

correspondía para asumirla, liberando así de esa obligación que en tal momento dejaría de incumbirle a la entidad vendedora que, a causa de esa desatención, debió de seguir asumiéndola haciéndole frente en los plazos establecidos, y aquella ausencia, reveladora de una voluntad de no cumplir se subraya después, como contumaz, al acudir a vías de procedimiento para instar lo que habría de impedirle realizar la inequívoca y ya comunicada decisión de la vendedora de resolver el contrato y en cuya situación, voluntariamente provocada y mantenida, permanece. Y es que parece claro que ante el incumplimiento, de lo que es el contrato, por parte de la vendedora, los compradores han rehusado atender su obligación en el tiempo en que podían y debían, aportando con su actitud los presupuestos de la pretensión actora que ésta invoca al amparo de lo prevenido en los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, al haber de tal modo quedado frustrado el fin económico normal del contrato, que anormalmente tiene que seguir asumiendo la vendedora. La resolución consecuente a ese incumplimiento produce reponer los efectos del contrato al momento de su celebración con devolución de lo respectivamente recibido más la reparación de los perjuicios que de ello se hayan derivado, según previene el artículo 1.124 del Código Civil, y no ha de confundirse aquella primera consecuencia, automática desde la misma frustración del contrato, con la segunda, ya que ésta ha de ser plenamente demostrada en su entidad.

ISABEL MORATILLA GALÁN

1.5. Responsabilidad civil

POR LOURDES TEJEDOR MUÑOZ, JUANA RUIZ JIMÉNEZ
y TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO.—APLICACIÓN DE LA LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. VOTO PARTICULAR. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE ENERO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Antecedentes.—El supuesto de hecho arranca de una intervención quirúrgica de hemorroides sangrantes sufrida por un paciente, que tiene como secuela una incontinencia anal parcial. Motivo por el cual ejercita acción de reclamación (de cincuenta y cinco millones de pesetas) en concepto de daños y perjuicios, contra el médico que había realizado la intervención.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao, dictó sentencia con fecha 12 de junio de 1995, desestimando la demanda interpuesta por el demandante, absolviendo al médico demandado.

Apelada por el demandante la anterior resolución, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Vizcaya dictó sentencia con fecha 17 de marzo de 1997, desestimando el recurso de apelación y confirmando la sentencia dictada en primera instancia, todo ello con expresa imposición al apelante de las costas devengadas en esta segunda instancia.

Doctrina.—El recurso de casación se apoya en cuatro motivos. El Tribunal Supremo analiza primero los dos últimos motivos, el tercero, por infracción de los artículos 26 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, apoyado en el artículo 1692.4 de la LEC, y el cuarto por infracción del artículo 1.902 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, en cuanto no aplica la presunción de culpa al profesional de la medicina.

Ambos motivos son estimados por considerar que la responsabilidad médica del demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que ha sido consagrada por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias: de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1999 y 30 de enero de 2003, que dice esta última que el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla *res ipsa liquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana, y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción.

Con lo cual, esta doctrina no lleva a la objetivación de la responsabilidad sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño desproporcionado. A no ser, claro es, que tal autor, médico, pruebe que tal daño no deriva de su actuación, como dice la sentencia de 2 de diciembre de 1996, reiterada por la de 29 de noviembre de 2002: «el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión».

A lo anterior debe sumarse la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios y que ha sido reiterada por esta Sala en unas primeras sentencias de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997, en la posterior de 9 de diciembre de 1998 y en la reciente de 29 de noviembre de 2002 que dice: «...demandante es consumidor (art. 1), ha utilizado unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva (arts. 25 y sigs.). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando «por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, «hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el “servicio sanitario”, entre otros. Producido y constatado el daño ...se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad».

Efectivamente, en el caso presente, el médico demandado ha realizado una intervención quirúrgica que, habiendo producido un resultado desproporcio-

nado, no ha acreditado la causa de éste, que sea ajeno a su actuación. La Audiencia Provincial infringe, en este sentido, el artículo 1.902 del Código Civil y la jurisprudencia que se ha mencionado, destacándose en ella el empleo de expresiones aleatorias y condicionales, que nada expresan sobre hechos probados, que es lo que sí le corresponde hacer. A mayor abundamiento, infringe la normativa de protección de los consumidores, al pretender una prueba cumplida de la culpabilidad, pese a haberse producido un daño desproporcionado, no atribuido a causa externa.

Por otro lado, considera el Tribunal Supremo, que estimándose los motivos tercero y cuarto, no tiene sentido el entrar a analizar el motivo segundo, que alega infracción del artículo 10 de la Ley 14/86, de 25 de abril, en cuanto exige el consentimiento escrito del paciente, al amparo del artículo 1692.4 de la LEC, pues plantea una cuestión nueva sobre el consentimiento informado. Ni en el primero, fundado en el artículo 1692.3 de la LEC, por no haberse practicado la prueba pericial que fue solicitada, por lo que el demandante alega indefinición con infracción del artículo 24 de la Constitución Española, al no estimarse necesaria la práctica de esta prueba, ni por la Audiencia Provincial ni por esta Sala, por lo que no hay indefensión ni infracción alguna.

Consideramos de interés recoger algunos extremos del VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO FRANCISCO MARÍN CASTÁN, a la citada sentencia, ya que no comparte los fundamentos de derecho, salvo el primer párrafo del primero, ni el fallo, que tenía que haber declarado no haber lugar al recurso de casación:

Examina en orden los motivos de casación, el primer motivo del recurso, antes que los demás, por considerar que de ser estimado, procedería reponer las actuaciones al momento en que dicha prueba debió practicarse (art. 1715.1-3.º LEC de 1881). Según el recurrente, se ha infringido el artículo 24 de la Constitución, porque él solicitó en el acto de la vista del recurso de apelación la práctica de la prueba pericial y, sin embargo, el Tribunal de Segunda Instancia no la acordó. Semejante planteamiento es inacogible ... porque ... no se planteó ... en el momento procesal oportuno para proponer prueba ... la prueba pericial propuesta por el demandante-recurrente no pudo practicarse por causa sólo a él imputable, ya que como peritos propuso a cirujanos vasculares ajenos al objeto de la pericia.

El motivo segundo, formulado al amparo del artículo 1692.4 de la LEC por infracción del artículo 10 de la Ley 14/86, de 25 de abril, en cuanto exige el consentimiento escrito del paciente, también ha de ser desestimado por plantear una cuestión nueva que como tal es inadmisibile en casación...

Los motivos tercero y cuarto, ... deben estudiarse conjuntamente porque al amparo del artículo 1692.4 de la LEC de 1881, ambos proponen la estimación de la demanda por imputación de responsabilidad al cirujano demandado, con distinto fundamento... La respuesta a estos motivos pasa, lógicamente, por reseñar los siguientes hechos probados (que se recogen textualmente en el comentario). Definidos los hechos probados, conviene hacer también algunas precisiones en torno a los títulos de imputación de responsabilidad invocados por el recurrente:

A) ...algunas sentencias de esta Sala han aplicado el artículo 28 de la LDDCU como fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico y hospitalario, no es menos cierto que la jurisprudencia, entendida como crite-

rio ... reiterado en la decisión de casos semejantes, rechaza abiertamente la responsabilidad objetiva del médico o del cirujano...

B) La aplicación simultánea o acumulada de dicho precepto y del artículo 1.902 del Código Civil es difícil de justificar, ... equivale a sostener algo tan contradictorio como que la responsabilidad del médico es al mismo tiempo objetiva y subjetiva.

C) ...es más que dudoso que la expresión «servicios sanitarios» del artículo 28 LGDCU comprenda necesariamente la prestación individual médica o quirúrgica e incluso que, de considerarla incluida, la responsabilidad del médico pueda calificarse sin más de objetiva...

D) En cuanto a la doctrina jurisprudencial del «resultado desproporcionado» ... que desplaza sobre el médico o cirujano demandado la demostración de su propia diligencia, es necesario precisarla en sus justos términos ... exime al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa de aquéllos cuando el daño sufrido no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada. De ahí que, ... no pueda calificarse de «resultado desproporcionado» el daño indeseado o insatisfactorio, pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada...

...De someter los hechos probados a las anteriores consideraciones jurídicas resulta la desestimación de los dos motivos examinados.

COMENTARIO

Se plantea en el presente caso, una vez más, la cuestión de la responsabilidad civil médica. De forma sintética puede decirse que los hechos son los siguientes: un paciente es intervenido quirúrgicamente por unas hemorroides sangrantes y fisura anal, quedándole como secuela una incontinencia anal parcial. La cuestión central gira, por tanto, en torno a si el médico debe responder por su actuación profesional. Se trata de averiguar si el resultado que se produjo como consecuencia de la operación (incontinencia anal parcial) corresponde a una normal actuación en este tipo de operaciones, o si por el contrario se ha producido un resultado desproporcionado.

Es sabido que el médico con sus pacientes ha de obrar con pericia y probidad, es decir, de acuerdo con la *lex artis*, y que si hubo una correcta actuación por parte del médico, aunque no obtuviera el éxito deseado no será responsable, mientras si se demuestra que hubo un daño desproporcionado entre la intervención médica y el resultado final, comparativamente hablando con lo que suele ocurrir en este tipo de operaciones, debe responder por los daños causados.

La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia desestimó la demanda por considerar que no se había probado la culpabilidad del médico: «no existen datos concluyentes para afirmar que la incontinencia que sufre el ... (el paciente) derive de una técnica operatoria inadecuada del doctor... la sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial, ...porque «no se ha determinado que éste llevara a cabo una mala, incorrecta o negligente actuación profesional...».

Sin embargo en opinión del Tribunal Supremo, el médico demandado ha realizado una intervención quirúrgica que, habiendo producido un resultado desproporcionado, no ha acreditado la causa de éste, que sea ajeno a su

actuación. La Audiencia Provincial infringe, en este sentido, el artículo 1.902 del Código Civil y la jurisprudencia mediante el empleo de expresiones aleatorias y condicionales, que nada expresan sobre hechos probados.

Sin embargo a juicio del magistrado que formula el voto particular, para pronunciarse sobre la responsabilidad del médico hay que tener en cuenta los siguientes hechos que él considera probados y que aquí se citan textualmente:

«A) La técnica quirúrgica aplicada por el cirujano demandado no fue la de Whitehead, que se afirmaba en la demanda, tachándola de desfasada, sino la de Milligan y Morgan, que era la indicada o apropiada para el padecimiento del hoy recurrente.

B) También era adecuado el sistema de doble esfinterectomía para amiorar o disminuir el dolor postoperatorio.

C) La intervención no lesionó el nervio del esfínter anal.

D) Sí se produjo una lesión muscular estriada del esfínter externo, pero tal lesión es consustancial o inherente a la técnica aplicada ("sistemáticamente se lesiona de modo temporal el esfínter").

E) "En este tipo de intervenciones hay ocasiones en que se producen trastornos esfinterinos tras la realización de una cirugía ano-rectal apropiada".

F) En la incontinencia pueden influir factores neurológicos, musculares y psicológicos.

G) El paciente mostró una "negativa y adversa colaboración" en la primera etapa del postoperatorio».

Por tanto, en el presente caso se trata de saber si el resultado de la intervención puede o no considerarse desproporcionado, si la técnica del médico fue o no la adecuada.

Para ayudarnos a hacer unas breves reflexiones sobre el daño desproporcionado, recogemos la doctrina que del mismo contiene entre otras, la sentencia de 1998 del Tribunal Supremo, comentada en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, número 656, del mismo ponente que la que aquí se analiza: «conviene recordar la doctrina sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, la sentencia citada de 13 de diciembre de 1997), que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia...

...en la obligación de actividad es precisa la prueba de la falta de diligencia para apreciar incumplimiento, tal como ha reiterado esta Sala en múltiples sentencias... Pero hay que recordar que esta doctrina (en la que es necesario probar la culpa médica), está matizada por la del daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor, así afirma el Tribunal Supremo: «...Sin perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, cuando éste es desproporcionado en relación de causalidad con la actividad del profesional médico...» y que se conoce como la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), que significa que la evidencia crea una deducción de negligencia. Regla que como reconoce el Tribunal Supremo ha sido tratada profusamente por la doctrina anglo-americana y se corresponde con la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual)».

Además, en la citada sentencia el Tribunal Supremo señala como requisitos del daño desproporcionado:

1. Que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente.
2. Que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto, y
3. Que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.

Si esta doctrina la aplicamos al caso sometido a debate, la base es que el paciente se somete a una operación de hemorroides y que le ha quedado como secuela una incontinencia anal parcial, siendo evidente que de ello no tiene la culpa el paciente, por lo que nos vemos obligados a preguntarnos si las secuelas producidas por la intervención son o no parte de los riesgos de la cirugía de hemorroides, ya que la obligación de indemnizar por el resultado dañoso sólo se produce por una incorrecta actuación del médico y del resultado desproporcionado se infiere la culpabilidad del mismo, y no cuando el resultado no es el deseado o agrave la situación del paciente.

Observando un consentimiento informado de dicha cirugía del INSALUD, bajo el epígrafe de riesgos generales, puede leerse, pueden incluir: infección, hemorragia, hematomas, alteraciones cardiopulmonares, reacciones alérgicas y neumonías. Asimismo se puede producir estenosis, abscesos, incontinencia para gases e incluso para heces. Estos riesgos pueden ser ocasionalmente graves, dejar secuelas o incluso ser causa de fallecimiento...

Por todo ello, comparto el voto particular del magistrado, en el que afirma «si la técnica quirúrgica aplicada por el demandado fue la adecuada y no la alegada en la demanda como desfasada, si la intervención no dañó el nervio del esfínter, si la lesión muscular del esfínter externo es consustancial o inherente a la técnica quirúrgica aplicada y si, en fin, los trastornos esfinterinos no son descartables tras este tipo de intervenciones, influyendo en ellos factores incluso psicológicos, la imputación del daño al cirujano demandado como “resultado desproporcionado” equivale a hacerle responsable de un riesgo típico pese a haber probado lo correcto de su intervención; en suma, a identificar riesgo típico con resultado desproporcionado».

Ya que nadie nos puede asegurar el resultado de una operación, y si cada vez que sale mal, pese a que el médico actúe de acuerdo con la *lex artis*, el médico es responsable, pocos se atreverán a intervenirlos quirúrgicamente y ello compartiendo que la doctrina del daño desproporcionado permite deducir de determinados hechos probados la existencia de culpa, en casos muy evidentes como, por citar alguno, el de la sentencia aquí citada de 9 de diciembre de 1998, que trata de una paciente que se va operar de «halux valgus bilateral», operación conocida vulgarmente como juanetes, y fallece como consecuencia de tétanos postoperatorios, es evidente que aquí las cosas hablan por sí mismas, pero la citada doctrina debe reducirse a sus justos términos.