

UNIVERSIDAD DE  
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

# **ANALES** de **DERECHO**

## ***RES IPSA LOQUITUR* Y DAÑO DESPROPORCIONADO EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA**

**MARINA ÁLVAREZ SARABIA**

Graduada en Derecho, Universidad de Murcia

Murcia, diciembre 2016

### Resumen

*La responsabilidad civil en el ámbito médico se determina conforme a los parámetros generales de responsabilidad por culpa basada en las pruebas aportadas por la parte perjudicada. Hay ocasiones, sin embargo, en las que tras un tratamiento o una intervención quirúrgica, el paciente presenta lesiones que claramente han debido ser causadas por un facultativo al aplicar dicho tratamiento o practicar la citada intervención, pero cuya prueba no puede ser aportada por la parte actora debido a la dificultad para acceder a la misma y a la falta de conocimientos específicos sobre la materia. Mediante la doctrina res ipsa loquitur o la cosa habla por sí misma se pretende paliar los efectos negativos que puede crear la dificultad en el acceso a la prueba de una de las partes. Concretamente en el ámbito sanitario, la aplicación de esta regla exige al demandante probar únicamente el daño acaecido, siempre y cuando las máximas de la experiencia común permitan presumir al juzgador que un daño de tal naturaleza no pudo ser causado sino mediante negligencia. De este modo, res ipsa loquitur establece una presunción de responsabilidad en contra del demandado al que traslada el deber de probar tanto las causas que han podido producir ese daño como la diligencia en su actuación profesional.*

**Palabras clave:** *Res ipsa loquitur; responsabilidad médica; presunciones judiciales; carga de la prueba; daño desproporcionado.*

### Abstract

*Medical responsibility is stated according to a general criteria of liability based on breach of a duty in connection with the proofs which have been provided by the plaintiff. However, there are situations where after a medical treatment or a surgery, the patient has been damaged by means that must have been apparently caused by a professional negligence. The claimant cannot gain enough evidence to demonstrate this negligence due to the lack of the technical knowledge required as well as the difficulty to get it. The res ipsa loquitur doctrine, that means things speak by themselves, is intended to alleviate the negative effects related to the difficulty of getting evidence about damages suffered by the patient-claimant. Regarding medical responsibility, this doctrine demands to the plaintiff evidence about the damage suffered whose presumable origin needs to be of a nature only prompted by the occurrence of negligent activity. Res ipsa loquitur doctrine springs a negligence suspicion on the doctor who took part in the treatment or in the surgery; consequently, the defendant has to prove the possible causes that might have produced the damages as well as the professional diligence.*

**Key words:** *Res ipsa loquitur; medical responsibility; judicial presumption; burden of proof; disproportionate harm.*

**SUMARIO:** I. RES IPSA LOQUITUR Y LA RESPONSABILIDAD SANITARIA. 1. Responsabilidad subjetiva y obligaciones de medios. 2. Origen y necesidad de *res ipsa loquitur* en la responsabilidad sanitaria. 3. *Res ipsa loquitur* y daño desproporcionado. II. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE RES IPSA LOQUITUR. III. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA APLICACIÓN DE RES IPSA LOQUITUR. 1. Relación de *res ipsa loquitur* con las presunciones judiciales y la carga de la prueba. 2. Disponibilidad y facilidad probatoria. 3. Aportación de prueba por el demandado: empleo de la diligencia debida de conformidad con la *lex artis*. 3.1. *Lex artis ad hoc*. 3.2. Prueba pericial. IV. EL DAÑO DESPROPORCIONADO. 1. Delimitación positiva del daño desproporcionado. 2. Delimitación negativa del daño desproporcionado. V. CONCLUSIONES.

## **I. RES IPSA LOQUITUR Y LA RESPONSABILIDAD SANITARIA.**

### **1. Responsabilidad subjetiva y obligación de medios.**

Hablar sobre avances en la ciencia y la tecnología, así como en las innumerables aplicaciones prácticas que éstos puedan tener en el ámbito de la salud, no supone ninguna idea novedosa. Cada día somos testigos de los resultados positivos que las investigaciones brindan en materia sanitaria, posibilitando no solamente la cura o tratamiento de enfermedades que antaño eran consideradas graves e, incluso incurables, sino habiendo llegado a desarrollar una suerte de comercialización de la salud y la estética a partir del uso de la medicina y los avances científicos para corregir imperfecciones o para mejorar la imagen personal.

Sin embargo, como toda actividad humana, la práctica médica resulta falible y, en ocasiones, aquellas actuaciones que en principio iban a suponer una mejoría del paciente o al menos una forma de enfrentar una determinada sintomatología, pueden dar un resultado totalmente inesperado o indeseado. Naturalmente, las causas que pueden originar un resultado adverso en medicina son innumerables, y no todas ellas pueden sostener una demanda o una denuncia por responsabilidad civil o penal del facultativo. Ahora bien, en aquellos casos en los que efectivamente la labor del profesional sanitario pueda ser objeto de un procedimiento por negligencia médica, el criterio de imputación de la responsabilidad civil del facultativo siempre va a ser la culpa, conforme determinan las normas generales sobre responsabilidad de nuestro sistema<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 593/1999, de 29 de junio, Fundamento de Derecho 2º; núm. 1038/1999, de 9 de diciembre; núm. 475/2013, de 3 de julio,

La idea de responsabilidad subjetiva viene, asimismo, estrechamente relacionada con la obligación de medios en la actividad médica<sup>2</sup>. Son innumerables los factores que pueden incidir durante la práctica médica, dando lugar a resultados totalmente diferentes dependiendo de la persona sobre la que se aplique el tratamiento o sobre la que se realice la intervención quirúrgica, ya que las características de cada sujeto, unido a los riesgos y complicaciones que puedan surgir, impiden al facultativo garantizar un resultado concreto<sup>3</sup>.

La característica principal de un procedimiento de responsabilidad subjetiva o basado en culpa radica en que la parte que alega haber sufrido un daño como consecuencia de la negligente actuación de un profesional sanitario, debe aportar

---

Fundamento de Derecho 2º. Igualmente lo sostiene cierta doctrina como GARCÍA GARNICA, M.C.: *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2010, pág. 14 y 55; MAGRO SERVET, V.: *Guía práctica de responsabilidad sanitaria*, Madrid, La Ley, 2007, pág. 118; RODRÍGUEZ GARCÍA, M.: “Aspectos básicos de la doctrina del daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Alcalá de Henares*, Número 6, 2013, pág. 200; y SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, en CAMAS JIMENA, M. (Coord.): *Responsabilidad médica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 155.

<sup>2</sup> GARCÍA GARNICA, M.C.: *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, *ibíd.*, pág. 41 y VÁZQUEZ BARROS, S.: “Prueba de la responsabilidad”, en VÁZQUEZ BARROS, S.: *Responsabilidad civil de los médicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 6. Ambos sostienen que el facultativo podría soportar tanto una obligación de medios, consistente en proporcionar los cuidados mínimos e indispensables al paciente para lograr su curación, como una obligación de resultado encaminada únicamente a garantizar la no consecución de daños en la integridad del paciente; es decir, entendiendo el resultado como la correcta aplicación del tratamiento prescrito.

En cualquier caso, como afirma GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad civil médica*, 4ª Ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2014, pág. 87, la discusión acerca de la pretendida incidencia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado en la carga probatoria es estéril, pues el efecto práctico al que se llega desde las diferentes posturas es el mismo: el causante del daño deberá demostrar cualquiera de las causas que le exoneren de responsabilidad, de manera que en las de medios le bastará con probar su propia diligencia, y en las de resultado, el caso fortuito o la fuerza mayor para evitar su responsabilidad.

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 517/2013, de 19 de julio, Fundamento de Derecho 2º. Asimismo, ALBI NUEVO, J.: “La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Número 8, 2013, pág. 262; GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad civil médica*, *ibíd.*, pág. 81 y 90; GARCÍA GARNICA, M.C.: *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, *ibíd.* pág. 56 y 57; y SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *op. cit.*, págs. 150 y 151. Esta última establece concretamente que la jurisprudencia delimita la obligación de medios con base en los siguientes criterios: A) Utilizar cuantos medios conozca la ciencia médica y estén a su disposición en el lugar en el que se produce el tratamiento. La aplicación práctica de este deber se traduce en que el médico proporcione al paciente todos los cuidados según los niveles de conocimiento de la ciencia que le son exigibles. B) Informar al paciente y, en su caso, a los familiares del diagnóstico que de su tratamiento pueda esperarse, de los riesgos que del mismo pueden derivarse y, si los medios disponibles son suficientes, deben hacer constar esta circunstancia para que el paciente pueda seguir el tratamiento en otro centro. C) Continuar el tratamiento del enfermo hasta que pueda ser dado de alta, advirtiéndole de los riesgos que puede suponer el abandono del mismo. D) En los supuestos de enfermedades que puedan ser calificadas como crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos que resultan necesarios para evitar el agravamiento de la dolencia.

pruebas al proceso que demuestren con absoluta certeza la culpa de aquel; de lo contrario, la demanda será desestimada por los tribunales. Este sistema, absolutamente garantista para el demandado en la medida que no puede ser condenado sin pruebas suficientes de su responsabilidad, presenta una doble cara cuando un particular cualquiera debe enfrentarse en un procedimiento judicial contra un profesional, debiendo aportar pruebas de carácter técnico sobre unos hechos que, en muchas ocasiones, ni siquiera sabe con certeza cómo han ocurrido, ora porque no posee los conocimientos médicos necesarios, ora porque en gran parte de las actuaciones médicas más propensas a producir resultados dañosos, el paciente se mantiene en un estado de inconsciencia plena o parcial debido a la anestesia.

Resulta evidente que, en tales circunstancias, la alegación de hechos y la aportación de pruebas por parte del demandante, así como el conocimiento mismo de la patología padecida, implica una tarea excesivamente compleja.

El presente trabajo tiene por objeto abarcar la incidencia de la doctrina *res ipsa loquitur* en el ámbito médico. Esta doctrina pretende paliar los efectos del desequilibrio existente entre las partes de un procedimiento por responsabilidad sanitaria, cuando del daño producido tras el tratamiento o la intervención médica se deduzca con claridad la necesidad de una actuación culposa o negligente para su producción.

La aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur* no altera la regla general de responsabilidad subjetiva ni impone una obligación diferente para los facultativos, sino que presume la culpa a partir de la demostración del daño por el demandante<sup>4</sup>. No obstante, habitualmente se afirma la tendencia hacia la objetivación de esta doctrina<sup>5</sup>, ya que, en lugar de atribuir directamente la responsabilidad al facultativo, se idea un

---

<sup>4</sup> GARCÍA GARNICA, M.C.: *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, *op. cit.*, pág. 14 y 55 y ss; MAGRO SERVET, V.: *Guía práctica de responsabilidad sanitaria*, *op. cit.*, pág. 119; y NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, Número 56, Fascículo 3, Julio 2003, pág. 1215.

<sup>5</sup> Destaca XIOL RÍOS, J.A.: “Posición actual del Tribunal Supremo ante los pleitos de daños”, en HERRADOR GUARDIA, M.J. (Coord.): *Derecho de daños*, Las Rozas (Madrid), Sepín, 2011, págs. 27, 29 y 30, que en el ámbito de la responsabilidad civil, en la década de los ‘90, comienza a haber una tendencia jurisprudencial hacia la objetivación que, en el ámbito sanitario concretamente, se manifiesta a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2.005, hasta la STS de 23 de enero de 2009 en la que nuevamente la jurisprudencia incide en el elemento de la culpa.

mecanismo para presumir que la culpa de una persona fue la causante del daño<sup>6</sup>; en ese caso, el presunto causante debe demostrar la diligencia en su actuación<sup>7</sup>.

Igualmente, los tribunales a veces aprecian mediante *res ipsa loquitur* una responsabilidad objetiva en relación con los daños originados en el correcto uso de los servicios sanitarios, 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<sup>8</sup>, en aplicación de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>9</sup>; pero en estos casos, a pesar de que la resolución pueda citar la regla *res ipsa loquitur*, realmente el fallo no depende la misma.

En cualquier caso, la diferencia entre la doctrina *res ipsa loquitur* y la responsabilidad de tipo objetivo radica en que la primera, lejos de querer buscar culpables directos, lo que pretende es compensar la posición de las partes permitiendo que sea quien se encuentra en una mejor posición el que demuestre cómo sucedieron los hechos, de forma que se suaviza el efecto de objetivación permitiendo al demandado proporcionar pruebas que le exoneren de responsabilidad<sup>10</sup>. Ahora bien, siendo la

---

<sup>6</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de prueba en la responsabilidad civil”, *Themis, Revista de Derecho*, Número 50, 2005, pág. 219, 222 y 223. También en este sentido, RODRÍGUEZ GARCÍA, M.: “Aspectos básicos...”, *op. cit.*, pág. 200.

<sup>7</sup> VÁZQUEZ BARROS, S.: “Prueba de la responsabilidad”, *op. cit.*, pág. 3. Para BONILLA SÁNCHEZ, J.J.: *La responsabilidad médica extracontractual*, Murcia, Ediciones Laborum, 2004, pág. 75.

<sup>8</sup> Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1146/1998, de 9 de diciembre, Fundamento de Derecho 2º; núm. 593/1999, de 29 de junio. Fundamento de Derecho 2º; núm. 1038/1999, de 9 de diciembre, Fundamento de Derecho 2º; núm. 1152/2002, de 29 de noviembre. Fundamento de Derecho 3º; núm. 1108/2004, de 17 de noviembre, Fundamento de Derecho 6º; núm. 417/2007, de 16 de abril, Fundamento de Derecho 3º. núm. 12/2009, de 23 de enero, Fundamento de Derecho 4º; núm. 580/2009, de 20 de julio, Fundamento de Derecho 4º; núm. 524/2010, de 25 de noviembre, Fundamento de Derecho 10º.

<sup>9</sup> BONILLA SÁNCHEZ, J.J.: *La responsabilidad médica extracontractual*, *op. cit.*, pág. 167 y SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *op. cit.*, pág. 189.

<sup>10</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Cuando las cosas hablan...”, *op. cit.*, pág. 236 y NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1215. Señala el primero de los autores que la regla atempera el efecto que tendría la responsabilidad objetiva porque sujeta a la otra parte a la eventual prueba de que no fue la culpa del causante la que ocasionó el accidente. Ese riesgo motiva a la potencial víctima a tomar precauciones, pero también incentiva a quien puede tomar precauciones a tratar siempre de evitar el accidente porque si no será responsable de sus consecuencias.

Asimismo, ambos autores señalan las consecuencias negativas que comportaría la instauración de una responsabilidad objetiva por medio de la regla *res ipsa loquitur*, pues si se facilita en exceso la prueba de la culpa para la víctima, de forma que la responsabilidad se atribuya prácticamente en la totalidad de supuestos al facultativo demandado, los pacientes se acomodarían en la protección de la norma y adoptarían menos medidas de cuidado ante enfermedades, tratamientos o intervenciones médicas de cualquier tipo, lo que implicaría la imputación de responsabilidad a los médicos como consecuencia de la actuación descuidada del paciente, pero no a consecuencia de su propia falta de diligencia, efecto que

actividad médica una obligación de medios, como ya se ha dicho, no tiene sentido mantener que la responsabilidad es objetiva ya que, mientras pruebe su diligencia, no le podrá ser imputada la responsabilidad<sup>11</sup>.

## 2. Origen y necesidad de la doctrina *res ipsa loquitur* en responsabilidad sanitaria.

La doctrina *res ipsa loquitur* nace en el siglo XIX en EE.UU como herencia de la doctrina anglosajona, donde ha tenido su mayor desarrollo jurisprudencial, concretamente en el asunto *Byrne vs Boadle*<sup>12</sup>. En este supuesto un ciudadano americano sufrió una serie de lesiones tras caer sobre él un barril de harina desde la ventana de una tienda; a pesar de no presentar ninguna prueba de la negligencia en la caída del barril, el Tribunal falló a favor del demandante ya que consideró que el desprendimiento de un barril desde una ventana no se produce si no ha mediado negligencia por parte de su propietario o de algún empleado en su colocación o mantenimiento; *ergo*, el silogismo es sencillo: si el objeto que causa el daño se encuentra bajo el control del demandado y produce un daño cuya generación precisa de una conducta negligente, ese daño constituye prueba razonable de que el accidente se produjo por falta de la diligencia debida, salvo que el demandado sea capaz de justificar el resultado lesivo de otra forma<sup>13</sup>.

Aunque esta regla ha sido aplicada históricamente en numerosos escenarios dentro de la responsabilidad civil extracontractual, la jurisprudencia española solía mostrarse reacia a incluirla dentro del ámbito sanitario, puesto que la variedad y la complejidad de circunstancias que podrían influir en la consecución de un daño dentro de este ámbito, la ubicaba fuera de los parámetros de la normalidad, lo que desaconsejaba la aplicación de una presunción por evidencia.

El cambio de mentalidad se produjo frente al hermetismo y celo con que los profesionales sanitarios enfrentaban los procedimientos judiciales<sup>14</sup>. A pesar de que en tiempos actuales la prueba pericial en este ámbito es bastante accesible, en aquel primer

---

precisamente trata de mitigar esta doctrina al permitir que el demandado pueda exonerarse de culpa demostrando que su actuación se adecuó a la *lex artis*.

<sup>11</sup> GARCÍA GARNICA, M.C.: *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, *op. cit.*, págs. 56 y 57.

<sup>12</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Cuando las cosas hablan...”, *op. cit.*, pág. 220, afirma que este principio tiene pretensiones más modestas que la de ser considerado como una doctrina. Es simplemente la aplicación de un principio de sentido común tan sencillo como “si el demandado parecer ser el único que pudo causar con culpa el daño, entonces él es el culpable”.

<sup>13</sup> NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1198.

<sup>14</sup> También llamado <<conspiración de silencio de los médicos>> por NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *ibíd.*, pág. 1199.

momento los colegiados no solían elaborar informes o prestar declaraciones que contravinieran el criterio de un colega; esto dificultaba en demasía la demostración de la negligencia profesional puesto que se dejaba en manos de un lego en medicina la totalidad de la carga probatoria. Como consecuencia de esta situación, la jurisprudencia comenzó a aplicar la regla *res ipsa loquitur* a casos de causalidad sencilla, en los que la naturaleza misma del daño evidenciaba la actuación negligente del facultativo, por lo que ya no era preciso que el demandante aportara una prueba de carácter técnico. De esta forma, se otorgaba una mayor protección a los demandantes.

Con el tiempo, sin embargo, los tribunales se sintieron cada vez más cómodos con la aplicación de esta teoría, llegando incluso a incorporarla a supuestos de causalidad más compleja. Durante esta época, sí pudo apreciarse una tendencia más clara hacia la objetivación, lo que se ha ganado no solamente las críticas de la doctrina sino que ha dado lugar a que la propia jurisprudencia deba replantear los términos y requisitos en que debe ser aplicada esta doctrina<sup>15</sup>.

### **3. *Res ipsa loquitur* y daño desproporcionado.**

El Tribunal Supremo suele aplicar conjuntamente la regla *res ipsa loquitur* con reglas similares empleadas en la jurisprudencia europea, principalmente con la “*Anscheinsbeweis*” –apariencia de prueba– de la doctrina alemana, la prueba de presunciones utilizada por la doctrina italiana, y la “*faute virtuelle*” –culpa virtual– de la doctrina francesa. Precisamente de esta última nace la doctrina del daño desproporcionado, aplicada por nuestra jurisprudencia indistintamente de *res ipsa loquitur*. Jurisprudencialmente, no existe un criterio homogéneo que defina lo que debe entenderse por daño desproporcionado. No obstante, la definición más completa la encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1999<sup>16</sup> que lo califica como aquel daño no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médica, dada su desproporción con lo que es usual comparativamente, atendiendo a las reglas de la experiencia y el sentido común, al estado de la ciencia y a las circunstancias de tiempo y lugar, así como el descuido en su conveniente y temporánea utilización<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> XIOL RÍOS, J.A.: “Posición actual...”, *op. cit.*, pág. 25.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 593/1999, de 29 de junio. Fundamento de Derecho 2º.

<sup>17</sup> En este mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1038/1999, de 9 de diciembre, Fundamento de Derecho 2º. Igualmente, Sentencias del Tribunal Supremo núm. 567/2010, de 22 de septiembre, Fundamento de Derecho 7º; núm. 517/2013, de 19 de julio, Fundamento de Derecho 2º; y núm. 284/2014, de 6 de junio, Fundamento de Derecho 3º.

A pesar de la identificación de ambas reglas, su origen es totalmente diferente: a diferencia de la edad y nacionalidad de *res ipsa loquitur*, el daño desproporcionado - más bien, la *faute virtuelle*-, tiene su origen en la doctrina francesa en la década de 1960, en un proceso en el que fue condenado un radiólogo por la radiodermatitis sufrida por una paciente tras ser sometida a radiación por rayos X, a consecuencia de no haber sido cerradas correctamente las puertas<sup>18</sup>. Esta doctrina permite presumir la responsabilidad del profesional médico cuando media un resultado desproporcionado de tal entidad y naturaleza ilógica que sólo puede deberse a una negligencia<sup>19</sup>. En nuestro país la doctrina del daño desproporcionado comenzó a ser aplicada por los Tribunales civiles a partir del año 1996 como criterio de valoración e imputación de la responsabilidad extracontractual en el ámbito sanitario<sup>20</sup>.

En cualquier caso, la línea divisoria entre ambas figuras no siempre es clara para la propia doctrina. Habitualmente se dice que el mecanismo *res ipsa loquitur* activa una presunción *iuris tantum* de culpabilidad<sup>21</sup> por la producción de un resultado que no tiene que ser necesariamente anormal, pero sí derivado de una actuación culposa o negligente<sup>22</sup>, pudiendo ser desvirtuada esta deducción posteriormente mediante la explicación por el facultativo del origen del daño; es decir, del resultado dañoso se desprende una pseudo-presunción de negligencia salvo causa que justifique el daño.

En contraste, se dice que la teoría del daño desproporcionado no crea *a priori* una deducción de negligencia sino que traslada al facultativo la obligación de acreditar las causas que dieron origen al daño, siendo la ausencia u omisión de dicha justificación la

---

<sup>18</sup> GALÁN CORTÉS, J.C.: “Sentencia de 5 de enero de 2007: Responsabilidad médico-sanitaria. Infección hospitalaria. Nexo de causalidad. Doctrina del daño desproporcionado. Normativa específica de protección de los consumidores. Principio culpabilístico”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Número 74, 2007, págs. 1007 y SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 8, pág. 243.

<sup>19</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *ibíd.*, pág. 242.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 12 de noviembre de 2012, Fundamento de Derecho 7º. En este sentido, GALÁN CORTÉS, J.C.: “Sentencia de 5 de enero de 2007...”, *op. cit.*, págs. 1007 y SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *ibíd.*, pág. 243.

<sup>21</sup> Más adelante serán expuestos los motivos por los cuales no puede hablarse de presunción en sentido jurídico. No obstante, en este momento será empleada la expresión *presunción* como sinónimo de deducción.

<sup>22</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 250. La autora señala que, mientras en el daño desproporcionado debe darse un resultado anormal, la regla *res ipsa loquitur* no precisa de esa nota de anormalidad, sino simplemente de la evidencia de que el resultado ha debido ser causado por algún tipo de actuación negligente.

que dé origen a la deducción de negligencia<sup>23</sup>. Esto es, mientras que aplicando la regla *res ipsa loquitur* la presunción de culpabilidad rige desde el primer momento en que acontece el daño, la causación de un daño desproporcionado únicamente hará surgir la deducción de negligencia si el facultativo resulta incapaz de explicar los motivos que han podido dar lugar al mismo, por lo que la presunción se traslada a un momento posterior<sup>24</sup>.

NAVARRO MICHEL apunta que el daño inusual o desproporcionado puede ser una pista que nos indique que ha habido una posible negligencia, pero después habrá que analizar las circunstancias del caso -enfermedad, tratamiento aplicado, estado del paciente, actuación del médico conforme a la *lex artis*- para ver si ese daño puede ser imputado al profesional o no, ya que un daño inusual puede perfectamente ser compatible con la diligencia y la corrección en la actuación médica<sup>25</sup>. SÁNCHEZ GARCÍA, sin embargo, afirma que el daño desproporcionado no constituye una *presunción* judicial de culpa del médico ya que le permite exonerarse si acredita su propia diligencia, lo que lo separaría del resto de teorías<sup>26</sup>.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008<sup>27</sup>, el Tribunal sostiene, al igual que en *res ipsa loquitur*, que en el caso de daño desproporcionado o resultado clamoroso, el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria; la ausencia u omisión de dicha explicación, dice, puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia.

Adelantamos en este punto, aunque será expuesto con mayor detenimiento posteriormente, que el principio de facilidad y proximidad probatoria, pese a actuar de igual modo en ambas figuras, adquiere un carácter totalmente diferente en cada una de ellas; si bien en la regla *res ipsa loquitur* lo que se pretende mediante la aportación de

---

<sup>23</sup> Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 567/2010, de 22 de septiembre, Fundamento de Derecho 7º; núm. 517/2013, de 19 de julio, Fundamento de Derecho 2º; y núm. 284/2014, de 6 de junio, Fundamento de Derecho 3º. También en este sentido, SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *op. cit.*, pág. 177 y 178 y VICANDI MARTÍNEZ, A.: “El daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria. Un estudio jurisprudencial”, *Revista Nomos, Universidad de Viña del Mar*, Número 3, 2009, págs. 224 y 225.

<sup>24</sup> En contraste con el sector doctrinal que destaca la diferencia entre la doctrina *res ipsa loquitur* y el daño desproporcionado en el momento en que jugaría la presunción, SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 244, afirma que la responsabilidad del profesional se presume, salvo que se aporte explicación razonable de la desproporción, lo que haría equivaler ambas figuras.

<sup>25</sup> NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1203.

<sup>26</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 250.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 943/2008, de 23 de octubre. Fundamento de Derecho 6º.

prueba por el facultativo es desvirtuar una presunción de negligencia ya formada - aunque no presunción en sentido jurídico -, la consecuencia de la omisión de una justificación suficiente en el caso de daño desproporcionado da como resultado, precisamente, la formación de dicha presunción.

Sin embargo, a pesar de las diferencias teóricas que con gran dificultad podrían extraerse de estas dos figuras y las reglas aplicadas en otros países de nuestro entorno, lo cierto es que la aplicación práctica de una u otra siempre dará lugar al mismo resultado -lo que probablemente justifica su utilización indistinta por los tribunales y por ciertos autores<sup>28</sup>-. Esto se debe a que la finalidad de todos los sistemas presuntivos de culpabilidad es precisamente ésta, deducir la culpa a través de una evidencia (*res ipsa loquitur*), de la anormalidad del resultado (culpa virtual) o de máximas de la experiencia (*prima facie*), que parte de la idea de que el resultado dañoso producido es tan insólito que solamente pudo ocurrir mediando negligencia por parte del facultativo. Esta idea, sumada a la dificultad probatoria para acreditar la culpa del profesional, da como resultado un sistema que pretende aligerar la carga probatoria de los demandantes trasladando en ciertos casos el *onus probandi* a quien se encuentra en mejor posición para explicar las circunstancias en que ocurrieron los hechos<sup>29</sup>.

A la luz de los intentos de diferenciación de la doctrina y del tratamiento jurisprudencial otorgado a estas figuras, se evidencia la esterilidad en la práctica de cuantos intentos se realicen por encontrar una distinción entre ambas figuras.

## II. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA REGLA *RES IPSA LOQUITUR*.

Jurisprudencialmente, se describe la regla *res ipsa loquitur* como una evidencia que deduce la negligencia de un sujeto, a partir de la producción de un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente; dicho evento debe originarse por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado, aunque no se conozca el detalle exacto, y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima<sup>30</sup>. De este

---

<sup>28</sup> VÁZQUEZ BARROS, S.: “Prueba de la responsabilidad”, *op. cit.*, y VICANDI MARTÍNEZ, A.: “El daño desproporcionado...”, *op. cit.*

<sup>29</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 250.

<sup>30</sup> En este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1146/1998, de 9 de diciembre, Fundamento de Derecho 2º; núm. 593/1999, de 29 de junio, Fundamento de Derecho 2º; núm. 1038/1999, de 9 de diciembre, Fundamento de Derecho 2º; núm. 1152/2002, de 29 de noviembre, Fundamento de Derecho 3º; núm. 830/2003, de 15 de septiembre, Fundamento de Derecho 2º, entre otras. Esto viene apoyado por doctrina como DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen de la*

modo, mediante esta doctrina se construye una presunción reforzada o dotada de mayor verosimilitud dada la obviedad manifestada en el hecho generador del daño y la necesidad de que éste haya sido causado por el demandado<sup>31</sup>.

En virtud de esta descripción, tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran unánimes en cuanto a la determinación de los elementos que necesariamente han de concurrir a efectos de aplicar *res ipsa loquitur*<sup>32</sup>. Estas características son las que se describen a continuación:

**a) Evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente.**

El primer requisito *sine qua non* para la aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur* exige la constatación de un daño que, por regla general en el curso de los acontecimientos, no se produciría de manera fortuita, sino que es preciso que acaezca un acto negligente.

El sentido real de este primer elemento no es otro que hacer un juicio de probabilidad de la negligencia del facultativo, ya que, si el daño no puede concurrir si se ha actuado con la diligencia debida, ¿qué probabilidad hay de que el profesional médico haya faltado a la *lex artis*? Mediante este requisito la jurisprudencia no exige al demandante la prueba de la negligencia del facultativo *stricto sensu*, sino la demostración de que es más probable que el profesional actuara con poca diligencia a que el daño se produjera por cualquier otra causa. El demandante debe demostrar al tribunal las altas probabilidades de que el demandado haya causado el daño para que, atendiendo a las mismas así como a las circunstancias que rodean al caso y a la experiencia general de la vida, pueda apoyar su fallo condenatorio a partir de la

---

*prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 1996, pág. 173, que asume la definición jurisprudencial.

<sup>31</sup> BONILLA SÁNCHEZ, J.J.: *La responsabilidad médica extracontractual*, *op. cit.*, pág. 124; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen...*, *ibíd.*, pág. 174 y GALÁN CORTÉS, J.C.: “Sentencia de 5 de enero de 2007...”, *op. cit.*, pág. 1007.

<sup>32</sup> Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1146/1998, de 9 de diciembre, Fundamento de Derecho 2º; núm. 1038/1999, de 9 de diciembre, Fundamento de Derecho 2º; núm. 1152/2002, de 29 de noviembre, Fundamento de Derecho 3º; núm. 58/2003, de 30 de enero, Fundamento de Derecho 2º; núm. 461/2003, de 8 de mayo, Fundamento de Derecho 2º; núm. 417/2007, de 16 de abril, Fundamento de Derecho 2º; núm. 546/2007, de 23 de mayo, Fundamento de Derecho 3º. En este mismo sentido, BONILLA SÁNCHEZ, J.J.: *La responsabilidad médica extracontractual*, *ibíd.*, pág. 124; BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Cuando las cosas hablan...”, *op. cit.*, págs. 220 y ss; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen...*, págs. 175 y 176; NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, págs. 1202; SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *op. cit.*, pág. 206; VÁZQUEZ BARROS, S.: “Prueba de la responsabilidad”, *op. cit.*, pág. 4; VICANDI MARTÍNEZ, A.: “El daño desproporcionado...”, *op. cit.*, pág. 222.

inferencia de culpabilidad. Si esas circunstancias permiten deducir la negligencia, se podrá activar el mecanismo presuntivo.

En consecuencia, el juicio de probabilidad implica que, a pesar de no haber pruebas claras sobre cómo se produjo el daño, la experiencia y la lógica denotan que es más probable que el facultativo haya causado el daño a que no le sea imputable<sup>33</sup>.

La jurisprudencia nos aporta muy buenos ejemplos de daños cuya probabilidad de aparición es prácticamente nula si no ha mediado negligencia. El ejemplo más paradigmático lo constituye el olvido de algún material o instrumento quirúrgico en el interior del cuerpo de los pacientes. En este sentido, es preciso destacar las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1996<sup>34</sup> y 29 de noviembre de 2002<sup>35</sup>, en las que las consecuencias por el olvido de gasas en el interior del cuerpo por los cirujanos responsables de sus respectivas intervenciones, supusieron la muerte e incapacidad permanente absoluta de los pacientes, respectivamente, derivadas de las fuertes infecciones que causó el depósito prolongado de dicho material en el interior del organismo. Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1998<sup>36</sup> en la que un hombre joven fallece tras haberle sido practicado un empaste molar y, a raíz del mismo y de la aparición de un flemón dentario, se producen una serie de circunstancias que conducen al fatídico desenlace; y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2010<sup>37</sup>, en la que el paciente sufre una simple fractura de muñeca que derivó posteriormente en una incapacidad permanente total.

A partir de los ejemplos expuestos se aprecia cómo los daños producidos necesitan de la actuación negligente de alguna persona, ya que la probabilidad de ser causados por otro motivo es altamente improbable en supuestos como el de las gasas olvidadas en el interior del cuerpo. En consecuencia, el juicio de probabilidad debe darse única y exclusivamente cuando la posibilidad de que otro hecho haya podido generar el resultado lesivo sea prácticamente nula.

Por el contrario, queda excluida la aplicación de *res ipsa loquitur* en aquellos casos en los que el resultado dañoso figura dentro de los riesgos inherentes a la

---

<sup>33</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Cuando las cosas hablan...”, *op. cit.*, pág. 220.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1116/1996, de 26 de diciembre.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1152/2002, de 29 de noviembre.

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 462/1998, de 22 de mayo.

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 524/2010, de 25 de noviembre.

intervención concreta de la que se trate<sup>38</sup>, ya que esta habitualidad o posibilidad de concurrencia explica el resultado lesivo.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2009<sup>39</sup>, la paciente sufre una paraparesia tras una cirugía mamaria, que le genera el llamado “síndrome de cola de caballo”; el Tribunal Supremo descarta la existencia de un daño desproporcionado ya que considera que el resultado producido es una consecuencia inherente a la técnica anestésica, sin que quepa atribuirle a una mala praxis ni fuera posible evitarla por no existir ningún factor de riesgo en la paciente que pudiera hacer sospechar una mayor predisposición a padecerla, etc. Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2010<sup>40</sup>, en la que el paciente sufre una paroplejía de las extremidades inferiores tras ser sometido a una intervención quirúrgica de hernia inguinal. En este caso, la Sala absuelve a los demandados por cuanto estima que el daño tiene su origen en la aplicación de la anestesia y es indudable que el acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente y como tal es ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención quirúrgica, lo que impide confundir la simplicidad de una determinada afección que se trata de solventar con la intervención quirúrgica, que puede ser sencilla y no comportar riesgos para la salud del paciente, con la anestesia, sea general o regional, que comporta en sí misma un riesgo evidente.

En consecuencia, si de las circunstancias que rodean al hecho y de la experiencia habitual de la vida no se desprende la negligencia del demandado, no debe aplicarse la regla *res ipsa loquitur*<sup>41</sup>. Es preciso tener en cuenta que el juicio de culpabilidad del facultativo deberá hacerse con base en las circunstancias concretas que rodearon la causación del daño en el momento en que aquel se produjo; esta matización es importante puesto que hay ocasiones en las que determinados daños pueden ser atribuidos a un facultativo a partir de conocimientos o experiencias de nuevo desarrollo o descubrimiento científico, pero que no eran conocidos en el momento de producción del daño, de manera que el estado de la ciencia o de la tecnología no habrían permitido en modo alguno alterar el resultado<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, págs. 1203.

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 534/2009, de 30 de julio.

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 567/2010, de 22 de septiembre.

<sup>41</sup> NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1202.

<sup>42</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Cuando las cosas hablan...”, *op. cit.*, págs. 223 y NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *ibíd.*, pág. 1203.

**b) 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.**

Una vez que el evento dañoso puede ser circunscrito dentro de una actuación negligente debido a la escasa probabilidad de producción por otros medios, es preciso que dicho evento acontezca por una conducta que entre en el ámbito de actuación del facultativo, de manera que éste tenga suficiente control sobre ella para que la probabilidad de intervención de otra causa, incluida la intervención de la propia víctima o de terceras personas, sea remota<sup>43</sup>. De este modo, el tribunal puede inferir el nexo causal entre el daño y la negligencia<sup>44</sup>.

El control exigido al facultativo no precisa ser real o actual, sino que es suficiente con que el demandado pueda ejercer dicho control<sup>45</sup>, lo que se relaciona con el campo de su actuación profesional y los superiores conocimientos de que dispone en dicho ámbito<sup>46</sup>. Lo que realmente incide en este segundo elemento, por tanto, es la posibilidad de descartar factores de intervención ajenos al facultativo, más que el mayor o menor control que efectivamente éste haya podido tener<sup>47</sup>.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007<sup>48</sup> muestra el caso de un hombre que es sometido a una intervención quirúrgica para la implantación de un injerto óseo y una placa de titanio; los materiales estaban contaminados y acabaron provocando al paciente una infección bacteriana que no fue detectada hasta transcurridos seis meses. Sorprendentemente, el Alto Tribunal no condena al centro por servicios defectuosos, como cabría esperar, sino que considera que media incumplimiento por parte del profesional de los deberes de atención en el postoperatorio y afirma asimismo que *“no cabe excluir, en hipótesis, la responsabilidad del cirujano en la implantación de los injertos o de las prótesis por razón de hallarse contaminados, toda vez que la comprobación de la asepsia y de las condiciones básicas de tales piezas ha de comprenderse entre las prestaciones de seguridad que han de*

<sup>43</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Cuando las cosas hablan...”, *op. cit.*, págs. 222 a 225; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen...*, *op. cit.*, págs. 175; NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1204.

<sup>44</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Cuando las cosas hablan...”, *ibíd.*, pág. 221 y RODRÍGUEZ GARCÍA, M.: “Aspectos básicos...”, *op. cit.*, pág. 211.

<sup>45</sup> DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen...*, *op. cit.*, págs. 175; NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1204; y RODRÍGUEZ GARCÍA, M.: “Aspectos básicos...”, *ibíd.*, pág. 211.

<sup>46</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Cuando las cosas hablan...”, *op. cit.*, págs. 226.

<sup>47</sup> NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1204.

<sup>48</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 417/2007, de 16 de abril.

*acompañar a la básica del acto quirúrgico, salvo circunstancias concurrentes en las que el suministro se haya producido a cargo del centro, o por su indicación, entre otras, y esta responsabilidad, en todo caso, sería concurrente, en calidad de solidaria, con la del Hospital o Centro, lo que impediría que se pudiera desplazar a éste, exonerando al profesional. Pero en el caso, se entiende determinante la falta de atención en el postoperatorio, pues la infección, de haberse conocido tempestivamente, no hubiera dado lugar a las tremendas consecuencias que en definitiva se presentaron*". Es decir, lo que *a priori* podría suponer una responsabilidad para el centro médico por cuanto las prótesis empleadas en la intervención estaban contaminadas, y ese hecho queda fuera del control del facultativo, realmente supone que el Tribunal valore como relevante el control del paciente durante el postoperatorio, ya que de haber actuado con la debida diligencia en el cuidado de éste, la infección se habría detectado a tiempo y no habría dado lugar a las penosas consecuencias que acontecieron.

Sin embargo, diversos factores pueden alterar la actuación médica y suponer una ruptura del nexo causal, determinando que el resultado lesivo ya no se encuentre dentro del ámbito de acción del demandado. Entre estos factores, puede destacarse la presencia de condiciones preexistentes en la propia víctima que puedan haber influido en el resultado, siempre y cuando éstas no fueran ni hubieran debido ser conocidas por el facultativo o su resultado fuera inevitable<sup>49</sup>. Como señala a *sensu contrario* la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2002<sup>50</sup>, en la que una mujer queda en estado vegetativo tras serle practicada una mastectomía, a causa de unas cardiopatías congénitas no detectadas por el facultativo; el Tribunal considera que los médicos son responsables del trágico desenlace porque, a pesar de no tener conocimiento previo de la patología, ésta podría haber sido descubierta fácilmente mediante el empleo de un ecocardiógrafo, evitando el resultado dañoso.

Un caso similar pero con un pronunciamiento totalmente diferente y bastante controvertido se manifiesta en la ya comentada Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1998<sup>51</sup>, en la que el Tribunal Supremo, reconociendo la desproporción del daño, parece que únicamente encuentra salida atribuyendo la responsabilidad del artículo 1903 del Código Civil al centro hospitalario por falta de coordinación en sus

---

<sup>49</sup> NAVARRO MICHEL, M.: "Sobre la aplicación...", *op. cit.*, págs. 1204.

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1202/2002, de 18 de diciembre.

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 462/1998, de 22 de mayo.

servicios –a pesar de no haber quedado demostrado que una intervención previa podría haber dado un resultado diferente al fatalmente acontecido–, ya que no se demuestra la culpa de los facultativos maxilofaciales que intervinieron. Esta decisión, precisamente por su falta de argumentación, ha dado lugar a un voto particular en el que un total de tres Magistrados manifiestan que la parte demandada ha probado suficientemente la falta de nexo causal, puesto que el origen del problema se encontraba en el síndrome de Ludwig padecido por el paciente.

Más cuestionada es la ruptura del nexo causal a consecuencia de la intervención de un tercero o de la propia víctima<sup>52</sup>. Para cierto sector doctrinal, este hecho implica claramente la falta de relación causal y, por tanto, la exclusión de *res ipsa loquitur*<sup>53</sup>; en contraste con esta posición, otro sector doctrinal considera posible aplicar esta regla en el tanto de culpa correspondiente al profesional sanitario. Es decir, si tanto el médico como otra persona han contribuido a la producción del daño, la parte proporcional a la responsabilidad del profesional puede deducirse por medio de esta doctrina, en tanto en cuanto cumpla los demás requisitos, minorada en la proporción exacta de contribución al resultado dañoso del agente externo<sup>54</sup>.

Igualmente dudosa es la atribución de responsabilidad cuando ha concurrido un equipo de profesionales, pues resulta difícil discernir quién de entre todos ellos es el causante. En este tipo de situaciones, la jurisprudencia suele dar una respuesta unánime al considerar que no hay ruptura del nexo causal, sino que lo que hay es una redistribución de la responsabilidad que no recae en un profesional concreto, sino en su superior jerárquico, es decir, en el hospital o el centro sanitario correspondiente<sup>55</sup>.

Curiosamente en estos casos la jurisprudencia deduce la existencia de culpa a través de *res ipsa loquitur*, en tanto existe un daño cuya producción necesita de la falta de diligencia de algún profesional, pero lo hace sin necesidad de verificar la concreta diligencia de los médicos intervinientes, sino atendiendo a la diligencia del propio servicio de salud o del hospital a la hora de coordinar sus servicios y a sus empleados. Se establece de este modo una *res ipsa loquitur* de coordinación de todos los

---

<sup>52</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Cuando las cosas hablan...”, *op. cit.*, pág. 224 y NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1205

<sup>53</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Cuando las cosas hablan...”, *ibid.*, pág. 226 y RODRÍGUEZ GARCÍA, M.: “Aspectos básicos...”, *op. cit.*, pág. 211.

<sup>54</sup> NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1206.

<sup>55</sup> BONILLA SÁNCHEZ, J.J.: *La responsabilidad médica extracontractual*, *op. cit.*, pág. 168. El médico también responde por el artículo 1903 del Código Civil de los daños causados por auxiliares cualificados que cumplieron sus instrucciones o por otros dependientes que el mismo facultativo haya supervisado.

especialistas de un mismo centro, lo que se incardina dentro de un área específica de la responsabilidad médica que se aproxima más a la responsabilidad sanitaria general que a la del propio facultativo, por lo que el responsable último de las deficiencias detectadas en el funcionamiento o la organización del hospital es el centro mismo<sup>56</sup>, más aún, señala el Tribunal Supremo, cuando tal evento sucede dentro del mismo centro hospitalario, o cuando determinados elementos de información que constan en el historial del paciente no son considerados o se soslayan en el tratamiento o en la intervención quirúrgica<sup>57</sup>.

En este sentido, de nuevo la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1998<sup>58</sup> condena al centro hospitalario por la responsabilidad del artículo 1903 del Código Civil –es decir, por culpa *in vigilando*– debido a una falta total de coordinación en los servicios del hospital. De acuerdo con el Tribunal, *res ipsa loquitur* permite evidenciar la responsabilidad del centro, dado que hasta el día siguiente de su ingreso el paciente no fue atendido; esta falta de coordinación tiene como consecuencia el resultado final de muerte.

**c) Que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.**

El último de los requisitos viene a ser una concreción del anterior, pues si la acción se encuentra en la esfera de la propia víctima, de forma que ésta haya podido influir de alguna forma en la causación del daño, se produce nuevamente una ruptura del nexo causal, derivando las mismas conclusiones referidas anteriormente y que, por aplicación rigurosa del principio, debería conllevar la exoneración del facultativo<sup>59</sup>.

Ahora bien, debido a las especiales consecuencias que la intervención del paciente puede tener en relación con la imputación de la responsabilidad, se exige que la conducta del mismo haya sido de tal entidad que pueda desviar la presunción de responsabilidad e interrumpir el nexo causal, para poder ser calificada de culpa exclusiva de la víctima, lo que no parece especialmente sencillo puesto que, como ya se dijo, la mayoría de resultados lesivos en el ámbito sanitario se dan durante intervenciones quirúrgicas en las que el paciente se encuentra sedado.

---

<sup>56</sup> VÁZQUEZ BARROS, S.: “Prueba de la responsabilidad”, *op. cit.*, pág. 5.

<sup>57</sup> Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 593/1999, de 29 de junio y núm. 1038/1999, de 9 de diciembre.

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 462/1998, de 22 de mayo.

<sup>59</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Cuando las cosas hablan...”, *op. cit.*, págs. 226 y RODRÍGUEZ GARCÍA, M.: “Aspectos básicos...”, *op. cit.*, pág. 211.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003<sup>60</sup>, la actora sufrió un daño desproporcionado al quedar coja tras una caída de esquí sin gravedad, lo que le supuso un largo y tedioso proceso de recuperación con varias intervenciones quirúrgicas. La sentencia recurrida desestimaba la pretensión de la actora por considerar que la consecuencia gravosa había acontecido “*por el acto libre y voluntario de la parte actora*”, es decir, por la práctica de esquí, considerando de este modo el Tribunal que la consecuencia producida era un riesgo inherente a la actividad que estaba practicando, pero queriendo trasladar la responsabilidad a la propia víctima. El Tribunal Supremo, sin embargo, tacha de “aberrante” esta afirmación y condena por cuanto “*no consta causa del mismo imputable a la víctima ni se menciona el caso fortuito o la fuerza mayor*”, condenando en esta ocasión al facultativo responsable, sin mencionar claramente el precepto por el que se atribuye responsabilidad, dejando abierta y con base en el principio de unidad de culpa la atribución tanto por el artículo 1101 como por el artículo 1902, ambos del Código Civil.

En caso de que se diera una concurrencia de culpas con la propia víctima, y a expensas de remitirnos a lo ya expuesto en el apartado anterior, cierta doctrina apunta como mejor solución el reconocimiento de la responsabilidad del facultativo pero paliada en la proporción en la que el propio paciente haya podido incidir en el resultado lesivo<sup>61</sup>.

### III. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA APLICACIÓN DE *RES IPSA LOQUITUR*.

#### 1. Relación de *res ipsa loquitur* con las presunciones judiciales y la carga de la prueba.

La jurisprudencia afirma de forma constante que la regla *res ipsa loquitur* no excepciona el principio de responsabilidad subjetiva imponiendo una forma de objetivación, como ya ha sido expuesto en los comienzos de este estudio, ni supone una inversión de la carga de la prueba. Lo que este mecanismo activa es una pseudo-presunción de negligencia del facultativo, la cual podrá ser desvirtuada mediante la aportación al proceso de pruebas y hechos que justifiquen el origen del daño. Así lo ha expresado el Tribunal Supremo en alguna ocasión al afirmar que “*no comporta responsabilidad objetiva ni la aplicación de una regla procesal de inversión de carga*

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única) núm. 461/2003, de 8 de mayo.

<sup>61</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, M.: “Aspectos básicos...”, *op. cit.*, pág. 212.

de la prueba, sino el reconocimiento de que la forma de producción de determinados hechos es susceptible de evidenciar la falta de medidas de diligencia, prevención y precaución exigible según las circunstancias”<sup>62</sup>.

Esta afirmación, sin embargo, resulta poco clara si se atiende a la concepción doctrinal y jurisprudencial de la materia, dado que, pese a afirmar la aplicación de una presunción, lo cierto y verdad es que *res ipsa loquitur* ni es una presunción judicial ni invierte la carga de la prueba.

De una parte, la figura de las presunciones viene recogida en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>63</sup> donde se establece que, a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Es decir, mediante la demostración a través de los diferentes medios de prueba de una afirmación base por la parte actora - hecho indicio -, el órgano jurisdiccional deduce un segundo hecho - hecho presunto -, siempre y cuando entre ambas afirmaciones exista un enlace preciso y directo según las máximas de la experiencia común. Trasladando esta presunción al ámbito de la responsabilidad sanitaria, encontramos que el hecho indicio estaría constituido por el resultado dañoso - lo que implica que el actor debe demostrar el perjuicio mediante cualquiera de los medios de prueba existentes en nuestro sistema-, y el hecho presunto, por su parte, lo constituiría la negligencia del facultativo, deducida por el Juez en el momento de dictar sentencia; el nexo causal necesario para enlazar ambas realidades lo integraría la actividad médica y la potencial incidencia que ésta haya podido tener en el resultado dentro de lo que se considera normal o habitual en el acto médico concreto que se esté valorando<sup>64</sup>.

La diferencia de esta figura respecto de *res ipsa loquitur* radica en que, mientras que en las presunciones el demandante debe probar siempre el hecho indicio y la

---

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1/2011, de 20 de enero, Fundamento de Derecho 2º.

<sup>63</sup> La doctrina precisa la descripción que otorga la Ley sobre las presunciones afirmando que, a pesar de que su finalidad es similar a la de los medios de prueba, en tanto en cuanto ambas figuras pretenden acreditar ciertos hechos, lo cierto es que las presunciones no son consideradas auténticos medios probatorios, sino que no es más que una mera operación intelectual practicada por el Juez en el momento de dictar sentencia. En este sentido, JIMÉNEZ CONDE, F.; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.; y TOMÁS TOMÁS, S.: *Manual de Derecho Procesal Civil I*, Murcia, Diego Marín Librero-Editor, 2012, pág. 181 y NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1207.

<sup>64</sup> JIMÉNEZ CONDE, F.; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.; y TOMÁS TOMÁS, S.: *Manual de Derecho Procesal Civil I*, *ibid.*, pág. 181 y NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *ibid.*, págs. 1207 y 1208.

relación causal, lo que permite al Juez, en el momento de dictar sentencia, construir toda una relación de causa-efecto que determine la presunción de culpa, en la doctrina *res ipsa loquitur* el actor debe demostrar únicamente el hecho indicio, es decir, el daño, sin atender a la relación de causalidad; este hecho hace que se cree una pseudo-presunción reforzada ya que el nexo causal se evidencia por las circunstancias mismas del daño<sup>65</sup>. Esto es, a partir de la acreditación por el actor únicamente del resultado lesivo se infiere tanto la culpabilidad del facultativo como el nexo causal, en la medida que la actuación dañosa depende de su esfera de acción, a pesar de no haber pruebas directas que demuestren la culpabilidad del profesional<sup>66</sup>.

Los casos más paradigmáticos de *res ipsa loquitur*, como ya fue expuesto, son aquellos en los cuales el hecho indicio viene determinado por la dejación de material quirúrgico en el interior de alguna cavidad del cuerpo, ya que en este tipo de sucesos resulta evidente que se ha precisado de una acción humana capaz de depositar y olvidar dicho material durante la intervención. Como ejemplo práctico puede ser citada nuevamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1996<sup>67</sup>, una de las primeras resoluciones en las que el Tribunal Supremo se pronunció sobre esta materia. La Sala confirma la sentencia de apelación por cuanto del *factum* acreditado se desprende ineludiblemente la existencia y constancia de dicho nexo causal.

Resulta evidente de la dicción de la Sala que lo que está aplicando en este caso es una especie de mecanismo de razonamiento para deducir la negligencia de los facultativos, pero atiende a la diferencia existente entre ambas figuras, en la medida que destaca que de la notoriedad de la conducta negligente se extrae tanto la responsabilidad de los facultativos -lo que constituiría el hecho presunto-, como el nexo causal.

Por otro lado, y a pesar de la frecuencia con la que se suele asociar la figura presuntiva con la inversión de la carga de la prueba, motivo por el cual podría sentirse la tentación de aplicar esta última a la doctrina *res ipsa loquitur*, lo cierto es que ambas figuras operan en momentos procesales diferentes. Mientras que las presunciones se encargan de fijar los hechos conjuntamente con los medios de prueba, la carga de la

---

<sup>65</sup> DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen...*, *op. cit.*, págs. 177 y ss y NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, págs. 1208 y 1209.

<sup>66</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Cuando las cosas hablan...”, *op. cit.*, pág. 221 y SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 252.

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1116/1996, de 26 de diciembre.

prueba actúa *a posteriori* en el momento de valorar dicha prueba, cuando de los citados medios no se desprende con claridad la certeza de los hechos<sup>68</sup>.

El principio general sobre carga de la prueba determina que corresponde al actor probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>69</sup>; esto es, la carga de la prueba recaerá siempre sobre aquella persona que alega haber sufrido un daño por parte de otro sujeto.

La regla *res ipsa loquitur* no altera este principio general, como parece desprenderse de ciertos estudios doctrinales<sup>70</sup>, ya que la carga de probar los hechos que responsabilizan al facultativo médico del daño ocasionado sigue correspondiendo al demandante<sup>71</sup>. No se da, por tanto, una inversión de la carga de la prueba, sino una mera

---

<sup>68</sup> NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1212.

<sup>69</sup> En este sentido es destacado también por la doctrina, BUSTO LAGO, J.M. (Coord.); REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.): *Lecciones de responsabilidad civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2013; GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “Daño desproporcionado: ¿presunción de culpa o facilidad probatoria? Una buena sentencia sobre responsabilidad médica”, *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, Mayo 2016, pág. 4; REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.): *Lecciones de responsabilidad civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2013, pág. 300; SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 252; y SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *op. cit.*, pág. 204.

<sup>70</sup> VÁZQUEZ BARROS, S.: “Prueba de la responsabilidad”, *op. cit.*, pág. 4. El autor afirma que “*res ipsa loquitur* es una regla que en razón de los hechos equivale a una presunción de culpa, pero se trata de una presunción que recae en el médico y por lo tanto, no será el paciente, cónyuge o familiares o representantes los que vengan obligados a probar que el resultado dañoso acaecido es consecuencia directa de la actuación negligente del facultativo demandado; aunque si bien cabe añadir que esta presunción podrá ser destruida en virtud de prueba en contrario dimanante del propio facultativo. O lo que es lo mismo, teniendo el médico que soportar la carga de la prueba de los hechos que se le imputan (...)”. Es decir, el autor viene a establecer mediante esta afirmación no solamente la constitución de una auténtica presunción *iuris tantum*, sino una completa inversión de la carga de la prueba derivada de dicha presunción, en tanto en cuanto debe ser el demandado el responsable de la aportación de pruebas exculpatorias. Considerar esta visión supondría atentar contra todos los principios en los que se basa nuestro sistema probatorio, en el cual la inversión de la carga de la prueba aparece taxativamente limitada a supuestos muy excepcionales, dotando a una simple regla de simplificación de la relación causal, que no es considerada siquiera como medio probatorio, del poder de excepcionar este principio. Por su parte, SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *ibíd.*, pág. 206, determina que en ningún caso debemos entender esta actuación del médico como una inversión de la carga de la prueba, pero añade que debe ser considerada como una actitud negligente del demandado basada en unos hechos que le obligan a justificar su actuación pues, de lo contrario, sería considerado autor del daño. Esta afirmación, a pesar de defender la no correspondencia de la regla *res ipsa loquitur* con la inversión de la carga de la prueba, ofrece una explicación que puede resultar confusa puesto que parece indicar que lo que se produce es justamente eso.

<sup>71</sup> GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad civil médica*, *op. cit.*, pág. 261; NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1212.

alteración de los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el “*onus probandi*”<sup>72</sup>.

Aunque *a priori* la diferencia no se vea clara, los efectos derivados de una figura y otra son totalmente diferentes. La inversión de la carga de la prueba implica que recae sobre el demandado todo el peso de la aportación de prueba suficiente para exonerarle de culpa, por lo que la falta de aportación de la citada prueba o su insuficiencia, determinarían automáticamente su responsabilidad; sin embargo, la traslación a la que se refiere *res ipsa loquitur* lo que significa es que, más allá de las argumentaciones que pueda aportar el actor, recae sobre el demandado “*el deber*” de aportar prueba *en contra*, dado que éste ostenta una mejor posición para hacerlo, puesto que 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, qué duda cabe, aquellos tienen mucho más fácil acceso por su profesión<sup>73</sup>.

Así pues, de la prueba y de los hechos alegados por ambas partes, no solamente por la parte demandada, el Juez valorará cuáles fueron las circunstancias concretas en las que se produjo el daño y determinará si de ellas se desprende o no la responsabilidad del facultativo. Como señala cierta doctrina, la ausencia de esta prueba, a pesar de que sigue perjudicando al actor, no tiene como finalidad comprobar la negligencia del médico sino la desproporción entre la intervención y el resultado, correspondiendo desde dicho momento al demandado probar su propia diligencia médica<sup>74</sup>.

El demandado no será declarado responsable automáticamente si no aporta prueba suficiente que justifique la diligencia de su actuación, si de los hechos alegados por el

---

<sup>72</sup> Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 567/2010, de 22 de septiembre, Fundamento de Derecho 7º; núm. 517/2013, de 19 de julio, Fundamento de Derecho 2º; y núm. 284/2014, de 6 de junio, Fundamento de Derecho 3º. También en este sentido, BUSTO LAGO, J.M.: “La responsabilidad civil médica y hospitalaria”, en BUSTO LAGO, J.M. (Coord.); REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.): *Lecciones de responsabilidad civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2013, pág. 300; NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, págs. 1200 y 1201; SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 251; y SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *op. cit.*, pág. 204.

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1152/2002, de 29 de noviembre, Fundamento de Derecho 3º.

<sup>74</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “Daño desproporcionado...”, *op. cit.*, pág. 5.

actor no se desprende de manera suficientemente clara la responsabilidad del médico<sup>75</sup>; ahora bien, por la aportación de la citada prueba tampoco se le exonerará de responsabilidad, dado que aunque el demandado argumente que ha empleado toda la diligencia debida, el Juez todavía puede valorar que de acuerdo a la experiencia habitual de la vida, la actuación médica fue negligente<sup>76</sup>.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2007<sup>77</sup> se condena al demandado por cuanto no ha aportado prueba suficiente capaz de justificar el resultado dañoso causado al paciente; afirma la Sala que, dado que de una sencilla operación quirúrgica no puede ser considerado como resultado inherente a la misma una hipoxia que determinó el coma profundo del paciente, la ausencia de un medio de prueba capaz de aportar una explicación alternativa plausible para tal desenlace, obliga al Tribunal a considerar como única posibilidad la negligencia del facultativo. Lo mismo ocurre en la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2002<sup>78</sup>, en la que el fallo del Tribunal afirma que, dada nuevamente la evidencia del daño y la lógica necesidad de una actuación negligente para producirla, y puesto que no se ha acreditado ni justificado ni prácticamente alegado que estas secuelas y, en definitiva, esta incapacidad tuviera una causa ajena a la actuación médica que aquí se considera, el fallo debe ser condenatorio.

En consecuencia, la prueba que se requiere del demandado no es exactamente una prueba en contrario capaz de desvirtuar una presunción *iuris tantum*<sup>79</sup>, ya que no se está presumiendo exactamente su negligencia, sino que debe aportar simple y llanamente una prueba de lo que ocurrió.

Resulta indudable que, siendo el demandado parte interesada del proceso, la prueba que vaya a aportar le será siempre beneficiosa y, por tanto, demostrativa de su diligencia; ahora bien, si se extrapolase la figura del demandado y se le viese como un simple perito experto, se diría que lo que debe hacer es simplemente aportar luz a los hechos con base en sus conocimientos y los medios de los que dispone, de los cuales carece la parte actora, para que el Juez alcance a comprender lo que ha ocurrido y

---

<sup>75</sup> NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1211.

<sup>76</sup> NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *ibíd.*, pág. 1214.

<sup>77</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 546/2007, de 23 de mayo.

<sup>78</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1152/2002, de 29 de noviembre.

<sup>79</sup> NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1211. La autora afirma que la deducción de negligencia que acompaña a esta doctrina, en tanto en cuanto presunción judicial, admite prueba en contrario, pero como ya se ha visto, *res ipsa loquitur* no comporta exactamente una presunción judicial ni una inversión de la carga de la prueba.

juzgue si ha habido o no negligencia profesional. En palabras del Tribunal Supremo<sup>80</sup>, mediante *res ipsa loquitur* se permite, no ya deducir la negligencia ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito, pues ante el daño desproporcionado, habitualmente no derivado de la actuación ni comprensible en el riesgo del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume. Es decir, no hay exactamente una presunción ni una inversión de la carga de la prueba, sino que lo que se hace mediante la aplicación de *res ipsa loquitur* es que, a partir de la evidencia del resultado, se aproxima el juzgador a la valoración de la negligencia del profesional, por lo que, de los hechos alegados y de la falta de otra explicación más que la se deriva de la evidencia, se concluye la responsabilidad del médico.

En definitiva, la especialidad de esta figura no radica en que haya una presunción judicial ni una inversión de la carga de la prueba, sino en que, a ojos profanos en materia médica, el daño acaecido no resulta usual, por lo que debe ser un profesional el que justifique si efectivamente acontece o no una negligencia.

El juicio sobre la diligencia o no en la actuación médica va a depender de los hechos aportados al proceso, como ocurre en la generalidad de los pleitos, independientemente de quién haya realizado dicha aportación. Es por ello que, a pesar de que el demandado deba alegar hechos y aportar pruebas que justifiquen su buen hacer, la valoración del juzgador puede derivar tanto de los hechos aducidos por la parte actora como por los alegados por la parte demandada, dándose de este modo ese traslado de la carga, que no inversión, del que hablábamos inicialmente<sup>81</sup>.

## **2. Disponibilidad y facilidad probatoria.**

La doctrina *res ipsa loquitur* guarda una estrecha relación con el principio de disponibilidad y facilidad probatoria recogido en los apartados 3 y 7 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>82</sup>. Este precepto exhorta al tribunal sentenciador a valorar la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio, lo que implica que los tribunales deben tener presente el desequilibrio

---

<sup>80</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 417/2007, de 16 de abril, Fundamento de Derecho 2º.

<sup>81</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “Daño desproporcionado: ¿presunción de culpa o facilidad probatoria? Una buena sentencia sobre responsabilidad médica”, *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, Mayo 2016, pág. 4.

<sup>82</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “Daño desproporcionado...”, *ibíd.*, pág. 5

existente entre las partes en el proceso. Como resulta evidente, este principio responde plenamente a la realidad de la que trata la doctrina *res ipsa loquitur*, en la medida que el demandado de un procedimiento por responsabilidad médica tiene a su alcance medios de prueba esenciales debido a la dificultad de la parte contraria de acceder a ese tipo de pruebas<sup>83</sup>.

En materia sanitaria, concretamente, se justifica su aplicación en el intento de evitar que las víctimas puedan verse desprotegidas por la exoneración de la responsabilidad de los facultativos negligentes, debido a la insuficiencia de la prueba aportada, dado que por la complejidad técnica de los actos médicos se dificulta la aportación de una prueba bastante para demostrar la negligencia del profesional<sup>84</sup>. Para obtener este tipo de prueba, el demandante necesitaría acudir a un procedimiento de diligencias previas para acceder a la historia clínica y no tendría los informes necesarios con carácter previo a la demanda<sup>85</sup>; es por ello que, los facultativos deben aportar pruebas o explicaciones suficientes sobre las consecuencias derivadas de la actividad médica en cuestión y de las posibles causas que pudieron dar origen a la misma, debido a la dificultad y complejidad técnica de la materia, unida al hecho de que la víctima en raras ocasiones puede ser testigo de los hechos ya que ni siquiera ella misma es capaz de saber qué sucedió realmente, sino simplemente ser consciente de que ha soportado un daño que, en principio, no debería haber soportado.

Lo que se pretende mediante este traslado de la carga de la prueba es conocer realmente qué es lo que se ha producido, aportar hechos y pruebas que permitan formar una idea clara de la situación; a partir de los mismos, el juez podrá valorar si existe o no culpa<sup>86</sup>.

La finalidad de la doctrina *res ipsa loquitur* es precisamente suavizar los efectos que podría tener la aplicación excesivamente rígida del principio de carga de la prueba ya referido, dado que la complejidad de la materia objeto de litigio dificulta sobremanera al demandante la aportación de una prueba suficiente para demostrar la

---

<sup>83</sup>SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 253 y SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *op. cit.*, pág. 205.

<sup>84</sup>BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Cuando las cosas hablan...”, *op. cit.*, pág. 221 y NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1211.

<sup>85</sup>ALBI NUEVO, J.: “La carga de la prueba...”, *op. cit.*, pág. 264.

<sup>86</sup>MAGRO SERVET, V.: *Guía práctica de responsabilidad sanitaria*, *op. cit.*, pág. 115.

negligencia del profesional sanitario, debido a la desigualdad entre las partes ya manifestada<sup>87</sup>.

Con este objeto, el legislador pretende aprovechar la posición favorable en que se encuentra el facultativo en comparación con el demandante, en función de su cercanía a las fuentes de la prueba y su mejor posición para acceder a las mismas<sup>88</sup>. Asimismo, la doctrina *res ipsa loquitur* fomenta que los demandados aporten pruebas al proceso, ya que bastaría la no aportación de prueba alguna para exonerarse<sup>89</sup>.

### **3. Aportación de prueba por el demandado: empleo de la diligencia debida de conformidad con la *lex artis*.**

No es preciso que la prueba aportada por el demandado recoja el motivo exacto del daño, pero tampoco puede limitarse a alegar posibles causas de las cuales haya podido derivar la consecuencia lesiva, así lo determina el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de junio de 2014<sup>90</sup> en la que no resulta prueba bastante la invocación a sucesos que ocurren todos los días a causa de la hipertensión y por los que fallecen miles de personas; la prueba debe demostrar tanto que el daño presenta un origen distinto al de la negligencia del profesional, como que éste empleó toda la diligencia debida<sup>91</sup>. Concretamente, afirma la jurisprudencia, se le exige una explicación coherente sobre el porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia<sup>92</sup>.

En caso de que, de los hechos alegados por las partes y de la prueba aportada por el demandado, se infiera la concurrencia de una causa que haya originado el daño y sea

---

<sup>87</sup> LLAMAS POMBO, E. (*Dir.*): *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2014, pág. 32 y SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 251.

<sup>88</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 462/1998, de 22 de mayo, Fundamento de Derecho 3º.

<sup>89</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 253 y SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *op. cit.*, pág. 205.

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 284/2014, de 6 de junio.

<sup>91</sup> NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, Número 56, Fascículo 3, Julio 2003, pág. 1213.

<sup>92</sup> Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 567/2010, de 22 de septiembre, Fundamento de Derecho 7º; núm. 517/2013, de 19 de julio, Fundamento de Derecho 2º; y núm. 284/2014, de 6 de junio, Fundamento de Derecho 3º. También en este sentido, BUSTO LAGO, J.M.: “La responsabilidad civil médica y hospitalaria”, *op. cit.*, pág. 300; NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *ibíd.*, pág. 1200 y 1201; SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 251; y SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *op. cit.*, pág. 204.

ajena a la actuación del profesional, debe excluirse la aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur*, dado que ésta requiere como uno de sus elementos *sine que non* que la consecuencia se encuentre dentro del campo de actuación del demandado, por lo que si media una causa ajena al mismo, no podrá ser aplicada<sup>93</sup>.

La jurisprudencia más reciente, sin embargo, ha comenzado a suavizar las exigencias de prueba de la parte demandada. Una primera oleada de sentencias, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 noviembre de 2010<sup>94</sup>, ya permiten la exoneración del demandado atendiendo tanto a la diligencia empleada por el facultativo como a una eventual causa ajena a la intervención del mismo que, si bien es alegada por la parte demandada, no queda concretada por existir diversas opciones posibles. En concreto, afirma la Sala que el tratamiento fue adecuado a la *lex artis* y que la secuela padecida por el demandante puede aparecer por distintas causas, evitándose únicamente mediante la práctica de rehabilitación por el paciente.

Posteriormente, y ya en fechas muy recientes, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2016<sup>95</sup> ha exonerado a un médico considerando suficiente para la demostración de la falta de responsabilidad la prueba de la diligencia del médico, aun cuando éste no haya podido justificar el origen del daño ni concretar una causa para el mismo. Este último pronunciamiento ha sido valorado positivamente por cierta doctrina en la medida que es apreciado como un avance en la interpretación de la regla *res ipsa loquitur*, puesto que la permanencia de un sistema valorativo que impone una deducción de negligencia, desincentiva la debida observancia de diligencia, ya que puede hacer sentir al demandado que las probabilidades de resultar exonerado son menores.

En contraposición con esta idea, un sistema que permite al profesional justificar el daño basándose en su buen proceder conforme a la *lex artis*, se aproxima más a la naturaleza y finalidad de la obligación de medios que soporta la actividad médica<sup>96</sup>.

### 3.1. *La lex artis ad hoc.*

La expresión *lex artis ad hoc* hace referencia a un criterio valorativo empleado para medir la diligencia del profesional sanitario en todo acto o tratamiento médico<sup>97</sup>,

---

<sup>93</sup> SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *op. cit.*, pág. 207.

<sup>94</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 524/2010, de 25 de noviembre.

<sup>95</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 240/2016, de 12 de abril.

<sup>96</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “Daño desproporcionado...”, *op. cit.*, pág. 6, en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 240/2016, de 12 de abril.

<sup>97</sup> BUSTO LAGO, J.M.: “La responsabilidad civil médica y hospitalaria”, *op. cit.*, pág. 301, en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1342/2006, de 18 de diciembre de 2006, Fundamento de Derecho Primero. Señala, asimismo, LLAMAS POMBO, E. (*Dir.*): *Estudios sobre la responsabilidad*

siendo el único medio legal actual por el cual un profesional puede demostrar dicha diligencia. Supone, por tanto, el criterio al que ha de adecuarse la actuación médica, en orden a permitir la calificación del acto médico como diligente<sup>98</sup>.

La tendencia jurisprudencial a finales de la década de los noventa -coincidiendo con la primera etapa de la aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario de nuestro país-, muestra que una actuación profesional médica era considerada conforme a la *lex artis ad hoc* por el mero hecho de estar sujeta a una obligación de medios; a pesar de esta afirmación, mediante *obiter dicta* se empieza a hacer referencia a la conformidad de la actuación médica con la *lex artis* en el sentido de que la actuación fue correcta y fueron de ese carácter los medios empleados, por lo que no puede hablarse de negligencia en el diagnóstico<sup>99</sup>.

En décadas posteriores, sin embargo, una consolidada doctrina jurisprudencial ha conceptualizado este criterio como aquel según el cual un profesional médico debe actuar conforme a los parámetros prescritos, según el estado actual de la ciencia, para la praxis médico-quirúrgica, en los protocolos médicos, lo que supone una concreción de la diligencia del artículo 1104 del Código Civil, incluyendo ciertos grados de previsión y pericia, ajustada a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar<sup>100</sup>. Esto es, la *lex artis* hace referencia al deber del facultativo de ejercer su labor profesional atendiendo al caso concreto en que se produce la intervención, así como a las circunstancias en que la misma se desarrolla y las vicisitudes del actuar profesional, para lo que es imprescindible observar tanto las específicas características del actor, del acto médico en cuestión, de la profesión del paciente, así como de la complejidad y trascendencia vital del mismo, como la posible influencia de factores endógenos o exógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la

---

*sanitaria...*, *op. cit.*, pág. 42, que el hecho de que la culpa médica se valora siempre a la luz de los criterios que determina la *lex artis ad hoc*, permite concebir la responsabilidad por culpa en el ámbito sanitario como algo distinto de la culpa común o general.

<sup>98</sup> BUSTO LAGO, J.M.: “La responsabilidad civil médica y hospitalaria”, *ibíd.*, pág. 301, en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2004.

<sup>99</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 593/1999, de 29 de junio, Fundamento de Derecho 1º.

<sup>100</sup> Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 417/2007, de 16 de abril, Fundamento de Derecho 2º; núm. 546/2007, de 23 de mayo, Fundamento de Derecho 2º; núm. 12/2009, de 23 de enero, Fundamento de Derecho 3º; núm. 580/2009, de 20 de julio, Fundamento de Derecho 2º; núm. 173/2012, de 30 de marzo, Fundamento de Derecho 2º y 3º; núm. 284/2014, de 6 de junio, Fundamento de Derecho 3º. También en este sentido, GARCÍA GARNICA, M.C.: *Aspectos básicos...*, *op. cit.*, pág. 37.

misma organización sanitaria- a efectos de enjuiciar la corrección de la técnica empleada<sup>101</sup>.

Como ejemplo de esta descripción destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007<sup>102</sup>, que ya fue referida al inicio de este estudio. Como recordatorio, la sentencia versa sobre la intervención para la implantación de un injerto óseo y una placa de titanio que se encontraban infectadas, provocando a la paciente una infección bacteriana no detectada a tiempo que le provocó severas secuelas físicas y psicológicas de carácter irreversible. En este caso el Tribunal Supremo confirma la sentencia de apelación que responsabiliza del resultado al facultativo interviniente en la cirugía, por cuanto considera que el cuidado de la asepsia forma parte de las prestaciones de seguridad que conforman un acto médico como cualitativamente adecuado y correcto según la llamada *lex artis ad hoc*; asimismo, se entiende determinante la falta de atención en el postoperatorio, puesto que la detección a tiempo de la infección podría haber evitado las fatales consecuencias que se derivaron.

Para la valoración de la actuación profesional conforme a la *lex artis* no solamente se ha de tener en cuenta la diligencia en la propia actuación<sup>103</sup>, sino que habrá que valorar dicha diligencia dentro del contexto que otorgan las circunstancias del caso, en referencia siempre al tratamiento aplicado y el empleo de los medios materiales y las técnicas que sean conocidas en el momento de su aplicación y que estén al alcance del facultativo; asimismo, también comprende actuaciones que no se subsumen directamente en la actividad científica sino que hacen referencia a deberes profesionales como la información debida al paciente<sup>104</sup> o la detección precoz de posibles complicaciones<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> ALBI NUEVO, J.: “La carga de la prueba...”, *op. cit.*, pág. 261; BONILLA SÁNCHEZ, J.J.: *La responsabilidad médica extracontractual*, *op. cit.*, pág. 161; BUSTO LAGO, J.M. (Coord.); REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.): *Lecciones de responsabilidad civil*, *op. cit.* pág. 300; GARCÍA GARNICA, M.C.: *Aspectos básicos...*, *op. cit.*, pág. 57; y LLAMAS POMBO, E. (Dir.): *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria...*, *op. cit.*, pág. 43, todos ellos en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1.991.

<sup>102</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 417/2007, de 16 de abril.

<sup>103</sup> XIOL RÍOS, J.A.: “Posición actual...”, *op. cit.*, pág. 34.

<sup>104</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, M.: “Aspectos básicos...”, *op. cit.*, pág. 201.

<sup>105</sup> GARCÍA GARNICA, M.C.: *Aspectos básicos...*, *op. cit.*, pág. 37; RODRÍGUEZ GARCÍA, M.: “Aspectos básicos...”, *ibíd.*, pág. 201; y XIOL RÍOS, J.A.: “Posición actual...”, *op. cit.*, pág. 34, todo ello en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 517/2013, de 19 de julio, Fundamento de Derecho 2º.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2005<sup>106</sup> determina que la obligación médica comprende la dispensa al paciente de todos los cuidados que requiera, tomando en consideración tanto el caso concreto en que la intervención y su proceso posterior se producen, como las circunstancias de todo orden concurrentes e, incluso, las incidencias poco frecuentes pero estadísticamente constatables que pueden surgir en el normal actuar profesional.

Buena muestra de estos ámbitos en que se refleja la *lex artis* profesional lo constituye tanto la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2002<sup>107</sup>, ya citada anteriormente en este trabajo, como la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013<sup>108</sup>.

En el primero de estos pronunciamientos la paciente ingresa con un nódulo sospechoso de neo-cuadrante en la mama derecha, aplicándosele como tratamiento la extirpación, biopsia intraoperatoria y, según resultado, mastectomía. Tras serle encontrado durante un estudio preoperatorio un hemibloqueo del haz de Hiss en el ECG y serle practicada la intervención prescrita, la paciente ingresa en la Unidad de Cuidados Intensivos, permaneciendo en coma profundo horas después de la intervención y diagnosticándosele finalmente un estado vegetativo. En esta ocasión el Alto Tribunal condena al Servicio de Salud por cuanto no se ha observado la debida diligencia en la utilización de los medios adecuados y conocidos por la ciencia en el momento en que se produjo el diagnóstico e intervención, ya que, a pesar de no estar acreditado claramente el motivo que dio origen al daño causado, parece que el mismo pudo ser un reflejo vasovagal que dio origen a un bloqueo auriculo-ventricular, frecuente durante la anestesia.

Para el Tribunal, la omisión de la utilización de un instrumento tan eficaz como el ecocardiógrafo para detectar la existencia de cardiopatías morfológicas o congénitas, constituye sin duda un descuido bien precisado por la Audiencia, con el resultado dañoso seguido y la posibilidad de haberlo evitado si se hubiera actuado con la diligencia sanitaria normal en tales casos.

La culpa o negligencia surge con dotación de la suficiente causalidad, en virtud de que no se realizaron las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación más coherente de la deontología médica y del sentido común humanitario para tales supuestos, y hubieran podido conseguir, mediante un diagnóstico

---

<sup>106</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 482/2005, de 23 de junio.

<sup>107</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1202/2002, de 18 de diciembre.

<sup>108</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 517/2013, de 19 de julio.

en el preoperatorio, salvar o aminorar los efectos de la dolencia sobrevenida a la paciente.

La segunda de las sentencias citadas expone el caso de una paciente que es sometida a una reconstrucción mamaria que le produce daños tanto físicos como morales. En este caso, y a pesar de tratarse de una intervención de cirugía estética, el Alto Tribunal, haciendo suyo el pronunciamiento en apelación, confirma que hubo una mala praxis médica por una errónea aplicación del tratamiento, pues no se alcanza otra explicación razonable a la vista del resultado producido, después de varias intervenciones sucesivas y del tratamiento y consultas que siguieron en el postoperatorio.

En definitiva, y como acierta a señalar cierta doctrina, la *lex artis* pretende ser una regla de valoración de la diligencia profesional del facultativo, cuyo objetivo es determinar si una concreta actuación profesional fue correcta<sup>109</sup>.

### **3.2. Prueba pericial.**

Es interesante preguntarse en este punto si entre las pruebas que pueden aportar las partes a un proceso en el que se está aplicando la presunción derivada de *res ipsa loquitur* está la prueba pericial.

El principio configurador de esta doctrina parte de la idea de que se ha causado al demandante un daño de tal entidad, tan desproporcionado o insólito, que la única forma de explicar su existencia es presumir que ha habido una actuación negligente por parte del facultativo. La aportación de una prueba pericial rompería la obviedad del resultado y de la negligencia de la que parte esta teoría, en tanto en cuanto se justificaría, no en máximas de la experiencia común habitual, sino en auténticos parámetros técnicos.

Como no podría ser de otro modo en aspectos tan controvertidos, la doctrina es sumamente variopinta. Por un lado, la clásica doctrina anglosajona, de la que parte la regla *res ipsa loquitur*, se muestra conforme con la compatibilidad de esta regla con la aportación de una prueba pericial, en tanto en cuanto los tribunales no ostentan los conocimientos técnicos suficientes como para alcanzar a comprender la trascendencia o gravedad de un daño, por lo que limitar la valoración judicial a aquellos aspectos sobre los que un profesional del Derecho, pero lego en Medicina, pueda alcanzar a

---

<sup>109</sup> ALBI NUEVO, J.: “La carga de la prueba...”, *op. cit.*, pág. 261.

comprender, supondría mermar el derecho de las partes a obtener una resolución debidamente motivada<sup>110</sup>.

En contraposición con esta idea, la doctrina española postula la incompatibilidad de la aportación de prueba pericial con la esencia de la regla *res ipsa loquitur*, en la medida que ésta propugna la evidencia de un daño, de una cosa que habla por sí sola y cuya obviedad no puede pasar inadvertida ni siquiera para el ojo inexperto de un jurista, ya que contraviene las reglas esenciales de la experiencia común. Si la naturaleza de la doctrina prepondera su evidencia, pero finalmente se precisa de argumentos técnicos y valoraciones médicas para observar la existencia del daño, debe ser entendido que las circunstancias realmente no hablaban por sí mismas, sino que lo han debido hacer finalmente los expertos<sup>111</sup>.

La jurisprudencia española, sin embargo, sí ha aplicado la doctrina *res ipsa loquitur* basada en una prueba pericial. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2003<sup>112</sup>, después de reconocer que es de aplicación la regla *res ipsa loquitur*, el Tribunal niega que en apelación se haya empleado la prueba de presunciones, sino que de unos hechos acreditados por otros medios de prueba se ha llegado a la calificación de negligencia. Justifica esta decisión en que la prueba de presunciones tiene un carácter supletorio de los demás medios de prueba y no se debe acudir a ella cuando los hechos han quedado probados por otros medios de prueba<sup>113</sup>.

En este caso, a pesar de que el Tribunal dice aplicar *res ipsa loquitur*, lo cierto es que el daño no resulta tan evidente en la medida que para la apreciación de la falta de la diligencia debida ha sido preciso que las partes aportasen prueba basada en máximas técnicas, y no en máximas de la experiencia común, que son las que rige el principio de *res ipsa loquitur*.

Cuestión distinta es el empleo de una prueba pericial como apoyo de alguno de los hechos alegados en el proceso, pero no siendo dicha prueba el motivo por el que se

---

<sup>110</sup> NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1210. La autora afirma que la doctrina anglosajona incluso está introduciendo jurados sobre la regla *res ipsa loquitur*, permitiendo la prueba pericial. Esto se debe a que *la noción de sentido común no debe quedar restringida artificialmente a los asuntos en que el juzgador es capaz de formarse una opinión únicamente con base en sus propios conocimientos inexpertos*.

<sup>111</sup> Lo expresa de forma clara NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *ibíd.*, págs. 1209 a 1211 y 1211, pero también en este sentido BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Cuando las cosas hablan...”, *op. cit.*, pág. 221.

<sup>112</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 58/2003, de 30 de enero.

<sup>113</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 58/2003, de 30 de enero, Fundamento de Derecho 4º.

atribuye la responsabilidad. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 abril de 2007<sup>114</sup>, el Tribunal Supremo condena al facultativo por la falta de diligencia en su labor profesional, decisión que se ve reforzada por la aportación pericial que afirma que el daño producido podría haberse evitado con un simple análisis de sangre, a partir del cual podría haberse determinado la terapia adecuada que hubiera evitado el resultado dañoso. No nos encontramos en este caso ante una aplicación conjunta de *res ipsa loquitur* y prueba pericial, sino ante una presunción de responsabilidad que se habría dado igualmente de no existir dicha prueba, pero que se ve reforzada por la existencia de ésta.

En definitiva y a pesar del intento de la jurisprudencia por compatibilizar ambas figuras, la coexistencia de las mismas no es posible ya que la negligencia puede ser valorada bien a partir de máximas de la experiencia común debido a la evidencia del daño, bien según las máximas técnicas, pero no conjuntamente por ambas, por cuanto la naturaleza de *res ipsa loquitur* pretende que el Juez pueda apreciar una negligencia cuya demostración resulta difícil o imposible para el demandante, pero cuya existencia deviene evidente dada la propia entidad del daño.

#### **IV.EL DAÑO DESPROPORCIONADO**

Como ya fue expuesto a propósito del apartado I.3. *Res ipsa loquitur* y daño desproporcionado, a pesar de las diferencias que la doctrina pretende hacer valer entre ambas figuras, los tribunales no hacen diferencias entre ellas; podría afirmarse, incluso, que la mayor parte de las sentencias que aplican *res ipsa loquitur*, realmente están apreciando un daño desproporcionado. Esta realidad ha convertido al daño desproporcionado en el ejemplo más común de la doctrina *res ipsa loquitur* en la jurisprudencia.

El Tribunal Supremo considera que la existencia de un daño manifiestamente desproporcionado con el que habría sido usual o previsible en un caso similar, dadas las circunstancias concretas, así como el estado de la ciencia al momento de la aplicación del tratamiento, del diagnóstico clínico o de la intervención quirúrgica correspondiente, manifiesta la necesidad de alterar los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el *onus probandi*, de tal forma que, si el facultativo no puede

---

<sup>114</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 417/2007, de 16 de abril.

proporcionar una explicación lógica que justifique el daño causado, el hecho acaecido dará lugar a entender la existencia de una actuación negligente.

En la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003<sup>115</sup>, que recoge el caso de una joven que sufre una caída practicando esquí que le produce una cojera irreversible, el Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida por entender que, a pesar de que diversas pruebas periciales apuntan que no hubo culpa o negligencia por no existir nexo causal alguno, la ausencia de una explicación justificativa del origen concreto del daño, unido a la poca intensidad del mismo y la gravedad del resultado, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible.

Cierta doctrina apunta que este es un buen ejemplo de la peligrosa tendencia objetivadora que implica esta regla, ya que en la relación fáctica no hay ningún elemento que permita afirmar sin lugar a dudas que el daño producido y la falta de una explicación sobre su origen deban dar lugar a generar una presunción de culpabilidad, a pesar de haber sido descartado el nexo causal con la actuación médica. El único elemento a tener en cuenta por la Sala es la desproporción aparente de un resultado, por lo que se apunta que, lo que en última instancia hace el Tribunal, es trasladar al facultativo los costes de la práctica de deportes de riesgo, de forma que se invierte la carga de la prueba<sup>116</sup>.

Otro sector doctrinal, en cambio, comparte el fallo judicial al entender que el Tribunal aplica correctamente la doctrina ya que no hace recaer sobre el demandado la carga de la prueba sino que, partiendo de unos hechos, como son una caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, y un daño desproporcionado con esa levedad, como es una cojera irreversible, unido al hecho de un tratamiento largo y doloroso a los que fue sometida la paciente y que, finalmente, tuvo que acudir a otro facultativo, lo que denota cierta incapacidad del médico para actuar diligentemente, hacen surgir en el juzgador la necesidad de una explicación que justifique el nefasto desarrollado de los acontecimientos; es en ese momento cuando el facultativo debe otorgar una explicación capaz de dar respuesta a su interrogante, pues de no haberla, *la cosa hablaría por sí misma*<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única) núm. 461/2003, de 8 de mayo.

<sup>116</sup> LUNA YERGA, Á.: “Fractura de rodilla en accidente de esquí y responsabilidad civil médico-sanitaria. Comentario a la STS, 1ª, 8.5.2003”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Número 4, 2003, pág. 2.

<sup>117</sup> VICANDI MARTÍNEZ, A.: “El daño desproporcionado...”, *op. cit.*, pág. 229.

## 1. Delimitación positiva del daño desproporcionado.

La descripción de daño desproporcionado que fue expuesta al comienzo de este estudio, y a la que me remito en este momento (*vid.* I.3. *Res ipsa loquitur* y *daño desproporcionado*) ha sido criticada duramente por la doctrina mayoritaria debido a su insuficiencia a efectos de delimitar con claridad qué daños deben encuadrarse dentro de la anormalidad a la que hace referencia, puesto que hay ocasiones en las que la jurisprudencia ha incluido tanto un resultado efectivamente desproporcionado como aquellos simplemente no deseados<sup>118</sup>. Por este motivo, se ha tratado de acotar las circunstancias que pueden entenderse como anómalas y las que, en cambio, a pesar de ser manifiestamente dañinas o infrecuentes, no pueden encuadrarse dentro del ámbito de esta figura.

La doctrina apunta que el daño desproporcionado acontece siempre y cuando un acto médico produce un resultado anormal, insólito e inusualmente grave en relación con los riesgos que normalmente comporta y con los padecimientos que trata de atender o incompatible con las consecuencias de una terapia normal y que, por tanto, resulte inexplicable<sup>119</sup>. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que la desproporción lo es únicamente en relación con el daño y el tratamiento aplicado a un caso determinado, excluyendo los riesgos típicos inherentes al mismo<sup>120</sup>; éstos pueden cambiar su frecuencia y previsibilidad dependiendo de las circunstancias concretas del paciente, ya que los médicos actúan sobre personas –como señala el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de julio de 2009<sup>121</sup>–, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, a cierto grado de aleatoriedad, por lo que el fracaso de la intervención puede estar causado en las simples alteraciones biológicas.

La conclusión contraria llevaría a que los facultativos soportaran una responsabilidad objetiva derivada del simple resultado alcanzado, sin atender a si la actuación médica está ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente –

---

<sup>118</sup> VICANDI MARTÍNEZ, A.: “El daño desproporcionado...”, *op. cit.*, pág. 240. En este sentido, también RODRÍGUEZ GARCÍA, M.: “Aspectos básicos...2”, *op. cit.*, pág. 203 que señala que la falta de concreción del daño desproporcionado hace que se confunda con otras figuras como la responsabilidad objetiva que destaca la LDCU y otras leyes complementarias.

<sup>119</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 244. En este sentido también SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *op. cit.*, pág. 177.

<sup>120</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *ibid.*, pág. 244. De acuerdo con RODRÍGUEZ GARCÍA, M.: “Aspectos básicos...”, *op. cit.*, pág. 203, para saber qué debe entenderse por riesgo típico dentro de cada intervención, el Juez debería acudir a los dictámenes de la Real Academia Nacional de Medicina en la que se detallan qué riesgos son los inherentes a cada tipo de intervención.

<sup>121</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 580/2009, de 20 de julio. Fundamento de Derecho 2º.

insiste el Tribunal– que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual<sup>122</sup>.

Igualmente y respecto de los daños típicos, es preciso recordar en este momento la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2010<sup>123</sup>, que ya fue citada anteriormente, en la que la paciente sufrió un accidente laboral como consecuencia del cual se fracturó el radio distal de la muñeca, lo que produjo su incapacidad permanente total; en ella, se alega la dejación de asistencia médica, pero el Tribunal Supremo considera que lo que se pretende es aplicar una concepción objetiva de la responsabilidad médica basada en la mera existencia de un daño, cuando ha quedado demostrado que el tratamiento empleado fue el adecuado y que la secuela padecida por la paciente podía aparecer por distintas causas, salvo haber procedido a una correcta rehabilitación en la que la colaboración de la propia paciente resulta imprescindible, por lo que se trata de un daño típico<sup>124</sup>.

El daño desproporcionado también puede venir referido al tratamiento aplicado si éste causa perjuicios no justificados<sup>125</sup>, como destacan las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2004<sup>126</sup> y 19 de julio de 2013<sup>127</sup>.

En la primera de ellas se aplica un tratamiento coronario agresivo e innecesario a una paciente que, tras ser sometida a una histerectomía radical por mioma uterino, sufre una pérdida de conocimiento pasajera, así como una ligera taquicardia, para lo que se le administra Amiodarona por riesgo de muerte súbita. Tras varios episodios de fibrilación ventricular y nuevas taquicardias, los facultativos se plantean diagnosticarle taquicardia ventricular tipo “Torsade de Pointe”, que precisa la utilización de marcapasos y desfibrilador automático. El tratamiento recibido le produjo secuelas cerebrales irreversibles que le impiden valerse por sí misma, precisando siempre la asistencia de otra persona, a pesar de que tras el estudio electrofisiológico previo, no se detectó patología cardíaca alguna<sup>128</sup>.

---

<sup>122</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 580/2009, de 20 de julio, Fundamento de Derecho 2º.

<sup>123</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 524/2010, de 25 de noviembre.

<sup>124</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 524/2010, de 25 de noviembre, Fundamento de Derecho 12º.

<sup>125</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 244.

<sup>126</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1108/2004, de 17 de noviembre.

<sup>127</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 517/2013, de 19 de julio.

<sup>128</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 917/2004, de 7 de octubre, Fundamento de Derecho 6º.

En la segunda de las sentencias, la víctima reclamó los daños sufridos como consecuencia de una reconstrucción mamaria izquierda mal realizada. El Tribunal Supremo considera que hubo una mala praxis médica en la intervención a la que fue sometida la actora, responsabilizando a la demandada no por el resultado no alcanzado, sino por una negligencia médica, pues no debió aplicársele correctamente –afirma el Tribunal– o no se le practicó a la demandante con la precisión y exactitud precisas, pues no se alcanza otra explicación razonable a la vista del resultado producido, después de varias intervenciones sucesivas y del tratamiento y consultas que siguieron en el postoperatorio.

Puede concluirse, en definitiva, que el resultado obtenido no fue el adecuado, en cuanto que las diversas intervenciones y tratamiento, no solo no mejoraron el aspecto de las mamas de la actora, sino que le ocasionaron unos daños físicos y psíquicos no inherentes a dicha intervención.

Finalmente, parte de la doctrina considera daño desproporcionado aquel que sea imprevisible y desconocido; sin embargo, la jurisprudencia ha mostrado en reiteradas ocasiones su disconformidad con esta afirmación en la medida que, siendo un riesgo imprevisible, no puede establecerse una relación de causalidad entre la actuación médica y el resultado dañoso, y porque con frecuencia estos riesgos inesperados son justificados por los facultativos, decayendo la posibilidad de establecer presunción alguna<sup>129</sup>. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2007<sup>130</sup>, en la que se produjo la ceguera irreversible de un menor con síndrome de Down por una infección en un ojo, habiendo sido operado de cataratas congénitas bilaterales dos años antes, la Sala, confirmando la sentencia recurrida, considera que no existe relación de causalidad entre el implante de lente intraocular realizado en 1991 y la infección manifestada en 1993, ya que dicha infección es una complicación poco frecuente, excepcional y en todo caso inevitable, dada la evaluación de todas las acciones terapéuticas<sup>131</sup>.

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2013<sup>132</sup> relata la minusvalía que padece un menor debido a un retraso madurativo, una deficiencia expresiva y una tetrapesía, llamado síndrome de West, tras su nacimiento mediante cesárea de urgencia. En este contexto, el Alto Tribunal exime de responsabilidad al

---

<sup>129</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 248.

<sup>130</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 465/2007, de 30 de abril.

<sup>131</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 465/2007, de 30 de abril, FD 4º.

<sup>132</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 475/2013, de 3 de julio.

facultativo por cuanto aporta una explicación para los hechos acaecidos, puesto que antes o durante la cesárea se produjo un desprendimiento de placenta que provocó la parálisis cerebral, siendo este desprendimiento imprevisible e inevitable<sup>133</sup>.

Finalmente, la existencia de daño desproporcionado se aprecia debido a la proximidad temporal del daño respecto de la actividad médica o por la ausencia de resultados positivos tras un largo tratamiento.

Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2014<sup>134</sup> se basa en la indudable proximidad temporal de los hechos. La paciente dio a luz sin problemas y tuvo una serie de complicaciones posteriores de las que tiene conocimiento el médico que le atendió, entre otras una hemorragia irregular, que determinó que se le practicara un legrado para la evacuación incompleta de productos de la concepción, de la naturaleza que fueran, y dado que la situación clínica se complicó, una histerectomía con anexectomía izquierda por sangrado de ovario, con el resultado de tres infartos cerebrales que le ha dejado secuelas motoras y una minusvalía del 79%.

En este caso, el Tribunal condena porque no se produjo por parte del médico una explicación.

## **2. Delimitación negativa del daño desproporcionado.**

Dada la gran cantidad de sucesos imprevisibles que pueden acarrear un resultado dañoso tras una intervención médica, la mejor forma de delimitar el ámbito del daño desproporcionado probablemente sea de forma negativa, es decir, especificando aquellos casos que en modo alguno pueden ser considerados daños desproporcionados, como así ha tratado de hacerlo la doctrina; sin embargo, ni siquiera ésta es unívoca ya que, mientras ciertos autores establecen que el daño desproporcionado puede ser tanto aquel que se manifieste como importante o catastrófico o que, incluso, haya causado un gran número de víctimas, como aquel que sea simplemente anómalo en relación con un determinado comportamiento<sup>135</sup>; otros autores se oponen tajantemente a esta afirmación y entienden que, por extraordinario que sea el daño, todavía podría haber una explicación capaz de justificar su origen.

Esto supone que, aunque el daño haya sido de gran intensidad o rompa las expectativas generadas al paciente, no será desproporcionado mientras exista una justificación, por lo que, finalmente, el único criterio para determinar si existe o no daño

---

<sup>133</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 475/2013, de 3 de julio, Fundamento de Derecho 2º.

<sup>134</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 284/2014, de 6 de junio.

<sup>135</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, M.: “Aspectos básicos...2, *op. cit.*, pág. 204.

desproporcionado es justificar que éste es totalmente insólito y que, por tanto, no se habría podido causar de ninguna forma si no es mediante negligencia<sup>136</sup>. Un buen ejemplo de esta afirmación lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008<sup>137</sup>, a la que hacíamos referencia al comienzo de este estudio, en la que una mujer joven muere tras practicársele una fecundación *in vitro* que dio origen a un síndrome de Hellp y posterior eclampsia. En la citada resolución el Tribunal, pese a reconocer la desproporcionalidad del daño con la intervención médica, establece que no puede serle de aplicación la doctrina del daño desproporcionado en tanto en cuanto los facultativos fueron capaces de probar la causa del fallecimiento, así como su propia diligencia.

En cualquier caso, parece claro que no puede calificarse como desproporcionado el daño indeseado o insatisfactorio si éste es encuadrable dentro de los riesgos típicos<sup>138</sup>, como ya se ha descrito anteriormente en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013<sup>139</sup> en referencia a la cirugía de mamas. En ese caso, el Tribunal no responsabiliza al centro como consecuencia de la falta de cumplimiento de las expectativas del paciente, aun siendo una intervención de cirugía plástica –lo que en última instancia podría generar una responsabilidad contractual–, sino por los daños físicos y psicológicos derivados de la misma y que en absoluto se encuadran dentro de los resultados esperados.

Como ya se expuso a tenor de los elementos característicos de *res ipsa loquitur*, la jurisprudencia suele extraer de la culpa los daños producidos como consecuencia de la anestesia como actividad de riesgo en sí misma, así como los llamados riesgos típicos de cada intervención, para lo cual nos remitimos a este apartado (vid. II. *Elementos constitutivos de res ipsa loquitur*). Tampoco se considera daño desproporcionado a los daños neurológicos sufridos por recién nacidos; el riesgo típico e inherente a cualquier intervención; así como los daños suficientemente informados o aquellos que, aun no habiendo sido informados, son inusuales<sup>140</sup>.

En relación con la información ofrecida al paciente, es posible encontrar una escasa jurisprudencia en la que acontecen casos que muestran justo la situación contraria, es decir, un daño previsible pero poco frecuente y del que, precisamente por

---

<sup>136</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 244.

<sup>137</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 943/2008, de 23 de octubre.

<sup>138</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, M.: “Aspectos básicos...”, *op. cit.*, pág. 204.

<sup>139</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 517/2013, de 19 de julio.

<sup>140</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 245.

ello, no se informa al paciente. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009<sup>141</sup>, en la que la demandante, de 49 años de edad, se sometió a una implantación de prótesis de cadera izquierda que le produjo lesión del nervio ciático; clínicamente, como así se demostró por peritos médicos, la elongación del nervio ciático es una complicación inherente a la intervención realizada, aunque con una frecuencia del 3,5% de los casos. Dada la infrecuencia, el facultativo no advirtió a la paciente del riesgo, que acabó manifestándose.

El Tribunal Supremo, casando la sentencia recurrida, fija que el riesgo típico no puede desempeñar una doble función exculpatoria, tanto del mal resultado de la intervención, por ser típico, y de la omisión o insuficiencia de la información al paciente por ser poco frecuente e imprevisible, pues tipicidad e imprevisibilidad son conceptos excluyentes en un juicio sobre la responsabilidad del profesional médico, ya que no se puede exculpar al médico del daño causado por ser éste un riesgo típico de la intervención y, al propio tiempo, eximirle de su deber de informar a la paciente de ese mismo riesgo típico por darse en muy pocos casos<sup>142</sup>. Sin embargo, y a pesar de la imposibilidad de doble absolución, la *ratio decidendi* se basa en la falta de información, pero no en el daño desproporcionado en la medida que, a pesar de ser un resultado inusual, éste se encuentra dentro de los riesgos típicos y, por ello, no puede incardinarse en esta doctrina.

A la vista de esta postura jurisprudencial, menos podría considerarse daño desproporcionado el riesgo típico no informado al paciente, ya que su desconocimiento por el mismo no implica su anormalidad en relación con la intervención, sino que nuevamente se trataría simplemente de un problema de derecho de información, pero no de daño desproporcionado<sup>143</sup>.

## V.CONCLUSIONES

La aplicación de *res ipsa loquitur* a la hora de determinar la responsabilidad en el ámbito sanitario resulta compleja y no exenta de polémica. La discusión acerca del cumplimiento o no de los requisitos precisos para su observancia, así como la frecuente presencia de relaciones causales complejas, hacen dudar de la auténtica utilidad de esta doctrina, por cuanto la deducción de culpa derivada de la misma podría ser estimada

---

<sup>141</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 478/2009, de 30 de junio.

<sup>142</sup> En este sentido también SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 248.

<sup>143</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *ibíd.*, pág. 249.

mediante la simple aplicación del principio de disponibilidad y facilidad probatoria propugnado en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin necesidad de crear todo un sistema pseudo-presuntivo al efecto.

La jurisprudencia actual, sin embargo, parece convencida de la utilidad práctica de esta regla puesto que su presencia como medio de acreditar la culpa en los procedimientos sobre responsabilidad sanitaria es cada vez más frecuente.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, si bien ha sabido conciliar las incoherencias que sostenían la aplicación de esta regla en sus comienzos, ha permitido, igualmente, facilitar su adaptación a los principios propios de nuestro sistema y suavizar el efecto objetivador que pudiera derivarse de la misma, admitiendo la exoneración de los facultativos tanto por la alegación de motivos alternativos y plausibles que puedan justificar el resultado dañoso, como por la simple demostración de su propia diligencia profesional.

En concreto, las conclusiones que pueden extraerse del presente estudio son las que se relacionan a continuación:

1º. En el ámbito sanitario la responsabilidad de los profesionales atiende tanto al principio general de responsabilidad por culpa que preconiza el Código Civil, como a la obligación de medios como regla general. La aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur* no produce en modo alguno una alteración de estos principios, sino que lo que pretende es precisamente establecer un mecanismo que permita demostrar la culpa del facultativo, pero no mediante pruebas directas de su responsabilidad, sino a través de una pseudo-presunción de negligencia.

2º. A pesar de las distinciones que la doctrina defiende entre *res ipsa loquitur* y daño desproporcionado, en atención al momento concreto en que se forma la deducción de negligencia, lo cierto y verdad es que la jurisprudencia otorga un trato paritario a ambas figuras, entendiendo el daño desproporcionado como el ejemplo más frecuente de *res ipsa loquitur*.

3º. La apreciación de la regla *res ipsa loquitur* requiere de la presencia de tres elementos. En primer lugar, se precisa la existencia de un evento dañoso resultado de una aparente negligencia; en segundo lugar, dicho evento debe encontrarse dentro del ámbito de actuación profesional del facultativo; y, finalmente, se precisa que la víctima no haya podido contribuir en modo alguno a la producción de ese daño. Estos tres elementos vienen a decir que, tras acontecer un daño que no pueda producirse como consecuencia habitual del tratamiento o de la intervención que se haya llevado a cabo,

descartando incluso los efectos adversos más inusuales, y siempre y cuando no haya intervenido en el proceso de formación de dicho resultado ningún factor endógeno o exógeno que pueda ser responsable del mismo, incluyendo la intervención de la propia víctima, y que, por tanto, lo aleje del posible control que el facultativo haya podido tener en el curso normal de la actividad médica, debe ser apreciada *res ipsa loquitur*.

4°. *Res ipsa loquitur* no es una presunción en el sentido técnico jurídico, sino un sistema de razonamiento deductivo de la culpa del profesional médico a partir de una evidencia. A diferencia de las presunciones, *res ipsa loquitur* no exige al demandante demostrar el hecho indicio y el nexo causal, sino que a partir de la demostración del primero, el juzgador puede deducir tanto el hecho presunto como el nexo que lo conecta al indicio alegado de contrario, por simple aplicación de máximas de la experiencia.

5°. Igualmente, *res ipsa loquitur* tampoco implica una inversión de la carga de la prueba atribuida generalmente al actor en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino una mera alteración de los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el *onus probandi*. Siendo la evidencia misma una prueba suficiente de la negligencia, corresponde al demandado aportar sus propias pruebas en contra, lo que no supone una inversión de la carga, sino un complemento de la misma en un sentido opuesto para acreditar, bien las auténticas circunstancias en que se produjo el daño y que resultan ajenas al facultativo, bien la diligencia en su actuación, debido a la mayor disponibilidad y facilidad probatoria que tiene el profesional respecto del paciente.

#### **BIBLIOGRAFÍA:**

ALBALADEJO GARCÍA, M.: Derecho Civil II. *Derecho de obligaciones*, Ed. 14ª, Madrid, Edisofer, 2011.

ALBI NUEVO, J.: “La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Número 8, 2013, págs. 259-273.

BONILLA SÁNCHEZ, J.J.: *La responsabilidad médica extracontractual*, Murcia, Ediciones Laborum, 2004.

BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de prueba en la responsabilidad civil”, *Themis, Revista de Derecho*, Número 50, 2005, págs. 217-236.

BUSTO LAGO, J.M. (Coord.); REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.): *Lecciones de responsabilidad civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2013.

BUSTO LAGO, J.M.: “La responsabilidad civil médica y hospitalaria”, en BUSTO LAGO, J.M. (Coord.); REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.): *Lecciones de responsabilidad civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2013, págs. 297-328.

CAMAS JIMENA, M. (Coord.): *Responsabilidad médica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 1996.

GALÁN CORTÉS, J.C.: “Sentencia de 5 de enero de 2007: Responsabilidad médico-sanitaria. Infección hospitalaria. Nexo de causalidad. Doctrina del daño desproporcionado. Normativa específica de protección de los consumidores. Principio culpabilístico”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Número 74, 2007, págs. 995-1014.

GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad civil médica*, 4ª Ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2014.

GALÁN CORTÉS, J.C.: “Cuestiones actuales en responsabilidad civil médico-sanitaria (daño desproporcionado, aplicación de la normativa de consumo, consentimiento informado y responsabilidad de las aseguradoras de asistencia sanitaria)” en HERRADOR GUARDIA, M.J. (Dir.): *Derecho de daños*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2013.

GARCÍA GARNICA, M.C.: *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2010.

GÓMEZ POMAR, F.: “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Número 1, 2001, págs. 1-17.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “Daño desproporcionado: ¿presunción de culpa o facilidad probatoria? Una buena sentencia sobre responsabilidad médica”, *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, Mayo 2016, págs. 1-6.

HERRADOR GUARDIA, M.J. (Dir.): *Derecho de daños*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2013.

JIMÉNEZ CONDE, F.; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.; TOMÁS TOMÁS, S.: *Manual de Derecho Procesal Civil I*, Murcia, Diego Marín Librero-Editor, 2012.

LLAMAS POMBO, E. (Dir.): *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2014.

LUNA YERGA, Á.: “Fractura de rodilla en accidente de esquí y responsabilidad civil médico-sanitaria. Comentario a la STS, 1ª, 8.5.2003”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Número 4, 2003, págs. 1-4.

MAGRO SERVET, V.: *Guía práctica de responsabilidad sanitaria*, Madrid, La Ley, 2007.

NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, Número 56, Fascículo 3, Julio 2003, págs. 1197-1230.

RODRÍGUEZ GARCÍA, M.: “Aspectos básicos de la doctrina del daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Alcalá de Henares*, Número 6, 2013, págs. 199-218.

SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Número 8, 2013, págs. 240-258.

SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, en CAMAS JIMENA, M. (Coord.): *Responsabilidad médica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 139-212.

VÁZQUEZ BARROS, S.: “Prueba de la responsabilidad”, en VÁZQUEZ BARROS, S.: *Responsabilidad civil de los médicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 1-15.

VICANDI MARTÍNEZ, A.: “El daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria. Un estudio jurisprudencial”, *Revista Nomos, Universidad de Viña del Mar*, Número 3, 2009, págs. 221-241.

XIOL RÍOS, J.A.: “Posición actual del Tribunal Supremo ante los pleitos de daños”, en HERRADOR GUARDIA, M.J. (Coord.): *Derecho de daños*, Las Rozas (Madrid), Sepín, 2011, págs. 17-112.