

InDret

Una rodilla por otra

Comentario a la STS, 1ª, 18.11.2002

Ponente: Teófilo Ortega Torres

Álvaro Luna Yerga
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper nº: 157
Barcelona, julio de 2003

www.indret.com

La STS, 1ª, 18.11.2002 (Ar. 9769), ponencia del Magistrado Teófilo ORTEGA TORRES, constituye el caso más reciente de error en la extremidad u órgano a intervenir y plantea, de nuevo, la dificultad de cuantificar los daños morales (*vid.* GÓMEZ POMAR, 2000; LUNA YERGA, RAMOS GONZÁLEZ y FARNÓS AMORÓS, 2003). El caso constituye, además, una rara excepción en derecho médico-sanitario pues, más allá de constelaciones de casos particulares, como señaladamente los supuestos de falsos positivos (*vid.* SEUBA TORREBLANCA, RAMOS GONZÁLEZ y LUNA YERGA, 2002), no es frecuente que el daño a indemnizar sea exclusivamente el extrapatrimonial o moral.

En el caso, la actora precisaba de cirugía para tratar la gonartrosis o artrosis de rodilla que padecía y, dado que la izquierda era la que le causaba mayor dolor al caminar, se decidió operar aquélla en primer lugar. Sin embargo, el cirujano demandado intervino primero la rodilla derecha por error -como reconoció posteriormente en una nota manuscrita que se insertó en el historial de la enferma-, lo que impidió que se pudiera intervenir la izquierda hasta pasados cuatro o cinco meses, por lo que la actora hubo de soportar durante aquel tiempo el mayor dolor que le causaba la rodilla izquierda. La actora demandó al cirujano y reclamó una indemnización, cuya cuantía habría de determinarse en ejecución de sentencia, por los daños que sufrió como consecuencia del error médico descrito.

El Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid, en Sentencia de 19.7.1994, desestimó la demanda. La Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid, por el contrario, en Sentencia de 28.1.1997, estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la actora, revocó la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia y condenó al demandado a pagar unos 3.000 € (500.000 ptas.) por el daño moral consistente en el mayor dolor que padeció la actora en su pierna izquierda hasta que pudo ser intervenida de nuevo.

El Tribunal Supremo, por su parte, confirmó la Sentencia de la Audiencia Provincial pues, si bien la intervención quirúrgica fue correcta, esto es, ajustada a la *lex artis*, intervenir por error la rodilla derecha provocó que la actora hubiera de padecer durante unos cinco meses mayores dolores de los que hubiera padecido de haber sido intervenida en primer lugar de la rodilla izquierda. Configurado así el daño, exclusivamente como la diferencia entre el dolor que hubo de soportar la actora desde que fue intervenida erróneamente de la rodilla derecha hasta que pudo ser intervenida nuevamente, con el dolor previsiblemente inferior que habría padecido si se hubiera intervenido primeramente la izquierda, la determinación del nexo causal no plantea problemas y la negligencia del facultativo vendría representada por haber operado en primer lugar la rodilla equivocada:

«[N]o se ha puesto en duda que la operación se realizara correctamente, pero la cuestión no es ésta sino que se operó, en contra de lo previsto, la rodilla derecha de la demandante en vez de la izquierda, lo cual se ha declarado probado, así como que ello fue debido a un error del demandado» (FJ. 4º).

Lo verdaderamente controvertido en el pleito, por tanto, fue la propia existencia del daño indemnizable y su cuantificación. Como en muchos otros casos, además, en la Sentencia se

adivinan la voluntad de sancionar la conducta negligente del facultativo y, acaso, consideraciones de justicia material, en el fundamento del fallo.

1. Así, pese a que el Tribunal Supremo afirma que la Audiencia determinó la existencia del perjuicio con base en pruebas directas y no mediante una presunción judicial, justifica a renglón seguido que, en todo caso, hubiera sido ajustado a derecho presumir la existencia del daño con base en el derogado art. 1253 CC:

«[E]n cualquier caso, el nexo preciso y directo (art. 1253 CC) entre el hecho demostrado – el error reconocido por el demandante [sic], aunque ahora lo niegue, y la situación de la enferma con mayores dolores en la rodilla izquierda- y el deducido –que hubo de seguir algún tiempo padeciéndolos cuando pudieron evitarse interviniendo en esa rodilla y no en la derecha- es un juicio de valor reservado al Tribunal de instancia, que ha de respetarse en casación en tanto no se acredite su irrazonabilidad (...) lo que no acontece en el caso presente» (FJ. 3º).

Por otro lado, a diferencia de ordenamientos jurídicos como el alemán o el italiano, en que se prohíbe el resarcimiento por daños no patrimoniales salvo en los casos legalmente previstos (GÓMEZ POMAR y PASTOR PRIETO, 1990, pág. 511), en nuestro ordenamiento jurídico no existen cortapisas a la indemnización de daños morales. Así, la calificación del dolor físico como daño moral no plantea ningún problema y es comúnmente aceptada por la jurisprudencia.

De este modo, por ejemplo, en la STS, 1ª, 22.5.1995 (Ar. 4089), que resuelve un caso en que al actor hubo de recurrir a la sanidad privada para ser correctamente diagnosticado del cáncer que padecía, el Tribunal Supremo razonó como sigue en relación con el daño moral:

«[E]sta Sala no tiene sino que resaltar el acierto de sustantivizar «nominatim» el Tribunal «a quo» para integrar la siempre dificultosa noción del daño moral en materia de una deficiente asistencia sanitaria, no sólo en el pacífico y singular evento o contingencia de siempre acontecida del sufrimiento o **dolor** inferido al paciente, sino en la denominada zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquella mala asistencia depara al enfermo al percibir por todo ello tanto que su mal no se le ataja o se le trata con la debida terapia, sino lo que más le desazona, que esa irregularidad intensificará aún más en el futuro la gravedad de su dolencia» (FJ.2º).

2. En segundo lugar, la Sentencia plantea la dificultad de valorar los daños no patrimoniales pero, al mismo tiempo, se ampara muy probablemente en aquélla para esconder una finalidad punitiva de la conducta gravemente negligente del facultativo. Se explicaría así una cuantía indemnizatoria elevada, atendidas la condición previa de la actora y el reducido ámbito temporal del perjuicio, en relación con las indemnizaciones por daño moral concedidas por el Tribunal Supremo en otros casos de negligencia médica más graves.

Sólo por citar algunas en que se desglosan las partidas indemnizatorias, pueden verse las SSTS, 1ª, 23.4.1992 (Ar. 3323) –indemniza con 48.000 € a la madre de una menor que había quedado parálitica a

consecuencia de una intervención quirúrgica para corregir la escoliosis que padecía; 7.5.1997 (Ar. 3874) – indemniza con 39.000 € a los padres de un enfermo de neumonía fallecido que durante dos días no había recibido asistencia por titulados en medicina en el hospital en que estaba ingresado sino sólo por enfermeras-; 12.12.1998 (Ar. 9431) – indemniza con 60.000 € al marido y a cada uno de los hijos de una paciente que había quedado en estado vegetativo a consecuencia de la anoxia que le sobrevino mientras era intervenida de un quiste maxilar -; 30.1.2003 (Ar. 931) – indemniza con 45.000 € a la madre de una recién nacida que había sufrido parálisis braquial obstétrica de brazo derecho durante el parto en un caso en que, sin duda, influyó en la valoración del daño el que la demanda hubiera sido interpuesta exclusivamente en nombre de la actora-; STS, 3ª, 13.10.1998 (A. 7820) – indemniza con 48.000 € a la viuda y a los tres hijos de un paciente que había fallecido a consecuencia de un infarto sin haber recibido atención específica en una unidad coronaria, por el daño moral sufrido por todos ellos y la situación de desamparo en que quedó la primera-.

En efecto, si se prescinde de las consideraciones anteriores acerca del eventual cómputo del desvalor de la conducta en la indemnización por daño moral, su comparación con la concedida en los casos citados induce a pensar que el dolor que la actora soportaba en su rodilla izquierda era muy superior al que soportaba en la derecha y, en todo caso, muy importante, lo que no se justifica en la Sentencia.

Con todo, el hecho de que la actora hubiera de ser intervenida en todo caso de ambas rodillas excluye en su conducta la imprudencia temeraria que caracteriza los casos de error en el miembro u órgano a intervenir que, por ello, suelen ventilarse en la vía penal. Así, pueden verse las SSTS, 2ª, 26.2.2001 (Ar. 1340) –imprudencia temeraria con resultado de lesiones: paciente a quién se le practica una artroscopia en la rodilla equivocada-; y 24.11.1984 (Ar. 5950) –imprudencia temeraria con resultado de muerte: paciente fallece a consecuencia de la extirpación y posterior reimplante del riñón equivocado-.

Bibliografía

Fernando GÓMEZ POMAR, “Daño moral”, en *InDret* 1/2000.

Fernando GÓMEZ POMAR y Santos PASTOR PRIETO, “El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIII, Fascículo II, abril-junio 1990, págs. 495-538.

Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Álvaro LUNA YERGA, Esther FARNÓS AMORÓS, “Publicación de fotografías falsas. Suplantación de la imagen de una conocida modelo. Comentario a la STS, 1ª, 25.11.2002”, en *InDret* 2/2003.

Joan C. SEUBA TORREBLANCA, Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Álvaro LUNA YERGA, “Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades”, en *InDret* 3/2002.