

PRUEBA PERICIAL

José ENRIQUE VÁZQUEZ LÓPEZ

Abogado. Sevilla

*"Nadie puede hacer el bien en un espacio de su vida,
mientras hace daño en otro. La vida es un todo indivisible"*

Mohandas K. Gandhi (1869-1948)

LA DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN SUPUESTOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA. A PROPÓSITO DE UN CASO DE NO APLICACIÓN

En materia de responsabilidad civil, poco o nada ha cambiado a nivel de Derecho positivo desde hace muchos años. Aún hoy, sigue vigente y pleno de sentido el contenido del artículo 1.902 del Código Civil, que establece que *"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"*. Esta norma, entraña la clave de la denominada responsabilidad civil extracontractual, aunque en honor a la verdad hemos de decir que muchas veces, y por lo que respecta a la responsabilidad sanitaria, en ella se mezclan elementos contractuales – en virtud de una asistencia sanitaria contratada – con otros que surgen a raíz de esta inicial relación negocial, y que pueden ser susceptibles de considerarse extracontractuales.

Así las cosas, vemos que para efectuar un estudio con cierta profundidad de este tema tan interesante como extenso, habida cuenta de que la norma fundamental no ha cambiado, está claro que hemos de acudir al examen de la Jurisprudencia, que hasta ahora ha realizado la difícil tarea de completar, matizar y muchas veces renovar las reglas y principios por los que ha de regirse la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual. Al estudioso se le revelan entonces varias tendencias y principios que merecen la pena destacarse. Uno de estos últimos, viene a denominarse **"doctrina del daño desproporcionado"**, y tiene reflejo en varias sentencias del Tribunal Supremo, siendo una tendencia relativamente reciente, ya que la encontramos en SSTS de 13 de Diciembre de 1.997, la primera de ellas, aunque ni que decir tiene que el mencionado principio tiene plena vigencia en la actualidad. Otra cosa, si me permiten, es que el caso de lugar a su aplicación. Esto es ya harina de otro costal. Pero vamos paso por paso.

En primer lugar, y para ser rigurosos, vamos a buscar una definición de esta doctrina según lo que nos dice una propia Sentencia del Tribunal Supremo. Por último, y para dar cumplimiento al título del presente artículo, vamos a analizar otra Sentencia muy reciente para llegar a algunas conclusiones prácticas, aunque fuera a "sensu contrario", ya que finalmente la resolución desestima la aplicación de dicha doctrina.

LA DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO SEGÚN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5/01/2.007.

Esta Sentencia analiza un caso de responsabilidad sanitaria extracontractual. Concretamente, una presunta responsabilidad por infección hospitalaria, infección que provoca finalmente la pérdida de uno ojo al paciente.

Para hallar dicha definición, hemos de acudir al fundamento de Derecho octavo, donde se analiza el criterio de imputación, y dice la Sentencia lo siguiente: *“En ocasiones la jurisprudencia ha hablado de responsabilidad cuasi objetiva, o de inversión de la carga de la prueba. Se trata de aquellos casos en que la producción de un daño desproporcionado o inexplicable constituye en determinadas circunstancias, como puede ocurrir en el ámbito de la sanidad, una evidencia o demostración de la existencia de negligencia por parte de los responsables del servicio en tanto por éstos no se pruebe haber actuado con diligencia y haber adoptado las medidas de prevención y de precaución adecuadas (entre otras, SSTS de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 23 de noviembre de 2002, 30 de diciembre de 2002, 30 de enero de 2003, 31 de enero 2003 y 8 de mayo de 2003). Este concepto ha sido especialmente aplicado para apreciar la responsabilidad de los servicios médicos por la infección que contrae el paciente con motivo de una intervención quirúrgica, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del cirujano cuando se acredita la falta de omisión de medidas de prevención o diagnóstico a él imputable (SSTS de 26 de mayo de 1997, 1 de julio de 1997, 21 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998, 20 noviembre de 2000, 9 de septiembre de 2003, 18 de marzo de 2004, 17 de noviembre de 2004 y 23 de junio de 2005).”*

Hemos de hacer notar que en el supuesto contemplado en la Sentencia anterior, el TS desestima el recurso de casación interpuesto por el S.A.S., contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, condenando esta última al S.A.S. a que abone al paciente la cantidad de 5.000.000 ptas., y absolviendo dicha resolución a los médicos implicados.

Por tanto, y a la luz del párrafo transcrito anteriormente, ¿qué notas entresacamos como destacables de la doctrina del daño desproporcionado? Pues son – entre otras, claro está – las siguientes:

- 1.- Se requiere una actuación inicial que causa un daño.
- 2.- El daño ha de considerarse desproporcionado – valga la redundancia – en relación a la actuación inicial. (Por ejemplo, el daño es la muerte como resultado de una actuación inicial consistente en una amputación de la falange de un dedo).
- 3.- Esta doctrina no constituye en forma alguna un supuesto de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva, aunque casa perfectamente bien con el principio de la inversión de la carga de la prueba, debiendo el actor probar toda la diligencia empleada.
- 4.- No obstante lo anterior, podemos considerar que esta doctrina, una vez se constate la existencia del daño desproporcionado, constituye un “plus” en la probanza que debe realizar el causante del daño, esto es, que debe demostrar que empleó todos los medios a su alcance para que el daño no se produjera, sin que quede duda alguna.

5.- En última instancia, la aplicación o no de esta doctrina dependerá del caso concreto. (Expresión “...en determinadas circunstancias, como puede ocurrir en el ámbito de la sanidad”).

Ahora, una vez ya tenemos un concepto aproximado, pasemos a analizar la Sentencia escogida.

La Sentencia es del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de fecha 19/10/2.007, siendo Ponente de la misma D. José Antonio Seijas Quintana.

EL SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA DEL T.S. DE 19/10/2.007

Los hechos principales del caso se extraen del Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia, que literalmente dice así: “*El día 7 de abril de 1987, Carlos María, de seis años de edad, fue intervenido mediante una operación de **amigdalectomía con adenoidectomía**, en la Clínica Velázquez, perteneciente a Explotaciones de Sanatorios y Residencias, SA, en virtud del contrato que dicha entidad tenía con la Seguridad Social. La operación fue llevada a cabo por el médico especialista en otorrinolaringología, Dr. Juan Francisco, dependiente del INSALUD, bajo anestesia general con halotano efectuada por el médico especialista en anestesia Dr. Lucio (dependiente de la Clínica Velázquez II). Unos cinco minutos después de terminada la intervención, en el momento en que el niño se reanimaba de la anestesia, sufrió una parada cardio-respiratoria, de la que, una vez realizadas las maniobras oportunas, se recuperó, produciéndose después otra parada de la que también se recuperó. Tras una nueva parada, es trasladado en una ambulancia a la UCI del Hospital del INSALUD, ingresando en coma grado II. Tras su ingreso entró en coma IV, produciéndose su fallecimiento.*”

Hasta aquí, los hechos. Evidentemente, no podemos negar que existe una clara desproporción entre el hecho inicial – operación de amigdalectomía – y el daño final producido – la muerte del pequeño – con lo cual, y evidentemente, nos puede dar pie a pensar, al menos de principio, que algo ha fallado en la operación, y que el fallo pueda ser calificado como humano. No obstante, esto es tan sólo una primera impresión. Veamos seguidamente el “iter jurídico” por el que atravesó el caso.

PRIMERA INSTANCIA

Antes que nada, hemos de hacer notar que, una vez ocurrido el evento dañoso, la familia del menor, al parecer, interpuso una querrela, que tras la tramitación legal pertinente, se archivó, tras lo cual, y ya con posterioridad, se interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía – en reclamación de cantidad por daños y perjuicios - contra la mercantil Explotaciones de Sanatorios y Residencias, S.A., contra el Servicio Valenciano de Salud, contra el médico Doña Antonia y contra el anestesiólogo Don Lucio. De este juicio conoció el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alicante, en autos nº 602/07.

En su fallo, el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta en Sentencia de fecha 7 de Julio de 1.999.

SEGUNDA INSTANCIA

Contra la Sentencia del Juzgado de Alicante, se interpuso el correspondiente recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, declarando ésta lo siguiente

en relación al caso planteado, que copiamos literalmente del Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia del T.S:

“1º) *No existe evidencia de la efectiva duración de la operación, de la que resulte el carácter desproporcionado de la misma en función de lo que pudieran constituir parámetros medios en operaciones de la misma o semejante naturaleza.*

2º) *Fue adecuada la elección de la anestesia general en el marco de la operación a realizar en función de las características de la misma y del paciente.*

3º) *Una semana antes de la operación, se le practicó un reconocimiento médico en el centro del INSALUD; un electrocardiograma, radiografía de tórax y analíticas, cuyos resultados se le confiaron a la madre a los efectos de su entrega a personal médico con carácter previo a la misma.*

4º) *No era necesaria la práctica de prueba previa de reacción a la anestesia, a los efectos de determinación de grado de tolerancia o intolerancia al anestésico empleado. Estas pruebas son únicamente aconsejables en aquellos supuestos, ajenos al enjuiciado, en los que se ha referido en relación al paciente o existe documentación de algún tipo de reacción adversa atribuible a fármacos u otras sustancias utilizadas perioperatoriamente, y ello en cuanto pueden inducir a la sensibilización del paciente, con el riesgo que ello implica, sin garantizar, aún en el supuesto de resultado negativo, la inexistencia de posibles reacciones anafilácticas en el marco de hipersensibilidad a compuesto anestésico en el curso de operación, prueba de hipersensibilidad (al halotano) que hubiese sido inútil e incluso contraproducente.*

5º) *Hubo una gran dilación en el tiempo de la práctica de la autopsia previa exhumación del cadáver, pese a lo cual los informes médico forenses evidenciaron una hiperdosificación anestésica, una hipersensibilización a sustancia anestésica o el reflejo vagal, debiendo destacarse que tanto en las reacciones de hipersensibilidad como en el caso de las reacciones pseudoalérgicas, la primera vez que producen manifestaciones clínicas estas son imprevisibles e inevitables, soliendo ser asimismo los reflejos vagales imprevisibles e inevitables.*

6º) *El tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos, 7 de abril de 1987, hasta la interposición de la demanda, 18 de octubre de 1997, condicionó la posibilidad de disponibilidad por los demandados de determinadas pruebas, sobre todo las susceptibles de incorporarse en archivos sometidos a plazos predeterminados de conservación, y ello en la medida en que no se encontraran incorporadas a las actuaciones penales en su día tramitadas por razón de la querrela interpuesta por los ahora recurrentes y que concluyeron, tras petición de archivo formulada por el Ministerio Fiscal, a la que se adhirió, cualquiera que fuera la circunstancia que lo determinó, la parte querellante, mediante auto de sobreseimiento libre otorgado en fecha 27 de mayo de 1992 .*

7º) *La documentación vinculada a la operación aparece asaz incompleta, y en este aspecto, no obviándose la posibilidad de completarse los datos de la historia clínica referida a la operación una vez concluida la misma, y de forma sucesiva, reflejándose cuantos particulares e incidencias hubieran podido afectar a la misma, tampoco puede obviarse que dicha cumplimentación aparece como secundaria en el marco de incidencia surgida en el propio quirófano en el periodo de reanimación inmediato posterior a la conclusión de la*

operación, en cuanto lo prioritario venía determinado por el desarrollo de todas aquellas prácticas tendentes a tratar de remontar la inicial bradicardia experimentada por el paciente, y la/s consecutivas crisis con parada cardiorespiratoria que precisaron de técnicas de reanimación adecuadas hasta la consecución de la estabilización del paciente -que no pudo conseguirse con indemnidad del mismo a los efectos de su traslado, en condiciones de garantía, hasta centro con dependencias especializadas y en ambulancia habilitada con equipamiento de UCI móvil, acompañado por el propio personal médico.

8º) **Las presuntas deficiencias denunciadas en relación a la Clínica fueron subsanadas con carácter previo a la operación**, reforzándose sus equipamientos tanto personales como materiales, con inclusión, en este caso, de ambulancia con equipamiento de UCI, cuya disponibilidad para el traslado del menor hasta el Hospital del INSALUD, una vez estabilizado, no quedó desvirtuada. Tampoco es especialmente significativa la ausencia de pediatra de guardia en cuanto donde más posibilidades tiene un shock anafiláctico de salir adelante es en un quirófano y tratado por un anestesista, circunstancias esta últimas (lugar y especialista codirigiendo maniobras de rehabilitación) que concurrieron en el caso, al margen de la intervención asimismo de otros facultativos -especialistas y/o en funciones de guarda- y sanitarios en dicha reanimación.

9º) Al no salir del quirófano el menor tuvo, al menos, la misma atención que en cualquier UCI, habiéndose verificado, tras su estabilización, y sin demora injustificada, traslado del mismo mediante UCI móvil a otro centro hospitalario en cuyas dependencias de UCI quedó ingresado. Tampoco este traslado tuvo incidencia en el agravamiento de su estado.

10º) **No hubo insuficiencia de medio alguno**, vinculado al desarrollo de la operación a desarrollar y complicaciones previsibles, que incidiera en los hechos y resultados sometidos a valoración.

Todos estos hechos son la consecuencia de una valoración de los distintos medios de prueba practicados en los autos y han llevado al Tribunal de instancia a mantener la desestimación de la demanda, ya acordada en la instancia, tanto respecto a los facultativos que atendieron al menor, como de los Centros Médicos implicados.”

En realidad, estos diez puntos nos dan una idea bastante precisa del caso en cuestión, y revelan a las claras el parecer de la Audiencia de que todos los parámetros del supuesto cumplieron escrupulosamente los protocolos médicos aplicables, y que los implicados, tanto la entidad sanitaria como los profesionales que intervinieron, actuaron con plena corrección. Realmente, parece que por desgracia todo se debió a una posible reacción adversa a la anestesia por parte del paciente, lo que ocasionó la parada cardiorrespiratoria. No obstante, continuemos analizando el caso, reservándonos para un momento posterior, una vez tengamos todo sobre el papel, la opinión final del caso.

FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Una vez se recogen en el Fundamento de Derecho Primero los antecedentes más importantes del caso, en el Segundo se pasa al examen del primer motivo de casación alegado, cual es, fundamentalmente, la **infracción de la doctrina del daño desproporcionado**. Este motivo, es desestimado por el Tribunal, recalcando que ya esta alegación se realizó en la apelación, sin éxito, debiendo precisarse al respecto que esta doctrina “... **no resulta de**

aplicación, por desproporcionado que parezca el daño, si prueba que no fue debido a su negligencia, al no poder atribuírseles cualquier consecuencia. Y es evidente que la desproporción entre el diagnóstico de amigdalitis y el resultado del fallecimiento del menor, sin duda llamativo desde consideraciones no jurídicas, quedó aclarada mediante la prueba que la Sala valoró en ejercicio de su facultad privativa y que, salvo error de derecho no denunciado, ha de mantenerse.” Todo ello ya que “...la Sentencia de 30 de Abril de 2.007 declara que **la existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí solo la existencia de responsabilidad del médico sino la exigencia al mismo de una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida.”**

Continúa reflejando la citada Sentencia que “... es del todo evidente que **las pruebas de alergia a la anestesia no se hicieron no solo porque no eran aconsejables, sino porque podían ser contraproducentes para la salud de menor.”** “Pero es que además, la primera vez que se producen manifestaciones clínicas estas eran imprevisibles e inevitables, como también lo son los reflejos vagales, y ello en ningún caso implica que haya acción u omisión que pueda ponerse cargo de los profesionales que le intervinieron, cuya actuación se desarrolló conforme *lex artis ad hoc*, tanto durante el proceso preoperatorio y operatorio propiamente dicho, como durante el periodo postoperatorio, según el estado actual de la ciencia. Tampoco la hubo de los Centros demandados como resultado de lo que esta Sala califica de carencias o defectos asistenciales, de coordinación, de organización o de dotación, porque no hubo insuficiencia acreditada de medios vinculados al desarrollo de la operación y complicaciones previsibles.”

Por todo ello, y por las razones reflejadas literalmente, el Tribunal desestima el recurso, desestimando de igual modo en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto otros dos motivos alegados en pocas líneas.

CONCLUSIÓN

Toda declaración de responsabilidad exige un análisis pormenorizado de los hechos que condujeron al resultado, con la finalidad de determinar que la actuación haya sido o no correcta. Siendo la sanitaria una prestación de medios y no de resultado, no se responde de consecuencias dañosas imprevisibles si se actuó con la diligencia debida. La doctrina del daño desproporcionado únicamente proporciona una regla más minuciosa para medir la diligencia que se empleó, haciendo hincapié en la desproporción entre conducta-daño, pero en cualquier caso, requiere de una mínima negligencia probada. En el caso examinado, parece que tras la práctica de todas las pruebas solicitadas por las partes, no ha podido probarse actuación culposa alguna. No obstante, hemos de poner en cuarentena, y es un tema más médico que jurídico, la afirmación que realiza la Sentencia de la Audiencia Provincial de que “**No era necesaria la práctica de prueba previa de reacción a la anestesia, a los efectos de determinación de grado de tolerancia o intolerancia al anestésico empleado.**” Este pequeño detalle ha de hacernos pensar si, de cualquier forma, el resultado hubiera podido evitarse. Porque fundamentalmente, eso es lo que más importa y de eso se trata, de que el hecho no vuelva a ocurrir. ¿O no? □