

**DAÑO DESPROPORCIONADO:
¿PRESUNCIÓN DE CULPA O FACILIDAD PROBATORIA?
UNA BUENA SENTENCIA SOBRE RESPONSABILIDAD MÉDICA***

STS (Sala 1ª, Sección 1ª) núm. 240/2016, de 12 de abril (RJ 2016\1334)

Mª Carmen González Carrasco

Centro de Estudios de Consumo

Catedrática acreditada de Derecho civil

Universidad de Castilla-La Mancha

maria.gonzalez@uclm.es

Resumen: El trabajo analiza la evolución de la doctrina del daño desproporcionado como criterio de imputación de los daños causados en la responsabilidad médica a propósito de la STS (1ª) de 16 de abril de 2016.

Palabras clave: responsabilidad médica, daño desproporcionado, doctrina.

Title: DISPROPORTIONATE DAMAGE: PRESUMPTION OF FAULT OR EVIDENTIARY FACILITY? A GOOD SENTENCE ABOUT MEDICAL LIABILITY

Abstract: This paper analyzes the evolution of the doctrine about disproportionate damage like allocation criteria of the damage caused in medical liability about STS (1ª) April 16, 2016.

Keywords: medical liability, disproportionate damage, doctrine.

La STS (Sala 1ª) 12 abril 2016 (RJ\2016\1334) confirma la inexistencia de responsabilidad médica y de los requisitos de aplicación de la doctrina del daño desproporcionado en un fallecimiento tras intervención quirúrgica para la extirpación de un quiste pilonidal complicada por una cianosis relacionada con su

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

cardiopatía que fue tratada desde el momento en que se desarrolló con la diligencia debida en la ejecución del acto médico, cirugía y anestesia.

1. Hechos

Al paciente se le practicó el día 13 de noviembre de 2007 una intervención quirúrgica para la extirpación de un quiste pilonidal que estaba abscesificado y fistulado. Hacia el final de la intervención sufrió una "cianosis en esclavina", que caracteriza el fallo cardíaco, y tras diversas maniobras de reanimación, entró en coma y a los pocos días falleció.

La Sentencia de apelación (SAP Gipuzkoa de 19 de diciembre de 2013, PROV 2014, 161493) consideró hechos probados los siguientes:

- a) Que el paciente sufría insuficiencia cardíaca crónica con miocardiopatía dilatada de origen etílico en tratamiento desde el año 2000, enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC) sin tratamiento, hipertensión arterial en tratamiento con fármacos hipotensores, diabetes mellitus tipo II con tratamiento oral, hipercolesterinemia y obesidad, que dichos antecedentes se mantenían estables a la fecha de la intervención, y que ninguna de ellos ni todas valoradas en conjunto contraindicaban la intervención.
- b) Que la cirugía a la que se sometió al paciente era muy pequeña, muy poco agresiva y no alteraba prácticamente su situación física.
- c) Que también fue correcta la técnica de anestesia y quirúrgica (colocando al paciente en posición "navaja") y la monitorización elegida, así como los fármacos administrados, tanto en cuanto a su indicación como a su dosis.
- d) Que la intervención quirúrgica transcurrió con normalidad, el paciente estuvo monitorizado durante todo el tiempo de la intervención, no presentando alteración cardíaca-respiratoria alguna.
- e) Que recibió la información necesaria que le permitió consentir o rechazar intervención quirúrgica. Según los hechos probados de la sentencia recurrida, se le informó de los riesgos generales tanto del acto quirúrgico como de la anestesia; de sus riesgos personalizados relacionados con su estado de salud o patologías que le aquejaban y de la existencia de posibles complicaciones que pudieran aparecer en el curso de la intervención, inclusive la muerte, así como de la inexistencia de un tratamiento alternativo eficaz para dar solución al quiste pilonidal.
- f) Que ello tanto de forma escrita, suficientemente expresiva, como verbal y con antelación bastante a la intervención, sin que pueda estimarse que la firma de la documentación relativa al consentimiento informado fuese un mero acto protocolario carente de información previa o falta de comprensión real de los riesgos de la intervención y de las alternativas al tratamiento.

Por ello, la Sala concluyó en que no existía ningún tipo de indicio de culpa o negligencia, y que la complicación surgida, de la que se desconocían las causas, fue correctamente tratada desde su aparición, por lo que se desestimó la demanda interpuesta por el hijo del fallecido. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2016 desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante contra dicha resolución y confirma el fallo absolutorio recaído en ambas instancias, considerando correctamente proporcionada la información asistencial, válidamente obtenido el consentimiento previamente informado e inaplicable al caso la doctrina del daño desproporcionado.

2. Comentario

Cabe destacar dos afirmaciones de la sentencia que comentamos.

1º. En primer lugar, la sentencia es muestra de la consolidación de una interpretación del consentimiento informado ajustada a su finalidad, describiéndose los requisitos para su eficacia como actividad integrante de la *lex artis* ad hoc. Así, de la sentencia pueden deducirse los siguientes requisitos:

- a) Tiempo y dedicación suficiente para la comprensión del paciente o sus representantes sanitarios. Este requisito excluye la eficacia de los formularios de consentimiento ofrecidos en el mostrador de admisión de forma inmediatamente anterior a la intervención, y mucho más los ofrecidos en pleno proceso preoperatorio.
- b) Comunicación en forma comprensible y adecuada a sus necesidades, lo que excluye la virtualidad informativa de documentos redactados con tecnicismos sanitarios que el paciente sea incapaz de comprender.
- c) Que permita la elección del paciente sobre la elección, rechazo o demora una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto, lo cual incluye sin duda la información sobre la suficiencia o insuficiencia de medios técnicos y humanos y la posibilidad, en su caso, de optar por centros de referencia.
- d) Que se trata de un proceso y no de un acto, y que dicho proceso es gradual y básicamente verbal, lo que desvirtúa la eficacia de los formularios de consentimiento que contienen una información excesiva y abrumadora y poco atenta a la concreta intervención a realizar.
- e) Que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente, sin perjuicio del deber de los profesionales que le asisten en el proceso asistencial de explicar en la medida de las posibilidades de comprensión del paciente el alcance y consecuencias (incomodidades, efectos secundarios previsibles) de las concretas técnicas a aplicar.

Cumpliendo los anteriores requisitos, la producción de un resultado infausto no puede llevar a considerar que existe infracción de la *lex artis* en relación

con la información sobre los riesgos solo porque de haber sabido el paciente que el riesgo más grave se materializaría no se habría sometido a la intervención. La información sobre los riesgos debe incluir la indicación sobre su carácter frecuente o aislado en función de los antecedentes del paciente, siendo decisión de éste ponderar la conveniencia de someterse al tratamiento en tales circunstancias.

- 2º. El segundo motivo del recurso da lugar a una declaración sobre las condiciones de aplicación de doctrina del daño desproporcionado que el recurrente considera de aplicación al caso de autos. Ha de aclararse que este motivo no tiene relación con la información previamente recibida ni con la infracción de deberes de información, sino con la carga de la prueba de la mala praxis en sentido material.

Para comprender el alcance de esta doctrina hay que partir de la unanimidad doctrinal y jurisprudencial acerca de la inexistencia de responsabilidad objetiva en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. Esto implica la caracterización de la obligación médica como una obligación de medios (incluso en los casos de medicina satisfactiva, estética o reparadora), la no inversión de la carga de la prueba de la culpa y la afirmación de que prueba de la misma queda a cargo del reclamante. Esto es, conforme a las reglas generales de la carga de la prueba, el caso de que la falta de diligencia exigible no resulte probada, su no acreditación perjudicará a quien ejercitaba la pretensión (art. 217.1 y 2 LECiv), esto es, a la víctima del daño. Así ha de interpretarse el artículo 217 LEC, que señala que el reclamante soporta las consecuencias desfavorables de la falta de prueba suficiente.

Pero lo anterior no significa que necesariamente sea el reclamante quien deba probar tales extremos. El juicio de negligencia del juzgador se basa en los hechos aportados al proceso, con independencia de quién ha realizado esa aportación. Por eso es posible que la falta de diligencia se predique al hilo de hechos aducidos por el demandado o que a la vista del desarrollo del proceso, la infiera finalmente el juez como lógica explicación del resultado (estaríamos en este último caso en el ámbito de las presunciones judiciales, art. 386 LECiv), o que la carga de la prueba se traslade a la parte que tiene mayor facilidad para acceder al material probatorio.

Podría pensarse, y así se expresa en muchas sentencias, que la doctrina del daño desproporcionado en el ámbito sanitario consiste en una presunción judicial de culpa o mala praxis en sentido material derivada del hecho base de la desproporción entre la gravedad de la intervención y el daño finalmente resultante de la misma. Pero, en realidad, supone más bien un traslado de la carga de la prueba en el último de los sentidos expuestos más arriba. Prueba cuya ausencia sigue perjudicando al reclamante (art. 217.1 LEC), pero que ya no tiene por objeto la culpa o negligencia (mala praxis o falta de *lex artis ad hoc*), sino la desproporción entre intervención y resultado, correspondiendo desde dicho momento al demandado probar su propia diligencia médica. Como ya se intuía desde las SSTs 22 mayo 1998 y 22 mayo 1998 para dos supuestos de hecho anteriores a la entrada en vigor de la LEC 1/2000, el mecanismo de la doctrina del daño desproporcionado, si bien es calificado

como “presuntivo”, está en realidad íntimamente relacionado con el principio de facilidad probatoria, hoy recogido en el artículo 217.3 LEC. Y ello porque, a la vista de las concretas circunstancias del caso (desproporción entre intervención y resultado), el reclamante no habrá de probar la culpa, sino que la carga de la prueba recaerá sobre el profesional sanitario o el centro titular, quienes están en mejores condiciones para probar la diligencia empleada en la intervención.

Lo anterior es lo que aconteció a lo largo de proceso. A pesar de que el Tribunal parece negar toda virtualidad de la doctrina del daño desproporcionado en relación con la intervención, al expresar que “con frecuencia se olvida que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas”, lo cierto es que la aseguradora del profesional demandada aportó al proceso la prueba de la diligencia debida en la situación en la que se encontraba el paciente: dolencia cardiaca e insuficiencia respiratoria estabilizadas, técnica anestésica de poca repercusión general, monitorización constante y suministro de los fármacos adecuados. Mientras que en aquellos casos similares en los que, sin embargo, sí se ha estimado la demanda en virtud de la doctrina del “daño desproporcionado” – o bien “apariencia de prueba”, “re ipsa loquitur” o “culpa virtual”-, siempre se ha hecho referencia indefectible a la ausencia de “explicaciones alternativas” al daño, esto es, en definitiva, a la ausencia de actividad probatoria por la parte demandada (v. gr. STS 22 mayo 1998, flemón dentario que acaba en fallecimiento por shock séptico, 23 mayo 2007, sobre fallecimiento por asfixia tras operación de corrección de tabique nasal, entre otras muchas).

Llegados hasta aquí, cabe preguntarse qué hace interesante a la sentencia de 16 de abril de 2016. Bajo mi punto de vista, esta resolución supone un avance en la interpretación de la doctrina del daño desproporcionado, al considerar suficiente la prueba de la diligencia exigible por parte de la demandada para descartar su aplicación, y no exigir ya, como en otras sentencias anteriores, una explicación causal del resultado alternativa a la presunción de la mala praxis. Es también una buena muestra de cómo expedientes tales como el daño desproporcionado, la regla «res ipsa loquitur», la prueba «prima facie» o la culpa virtual se encuentran en claro retroceso en la jurisprudencia civil, y encuentran mejor encaje en la lógica de la facilidad probatoria que se recoge en el artículo 217.3 LEC.

Por ello, la valoración de esta clara opción por la doctrina de la facilidad probatoria no puede ser más positiva. Un sistema que transmite al profesional sanitario que todo resultado adverso desproporcionado se traducirá en una presunción judicial acerca de su culpa, desincentiva la consecución de altos estándares de diligencia, porque busca su solución en otros mecanismos alternativos de medicina defensiva, como la elaboración de protocolos de consentimiento “asustado” y no informado o la contratación de seguros que elevan el coste de los servicios sanitarios. Sin embargo, un sistema que, con independencia del resultado, permite al profesional

probar la diligencia empleada (y por lo tanto, que la causa del evento adverso no es su actuación negligente, sino la consecuencia de ejercer una ciencia no exacta que actúa sobre un organismo cuyas reacciones son imposibles de predecir con exactitud), no sólo es más acorde con la obligación de medios que contrae el profesional médico, sino que además, incentiva la utilización de herramientas de seguridad del paciente y potencia un uso adecuado de la historia clínica como instrumento de transparencia en la relación médico-paciente.