

Mamoplastia fallida

Comentario a la STS, 1ª, 22.6.2004

Álvaro Luna Yerga

Facultat de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

261

La demandante, Lina, de 36 años de edad, sufría dolores de espalda causados por una hipertrofia mamaria y osteoporosis en fase inicial. Por ello, aconsejada por el Dr. José Luis, Catedrático de Universidad de Patología Quirúrgica, decidió someterse a una intervención de reducción de mamas, que practicó él mismo. Como consecuencia de la intervención, la demandante sufrió una necrosis masiva en uno de sus pechos que derivó en su deformidad y en la pérdida total de la zona areola-pezones.

Lina demandó al Dr. José Luis, al "Sanatorio Nuestra Señora de la Salud, SA", en que se llevó a cabo la intervención, y al Dr. Luis, cirujano al que acudió con posterioridad, éste a los solos efectos de evitar la posible excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y reclamó una indemnización de 300.506,05 €.

El JPI nº 4 de Granada, en Sentencia de fecha 3.1.1997, y la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada, en Sentencia de 6.4.1998, desestimaron íntegramente la demanda, pues con base en una aplicación estricta de las reglas sobre carga probatoria consideraron que la demandante no había acreditado la negligencia de los demandados y, en especial, del Dr. José Luis.

El Tribunal Supremo, por el contrario, estimó parcialmente el recurso de casación en que la demandante pretendía ya exclusivamente la condena del Dr. José Luis y le condenó a pagar 147.443 €.

La Sentencia es un compendio de las doctrinas, principios e instrumentos a los que recurre la Sala Primera desde mediados de la década pasada para facilitar a las víctimas de un accidente médico-sanitario la obtención de una indemnización.

1. Aligeración de la carga de la prueba. El Tribunal Supremo, tras integrar el *factum* de la Sentencia por las deficiencias e insuficiencias de las Sentencias de instancia en la determinación de los hechos probados, consideró que tanto el Juzgado como la Audiencia habían infringido los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, regulados hoy en el art. 217.6 *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (LEC), al exigir a la demandante una prueba imposible para ella. Así, con cita de la STS, 1ª, 23.12.2002 (Ar. 914) -recién nacida sufre parálisis cerebral a consecuencia de la duración excesiva del parto-, comentada en InDret (LUNA YERGA, 2003), el Tribunal Supremo afirma que la carga de la prueba se atenúa, sin llegar a la rigurosidad de su inversión, para no convertir en ilusorio el derecho a la tutela judicial de aquellos demandantes enfrentados a la imposibilidad de aportar una prueba que se halle a disposición de la otra parte o que aquélla pudiera acreditar con mayor facilidad.

Entre otras consideraciones, el hecho de que el médico demandado no fuera especialista en cirugía plástica, estuviera próximo a jubilarse, no hubiera llevado a cabo intervenciones similares sino mucho tiempo atrás, hubiera aplicado una técnica de los años 60, la intervención hubiera durado más de lo habitual y, en definitiva, que los peritos no hubieran podido clarificar los hechos debido a la falta absoluta de datos, impiden imponer en exclusiva a la demandante la total carga de la prueba.

Según doctrina jurisprudencial reiterada, las reglas sobre carga de la prueba son normas de *ultima ratio* a las que sólo es necesario acudir cuando, al final del proceso, existan hechos que no hubieran quedado debidamente acreditados. No obstante, el Tribunal Supremo recurre a ellas en numerosas ocasiones en que los hechos podrían haberse tenido por acreditados por virtud de presunción judicial. En efecto, conforme al art. 386 LEC, los jueces pueden tener por acreditado un hecho mediante presunción judicial cuando entre el hecho base -la prueba aportada- y el hecho que se trata de demostrar -la negligencia del facultativo- exista un enlace preciso conforme a las reglas de la experiencia humana o máximas de experiencia.

La Sentencia es a su vez uno de tantos ejemplos que muestran la preferencia de Jueces y Magistrados por resolver los litigios, en última instancia, mediante las reglas sobre carga de la prueba cuando, probablemente, la negligencia médica hubiera podido acreditarse en un momento anterior mediante una presunción judicial (LUNA YERGA, 2004, p. 181). Aún más, el razonamiento de la Sentencia con base en las reglas sobre carga de la prueba acaso no esconde sino el empleo efectivo de la presunción judicial por parte de los Magistrados. Así, en el caso, la negligencia del facultativo en la práctica de la intervención puede inferirse fácilmente atendiendo a la excesiva duración de la misma y al hecho de que, pese a haberse programado la intervención de ambos pechos, el facultativo sólo hubiera procedido a intervenir uno de ellos, como parece argumentar el Tribunal Supremo en el F.D. 4º.

La falta de especialización del facultativo podría constituir otro elemento determinante para formar la presunción judicial. El mero incumplimiento de los requisitos de titulación o especialidad no ha sido considerado habitualmente por el Tribunal Supremo en sí mismo constitutivo de negligencia o negligencia *per se* en casos como el comentado en que el causante del daño hubiera podido acreditar su pericia en la práctica de intervenciones similares. Así se observa, por ejemplo, en la STS, 1ª, 5.2.2001 (A. 541), que resuelve un caso en que un menor que había sido atendido por una doctora, licenciada en medicina pero no especialista en pediatría, al que se le diagnosticó un simple catarro, falleció días después a consecuencia de una insuficiencia respiratoria aguda secundaria a neumonía bilateral. Tanto en la instancia como en casación se desestimó la demanda pues, pese a no contar con la titulación adecuada, su actuación había sido diligente.

2. **¿Hay que informar de los riesgos improbables?** A diferencia del Juzgado y de la Audiencia, el Tribunal Supremo concede una importancia significativa al hecho de que el médico no hubiera informado a la paciente de que existía un riesgo del 0,44% de sufrir la necrosis del pezón. Así, considera que el hecho de que el porcentaje de resultados adversos de una intervención sea muy reducido no exonera al facultativo del cumplimiento de su deber de información, pues nada permite afirmar que si la demandante lo hubiera conocido se habría sometido igualmente a la intervención. Este deber de información, además, cobra especial intensidad en las intervenciones de cirugía satisfactoria, particularmente en los casos en que existieran alternativas menos arriesgadas a la intervención efectivamente llevada a cabo.

Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS, 1ª, 26.9.2000 (A. 8126), el Tribunal Supremo condenó a un médico y a su aseguradora a indemnizar con 210.354,24 € a un paciente porque aquél no le informó de las alternativas a la intervención que se le practicó y que presentaban un riesgo muy inferior de sufrir la pérdida de audición que le sobrevino. El Tribunal Supremo sostuvo que la falta de información sobre las alternativas es una omisión culpable del médico que, por tanto, «asum[e] por sí solo los riesgos de la intervención en lugar del paciente» (F.D. 1º).

3. **Incumplimiento del deber de información como criterio de imputación de daños.** La facilitación de la prueba en la responsabilidad civil médico-sanitaria es patente en los supuestos de incumplimiento del deber de información, hoy regulado en la [Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica](#). En efecto, en los últimos 10 años Jueces y Magistrados recurren con frecuencia al incumplimiento del deber de información para fundar condenas por mala praxis médica en casos en que la negligencia de los demandados en la práctica de la intervención o tratamiento médico no hubiera podido ser acreditada. En ocasiones esta posible negligencia ni tan siquiera se discute y el incumplimiento del deber de información es la única cuestión debatida en el proceso.

Así se observa, entre otras, en la STS, 1ª, 17.10.2001 (Ar. 8741): condena de un centro médico privado a pagar 150.051,06 € a una paciente a quien se contagió el VIH como consecuencia de una transfusión sanguínea durante el transcurso de una intervención de cesárea por no haberla informado de la necesidad de recibir la transfusión ni de la posibilidad de programarla.

Atribuir el incumplimiento del deber de información que justifica la condena al centro sanitario y no al facultativo que trató a la víctima es un recurso frecuente para facilitar la prueba a la víctima. Así, *vid.* por ejemplo la STS, 1ª, 27.4.2001 (Ar. 6891): condena del Servicio Valenciano de Salud a pagar 12.020,24 € a una paciente que tuvo a una hija después de haberse sometido a una intervención de ligadura de trompas porque la información que se le suministró había sido insuficiente ([SEUBA TORREBLANCA y RAMOS GONZÁLEZ, 2002](#)).

El mero incumplimiento del deber de información se convierte, en estos casos, en el único criterio de imputación de daños, pese a que no puede establecerse un nexo causal ni de imputación objetiva entre la falta de información y el daño ([SEUBA TORREBLANCA, 2001](#)). Ello permite al demandante obtener la reparación de los totales perjuicios sufridos -no sólo los que corresponderían por la pérdida de la oportunidad de decidir someterse o no al tratamiento- incluso en aquellos casos en que el resultado dañoso no constituye sino la concreción del índice estadístico de fracasos de una determinada intervención, en ocasiones excepcionalmente bajo, del que no fue advertido.

Así se observa, por ejemplo, en la STS, 1ª, 12.1.2001 (A. 3), que resuelve un caso en que la actora sufrió la afectación permanente del nervio recurrente a consecuencia de una intervención de colocación de injertos liofilizados en diversos espacios vertebrales y se condenó al cirujano por no informar a la paciente de que existía una probabilidad del 0,03% de que se produjera el daño como consecuencia de la intervención. Con todo, el Tribunal Supremo ha absuelto excepcionalmente a facultativos que hubieran incumplido su deber de información en casos en que el resultado adverso hubiera consistido en la materialización del riesgo típico de la intervención, por más que éste fuera significativo. Así se observa, por ejemplo, en la STS, 1ª, 28.12.1998 (A. 10164), que absolvió a un facultativo que no había informado al paciente, que sufrió impotencia *coeundi* e incontinencia urinaria tras una adenomectomía retropúbica, de que estas lesiones constituían incidencias inevitables entre el 1% y el 3% de las prostatectomías.

4. **Obligación médica en las intervenciones de cirugía estética.** Gran parte de la discusión que se contiene en la Sentencia resulta superflua, pues el Tribunal Supremo, al considerar que la intervención quirúrgica era en parte de cirugía estética, ya que el resultado estético final era

importante pese a tratarse de una intervención principalmente correctora, habría cargado desde un principio al médico demandado con la carga de probar su propia diligencia.

El Tribunal Supremo, aunque de manera ambigua, asimila la obligación médica en las intervenciones de cirugía estética, de esterilización, de odontología y, en general, de cirugía satisfactiva, a las obligaciones de resultado.

En ocasiones, el Tribunal Supremo afirma que en las intervenciones de cirugía satisfactiva la obligación se aproxima al contrato de obra (entre otras, SSTS, 1ª, 11.5.2001 -Ar. 6197-, *wrongful conception*; 28.6.1997 -Ar. 5151-paciente fallece tras someterse a una intervención de *lifting*); en otras, por el contrario, afirma que la obligación es claramente de resultado (entre otras, SSTS, 1ª, 29.10.2004, *wrongful conception*; 11.12.2001 -Ar. 2002\2711-, paciente sufre secuelas como consecuencia de una intervención de cirugía maxilofacial para eliminar una protusión en el maxilar superior; 28.6.1999 -Ar. 4894-, paciente sufre daños por un tratamiento dental deficiente consistente en la colocación de una prótesis).

En tales casos, se produce una suerte de inversión de la carga de la prueba, bien porque el Tribunal Supremo considere que al no haberse obtenido el resultado deseado se presume la culpa (STS, 1ª, 2.12.1997 -Ar. 8964-, paciente sufre secuelas tras someterse a una intervención de alargamiento de las piernas) o ésta no interesa (STS, 1ª, 28.6.1999 -Ar. 4894-), bien porque exija al médico una mayor garantía en la obtención del resultado y ponga a su cargo la prueba de su diligencia cuando no lo hubiera alcanzado (STS, 1ª, 28.6.1997 -Ar. 5151-).

5. **Variabilidad de las indemnizaciones de daños.** Por último, el Tribunal Supremo concede a la demandante una indemnización de 147.443 €, que corresponden a 4.540,45 € por gastos hospitalarios y coste de la intervención correctora a que hubo de someterse, 4.669,86 € por los 111 días de incapacidad temporal y 138.232,78 € por las secuelas y daño moral. La inexistencia de un baremo obligatorio para calcular los daños causados en accidentes médico-sanitarios provoca necesariamente la variabilidad de indemnizaciones. En ocasiones, sin embargo, la voluntad de facilitar una indemnización a la víctima de Jueces y Tribunales conduce a una variabilidad excesiva. Compárese, por ejemplo, la cantidad anterior con la concedida por la STS, 1ª, 31.12.1997 (Ar. 9493) a una paciente de 45 años a quien se le había practicado una mastectomía radical para eliminar un tumor que posteriormente se comprobó que no era cancerígeno. En este último caso, la indemnización, actualizada a 2004, es de 71.338,43 €, menos de la mitad de la concedida en el caso comentado. Lo mismo puede decirse si se compara esta última con las indemnizaciones medias que pueden esperarse en los casos de muerte decididos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, que oscilan entre los 42.516 € y los 63.309 € (GÓMEZ LIGÜERRE y MUNTANER BATLE, 2004, p. 21).

La variabilidad es también significativa si se compara la indemnización con la que hubiera correspondido de haberse producido la lesión en un accidente de circulación. Conforme al [Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor](#), la indemnización básica de la mastectomía radical para una mujer de 36 años, considerando el perjuicio estético como medio, no alcanza los 30.000 € (28.618,16 €).

Bibliografía

Carlos GÓMEZ LIGÜERRE y Francesc Antoni MUNTANER BATLE, “Quién da más? Un estudio comparativo de las indemnizaciones por daños personales en las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo (1996-2003)”, *InDret* 4/2004, octubre-diciembre, *Working Paper* nº 256.

Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Madrid, Aranzadi-Civitas-Thomson, 2004.

Álvaro LUNA YERGA, “Parálisis cerebral de recién nacida a consecuencia de la duración excesiva del parto. Comentario a la STS, 1ª, 23.12.2002”, *InDret* 2/2003, abril-junio, *Working Paper* nº 142.

Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sentencia de 12 de enero de 2001”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 56, abril-septiembre 2001, págs. 719-744.

Joan Carles SEUBA TORREBLANCA y Sonia RAMOS GONZÁLEZ, “Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, *InDret* 2/2003, abril-junio, *Working Paper* nº 138.