

InDret

Un genoll per un altre

Comentari a la STS, 1a, 18.11.2002

Ponent: Teófilo Ortega Torres

Álvaro Luna Yerga
Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper núm: 157

Barcelona, juliol de 2003

www.indret.com

La STS, 1a, 18.11.2002 (Ar. 9769), ponència del Magistrat Teófilo ORTEGA TORRES, constitueix el cas més recent d'error en l'extremitat o en l'òrgan que s'ha d'intervenir i planteja, novament, la dificultat de quantificar els danys morals (*vid.* GÓMEZ POMAR, 2000; LUNA YERGA, RAMOS GONZÁLEZ, FARNÓS AMORÓS, 2003). El cas constitueix, així mateix, una excepció peculiar en dret mèdico-sanitari donat que, més enllà de constel·lacions de casos particulars, com assenyaladament els supòsits de falsos positius (*vid.* SEUBA TORREBLANCA, RAMOS GONZÁLEZ, LUNA YERGA, 2002), no és freqüent que el dany a indemnitzar sigui exclusivament l'extrapatrimonial o moral.

En el cas, l'actora precisava de cirurgia per tractar la gonartrosi o artrosi de genoll que patia i, donat que l'esquerre era el que li causava més dolor en caminar, es va decidir operar aquell en primer lloc. No obstant, el cirurgià demandat va intervenir primer el genoll dret per error –com va reconèixer posteriorment en una nota manuscrita que es va inserir en l'historial de la pacient-, fet que va impedir que es pogués intervenir l'esquerre fins passats quatre o cinc mesos, de tal manera que l'actora va haver de suportar durant aquell temps el dolor més intens que li causava el genoll esquerre. L'actora va demandar el cirurgià i va reclamar una indemnització, la quantia de la qual s'hauria de determinar en execució de sentència, pels danys soferts a conseqüència de l'error mèdic descrit.

El Jutjat de Primera Instància núm. 26 de Madrid, en Sentència de 19.7.1994, desestimà la demanda. La Secció 12a de l'Audiència Provincial de Madrid, per contra, en Sentència de 28.1.1997, estimà parcialment el recurs d'apel·lació interposat per l'actora, revocà la Sentència del Jutjat de Primera Instància i condemnà el demandat a pagar uns 3.000 € (500.000 ptes.) pel dany moral consistent en el dolor més que patí l'actora en el seu genoll esquerre fins que va poder ser intervinguda novament.

El Tribunal Suprem, per la seva banda, confirmà la Sentència de l'Audiència Provincial ja que, si bé la intervenció quirúrgica fou correcta, això és, ajustada a la *lex artis*, intervenir per error el genoll dret provocà que l'actora hagués de patir durant uns cinc mesos majors dolors dels que hagués patit d'haver estat intervinguda en primer lloc del genoll esquerre. Configurat així el dany, exclusivament com la diferència entre el dolor que va haver de suportar des que va ser intervinguda erròniament del genoll dret i fins que va poder ser intervinguda novament, amb el dolor previsiblement inferior que hauria hagut de suportar si primer se li hagués intervingut l'esquerre, la determinació del nexa causal no planteja problemes i la negligència del facultatiu vindria representada per haver operat en primer lloc el genoll equivocant:

«[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).

Allò veritablement controvertit en el plet, per tant, fou la pròpia existència del dany indemnitzable i la seva quantificació. Com en molts d'altres casos, a més, en la Sentència es

deixen entreveure la voluntat de sancionar la conducta negligent del facultatiu i, potser, consideracions de justícia material, en el fonament de la resolució.

1. Així, tot i que el Tribunal Suprem afirma que l'Audiència determinà l'existència del perjudici amb base en proves directes i no mitjançant una presumpció judicial, justifica tot seguit que, en tot cas, hagués estat ajustat a dret presumir l'existència del dany segons el derogat 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).

D'altra banda, a diferència d'ordenaments jurídics com l'alemany o l'italià, en els quals es prohibeix el rescabament per danys no patrimonials llevat dels casos legalment previstos (GÓMEZ POMAR i PASTOR PRIETO, 1990, pàg. 511), en el nostre ordenament jurídic no existeixen límits a la indemnització de danys morals. Així, la qualificació del dolor físic com dany moral no planteja cap problema i és comunament acceptada per la jurisprudència.

D'aquesta manera, per exemple, en la STS, 1a, 22.5.1995 (Ar. 4089), que resol un cas en el qual l'actor va haver de recórrer a la sanitat privada per ser correctament diagnosticat del càncer que patia, el Tribunal Suprem va raonar com segueix en relació amb el dany 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 segon lloc, la Sentència planteja la dificultat de valorar els danys no patrimonials però, al mateix temps, s'empara molt probablement en ella per amagar una finalitat punitiva de la conducta greument negligent del facultatiu. S'explicaria així una quantia indemnitzatòria elevada, ateses la condició prèvia de l'actora i el reduït àmbit temporal del perjudici, en relació amb les indemnitzacions per dany moral concedides pel Tribunal Suprem en d'altres casos de negligència mèdica més greus.

Només per citar algunes en les quals es desglossen les partides indemnitzatòries, es poden veure les SSTS, 1a, 23.4.1992 (Ar. 3323) –indemnitza amb 48.000 € a la mare d'una menor que havia quedat paralítica a conseqüència d'una intervenció quirúrgica per corregir l'escoliosi que patia;

7.5.1997 (Ar. 3874) –indemnitza amb 39.000 € als pares d'un malalt de pneumònia que va morir i que durant dos dies no havia rebut assistència per titulats en medicina en l'hospital on estava ingressat sinó només per infermeres -; 12.12.1998 (Ar. 9431) –indemnitza amb 60.000 € al marit i a cadascun dels fills d'una pacient que havia quedat en estat vegetatiu a conseqüència de l'anòxia que li va sobrevenir durant la intervenció d'un quist maxil·lar -; 30.1.2003 (Ar. 931) –indemnitza amb 45.000 € a la mare d'una nounada que havia patit paràlisi braquial obstètrica de braç dret durant el part en un cas en el qual, sens dubte, va influir en la valoració del dany el que la demanda hagués estat interposada exclusivament en nom de l'actora-; STS, 3a, 13.10.1998 (A. 7820) –indemnitza amb 48.000 € a la vídua i als tres fills d'un pacient que havia mort a conseqüència d'un infart sense haver rebut atenció específica a una unitat coronària, pel dany moral sofert per tots ells i la situació de desemparament en què va quedar la primera -.

En efecte, si es prescindeix de les consideracions sobre l'eventual còmput del desvalor de la conducta en la indemnització per dany moral, la seva comparació amb la concedida en els casos citats indueix a pensar que el dolor que l'actora suportava en el seu genoll esquerre era molt superior al que suportava en el dret i, en tot cas, molt important, fet que no es justifica en la Sentència.

Tot i però, el fet que l'actora hagués de ser intervinguda en tot cas d'ambdós genolls exclou en la seva conducta la imprudència temerària que caracteritza els casos d'error en el membre o en l'òrgan a intervenir que, per això, acostumen a resoldre's en la via penal. Així, es poden veure les SSTS, 2a, 26.2.2001 (Ar. 1340) –imprudència temerària amb resultat de lesions: pacient a qui se li practica una artroscòpia en el genoll equivocacat-; i 24.11.1984 (Ar. 5950) –imprudència temerària amb resultat de mort: pacient mor a conseqüència de l'extirpació i posterior reimplantament del ronyó equivocacat -.

Bibliografia

Fernando GÓMEZ POMAR, "Dany moral", *InDret* 1/2000.

Fernando GÓMEZ POMAR i Santos PASTOR PRIETO, "El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, Tom XLIII, Fascicle II, abril-juny 1990, pàgs. 495-538.

Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Álvaro LUNA YERGA, Esther FARNÓS AMORÓS, "Publicació de fotografies falses. Suplantació de la imatge d'una coneguda model. Comentari a la STS, 1a, 25.11.2002", *InDret* 2/2003.

Joan C. SEUBA TORREBLANCA, Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Álvaro LUNA YERGA, "Falsos positius. La responsabilitat civil derivada del diagnòstic erroni de malalties", *InDret* 3/2002.