la conclusión de que en vez de concurrir un daño desproporcionado, el supuesto de hecho daría lugar a la figura del error en el objeto, que como ya se ha señalado con anterioridad, tendría su origen en el error de tratamiento, e incluso, de diagnóstico.

Ahora bien, es probable que el Tribunal Supremo no haya acudido a esta última figura porque el nexo causal no se encuentra suficientemente probado; no en vano, no se tiene constancia de que el tratamiento al que fue sometida Constanza fuese el causante de sus paradas cardíacas. Es más, no se realiza mención alguna a los efectos que podrían causar los fármacos en cuestión en un paciente sin problemas cardíacos. A esto último debería añadirse, además, el hecho objetivo de que el tratamiento se le suministró a Constanza para paliar las taquicardias que padecía, las cuales no tenían un origen claro, y de hecho, no se ha llegado a esclarecer su procedencia.

Es probable que en un alarde de prudencia el Tribunal Supremo optase por la aceptación de la figura del daño desproporcionado, con la que tendría más posibilidades de condena, que con la del error de tratamiento, pues el nexo causal podría calificarse como dudoso.

Sin embargo, no fue el Alto Tribunal tan prudente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2004<sup>22</sup>, por la cual Héctor, que padecía un severo problema de acné, comenzó un tratamiento con un medicamento denominado "Roacutan". Este fármaco requiere un especial control médico, debido a su agresividad y los efectos que puede tener en el organismo del paciente; por ello se le practicaba a Héctor, con carácter mensual, un análisis de glucosa en sangre. De estas analíticas mensuales se constató que la glucosa aumentaba mensualmente, hasta tal punto que llegó a provocarle diabetes permanente, siendo Héctor, hasta la fecha de publicación de la sentencia, insulínoddependiente. Se tiene constancia de que el incremento del nivel de glucosa en sangre de Héctor fue paulatino y no repentino, siendo evidentes los aumentos mensuales de azúcar en sangre, sin llegar a actuarse, por tanto, en consecuencia. En este caso el Tribunal Supremo acudió a la figura del error en el tratamiento, entendible desde el punto de vista del error en el objeto, ya que a pesar de que no había ninguna prueba de que la diabetes fuese consecuencia del Roacutan, sí que existía constancia de que tras iniciar el tratamiento con Roacutan, los niveles de glucosa de Héctor comenzaron a incrementarse. En virtud de esto último se estimó que el nexo causal estaba suficientemente probado.

Trasladando esto último al caso objeto de estudio, se podrían encontrar similitudes, en la medida que si bien en el caso del Roacutan se estimó nexo causal suficiente el aumento de glucosa en sangre acontecido tras el suministro del fármaco, a pesar de la inexistencia de un prueba científica que así

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Rol 789/1998, Sala Primera, 12 de febrero de 2004.



lo acreditase. También se debería tener en cuenta que el caso de Constanza, a pesar de que las taquicardias eran previas al tratamiento, sus problemas cardíacos se agravaron de forma considerable tras haberle suministrado los fármacos antes mencionados. Es más, las lesiones neurológicas tuvieron su origen en las paradas cardiorrespiratorias sufridas tras haberle proporcionado los medicamentos cuya finalidad era la cesación de las taquicardias. Resulta más clarificante aún el caso, cuando se tiene en cuenta el detalle relativo a que el corazón de Constanza estaba sano.

A efectos de sostener la tesis que respecto de este último caso se ha barajado, procede hacer mención a la doctrina señalada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2005<sup>23</sup> (que será objeto de estudio seguidamente), haciendo esta mención a la Sentencia de 23 de septiembre de 2004. Dice esta resolución que: “Como señala la sentencia de 23 de septiembre 2004, atribuido al médico demandado un error de diagnóstico, este viene constituido por el conjunto de actos médicos que tiene por finalidad constatar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad que sufre el enfermo; de ahí que se considere esta la primera actuación del médico y la más importante, pues su tratamiento ulterior dependerá del diagnóstico previo, de tal forma que para exigir responsabilidad por un diagnóstico erróneo o equivocado, ha de partirse de si el médico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en el momento, para emitirlo; razón por la cual, realizadas todas las comprobaciones necesarias, solo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad a unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que nos hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles”<sup>24</sup>.

Señala esta resolución que para la observancia de responsabilidad del facultativo por un diagnóstico o tratamiento erróneo, es requisito ineludible la existencia de un error de notoria gravedad. ¿Qué mayor error que la administración de agresivos fármacos para curar un corazón perfectamente sano?

Es por ello que quizás esta segunda perspectiva que se aleja del criterio adoptado por el Tribunal Supremo, también podría resultar viable.

VII. El siguiente caso objeto de estudio tiene ciertas similitudes con el anterior, que quizás puedan ser de ayuda a efectos de mantenimiento de la tesis estudiada. Así, en la Sentencia de 24 de noviembre de 2005<sup>25</sup> (antes mencionada), José Augusto se sometió a una extracción de la pieza número 31 el día 5 de mayo de 1992 (segundo molar inferior derecha), siendo la

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Rol 1557/1999, Sala Primera, 24 de noviembre de 2005.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*

extracción realizada por Rafael y el tratamiento seguido por Luis Andrés, especialista en otorrinolaringología. Las complicaciones comenzaron con la rotura del molar en varios fragmentos durante la extracción, después, pasados tres días, se le presentaron a José Augusto dolores en el lado derecho de la mandíbula que le irradiaban hacia la cabeza, con sensación pulsátil. Para paliar los dolores se le suministró "Mioxam", pero su situación no mejoró, hasta el punto de perder el conocimiento sobre las 8:15 del día siguiente al inicio del tratamiento. Siendo avisado Luis Andrés, este le prescribió "Ciprofloxacino", sin embargo su situación no mejoró como debía, comenzándose a hinchar el suelo de la boca con el consiguiente incremento progresivo de las molestias. Así que el día 10 de mayo fue visitado a la mañana y a la tarde, en su domicilio, por Luis Andrés, que observado el estado de José Augusto recomendó su ingreso hospitalario urgente, siendo trasladado el paciente al Hospital Sant Pau i Tecla de Tarragona. En el centro hospitalario se le realizó un análisis de sangre y nemocultivo, electrocardiograma y radiografía de tórax; iniciándose un tratamiento con antibiótico y antiinflamatorio. El día 11 de mayo se le practicó un desbridamiento y drenaje del absceso submaxilar; sin embargo, se produjo una dificultad respiratoria, siendo necesaria la práctica de una traqueotomía de urgencia. El día 14 de mayo José Augusto fue aquejado de un pico febril con escalofríos y secreción purulenta a través de la cánula de traqueostomía, haciéndose necesario un cambio de medicación (Piperacilina más Gentamicina). Fue entonces cuando se obtienen los resultados de los cultivos: "estafilococo", "epidermidis", "estreptococo agalictal" y "estreptococos viridans". El día 15 de mayo presentó un nuevo cuadro febril, haciéndose necesaria la realización de una intervención quirúrgica en el cuello, que se practicó el día 16, consistente en cuatro incisiones, drenaje, limpieza y colocación de tubos de Pen Rose, procediéndose a un nuevo cambio de tratamiento: "Piperacilina" junto con "Amikacina" y "Gentamicina". Fue entonces cuando le apareció a José Augusto un importante edema facial y plaquetopenia, por lo que a petición de la familia el paciente fue trasladado al Hospital Aire de Madrid el día 17 de mayo, donde permaneció ingresado por *shock* séptico. El día 22 de mayo es sometido a una nueva intervención quirúrgica de urgencia por episodios repetidos de hemorragia. Finalmente el día 4 de junio fue dado de alta en la U.V.I., pasando a ser ingresado en planta maxilofacial. El día 6 de junio se le cerraron los drenajes y se le cambió la cánula por una de plata, manteniéndose la cánula nasogástrica y la traqueotomía. El día 11 de junio se le detectó una parálisis total de la lengua, por lo que se hizo necesaria la consulta al servicio de neurología para tener conocimiento de su origen; siendo su diagnóstico una posible neuropatía por compresión por edema postquirúrgico. No fue hasta el día 16 de julio cuando se le realizó una valoración global del servicio.

Realizando una necesaria mención al iter procesal seguido por la presente resolución, cabe señalar que en primera instancia se desestimó la demanda interpuesta contra Rafael (quien extrajo la pieza dentaria), estimándose la interpuesta contra Luis Andrés (otorrinolaringólogo), el hospital Sant Pau i Santa Tecla y la compañía Catalana Occidente. Acuden los demandados en apelación, revocando la Audiencia Provincial la resolución de instancia admitiendo a trámite los recursos interpuestos por los demandados. Presenta así el actor recurso de casación ante el Tribunal Supremo, siendo finalmente sus pretensiones nuevamente desestimadas.

Sin entrar a valorar todos los pronunciamientos a los que acude el Tribunal Supremo para desestimar las pretensiones del recurrente, procede analizar qué señala el Alto Tribunal para no observar la institución del daño desproporcionado. Indica a este respecto el Tribunal Supremo: “Por lo demás, aun siendo llamativo el resultado para un profano, que no entiende que de una extracción dental se puedan derivar tan graves consecuencias, ello no permite la aplicación de la técnica de llamado daño desproporcionado, como elemento que justifica una inversión de la carga de la prueba desplazando sobre el médico cirujano demandado la demostración de su propia diligencia, puesto que este resultado se aplica de una forma coherente y convincente en la sentencia en razón a la virulencia de los gérmenes involucrados en la infección, que difícilmente las hubieran evitado, ‘recordando que la patología de que se trata, a pesar de un tratamiento correcto, presenta un elevado índice de morbi-mortalidad, así como que existen otras muchas patologías que en ocasiones muestran un cuadro progresivo y evolucionan mal’. En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo para supuestos debidamente casados (art. 217.5 LEC), bien es cierto que con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando tales criterios, por lo que tampoco responderá de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia, como es el caso (SSTS 20 y 23 de marzo de 2001)”<sup>26</sup>.

El presente caso rechaza la opción del daño desproporcionado tomando como base la existencia de un elemento externo, como son los gérmenes que provocaron la infección. Se tiene la certeza de que la totalidad de las graves consecuencias tienen su origen y razón de ser en los gérmenes

<sup>26</sup> *Ibid.*

que provocaron una infección en la zona de donde se había extraído la pieza dentaria número 31. Quizás la opción de aplicar la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios hubiera tenido mayor fortuna ante el Juzgador, sin embargo, no es este el objeto de trabajo en el presente momento.

Lo que sí resulta objeto de interés desde la perspectiva de la institución del daño desproporcionado es que en este caso se deshecha su concurrencia por la injerencia de un elemento externo, como son los gérmenes causantes de la fatal infección. A pesar de que la base fáctica objeto de esta resolución dista de la anteriormente estudiada, resulta evidente que se sitúa en la misma línea de la tesis defendida para la no aplicación en el caso anterior de la figura objeto de estudio. Es decir, en este caso, como ya se ha señalado, son los gérmenes el elemento clave que impide la aplicación del daño desproporcionado como vía de condena para los demandados; en el caso anterior se admite la concurrencia de un daño desproporcionado, a pesar de tener plena constancia de que fue tras la prescripción del tratamiento a Constanza cuando su estado empeoró, hasta el punto de causarle paradas cardiorrespiratorias, siendo estas las causantes del daño neurológico. Ahora bien, no debe olvidarse que a pesar de la similitud, la analogía no puede ser completa y afirmar lo contrario sería un craso error. Pues en este último caso se tiene plena certeza de que la citada infección fue la causante del grave daño sufrido por José Augusto; mientras que en el caso de Constanza, no se tiene constancia de que la causante de las paradas cardiacas fuese la medicación administrada, aunque sí existe una base fundamentada de sospecha. Aun así, y bajo un prisma de prudencia, estimo oportuno señalar la existencia de similitudes entre ambas resoluciones, pero con puntos discordantes, que pueden ser consideradores determinantes para el Juzgador.

De lo aquí estudiado se obtiene la conclusión de que la figura del daño desproporcionado, a pesar de ser una figura consolidada, su aplicación no resulta pacífica. La razón de ser de esta afirmación radica en la potencial falta de seguridad de la figura en cuestión, pues puede abarcar todo aquel resultado no ya desproporcionado, sino, simplemente, no deseado. Muestra inequívoca de ello es la falta de concordia existente en la jurisprudencia, en la que las opiniones resultan discordantes y contradictorias. De ahí que la única vía solutoria que puedo observar es la de ceñirse con vehemencia a las pautas doctrinales conocidas y establecidas como requisitos necesarios para la concurrencia de la figura; cualquier desviación que exceda de los citados requisitos podría dar lugar a aplicar esta figura en supuestos en los que no concurre, tal y como ha podido observarse a lo largo de la exposición realizada. Supuestos fácticos como el relatado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003 es un claro ejemplo de ello.

## BIBLIOGRAFÍA

- GALÁN CORTÉS, Julio César, “Sentencia de 5 de enero de 2007 (RJ 2007, 552)”, en: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 74 (2007), pp. 995-1014.
- GALÁN CORTÉS, Julio César, “Sentencia de 7 de octubre de 2001 (RJ 2004, 6229)”, en: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 68 (2005), pp. 831-846.
- TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, “Responsabilidad civil médica. Doctrina del daño desproporcionado. Aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios. Voto particular. (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003)”, en: *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, número 680 (2003), pp. 3437-3442.

## SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Rol 2071/1996, Sala Primera, 11 de diciembre de 2001.
- Rol 3422/1996, Sala Primera, 11 de abril de 2002.
- Rol 1270/1997, Sección Primera, 29 de noviembre de 2002.
- Rol 3194/2000, Sala Primera, 18 de diciembre de 2002.
- Rol 1897/1997, Sala Primera, 31 de enero de 2003.
- Rol 2731/1997, Sala Primera, 8 de mayo de 2003.
- Rol 789/1998, Sala Primera, 12 de febrero de 2004.
- Rol 5332/2000, Sala Primera, 17 de noviembre de 2004.
- Rol 1557/1999, Sala Primera, 24 de noviembre de 2005.