

# InDret

## *Fractura de rodilla en accidente de esquí y responsabilidad civil médico-sanitaria*

*Comentario a la STS, 1ª, 8.5.2003*

*Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz*

**Álvaro Luna Yerga**  
Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper nº: 174  
Barcelona, octubre de 2003

[www.indret.com](http://www.indret.com)

En la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre responsabilidad civil médico-sanitaria del último lustro se observa un avance decidido hacia la objetivización de la responsabilidad individual de médicos y personal sanitario que se suma a la objetivización de la responsabilidad de centros sanitarios o, en su caso, Administración Pública de la que dependan. Los mecanismos son diversos: así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha extendido la doctrina de los daños desproporcionados a supuestos en que no se planteaba sino la materialización del riesgo típico de fracasos de una determinada intervención; o, recientemente, ha sostenido la aplicabilidad del régimen de responsabilidad objetiva previsto en el art. 28.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU). El caso resuelto por la [STS, 1ª, 8.5.2003](#) (Ar. 3890) ejemplifica bien la primera de las sendas marcadas por esta nueva orientación jurisprudencial y pone de manifiesto los resultados indeseables a que puede conducir.

En el caso, la actora se fracturó la espina tibial de su pierna derecha en enero de 1991 mientras practicaba esquí en la estación de Baqueira Beret (Valle de Arán) y, tras ser atendida de urgencia a pie de pista fue trasladada a Barcelona, dónde le fueron practicadas hasta tres intervenciones quirúrgicas por el cirujano codemandado sin que obtuviera un resultado satisfactorio. Ante esta falta de mejoría, a mediados de 1992 recurrió a otro cirujano que acabó el tratamiento aunque no pudo evitar que a la actora le quedaran como secuelas la limitación de la movilidad de la rodilla derecha, atrofia muscular y osteocondritis del condito interno, es decir, «una clara cojera irreversible».

La actora demandó al primer cirujano que la intervino, a su compañía aseguradora y a la entidad prestadora de servicios sanitarios a que pertenecía en reclamación de una indemnización de 120.202,42 €. El Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Barcelona, en Sentencia de 7 de abril de 1995, estimó parcialmente la demanda y condenó al cirujano codemandado y a su aseguradora a pagar solidariamente 72.121,45 €. La Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 8 de mayo de 1997, por el contrario, estimó el recurso de apelación interpuesto por los condenados, revocó parcialmente la Sentencia del Juzgado y les absolvió de todos los pedimentos, con base en la falta de prueba respecto de la concurrencia de negligencia del facultativo codemandado en la producción del daño cuya causa, añade, fue «el acto libre y voluntario de la parte actora», esto es, la práctica del esquí.

El Tribunal Supremo, por su parte, estimó el recurso de casación interpuesto por la actora, revocó la Sentencia de la Audiencia y repuso la de Primera Instancia. A diferencia de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo considera acreditada la negligencia del facultativo codemandado con base en la doctrina del daño desproporcionado:

«En definitiva, una caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicados, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible; lo cual crea una deducción de negligencia (*res ipsa loquitur*), una apariencia de prueba de ésta (*Anscheibeweis*), una culpa virtual (*faute virtuelle*)» (FJ. 3º).

El Tribunal Supremo cita en apoyo de su decisión dos Sentencias que resuelven sendos casos en que el tratamiento médico iniciado por un equipo médico hubo de ser terminado por otro diferente ante la ausencia de resultados positivos. En el caso decidido por la STS, 1ª, 11.12.2001 (Ar. 2711), la actora hubo de recurrir a un equipo médico estadounidense, después de dos infructuosas intervenciones previas para eliminar una protusión del maxilar superior, pese a lo cual le quedaron secuelas. En el decidido por la STS, 1ª, 31.1.2003 (A. 646), el actor había sufrido incontinencia anal parcial como consecuencia de una intervención de hemorroides sangrantes y fisura anal, motivo por el que fue intervenido hasta en seis ocasiones más por otro equipo médico sin que se alcanzara un resultado satisfactorio.

Sin embargo, la remisión a estos precedentes no parece correcta. En efecto, en el primero de los casos el Tribunal Supremo entendió que, al tratarse de una intervención de cirugía estética, la obligación médica se asimilaba a las obligaciones de resultado y omitió calificar la diligencia en la conducta del facultativo demandado. En el segundo, también ponencia del Ilmo. Magistrado Sr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, se incurre como aquí en el error de acudir a la doctrina del daño desproporcionado cuando no existe una máxima de experiencia clara que indique la negligencia del facultativo demandado ([LUNA YERGA, 2003, págs. 10-11](#)).

En la Sentencia no se consigna dato alguno que permita afirmar, con la contundencia del Magistrado Ponente, que efectivamente concurre una máxima de experiencia de la que inducir la negligencia del facultativo codemandado. El esquí es un deporte de riesgo, como lo demuestra el elevado número de lesiones que cada año se producen en las pistas de esquí de nuestro país. Muchas de ellas, por su tipología, dejan secuelas graves en los pacientes y les impiden, en muchos casos, la práctica de éste y otros deportes en el futuro.

Según el [Informe de Detección de Accidentes Domésticos y de Ocio 2002](#) (Informe DADO), elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, en España se produjeron el pasado año un total de 1.320.943 accidentes de este tipo, de los cuales un total de 169.081 (un 12,8%) correspondieron a accidentes deportivos. De éstos, un total de 8.115 (el 4,80%) se produjeron durante la práctica de algún deporte de invierno, entre los que destaca el esquí en primer lugar con un total de 5.748 accidentes (esto es, el 3,40% del total de accidentes deportivos).

En el caso concreto, la Sentencia traslada al facultativo los costes de la práctica de deportes arriesgados por su paciente al extender su obligación, de hecho, más allá del contenido propio de las obligaciones de medios. Sin embargo, en su conjunto serán los pacientes quienes deberán soportar el sobrecoste de la sobreprecaución a que muy probablemente conducirá este incremento del estándar de responsabilidad, bien sea a través de una subida de los impuestos en relación con la sanidad pública o de las primas de los seguros médicos en la sanidad privada. A la postre, cabe cuestionarse si una decisión de política legislativa semejante debe ser adoptada por nuestros Jueces y Magistrados y no, como sería preferible, por el legislador.

Además, el Tribunal Supremo no se conforma con presumir, a falta de una máxima de experiencia clara que indique que en presencia de una fractura de rodilla el mal resultado de las intervenciones quirúrgicas posteriores es debido a una mala práctica de aquéllas y no a las características propias de la lesión, sino que parece invertir la carga de la prueba del nexo causal en perjuicio del demandado:

«En la relación fáctica basada esencialmente en las varias pruebas periciales se afirma que no hubo culpa o negligencia, lo cual no es un *factum* sino una *quaestio iuris* revisable en casación; se dice que la prueba pericial dice que no hay nexo causal entre la actuación médica y el resultado dañoso; pero no dice cómo ni porqué se ha producido éste; ni dice en ningún momento que la causa fuera ajena a aquella actuación, ni que fuera causada por fuerza mayor, ni que tuviera su origen en previas condiciones de la propia perjudicada» (FJ. 3º).

Afortunadamente, esta tendencia objetivadora de la responsabilidad civil médico-sanitaria sustentada en la presunción con carácter general de la culpa médica mediante estos instrumentos procesales y la consiguiente inversión injustificada de la carga probatoria no está en la agenda de todos los Magistrados del Tribunal Supremo, como se desprende de la reciente STS, 1ª, 25.6.2003 (A. 4261). En el caso, una paciente obesa, que presentaba dolores en el epigastrio acompañados de náuseas y vómitos, fue atendida en su casa cerca de las 20.00 h. por un médico de urgencias, que le diagnosticó gastritis, prescribió un tratamiento de *Buscapina*® (hioscina y paracetamol) en comprimidos y le administró una inyección de *Cleboril*® (cleboprida), medicamento antitético y antinauseoso, con recomendación de que acudiera al día siguiente al especialista de cupo. La enferma se quedó dormida y no despertó hasta dos horas después, en que tras beber agua copiosamente presentó un cuadro de desvanecimiento y falleció a los pocos minutos, sin que los servicios de urgencia que acudieron al domicilio a las 22.14 h. pudieran reanimarla. En el certificado de defunción el médico del Registro Civil anotó como causa de la muerte infarto agudo de miocardio, si bien no pudo ser confirmado, dado que no se practicó la autopsia al cadáver. El viudo y los hijos de la fallecida interpusieron una demanda contra el médico de urgencias y “Winterthur” en reclamación de 120.202,43 €, que fue desestimada tanto en la instancia como en casación con base en la falta de prueba de la negligencia médica, dado que el médico actuó en todo momento conforme a la *lex artis*. En este punto, el Tribunal Supremo arremete contra la STS, 1ª, 8.5.2003 (A. 3890) y, especialmente, contra el recurso a la doctrina de los daños desproporcionados y similares en los supuestos en que presumiblemente no existe base para ello:

«En el litigio, por último, no es posible ni imaginar cuál hubiera sido otro grado de diligencia al expuesto en el facultativo, salvo que se le quiera, como aspira el motivo, imputarle las demás consecuencias imprevisibles propias del «casus» (y connotación «a sensu contrario» de la reciente sentencia de la Sala de 8 de mayo de 2003 sobre la culpa virtual y el llamado «daño desproporcionado») que surgen «ex post» sin conexión alguna con el trastorno somático, enfermedad que, atendida por el médico, y cuya terapia resultó evidentemente satisfactoria en el «tempus» de inmediatez en que se desarrolló esa asistencia» (FD. 3º).

La distribución de la carga probatoria entre las partes encuentra necesariamente su límite en la aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, hoy recogidos en el art. 217.6 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). El diferente coste que supone a las partes descargar la prueba de que se trate no es el único elemento a tener en cuenta en la

distribución de la carga probatoria: así, la probabilidad *ex ante* de que una determinada actividad, conforme a las máximas de experiencia, sea la causa de un concreto resultado dañoso, o la probabilidad de que el daño se produzca incluso cuando se han adoptado las medidas de precaución socialmente exigibles, deben ponderarse con los principios anteriores (SALVADOR CODERCH, GÓMEZ POMAR, ARTIGOT GOLOBARDES y GUERRA AZNAR, 2000, pág. 17; GÓMEZ POMAR, 2001). De este modo, cuanto mayor sea la probabilidad de que la causa del daño consista en la actuación del demandado o la probabilidad de que el daño se haya producido por su negligencia, redunda en interés del proceso y de la eficiencia que se le atribuya a éste la prueba, y a la inversa. Sin embargo, es precisamente en los casos en que *ex ante* es difícil apreciar en la conducta del demandado su susceptibilidad para causar el daño y en que la producción de éste no es un buen indicador de su negligencia en que se sugiere la inversión de la carga probatoria. El caso que nos ocupa bien podría ser uno de ellos.

### ***Bibliografía***

Fernando GÓMEZ POMAR, "Carga de la prueba y responsabilidad objetiva", en *InDret* 1/2001 (<http://www.indret.com>).

Álvaro LUNA YERGA, "Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica. Comentario a la STS, 1ª, 29.11.2002", en *InDret* 02/2002 (<http://www.indret.com>).

MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, *Informe de Detección de Accidentes Domésticos y de Ocio 2002* (<http://www.consumo-inc.es/informes/interior/estudios/frame/PDF/dado2002.pdf>).

Pablo SALVADOR CODERCH, Fernando GÓMEZ POMAR, Mireia ARTIGOT GOLOBARDES y Yolanda GUERRA AZNAR, "Observaciones al Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental", en *InDret* 4/2000 (<http://www.indret.com>).