

*Grau en Dret*  
Treball de fi de Grau (21067/22747)  
Curs acadèmic 2020-2021

**REGLA *RES IPSA LOQUITUR* Y DAÑO  
DESPROPORCIONADO**  
ANÁLISIS EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Clara Bisbal Comella  
204846

Tutor del trabajo:  
Carlos Ignacio Gómez Ligüerre



## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD**

Yo, CLARA BISBAL COMELLA, certifico que el presente trabajo no ha estado presentado para la evaluación de ninguna otra asignatura, ya sea en parte o en su totalidad. Certifico también que su contenido es original y que soy la única autora, no incluyendo ningún material anteriormente publicado o escrito por otras personas exceptuando aquellos casos indicados a lo largo del texto.

Como autora de la memoria original de este Trabajo de Fin de Grado autorizo a la UPF a depositarla y publicarla en el e-Repositori: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en cualquier otra plataforma digital creada para o participada por la Universidad, de acceso abierto por Internet. Esta autorización tiene carácter indefinido, gratuito y no exclusivo, es decir, soy libre de publicarla en cualquier otro lugar.

CLARA BISBAL COMELLA  
MARGANELL, 28-05-2020

## RESUMEN

La responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario se rige por las normas generales de responsabilidad por culpa y requiere que las pruebas deben ser aportadas por la parte actora. No obstante, hay veces que el profesional sanitario lleva a cabo una actividad dentro de su esfera de acción de la que resulta un daño desproporcionado, pero que, por ciertas circunstancias, los hechos no pueden ser probados por el perjudicado. La regla *res ipsa loquitur* aparece en estos casos para reducir la dificultad de practicar prueba para la parte que se encuentra menos informada, de manera que quien tendrá más facilidad para aportar pruebas, deberá hacerlo. Se exige al perjudicado que se cumplan los elementos que constituyen la doctrina para que el tribunal, mediante unas máximas de experiencia común, deduzca la negligencia. Se trata pues, de una creación ficticia que permite afirmar que “las cosas hablan por sí solas”, es decir, deducir de las circunstancias unas presunciones para superar la problemática de probar la relación entre los hechos y el resultado dañoso.

**Palabras claves:** *Res ipsa loquitur; Derecho de daños; responsabilidad sanitaria; evidencia; daño desproporcionado; presunciones judiciales; carga de la prueba.*

## ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN .....	1
2.	RES IPSA LOQUITUR Y LA RESPONSABILIDAD SANITARIA.....	2
2.1	Concepto y fundamento .....	2
2.2	Origen y evolución.....	4
2.3	Ámbito de aplicación .....	7
3.	CARGA DE LA PRUEBA .....	9
4.	FUNCIONAMIENTO DE RES IPSA LOQUITUR: PRESUNCIÓN JUDICIAL.	14
5.	RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y RES IPSA LOQUITUR .....	16
5.1	Objetivación de la regla res ipsa loquitur.....	16
5.2	Régimen de responsabilidad objetiva de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios .....	19
6.	ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA REGLA RES IPSA LOQUITUR .....	20
6.1	Que el evento dañoso sea de aquel tipo de los que ordinariamente no ocurren ante la ausencia de negligencia de un individuo .....	21
6.2	Que el daño sea consecuencia de una conducta que se encuentre en control exclusivo del demandado .....	23
6.3	Que el propio demandante no haya contribuido a la causación del daño .....	25
7.	DAÑO DESPROPORCIONADO: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA .....	26
7.1	Concepto .....	26
7.2	Evolución y características jurisprudenciales .....	27
8.	CONCLUSIONES FINALES .....	32
9.	BIBLIOGRAFÍA.....	34
10.	LEGISLACIÓN .....	37

## 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los derechos más importantes a nivel social e individual para una persona es la salud. Actualmente, somos partícipes de cada avance que hace la ciencia y de toda aplicación innovadora en el ámbito sanitario, dando cada vez mejores resultados para el paciente. No obstante, como toda actividad humana, existen errores en la práctica que pueden dar un resultado indeseable y totalmente diferente al esperado.

Conforme a nuestro régimen general de responsabilidad, en los casos en que la tarea del facultativo puede ser objeto de un procedimiento de negligencia médica, el criterio utilizado es siempre la responsabilidad por culpa o negligencia, tanto si nos encontramos en el ámbito civil (centros privados) como en el contencioso-administrativo (centros públicos).

Uno de los aspectos más relevantes de esta responsabilidad es la aportación de pruebas en el proceso judicial por parte del perjudicado, ya que, de lo contrario, se desestima la demanda. A la vez, esto se convierte en la principal problemática en este tipo de procesos de carácter médico-sanitario. Se habla de una relación demandante-demandado desequilibrada, en el sentido de que esta última posee mucha más información y conocimiento técnico de la situación en comparación a la primera.

El particular perjudicado debe enfrentarse a una carga superior ya que ni siquiera sabe con certeza cómo ocurrieron los hechos y, en la mayoría de casos, cuando se produce el daño, el paciente se encuentra en un estado de inconsciencia plena o parcial debido a la anestesia de la intervención médica. Aparece aquí la doctrina de *res ipsa loquitur* como un mecanismo probatorio particular con el objetivo de facilitar la tarea para el demandante con el instrumento de la presunción judicial.

La regla general sobre la carga de la prueba no exigiría a los facultativos la obligación de acreditar su diligencia. Ahora, por la naturaleza del ámbito sanitario en la que nos encontramos, se crea un deber para el demandado de manera que se le presiona para que alegue y demuestre que su tarea se realizó correctamente. Por consiguiente, una de las características de esta regla es dar la oportunidad de probar que su participación en el

proceso fue diligente, así como dar una garantía plena al demandante que busca respuesta y solución a su situación.

El objeto del presente trabajo es, por un lado, analizar cómo se configura la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito de la responsabilidad médica; y por otro, una aproximación a la teoría del daño desproporcionado utilizada por los tribunales españoles en estos casos.

Se pretende hacer un análisis de los aspectos más relevantes de la doctrina para comprender su aparición en nuestro sistema, la necesidad y los elementos constitutivos para poder invocarla en un proceso judicial. La finalidad principal es ver cual es el procedimiento habitual de esta regla y examinar el tratamiento de los tribunales cuando se pretende utilizar como argumentación.

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

### **2.1 Concepto y fundamento**

La regla *res ipsa loquitur* aparece como instrumento en el ámbito de Derecho de daños (*Tort Law*) en situaciones en las que el perjudicado reclama unos daños sufridos, pero se encuentra dificultades para demostrar los elementos de la responsabilidad. Es utilizada en los procesos judiciales en los que no se puede probar la relación de causalidad entre la conducta negligente del demandado y el daño sufrido al no conocerse exactamente qué fue lo que ocurrió, pero se puede inferir que el hecho generador del daño ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo<sup>1</sup>.

El transcurso de las acciones que produce el resultado imposibilita poder probar el hecho que causó el daño, pero, debido a la manera en la que ha ocurrido éste, se deduce que el mismo ha sido producto de una negligencia.

De modo que se idea un mecanismo para presumir ante unos hechos que la culpa de una persona fue la causa del accidente. De esta manera, se superan los problemas de la prueba de la culpa sin alejarse del todo del modelo de la culpa.

---

<sup>1</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A. (2003) *Cuando las cosas hablan: El res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil*. THEMIS: Revista de Derecho, ISSN 1810-9934, Nº. 50, pág 219.

Nos encontramos ante una evidencia que crea una deducción de negligencia, lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente de la que no se conocen los detalles exactos.

Conceptualmente, en la regla *res ipsa loquitur* no hace falta que el resultado sea anormal como sucede con la culpa virtual (*faute virtuelle*), caracterizada por la irregularidad del resultado<sup>2</sup>. Basta con que sea un suceso de los que normalmente se producen por culpa sin la necesidad de que se hubiera dado un resultado anómalo, esto es, solo con la evidencialidad del resultado<sup>3</sup>.

Para clarificar los hechos objeto de enjuiciamiento, estamos ante una situación de descompensación. Quien tiene el dominio de la actividad está más dotado y tiene más información en comparación a la parte que no la controla. Por este motivo, esta regla proporciona una mejor respuesta a la posición más débil al reclamar la responsabilidad patrimonial a la Administración<sup>4</sup>. De otro modo, si se obligara a la parte que no ha tenido en ningún momento el control de la situación a tener que probar, quien más información tuviese, tendría el incentivo para no producir prueba alguna sobre lo ocurrido.

Una de las ideas clave para la correcta aplicación de la regla es la exigencia de que la causa del accidente sea completamente desconocida. Un claro ejemplo es el caso inglés *Barkway v. South Wales Transport Co.*<sup>5</sup>. En este asunto, el demandante resultó herido cuando un autobús se salió de la carretera debido a un defecto latente e indetectable en el neumático que lo hizo reventar. El Tribunal señaló que, cuando no fuese posible que el demandante demostrase exactamente cuál había sido la causa del accidente, se presumiría el incumplimiento si el demandado había tenido el control de la situación y el accidente no se produjo durante el transcurso ordinario de una actividad.

---

<sup>2</sup> FRÍAS ENRÍQUEZ, ALMA R. (2020) *Gestión de Conflictos en el Estado de Derecho: El debido proceso en la aplicación de la regla res ipsa loquitur y el daño desproporcionado en el juicio civil*. Edición electrónica, pág. 74. La autora señala que el daño desproporcionado nace de la doctrina francesa de la culpa virtual y es aplicado por el Tribunal Supremo Español en forma conjunta con la regla *ipsa loquitur* y reglas similares.

<sup>3</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, MARTA M. (2013) *El daño desproporcionado*. Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 8, pág. 250. <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

<sup>4</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A. (2003) *Cuando las cosas hablan: El res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil*, pág. 219

<sup>5</sup> *Barkway v. South Wales Transport Co., Ltd* (1950).

Se sostuvo que la doctrina también exigía que los hechos que produjeron el daño no fueran conocidos por el demandante.

El Juez entendió que, en los casos que se conocen todos los hechos relevantes sobre la producción del accidente, como era el presente, en el cual el demandante sí conocía la explicación y los hechos (defecto y, consecuentemente, estallido del neumático), no era aplicable *res ipsa loquitur*. Como tal, el demandante conservó la carga de probar la negligencia, como es habitual.

De esta manera, se diferencia los casos en los que se sabe qué pasó (en cuyo caso el juzgador debe analizar si la conducta demostrada era o no negligencia) de los que se sabe que hubo un daño, pero no se sabe a ciencia cierta cómo ocurrieron las cosas.

## 2.2 Origen y evolución

La primera vez de la que se tiene constancia que se utilizó la regla fue en el discurso de Marco Tulio Cicerón en favor de su amigo Tito Annio Milón, acusado de asesinar a su rival político en el año 52 a.C. (Antigua Roma). Cicerón intentó demostrar que, si Milón mató a Clodio, fue en legítima defensa, ya que la hora, el lugar y otras circunstancias, revelaban la falta de intención de cometer un asesinato. A lo largo de la argumentación, aunque no emplea siempre los mismos términos, se basa en indicios<sup>6</sup>.

Tal y como la conocemos hoy, esta doctrina nace en la jurisprudencia de los países anglosajones en el ámbito del Derecho de daños. La primera vez que se utilizó la expresión *res ipsa loquitur* fue en el siglo XIX en Reino Unido (*Common Law: the thing speaks for itself*)<sup>7</sup> con el conocido caso *Byrne v. Boadle*<sup>8</sup>, en el que el demandante fue herido por la caída de un barril de harina desde una ventana de un segundo piso de una tienda. El demandante no aportó ninguna prueba directa de la negligencia del propietario o de sus empleados.

Se presumió que el simple hecho de que hubiera caído un barril en tales circunstancias, ya en sí mismo, demostraba que existía negligencia, a pesar de que nunca se supo a

---

<sup>6</sup> FEDELI, P. (1999). *Estrategias retóricas en el pro Milone de Cicerón*. Auster (4), 95-109. En Memoria Académica. <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/artrevistas/pr.2754/pr.2754.pdf>;

<sup>7</sup> NAVARRO MICHEL, M. (2003) *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*. Anuario de Derecho Civil, Vol. 56, N° 3, págs. 1197-1230.

<sup>8</sup> *Byrne v. Boadle* 159 Eng. Rep. 299 (Exch. 1863). <https://h2o.law.harvard.edu/collages/566>



ciencia cierta cómo ocurrieron los hechos. El pronunciamiento de la Corte fue claro: “(...) *Es cierto cuando se dice que existen muchos accidentes de los que no puede derivarse una presunción de negligencia, pero creo que sería un error establecer una regla según la cual no puede surgir nunca una presunción de negligencia del hecho de un accidente. Supongamos en este caso que el barril rodó fuera del almacén y cayó sobre el demandante. ¿Cómo podría demostrarse con certeza cuál fue la causa de lo ocurrido? Es obligación de la persona que guarda barriles en un almacén tomar cuidado para que no rueden hacia fuera, y creo que tal caso debería, fuera de toda duda, establecer prima facie evidencia de negligencia. Un barril no se puede rodar fuera de un almacén sin alguna negligencia y decir que el demandante que fue herido es el que debe traer testigos me parece descabellado*”.

De esta resolución se puede extraer una idea importante, y es que, si el demandado tiene en su esfera de acción y en su poder el instrumento que pudo causar el daño mediante una actuación suya, se entiende que es suficiente para considerar la existencia de una negligencia, aunque no pueda probarse exactamente los hechos ocurridos para llegar a ésta.

De esta misma sentencia también se discutió si se podía considerar *res ipsa loquitur* propiamente una doctrina y, consecuentemente, cuál era la manera correcta de aplicarla. Se le dio valor más como una simple aplicación del sentido común que de una doctrina en sí: “*La máxima no es más que una simple regla de prueba que afecta al responsable. Se basa en el sentido común, y su propósito es hacer viable la justicia que debe hacerse cuando los hechos referidos a la causalidad y al cuidado ejercido por el demandado están fuera del conocimiento del demandante, pero están o deberían estar en conocimiento del demandado*”<sup>9</sup>. Así pues, es la simple aplicación de un mecanismo basado en la experiencia común en la que “si el demandado parece ser el único que pudo causar el daño con culpa, entonces él es el culpable”.

---

<sup>9</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A. (2003) *Cuando las cosas hablan: El res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil*, 220

La formulación clásica de esta regla proviene de una sentencia dictada dos años más tarde en el asunto *Scott v. London & St. Katherine Docks Co.*<sup>10</sup> en el que el demandante sufrió lesiones al caerse varios sacos de azúcar mientras caminaba junto a un almacén.

El Tribunal estableció que: “*Cuando el objeto que causa el daño está bajo el control del demandante o sus empleados, y se produce un accidente que no suele ocurrir en el curso normal de los acontecimientos si quienes están encargados de controlar la situación actúan con diligencia, a falta de una explicación por parte del demandante, constituye prueba razonable de que el accidente se produjo por falta de diligencia*”.

Por lo tanto, el mero hecho de la producción de un daño explica, por sí mismo, la historia y el origen de su causación, salvo que el demandado sea capaz de justificar el resultado lesivo de otra forma.

En el entorno anglosajón de EE.UU. se establecía que, para desvirtuar la presunción, se debía demostrar que el daño pudo haber ocurrido por otra causa, siempre que la eventualidad no fuese excesivamente remota e inusual. No obstante, aunque el demandado probase que el evento dañoso no fue ocasionado por su negligencia, no se desvirtuaba la presunción. A raíz de esto, la sentencia no desestimaba la petición del demandante solo basándose en la aportación de pruebas probando su diligencia.

Frente a esta parte de la doctrina anglosajona, se encuentra la del Reino Unido, caracterizada por tener un sector doctrinal que estimaba suficiente demostrar que el demandado actuó diligentemente<sup>11</sup>.

En sus comienzos, la regla *res ipsa loquitur* no era más que una prueba circunstancial que servía al jurado para afirmar, de la existencia misma del daño, que había sido ocasionado por la negligencia del demandado. Durante mucho tiempo, se ha venido confundiendo con otros mecanismos probatorios. Así mismo, en algunos Estados de los EE.UU., han llegado a invertir la carga de la prueba con la alegación de *res ipsa loquitur*. Por otro lado, también se confundió con una antigua regla del *Common Law*

---

<sup>10</sup> *Scott v. London and St. Katherine Docks Co* (1865) 3 H&C 596.

<sup>11</sup> NAVARRO MICHEL, M. (2003) *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*, págs. 1213-1214. La autora señala que algunos Estados de los EE.UU., han llegado a aplicar la inversión de la carga de la prueba cuando se alega *res ipsa loquitur*, hecho provocado por una confusión con otros mecanismos probatorios.

que era aplicada en casos tasados por ley y en relaciones en las que el demandado había asumido una especial responsabilidad por la seguridad del demandante<sup>12</sup>.

Así pues, en ocasiones, se ha aplicado erróneamente la regla en situaciones y hechos que no cumplen las características para la utilización de este mecanismo.

En el origen de la teoría de *res ipsa loquitur* radica el problema principal de la dificultad probatoria de un daño. La característica distintiva de esta doctrina con otras es justamente la imposibilidad de conocer la producción de un daño<sup>13</sup>. Esto nos indica que el hecho de que se produzca un resultado dañoso, en sí mismo, explica la causación de la negligencia. Por lo que, aunque esta causación no pueda demostrarse de manera directa, se deduce por sentido común que el accidente no podría haber ocurrido si se hubiese dado el transcurso ordinario de esa situación.

### 2.3 Ámbito de aplicación

Esta regla empezó a ser usada en los tribunales angloamericanos (EE.UU. y Reino Unido) en los “*falling object cases*” al referirse a daños causados por caídas de sacos de azúcar o barriles de harina desde almacenes. Se consideraba que cuando algo le caía encima a alguien, no se podía decir que no había negligencia (*in the absence of negligence, things do not fall on people*)<sup>14</sup>.

Al principio, esta presunción de evidencialidad no se aplicaba en los casos de mala praxis médica, precisamente por la dificultad que conllevaba integrar los accidentes médicos en la experiencia habitual de la vida. Podía llegar a ser difícil encontrar relación entre la experiencia común de la vida y el ámbito sanitario. Se entendía que un paciente podía haber sufrido un daño, pero sin ser necesariamente provocado por la negligencia del demandado; por ejemplo, causado por un riesgo típico de una intervención.

---

<sup>12</sup> *Christie v. Griggs*, 2 Camp. 79, 170 Eng. Rep. 1088 (1809). En este asunto resultó herido un pasajero a causa de la no diligencia del transportista, la cual se consideró que se rompió y se invirtió la carga de prueba.

<sup>13</sup> BAUZÁ MARTORELL, FELIO J. (2016) *Presunción de la culpa: La deducción de la negligencia en la responsabilidad patrimonial de la Administración*, págs. 373-341.

<sup>14</sup> SOLÉ FELIU, J. (2018) *Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria*. Revista de Derecho Civil, vol. V, Nº 1, pág. 71-72. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>

Se empezó a utilizar a partir de mediados del siglo XX para que el demandante pudiese tener acceso a un proceso judicial con garantías y solo para casos considerados obvios, como la dejación de objetos en el cuerpo de un paciente tras una operación o la extracción de un miembro u órgano equivocado<sup>15</sup>.

No obstante, las primeras demandas por supuestas malas praxis no llegaban a ser examinadas por un jurado, eran rechazadas (*nonsuit*) directamente porque el demandante no aportaba suficientes pruebas.

Para que no se viera vulnerado el derecho del demandante al acceso a un proceso judicial, se solucionó alegando la regla *res ipsa loquitur* aunque esto no aseguraba una sentencia estimatoria. En el asunto *Byrne v. Boadle* en el que se invocó *res ipsa loquitur*, se evitó el *non trial*<sup>16</sup> aunque la petición del actor acabó por desestimarse.

Poco a poco empezó a ser admitida sobretodo para superar los obstáculos que se encontraban los tribunales con la “conspiración de silencio” de los médicos. Se llamaba así la negativa reiterada de los facultativos a declarar en un juicio o elaborar un informe cuando iba a perjudicar a algún compañero de profesión.

La justificación de la necesidad de esta regla recae en lo que se analiza anteriormente. Ante una reclamación de este tipo, el principal problema infiere en la pasividad del demandado a la hora de explicar y probar el método adoptado en una tarea particular, por lo que *res ipsa loquitur* impide justamente estas actitudes velando por un proceso judicial con garantías. Este mecanismo ha servido para presionar al demandado a aportar pruebas al proceso y evita que el profesional quede absuelto de toda responsabilidad cuando decide no aportar prueba alguna<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> NAVARRO MICHEL, M. (2003) *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*, pág. 1198.

<sup>16</sup> *Non trial* como concepto jurídico que significa “dejar al demandante sin proceso judicial”.

<sup>17</sup> NAVARRO MICHEL, M. (2003) *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*, págs. 1200-1201. La autora señala que ese ha sido el factor más importante en el desarrollo de esta doctrina pero que esto, puede conllevar un problema: que se convierta una regla de aplicación y alcance general en el ámbito sanitario y que deje de tener sentido su aplicación excepcional.

### 3. CARGA DE LA PRUEBA

En un primer plano, el régimen general de responsabilidad está establecido por la Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil en su artículo 217<sup>18</sup>. Tal artículo establece que *“Corresponde al demandante la carga de 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 tal forma que, el reclamante soporta las consecuencias desfavorables de la falta de prueba suficiente<sup>19</sup>.

Por regla general, en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad, ya sea más o menos objetiva<sup>20</sup>, por lo que, consecuentemente, no cabe una aplicación de la inversión de la carga de la prueba. No obstante, esta institución es aplicada en todo caso en los supuestos del apartado cuarto y quinto del artículo 217, en el que siempre corresponderá al demandado probar la ausencia de negligencia en casos de discriminación por razón de sexo y competencia desleal y publicidad ilícita<sup>21</sup>.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1989 y 24 de mayo de 1990, entre muchas otras, ya afirmaron: *“En los supuestos de responsabilidad por infracción de deberes profesionales o de la lex artis, no es de general aplicación la inversión de la carga de la prueba”*. Más adelante afirmó la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1997: *“El mecanismo de prueba de responsabilidad será el acorde con lo antes dicho a propósito de la responsabilidad contractual: el actor o paciente habrá de acreditar, no solo el daño sino la autoría y relación de causalidad y hasta la infracción de los deberes profesionales o lex artis ad hoc”*<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil «BOE» núm. 7, de 08 de enero de 2000. BOE-A-2000-323. En adelante: LEC.

<sup>19</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. (2016) *Daño desproporcionado: ¿Presunción de culpa o facilidad probatoria?* N° 17/2016 Revista CESCO de Derecho de Consumo, pág. 267.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 267/2004 (Sala de lo Civil) de 26 marzo de 2004, N° de Recurso 1458/1998 y GONZÁLEZ CARRASCO, M.A. (2016) *Daño desproporcionado: ¿presunción de culpa o facilidad probatoria?*

<sup>21</sup> Artículo 217.4 y 5 de la LEC: *“4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.” “5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”*

<sup>22</sup> LLAMAS POMBO, E. (2002) La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas. Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal. ISSN 1577-7219, N° 2, 2002, págs. 487-546.

Las reglas de la carga de la prueba son de aplicación tanto en vía civil como en vía contencioso-administrativa, aunque la propia naturaleza hará que la situación en la que se verá envuelto el reclamante sea distinta<sup>23</sup>. Por lo tanto, la determinación de la vía vendrá determinada por las normas de competencia según contra quién se dirija la pretensión. Cabe distinguir, por un lado, que se reclamará por vía administrativa cuando nos encontremos en el ámbito de la sanidad pública y se dará por vía civil en los casos en los que la intervención se lleve a cabo en centros privados.

El criterio de imputación de la responsabilidad civil extracontractual se encuentra establecido en el artículo 1902 del Código Civil<sup>24</sup>, que se funda en la culpabilidad y exige del demandante la demostración de la relación o nexo de causalidad, así como la de la culpa, en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles<sup>25</sup>.

Así pues, nos encontramos en la misma apreciación de la responsabilidad que establece la LEC, en el que la prueba de la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc* corresponde al demandante.

Es relevante aclarar que la obligación del médico en el ámbito sanitario es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendiendo al estado de la ciencia médica en ese momento. Solo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente, y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, pueden servir de base para declarar su responsabilidad<sup>26</sup>. Por lo tanto, en estos casos solo se exigen como criterios de responsabilidad el nexo causal y la infracción de las normas de la buena práctica médica<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> ALBI NUEVO, J. (2013) *La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria*. Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 8/2013, pág. 263. <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

<sup>24</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. El artículo 1902 establece: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 922/2005 (Sala de Lo Civil) de 24 de noviembre de 2005, N° de Recurso 1481/1999.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 167/2006 (Sala de Lo Civil) de 15 de febrero de 2006, N° de Recurso 2626/1999.

<sup>27</sup> ALBI NUEVO, J. (2013) *La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria*, pág. 262.

Pero, ¿qué ocurre en los supuestos en que no se pueden probar los elementos de responsabilidad porque no se conoce la relación de causalidad entre los hechos y el daño? ¿Qué hace la víctima, quien es la que tiene la carga de probar, en los casos en que no puede demostrar que el demandado causó el hecho que conllevó el perjuicio?

En este punto, entra en plano la regla *res ipsa loquitur*, de la cual el Tribunal Supremo estableció lo siguiente: “No comporta responsabilidad objetiva ni la aplicación de una regla procesal de inversión de carga 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>28</sup>. Realmente, no se puede hablar propiamente de una inversión de la carga de probar como tal, sino de la creación de unas evidencias a partir de los hechos del caso. Aplicar la regla *res ipsa loquitur* no supone una alteración del régimen general de la carga de prueba como se ha venido afirmando en muchos estudios doctrinales.

Por consiguiente, no es correcto afirmar que existe una inversión ya que la carga de probar los hechos que responsabilizan al profesional médico del daño ocasionado sigue correspondiendo al demandante, pero sí hay una mera alteración de los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el *onus probandi*<sup>29</sup>.

Aunque no se pueda afirmar que sea una presunción general de culpa propiamente dicha, su funcionamiento es esencialmente similar<sup>30</sup>, ya que opera a favor de la víctima una vez que ésta prueba el daño, la conducta que lo originó y la relación de causalidad. Comprobadas estas circunstancias, quién soportará la responsabilidad en caso de no probar que actuó diligentemente, será el demandado.

Por lo tanto, se dice que el mecanismo *res ipsa loquitur* activa una presunción (como sinónimo de deducción) *iuris tantum* de culpabilidad por la producción de un resultado que no tiene que ser necesariamente anormal, pero sí tiene que derivar de una actuación

---

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1/2011 (Sala de Lo Civil) de 20 de enero de 2011, N° de Recurso 1565/2007.

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 284/2014 (Sala de Lo Civil), de 6 de junio de 2014, N° de Recurso 847/2012, entre muchas otras.

<sup>30</sup> NAVARRO MICHEL, M. (2003) *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*, pág. 1207.

culposa o negligente, pudiendo ser desvirtuada esta deducción mediante la explicación por el facultativo del origen del daño<sup>31</sup>.

Lo que ocurre en las situaciones donde se aplica *res ipsa loquitur* es que, más allá de las argumentaciones que pueda aportar el actor, recae sobre el demandado “el deber” de aportar prueba en contra, ya que se considera que es él quien está en una situación más ventajosa, puesto que el deber procesal de probar recae fundamentalmente sobre los facultativos demandados.

Al tratarse de una relación descompensada y en el que una posición se encuentra con mayores dificultades para buscar las pruebas, quien tiene mejor acceso a ellas son los médicos o los centros hospitalarios por su conocimiento de la profesión<sup>32</sup>.

Pretende esta regla que, en vez de que el demandado obtenga una sentencia favorable a causa de la inexistencia de pruebas del demandante, se revierta esta situación y se evite el llamado efecto de *smoking out* (se hicieron humo) de las pruebas que están bajo control de la parte no interesada en que se encuentren<sup>33</sup>.

Por lo tanto, estamos hablando de un efectivo traslado de carga de la prueba a la parte que tiene mayor facilidad para acceder al material probatorio en la que le recae probar las circunstancias que se dirigen a evitar la responsabilidad.

Este mecanismo de traslado de la prueba se relaciona legislativamente con el apartado séptimo del artículo 217 de la LEC, en el que se contemplan estas reglas de aplicación de la carga de la prueba teniendo en cuenta los principios de proximidad y facilidad probatoria. Estos fundamentos afirman que, si la contraparte es la que posee el medio probatorio, e incluso tiene mayor accesibilidad a la prueba que el actor, conllevará el deber de aportarlos en el juicio.

---

<sup>31</sup> ÁLVAREZ SARABIA, M. (2016) *Res ipsa loquitur y el daño desproporcionado en la responsabilidad médica*, pág. 21. <http://revistas.um.es/analesderecho>. La autora señala que, a pesar de la frecuencia en la que se suele asociar la figura de la presunción con la inversión de la carga de la prueba, 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 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>32</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1152/2002 (Sala de lo Civil), de 29 de noviembre de 2002, Nº de Recurso 1270/1997.

<sup>33</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A. (2003) *Cuando las cosas hablan: El res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil*, pág. 221 en ABRAHAM, Kenneth S. (1997) *The forms and Functions of Torts Law*, pág. 91.



Además, tanto la disponibilidad como la facilidad probatoria participan del deber constitucional de colaborar con la justicia que contempla el artículo 118 de la Constitución Española<sup>34</sup>, que se traduce en el deber de traer al proceso una prueba aun siendo contraria a sus propios intereses, todo ello dirigido al esclarecimiento de los hechos. Y ello sin olvidar el principio constitucional de justicia a que estas reglas sirven, tratando de evitar que la víctima de un daño sea doblemente víctima: del daño y de la imposibilidad de probar su causa<sup>35</sup>.

Tal y como se pronuncia el autor LUNA YERGA<sup>36</sup> sobre la disponibilidad probatoria, el apartado séptimo exige tener en cuenta la existencia de obstáculos que dificulten a una de las partes la práctica de un medio de prueba, mientras que para la otra ésta resulta más fácil (*cheaper information provider*). La jurisprudencia ha sido bastante sensible a estas consideraciones afirmando que las partes deben soportar la carga de la prueba conforme a la regla general, excepto cuando el levantamiento de la carga de un hecho sea extremadamente difícil para la parte a quien legalmente corresponde acreditarlo<sup>37</sup>.

En consecuencia, a la vista de las circunstancias del caso (desproporción entre intervención y resultado), el reclamante no habrá de probar la culpa, sino que la carga de la prueba recaerá sobre el profesional sanitario o el centro titular, por estar en mejores condiciones para probar la diligencia empleada en la intervención<sup>38</sup>.

Como hemos dicho anteriormente, el funcionamiento de *res ipsa loquitur* se asemeja a las presunciones judiciales, por lo que, evidentemente, admite prueba en contrario. Es preciso añadir que, si el demandado no ofrece ningún elemento de prueba en contra, la

---

<sup>34</sup> Constitución Española, Cortes Generales «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Referencia: BOE-A-1978-31229. El artículo 118 establece que: “*Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto*”.

<sup>35</sup> BAUZÁ MARTORELL, FELIO J. (2016) *Presunción de la culpa: La deducción de la negligencia en la responsabilidad patrimonial de la Administración*. Revista de Administración Pública, núm. 201, págs. 377.

<sup>36</sup> LUNA YERGA, Á. (2003) *Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria*, InDret. Working Paper núm. 165, pág. 11.

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 2 de diciembre de 1996. Esta sentencia se pronuncia en este sentido resolviendo un caso en el que la paciente sufrió una anoxia cerebral a consecuencia de la fuerte hemorragia que le sobrevino tras dar a luz con aparente normalidad y que sólo pudo ser detenida mediante una histerectomía subtotal.

<sup>38</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. (2016) *Daño desproporcionado: ¿Presunción de culpa o facilidad probatoria?*, Nº 17/2016 Revista CESCO de Derecho de Consumo, págs. 267-268.

sentencia no será necesariamente condenatoria. Por el contrario, si el actor no prueba suficientemente como para convencer al juez de que las alegaciones son ciertas, se desestimarán la petición y en ningún caso se invertirá la carga de la prueba al demandado<sup>39</sup>.

Con todo esto, el juez va a valorar tanto los hechos alegados como las pruebas de las partes, así como todas las circunstancias concretas del caso para valorar si de todos ellos se desprende o no la responsabilidad del facultativo<sup>40</sup>.

#### 4. FUNCIONAMIENTO DE *RES IPSA LOQUITUR*: PRESUNCIÓN JUDICIAL

Los mecanismos de facilitación probatoria aparecen para favorecer a la carga de la prueba cuando existe la imposibilidad de que el demandante demuestre que el daño sufrido fue producido por los hechos causados por el facultativo. Como se ha mencionado antes, estos mecanismos permiten al juez alterar las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba en beneficio de una de las partes del proceso según el artículo 217.7 de la LEC. Se trata de usar instrumentos cuya eficacia no queda circunscrita al ámbito de la responsabilidad sanitaria, sino que suelen tener un alcance más generalizado, de modo que los ordenamientos jurídicos recurren a ellos cuando existen razones que aconsejen su utilización<sup>41</sup>.

La forma que tiene la regla *res ipsa loquitur* de demostrar que el daño se produjo se traslada a la práctica como una evidencia. Esta regla, en sí misma, se considera una presunción judicial de negligencia que, por ser *iuris tantum*, permite la prueba en contrario y en la que se caracteriza por ser un juicio probabilístico de sentido común basado en la experiencia de la vida<sup>42</sup>. Su funcionamiento es muy similar al mecanismo de las presunciones, por lo que es preciso ver cómo actúan éstas.

---

<sup>39</sup> NAVARRO MICHEL, M. (2003) *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*, Vol. 56, Nº 3, págs 1211-1212.

<sup>40</sup> ÁLVAREZ SARABIA, M. (2016) *Res ipsa loquitur y el daño desproporcionado en la responsabilidad médica*, pág. 23.

<sup>41</sup> SOLÉ FELIU, J. (2018) *Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria*. Revista de Derecho Civil, vol. V, Nº 1, págs. 61-62.

<sup>42</sup> GARCÍA CREMADES, G. (2015) *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo: Análisis especial de la regla “res ipsa loquitur”*, pág. 161.

En España, la operatividad de tal regla encuentra su marco normativo en el artículo 386 de la LEC como presunciones judiciales, un mecanismo probatorio que a partir de un hecho que ha sido demostrado, permite deducir otro.

La idea principal es que el tribunal podrá presumir la certeza de otro hecho si entre el demostrado y el presunto existe un enlace preciso. Hay tres elementos:

- a) Hecho admitido o probado, el cual indica la presunción.
- b) Hecho presunto deducido por el juez a través del indicio de la afirmación base.
- c) La existencia de una relación directa entre ambas afirmaciones según las reglas del criterio humano (máximas de la experiencia común).

En el ámbito médico, el juez puede deducir la negligencia debiendo apreciar esta conexión a partir de criterios de experiencia común o normalidad a partir del resultado del daño.

La única diferencia funcional entre la presunción judicial y la regla *res ipsa loquitur* es que, en esta última, bastará solo con demostrar el daño, ya que se considera que el hecho base y el hecho presuntivo son lo mismo (uno causa el otro). Aquí no hace falta probar la procedencia del daño porque se deduce que uno hecho desencadena el otro. En cambio, en las presunciones, el demandante deberá probar la relación de causalidad y el resultado dañoso, los cuales dejarán ver la negligencia que se trata de deducir<sup>43</sup>.

Así mismo, los tribunales españoles no son ajenos a emplear las presunciones judiciales *iuris tantum*, sobretodo en relación con la prueba de la culpa profesional y, en ciertos casos, también en relación al nexo de causalidad. Sin embargo, es importante tener en cuenta que no supone ningún cambio en las reglas generales sobre carga de la prueba, puesto que sigue siendo el demandante quien soporta la carga de la prueba y quiere convencer al juez del hecho presunto<sup>44</sup>. Pero, como se ha analizado anteriormente, le podría llegar a corresponder al demandado probar aquellas circunstancias que puedan desvirtuarlo o alegar que no existe un enlace directo entre los hechos y el daño.

---

<sup>43</sup> NAVARRO MICHEL, M. (2003) *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*, Vol. 56, Nº 3, págs. 1207-1208.

<sup>44</sup> SOLÉ FELIU, J. (2018) *Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria*. Revista de Derecho Civil, vol. V, Nº 1, pág. 265.

Por lo tanto, a causa de la permisón del juez a llegar a una evidencia probatoria a partir de la acumulaci3n de indicios sin necesidad de aportar prueba directa, se aligera el rigor de la carga de prueba.

No obstante, como todo m3todo probatorio, la presunci3n de negligencia se encuentra sujeta a los mismos l3mites que cualquier valoraci3n de prueba. Esto es, teniendo en cuenta el art3culo 11.1 de la Ley Org3nica del Poder Judicial<sup>45</sup>, de manera que se proh3be este m3todo en caso de que lesione determinados valores preferentes para el ordenamiento.

## **5. RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y *RES IPSA LOQUITUR***

### **5.1 Objetivaci3n de la regla *res ipsa loquitur***

La diferencia entre la regla de “la cosa habla por s3 misma” de la responsabilidad objetiva es esencial para entender como funciona esa primera. El elemento distintivo de *res ipsa loquitur* recae en el objetivo de dicha regla, siendo este la correcci3n de los desequilibrios existentes entre las partes, de manera que se pretende ayudar a la posici3n menos ventajosa (en estos casos al demandante), no teniendo que probar unos hechos en los que se ha visto dañado<sup>46</sup>.

Sin embargo, no son infrecuentes los casos en que la jurisprudencia confunde la responsabilidad objetiva con la presunci3n judicial de negligencia o culpa.

La responsabilidad de car3cter objetivo es una responsabilidad en la que no radica la culpa, se invoca sistem3ticamente por la concurrencia de hechos ya previstos en una norma. Esta responsabilidad se estipula en su art3culo 1902 del C3digo Civil<sup>47</sup> por el que por acci3n u omisi3n causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, est3 obligado a reparar el daño. Se caracteriza por prescindir del requisito de la infracci3n

---

<sup>45</sup> Ley Org3nica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Jefatura del Estado «BOE» n3m. 157, de 02 de julio de 1985. BOE-A-1985-12666. El art3culo 11.1 establece que: “*En todo tipo de procedimiento se respetar3n las reglas de la buena fe. No surtir3n efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”.

<sup>46</sup> S3NCHEZ S3NCHEZ, S. (2018) *Responsabilidad sanitaria de la Administraci3n P3blica: An3lisis especial de la regla “res ipsa loquitur”*, p3g. 12.

<sup>47</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el C3digo Civil. Ministerio de Gracia y Justicia «Gaceta de Madrid» n3m. 206, de 25 de julio de 1889. BOE-A-1889-4763.

como base y por no recurrir a la culpabilidad como criterio de imputación. Cualquier daño se considera indemnizable como consecuencia de los riesgos de determinadas actividades, sin ser de gran importancia la diligencia del autor. Es por esto que se establece un listado de supuestos en los artículos 1905-1910 del Código Civil, entre otros: responsabilidad por posesión de animales (artículo 1905), responsabilidad por la caída de árboles (artículo 1908 apartado 2), responsabilidad por humos excesivos (artículo 1908 apartado 3), etc.

Diferente tratamiento se da cuando estamos ante la posible negligencia de un facultativo médico, en la que se pretende aplicar *res ipsa loquitur* porque no se conoce la relación entre la causa y el daño. En este punto, no corresponde que opere automáticamente la negligencia del demandado como sí ocurre en responsabilidad objetiva. Aquí el juez debe inferir la misma a partir de la aportación de pruebas que le exija al proceso por su disponibilidad y facilidad probatorias. Al encontrarnos en sede de prueba de presunción, la aportación de pruebas por ambas partes resultará determinante para convencer al juez de que los hechos sucedieron mediando negligencia del demandado<sup>48</sup>.

Por otro lado, cabe añadir que las actividades de naturaleza sanitaria constituyen una obligación de medios que no de resultados<sup>49</sup>. Esto significa que el profesional no se obliga al logro de un concreto resultado, sino al despliegue de una conducta diligente e idónea del enfermo sobre la base de las reglas de la disciplina médica y su evolución, con ajuste a los conocimientos científicos, actualizados, que el título presupone, y en procura de lograr su curación, sin que se pueda asegurar el éxito del tratamiento<sup>50</sup>. Por esta razón, no se puede imputar la responsabilidad de los facultativos (de manera automática y objetiva) mientras prueben que han realizado su actividad profesional de manera diligente.

---

<sup>48</sup> BAUZÁ MARTORELL, FELIO J. (2016) *Presunción de culpa. La deducción de negligencia en la responsabilidad patrimonial de la Administración*. Revista de Administración Pública, núm. 201, págs. 387. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.201.15>

<sup>49</sup> LÓPEZ MENUDO, F., GUICHOT REINA, E. Y CARRILLO DONAIRE, JUAN A. (2005) *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Editorial Lex Nova, pág 136.

<sup>50</sup> TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. (2008) *Reparación de daños por "mala praxis" médica*. 2da edición, Editorial Hammurabi, pág. 49.

Concluye BULLARD GONZÁLEZ<sup>51</sup> que una aplicación sin límites de *res ipsa loquitur* podría generar un problema análogo al de la responsabilidad objetiva ya que llevaría a los facultativos a soportar una responsabilidad objetiva derivada del simple resultado, sin atender a si la actuación médica está ajustada a la *lex artis* y dejando al demandado sin posibilidad de demostrar su diligencia. Sin embargo, opina que el principio *res ipsa loquitur* es el paso previo a la responsabilidad objetiva por lo que tienen efectos similares.

De esta cuestión se pronuncia también NAVARRO MICHEL<sup>52</sup>. Reflexiona la autora que, si en la práctica se pretende utilizar la regla *res ipsa loquitur* en casos de causalidad compleja, deduciendo el recorrido causal más favorable para el demandante y prescindiendo de la negligencia o incluso de la relación de causalidad, se estará transformando hacia una responsabilidad objetiva. Es diferente si se demuestra la negligencia a través del instrumento presuntivo, aunque no sea por medios directos ya que, una vez acreditado un hecho, es irrelevante el mecanismo que haya conducido a ese convencimiento. Opina que es mucho más adecuada la aplicación de *res ipsa loquitur* por medio de un mecanismo de presunciones y no recurriendo a un sistema que pretende condenar al demandado cuya culpa no ha podido ser establecida previamente.

Por lo tanto, no sería correcto afirmar que nos encontramos en el ámbito objetivo de la responsabilidad ya que una de las características de la doctrina en relación a la actividad médica es justamente la de dar la oportunidad al facultativo de aportar pruebas y que pueda demostrar que su praxis fue correcta al realizar la actividad profesional. Pero tampoco sería inevitable encontrar similitudes entre las dos. De todas formas, no podemos olvidar el objetivo principal de esta regla, la cual no pretende llegar a la objetivación total y absoluta con unos supuestos tasados, sino dar a ambas partes la posibilidad de poder aportar pruebas y defenderse en un proceso judicial.

---

<sup>51</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A. (2003) *Cuando las cosas hablan: El res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil*, pág. 223.

<sup>52</sup> NAVARRO MICHEL, M. (2003) *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*, págs. 1215-1216.

## 5.2 Régimen de responsabilidad objetiva de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

Una de las cuestiones más controvertidas en relación a la responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario es la aplicación del artículo 148 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>53</sup>, concretamente sobre los daños originados por los “servicios sanitarios”.

A veces los tribunales aprecian mediante *res ipsa loquitur* una responsabilidad objetiva en relación a los daños originados en el correcto uso de los servicios sanitarios cuando incluyen la garantía de niveles de eficacia y seguridad y suponen controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad<sup>54</sup>. Sin embargo, aunque la resolución pueda citar la regla *res ipsa loquitur*, el fallo no depende de la misma en estos casos.

Conforme a la jurisprudencia mayor, dicho régimen especial de responsabilidad resulta de aplicación exclusiva a los centros sanitarios donde fue prestada la asistencia sanitaria que causó un daño al paciente y en el que se examina en base a un estándar de diligencia.

Una de las cuestiones más debatidas en nuestra jurisprudencia es la aplicación de este régimen de responsabilidad objetiva de la LGDCU a las demandas por responsabilidad civil médico-sanitaria. Con la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1998<sup>55</sup> se admitió su plena aplicación a los servicios sanitarios con un caso en que la demandante se le había inoculado el virus del SIDA a consecuencia de una transfusión de sangre contaminada en un hospital dependiente del INSALUD<sup>56</sup>.

Posteriormente, el Tribunal Supremo ha analizado esta responsabilidad de los centros sanitarios, tanto públicos como privados, conforme al estándar de responsabilidad objetiva de la LGDCU. Con todo, esta misma jurisprudencia ha valorado que este

---

<sup>53</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. Ministerio de la Presidencia «BOE» núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. BOE-A-2007-20555. En adelante: LGDCU.

<sup>54</sup> ÁLVAREZ SARABIA, M. (2016) *Res ipsa loquitur y el daño desproporcionado en la responsabilidad médica*, pág. 6.

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 101/1998 (Sala de Lo Civil) de 11 de febrero de 1998, Nº de Recurso 197/1994

<sup>56</sup> LUNA YERGA, A. (2003) *Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica*. Working Paper nº 141, Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, InDret 02/2003, pág. 9-10.

régimen de responsabilidad no alcanza a los facultativos ya que las obligaciones de medios no pueden ser valoradas desde un criterio de responsabilidad objetiva.

En conclusión, no sería adecuado que los Tribunales aplicasen el carácter objetivo de la responsabilidad ya que se contradeciría con la doctrina consolidada conforme la cual afirma que la obligación del médico es una obligación de medios y no de resultados, a excepción de los casos de medicina voluntaria o satisfactiva. Además, estaríamos ante un diferente tratamiento jurídico a realidades sustancialmente iguales, en el que se valorarían responsabilidades de facultativos de centros sanitarios y públicos de distinta manera. En efecto, la responsabilidad civil de los profesionales de centros sanitarios públicos solo podría ser exigida por la Administración Pública en vía de regreso<sup>57</sup> y cuando hubieran incurrido en dolo o culpa grave, excluyendo por completo su responsabilidad cuando su conducta no constituya un delito.

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

Para que el demandante pueda invocar la presente regla, se establecieron una serie de requisitos que deberán ser cumplidos y probados por éste. La formulación de los requisitos fue originariamente establecida por WIGMORE<sup>58</sup>, en su manual *Evidence* en 1905 y en la que hoy en día se consideran rígidos<sup>59</sup>.

Si no iguales, los requisitos de la regla en España, son muy parecidos a los que se aplican en la doctrina anglosajona.

Es preciso que para que sea de aplicación la regla se den los tres requisitos que se describen a continuación:

---

<sup>57</sup> La reclamación de responsabilidad a la Administración en materia sanitaria no exige la imputación previa al profesional sanitario, será necesario reclamar directamente ante la Administración y, si procede, será ésta la que ejercitará posteriormente la acción de repetición o regreso hacia el facultativo.

<sup>58</sup> WIGMORE, JOHN H. (1905) en *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law: Including the Statutes and Judicial Decisions of All Jurisdictions of the United States*, Volumen 4, Little Brown, págs. 3921.

<sup>59</sup> NAVARRO MICHEL, M. (2003) *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*, pág. 1201.



## 6.1 Que el evento dañoso sea de aquel tipo de los que ordinariamente no ocurren ante la ausencia de negligencia de un individuo

Este primer requisito *sine qua non* establece que, en base a las reglas de la experiencia, el sentido común y la opinión de expertos, se puede llegar a la conclusión de que el accidente no pudo ocurrir por factores diferentes a la culpa de alguien<sup>60</sup>.

En el conocido caso *Cowan vs. Tyrolean Ski Area, Inc.*<sup>61</sup> se rechazó la aplicación de la regla porque el demandante no pudo probar que el accidente fue causado por un acto negligente del demandado. El demandado subió a unas montañas usando un sistema de andanivel cuando sufrió un accidente y sufrió daños físicos. El Tribunal señaló que: “*El mecanismo de andanivel se encuentra fuera del ámbito de la experiencia común, y los jurados necesitarían del beneficio de opiniones de expertos antes que puedan eliminar toda otra posible negligencia causante diferente a la del demandado operador. Sobre este asunto, el experto describió distintas causas del mal funcionamiento que aparentemente podrían haber resultado tanto de un diseño defectuoso como de un mantenimiento defectuoso. Dado que este testimonio no tiende a eliminar la negligencia del diseñador o del fabricante del rango de causas posibles, ello resulta insuficiente para superar la carga del demandante*”<sup>62</sup>.

Se entendió que el accidente podría haber sido causado por alguna otra razón o circunstancia, por lo que el demandante falló en su intento de probar que el accidente no hubiera podido ocurrir en la ausencia de negligencia.

Otro caso relevante fue el llamado *Southeastern Aviation, Inc. V. Hurd*<sup>63</sup> en el que se estableció que la tal regla no es aplicable cuando el accidente pudo haber ocurrido en el curso ordinario de las cosas. Tal y como BULLARD GONZÁLEZ señala: “*Así, por ejemplo, si se produce un incendio durante una tormenta eléctrica, y no se puede descartar que un rayo hubiera podido originar el fuego, no es suficiente demostrar que el demandado estaba en control de la actividad dentro de la que surgió el incendio, pues no necesariamente su negligencia fue la causa*”<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A. (2003) *Cuando las cosas hablan: El res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil*, pág. 224.

<sup>61</sup> *Cowan v. Tyrolean Ski Area, Inc.* 127 N.H 397, 400 (1985)

<sup>62</sup> SÁNCHEZ SÁNCHEZ, S. (2018) *Responsabilidad sanitaria de la Administración Pública: Análisis especial de la regla “res ipsa loquitur”*, pág. 17.

<sup>63</sup> *Southeastern Aviation, Inc v. Hurd.* 209 Tenn. 639, 662, 355 S.W. 2d 436, 446 (1962).

<sup>64</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A. (2003) *Cuando las cosas hablan: El res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil*, pág. 224.

Este primer elemento se trata de constatar que es más probable que el suceso haya ocurrido por culpa que sin ella, de manera que en el curso ordinario de las cosas no ocurren estos accidentes sin la negligencia de alguien<sup>65</sup>. No es otra cosa que hacer un juicio probabilístico de la negligencia del facultativo, ya que, si el daño no puede concurrir si se ha actuado con la diligencia debida, no sería correcto decir que el profesional médico ha faltado a la *lex artis ad hoc*. La jurisprudencia no exige al demandante la prueba de la negligencia del facultativo *strictu sensu*, sino que pruebe que es más probable que el profesional actuara con poca diligencia a que el daño se produjera por cualquier otra circunstancia<sup>66</sup>.

Hay muchos pronunciamientos de la jurisprudencia donde el daño hubiera sido probablemente nulo sin la aparición de una negligencia.

Un claro ejemplo es la Sentencia del Tribunal Supremo del 24 de septiembre de 2008<sup>67</sup>. El demandante reclama la estimada cifra de 600.000€ (daños materiales y morales) a la Administración como consecuencia de una negligencia durante una intervención quirúrgica de úlcera duodenal en 1973, en la que se les quedó olvidada una gasa y no fue localizada hasta treinta y dos años más tarde. Tras numerosos problemas de tipo gástrico y un cáncer de estómago, el demandante es intervenido en 2005 tras detectarle fragmentos de un cuerpo extraño y de la que finalmente se le extrae partes de una compresa. La Abogacía del Estado se opone argumentando que algunas de las enfermedades que se constatan no guardan relación con la presencia de una gasa, por lo que no puede entenderse probado el nexo causal entre las diferentes enfermedades y las actuaciones del servicio de salud.

El Tribunal consideró que el hecho del olvido de una gasa gástrica comportaba ya de por sí mismo un daño, que evidencia una defectuosa praxis y en suma un defectuoso funcionamiento del servicio. El pronunciamiento considera lo que se dijo en la Sentencia de la Audiencia Nacional del 1 de enero de 2001<sup>68</sup>: “*Si bien es cierto que la Administración sanitaria no está obligada a obtener un resultado favorable total y sin lesión en las intervenciones quirúrgicas que practique, lo que no admite justificación es*

---

<sup>65</sup> NAVARRO MICHEL, M. (2003) *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*, pág. 1201.

<sup>66</sup> ÁLVAREZ SARABIA, M. (2016) *Res ipsa loquitur y el daño desproporcionado en la responsabilidad médica*, pág. 12.

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 3593/2008 (Sala de Lo Contencioso) de 24 de septiembre de 2008, N° de Recurso 13/2007.

<sup>68</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 4ª) de 1 de enero de 2001, N° de recurso 723/99.

*que se produzcan olvidos dentro del cuerpo del paciente, cuyas consecuencias jurídicas no pueden ser equiparables a las que resultarían de enfermedades ó infecciones imprevisibles que fueran consecuencia ordinaria de las operaciones practicadas”.*

Así mismo, se entiende que el resultado dañoso no se hubiera dado sin la conducta negligente del médico. Se considera que sin el olvido de la gasa dentro del cuerpo y de haberse puesto los medios y atención necesarios en la realización de las tareas propias de tal intervención exigibles por la *lex artis*, se habría podido evitar el mal sufrido y no se hubieran producido las reacciones posteriores.

## **6.2 Que el daño sea consecuencia de una conducta que se encuentre en control exclusivo del demandado**

Que el daño sea consecuencia de una conducta que se encuentre en control exclusivo del demandado

El segundo requisito exige que el daño se haya originado exclusivamente por alguna conducta en la esfera de la acción del demandado, aunque no se conozca exactamente el transcurso de los hechos al detalle. Implica que el control que ejerza el demandado sobre la situación sea de tal magnitud, que las probabilidades de que el acto negligente haya sido causado por otros individuos sean remotas<sup>69</sup>.

El control exigido al facultativo no precisa ser real o actual, sino que es suficiente con que el demandado pueda ejercer dicho control de la actividad<sup>70</sup>. Es necesario descartar todos los factores ajenos al facultativo y las posibilidades de interferencias por parte de terceros o medios que pudieron causar el daño<sup>71</sup>.

En el caso *Hansen v. James*<sup>72</sup> el demandante sufrió un daño cuando golpeó su coche con una el soporte de una línea de poder. Argumentó que el instrumento que causó el accidente del demandante no fue su coche sino la línea de poder. No obstante, el

---

<sup>69</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A. (2003) *Cuando las cosas hablan: El res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil*, pág. 225.

<sup>70</sup> DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. (1996) *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, pág. 175.

<sup>71</sup> NAVARRO MICHEL, M. (2003) *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*, pág. 1904.

<sup>72</sup> *Hansen v. James*. 847 S.W. 2d (Mo. App. 1993).

Tribunal rechazó su argumento por ser su coche el sujeto que puso en movimiento la serie de eventos que dieron como resultado el incidente del demandante<sup>73</sup>.

Este requisito infiere en la máxima de que, si el dominio del acto lo tiene el demandado, es muy difícil que la negligencia haya sido causada por otra persona o se debe a otra causa<sup>74</sup>. Se debe tener en cuenta la existencia de diversos factores que puede llegar a alterar la actuación médica, circunstancias que no se encuentren dentro de la esfera de acción del demandado. Uno de los factores más relevantes es 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.

Tal y como señala NAVARRO MICHEL<sup>75</sup>, uno de los problemas que ocurren en el sector sanitario es que la mayoría de las lesiones son una combinación de factores personales y materiales. Además, suele pasar que, en un acto o intervención, participen varias personas y no se pueda acabar de identificar quién fue el causante de la negligencia. Lo que se ha venido aplicando es que, cuando el actor puede demostrar que la negligencia de uno de los demandados probablemente causó el daño, pero no puede identificar cuál de ellos, la regla no es aplicable. La razón es clara: es necesario que el demandante tenga el control exclusivo de la actividad, si no es así, no se le puede imputar la responsabilidad<sup>76</sup>.

Sin embargo, aunque no se pueda identificar el individuo concreto y aunque distintos sujetos actúen en plano de igualdad, siempre se encuentra a un superior jerárquico, que sí tiene el control exclusivo de sus dependientes: el centro sanitario.

Por lo tanto, si no se puede demostrar el control de la actividad del demandado, el actor no podrá beneficiarse de la aplicación de la doctrina.

---

<sup>73</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A. (2003) *Cuando las cosas hablan: El res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil*, pág 225.

<sup>74</sup> GARCÍA CREMADES, G. (2015) *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo: Análisis especial de la regla “res ipsa loquitur”*, pág. 193.

<sup>75</sup> NAVARRO MICHEL, M. (2003) *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*. La autora presenta el caso *Ybarra v. Spangard* (1944) en el que se aplicó el contrario del planteamiento tradicional. El Tribunal Supremo de California aplicó *res ipsa loquitur* a todo el personal sanitario que participó en la intervención. Esta sentencia fue muy criticada por la producción de un efecto de extensión indeseable ya que era prácticamente imposible que todos los médicos y enfermeras causasen la lesión.

### 6.3 Que el propio demandante no haya contribuido a la causación del daño

Este requisito aparece como consecuencia lógica de lo que hemos analizado en los dos puntos anteriores. Si el demandante ha intervenido de alguna forma en la producción del evento dañoso, de forma que rompe por completo el nexo causal, esto conllevaría a exonerar al demandado y excluir la aplicación de la regla *res ipsa loquitur*.

Parece más correcto hablar en términos de relación de causalidad y no de negligencia, por lo que no hablamos de culpa de la víctima, sino de falta de contribución a la causación del daño<sup>77</sup>. Se supera este requisito si de las pruebas actuadas resulta que las hipótesis que podrían comprometer al demandante son descartadas.

El demandante debe descartar que hayan intervenido otras posibles circunstancias o formas de negligencia en la causación del daño. Por lo tanto, si las evidencias que aparecen en el proceso hacen concluir que existen las mismas posibilidades de que el accidente se haya producido por negligencia del demandado que por la negligencia de un tercero o de la propia víctima, se entenderá que no se puede aplicar<sup>78</sup>. Ahora bien, si la causa más probable es la negligencia del demandado, sí se aplicará.

En ocasiones, podemos encontrarnos ante una concurrencia de culpas, en el que ni demandante ni demandado tiene la culpa exclusiva pero que los dos han participado en la causación del daño, en más o menos intervención. En estos casos, se entiende que la responsabilidad debe distribuirse entre las distintas personas que han ocasionado el daño. Ciertamente, que los tribunales norteamericanos han venido repartiendo la culpabilidad en porcentajes entre demandante y demandado en varias resoluciones.

Si estos tres requisitos se cumplieren, se podría configurar la doctrina *res ipsa loquitur* y el juez podría declarar la negligencia del demandado, por lo que será básico que se falle a favor del demandante.

Sin embargo, esto no significa que siempre que se prueben los requisitos el juez va a declarar la negligencia del demandado<sup>79</sup>. Por ejemplo, en el caso *Cowan v. Tyrolean Ski Area, Inc.* mencionado anteriormente, el juez señaló que no necesariamente se requiere

---

<sup>77</sup> NAVARRO MICHEL, M. (2003) *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*, pág. 1206.

<sup>78</sup> GARCÍA CREMADES, G. (2015) *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo: Análisis especial de la regla "res ipsa loquitur"*, pág. 193.

<sup>79</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A. (2003) *Cuando las cosas hablan: El res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil*, pág. 223.

una sentencia favorable para el demandante, sino que esta regla solamente identifica elementos de la prueba indiciaria necesarios para llevar el caso ante un jurado y que el demandante pueda obtener una sentencia favorable.

## **7. DAÑO DESPROPORCIONADO: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA**

### **7.1 Concepto**

Se podría decir que la construcción teórica de la teoría del daño desproporcionado en España no es sino el trasunto de la regla *res ipsa loquitur* elaborada por la doctrina de los países anglosajones<sup>80</sup>. En esencia, la regla *res ipsa loquitur* y la teoría del daño desproporcionado son semejantes. De hecho, la mayor parte de las sentencias que aplican *res ipsa loquitur* realmente están apreciando un daño desproporcionado, por lo que esta última es la doctrina más común utilizada en nuestro sistema judicial en los casos en que el tribunal presume que el profesional sanitario actuó de forma negligente.

Aunque esta regla ha sido aplicada históricamente en muchos asuntos dentro de la responsabilidad civil extracontractual, la jurisprudencia española solía mostrarse reacia a usarla en casos de ámbito sanitario ya que la complejidad y pluralidad de circunstancias que podrían concluir en un resultado dañoso dentro de este ámbito, la ubicaba fuera de los parámetros de la normalidad, lo que no hacía adecuada la aplicación de una presunción por evidencia<sup>81</sup>. En definitiva, la jurisprudencia en nuestro país ha desarrollado la teoría del daño desproporcionado como un mecanismo desfavorable para el demandado en el enjuiciamiento de la responsabilidad civil médica<sup>82</sup>. Sin embargo, se ha venido afirmando que no es tanto una presunción como tal, sino simplemente una regla de distribución probatoria.

Una de las definiciones más completas de daño desproporcionado es la de GALÁN CORTÉS, señalando que: “*Estamos ante una aplicación de la regla res ipsa loquitur, procedente del Common Law, esto es, ante una presunción de culpa cualificada que*

---

<sup>80</sup> GARCÍA CREMADES, G. (2015) *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo: Análisis especial de la regla “res ipsa loquitur”*, pág. 160.

<sup>81</sup> ÁLVAREZ SARABIA, M. (2016) *Res ipsa loquitur y el daño desproporcionado en la responsabilidad médica*, pág. 7.

<sup>82</sup> BAUZÁ MARTORELL, FELIO J. (2016) *Presunción de culpa. La deducción de negligencia en la responsabilidad patrimonial de la Administración*, págs. 392.

*genera un mal resultado, cuando este, por su anormalidad y desproporción con lo que es usual, comparativamente, según las máximas de experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, conforme al estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización. De esta forma, ante ciertos datos empíricos puede deducirse la culpa médica no probada de modo directo, cuando las circunstancias y el sentido indican que el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar culpa profesional”<sup>83</sup>.*

El autor señala que la doctrina del daño o resultado desproporcionado no es un método de valoración de la negligencia, sino una regla de utilización de presunciones que se ha abierto paso en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo y responde a una corriente generalizada en Europa.

## **7.2 Evolución y características jurisprudenciales**

En España no apareció la doctrina hasta 1996, cuando la Sala Primera del Tribunal Supremo desarrolló la teoría del daño desproporcionado. Una de las primeras resoluciones fue la Sentencia de 2 de diciembre de 1996<sup>84</sup>, en la que, tras un parto aparentemente normal de una paciente, tiene que ser intervenida por un facultativo al producirse una fuerte hemorragia. Al no corregirse la hemorragia, se lleva a cabo transfusiones sanguíneas y se procede a la extirpación del útero como única solución. Tal pérdida de sangre le acaba provocando una anoxia cerebral, dejándole secuelas de tetraparesia espástica.

En el Fundamento tercero del pronunciamiento, la Sala consideró que: *“El órgano comparte el criterio de que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada), que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba. Asimismo debe establecerse que, no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los*

---

<sup>83</sup> GALÁN CORTÉS, JULIO C. (2004) en la Sentencia de 7 de octubre de 2001 en VICANDI MARTÍNEZ, A. (2009) *El daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria. Un estudio jurisprudencial*, Nomos Universidad de Viña del Mar N° 3, págs. 221-222.

<sup>84</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de Lo Civil) de 2 de diciembre de 1996, N° de Recurso 1022/1996.

*medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la "lex artis ad hoc", no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando este por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización”.*

Este fallo parece dar respuesta a muchas de las cuestiones que se han analizado anteriormente. Deja muy claro el ponente ALMAGRO NOSETE<sup>85</sup>, que la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado infiere en el traslado de la carga probatoria cuando fuere necesario a causa de la facilidad y la posición de las partes. También parece relevante el hecho de que, aunque los profesionales sanitarios actúen con la diligencia que les correspondería y usen la *lex artis* en su intervención, no significa que no se pueda dar un resultado desfavorablemente dañoso por el que se pueda deducir una negligencia por su parte.

En varias ocasiones, el Tribunal Supremo ha establecido el concepto de daño desproporcionado en relación al ámbito médico, estableciendo que: “*La responsabilidad médica del demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que corresponde a la regla res ipsa loquitur (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla Anscheinsbeweis (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la faute virtuelle (culpa virtual)*”<sup>86</sup>.

Pronunciamientos como este nos indican que no deja de haber una relación conceptual y funcional entre la regla *res ipsa loquitur* de origen anglosajón y la teoría del daño desproporcionado utilizada en España.

La jurisprudencia mayor ha venido diciendo que la existencia de un daño manifiestamente desproporcionado en relación a las circunstancias concretas, el estado de la ciencia en el momento de aplicación del tratamiento, al diagnóstico clínico o a la intervención quirúrgica correspondiente, produce la necesidad de alterar los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el *onus probandi*. Esto

---

<sup>85</sup> Ponente ALMAGRO NOSETE, J. de la Sentencia de 2 de diciembre de 1996.

<sup>86</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 63/2003 (Sala de Lo Civil) de 31 de enero de 2003, Nº de Recurso 1897/1997.



significa que, si el facultativo no puede proporcionar una explicación lógica que justifique el daño causado, el hecho dará lugar a entender que hubo una actuación negligente<sup>87</sup>.

No obstante, se considera que no todo riesgo que se contempla en un consentimiento informado (contrato paciente-médico) puede ser daño desproporcionado. A pesar de que se invoque y se alegue casi por defecto en la mayoría de demandas de esta naturaleza, se le debe tratar excepcionalmente. Debe ser tal el contraste entre la causa y el resultado dañoso que no debe ofrecer dudas al respecto<sup>88</sup>. Esto indica que los Tribunales son muy estrictos a la hora de valorar este argumento y consideran el caso concreto sin ser una regla con un alcance general para todo tipo de daños y circunstancias.

La jurisprudencia también estableció que la doctrina no lleva a la objetivación de la responsabilidad, sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño desproporcionado, a no ser que el médico demuestre lo contrario (presunción *iuris tantum*). Tal y como estableció la Sentencia de 2 de diciembre de 1996<sup>89</sup>: “*El deber de 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*”.

Como se puede observar, la carga de la prueba funciona exactamente igual que *res ipsa loquitur*, de manera que se basa siempre en las pruebas aportadas por el demandante, pero teniendo en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria en todo momento.

En la Jurisdicción contencioso-administrativa, la doctrina del daño desproporcionado comenzó a aplicarse más tarde que en el ámbito civil. La primera Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que se pronunció sobre la regla fue la de 16 de diciembre de 2003<sup>90</sup>. En este caso la demandante sufrió unas secuelas ocasionadas por el

---

<sup>87</sup> ÁLVAREZ SARABIA, M. (2016) *Res ipsa loquitur y el daño desproporcionado en la responsabilidad médica*, págs. 34-35.

<sup>88</sup> ALBI NUEVO, J. (2013) *La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria*, pág. 271.

<sup>89</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996, doctrina reiterada posteriormente por la Sentencia de 29 de noviembre de 2002.

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de Lo Contencioso) de 16 de diciembre de 2003.

postoperatorio que no eran consecuencia normal de la intervención quirúrgica realizada. Se consideraron “*consecuencias desmesuradas*” en relación a la intervención de hernia de hiato que fueron “*mucho más allá de lo previsible*”<sup>91</sup> y en la que la Administración alegó que se siguió la *lex artis ad hoc*.

No muy tarde se definió por la Sala Tercera el daño desproporcionado, manteniéndose esta concepción hasta la actualidad: “*En todo caso, ni aun por esa vía incidental (del daño desproporcionado) podríamos acoger el motivo, pues esa jurisprudencia trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condena en la afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño desproporcionado ya que éste, por sí solo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla “res ipsa loquitur” (la cosa habla por sí misma) que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción*”<sup>92</sup>.

Aquí se puede observar esta introducción a del concepto de daño desproporcionado a la jurisprudencia en el ámbito de la Administración pública, la cual se considera que está en la misma posición que cuando estamos en ámbito privado.

Se manifiesta una gran vinculación entre la doctrina de los Tribunales de la Jurisdicción civil y la jurisprudencia contencioso-administrativa, y en la que se aprecia claramente su inspiración respecto a resoluciones relativas a la responsabilidad médico-sanitaria. Así pues, es de gran interés el relato de la evolución de la doctrina del daño desproporcionado teniendo en cuenta la Jurisdicción civil hasta la apreciación en la Jurisdicción contenciosa en la Sentencia de 12 de noviembre de 2012: “*La doctrina del daño desproporcionado o “resultado clamoroso” llegó a nuestra jurisdicción a partir de su asunción por la Sala Civil de este Tribunal, quien a partir de sentencias del año 1996. Existente un resultado desproporcionado, totalmente inesperado y no contradicho o explicado coherentemente por el demandado, siendo que concurra, además, relación causal y que entre dentro de la esfera de acción de éste, cabía*

---

<sup>91</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, MARTA M. (2013) *El daño desproporcionado*, pág. 243.

<sup>92</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de Lo Contencioso) de 29 de junio de 2011, Nº de recurso 2950/2007.

*deducir, sin duda ninguna, que existía conducta negligente y, por tanto, una apariencia relevante de prueba de ésta. Con posterioridad, se fue afianzando, sin perjuicio de momentos oscilantes y modulaciones. Era necesario que por el demandado no se probara de forma fehaciente que el facultativo había seguido una actuación acomodada a la lex artis ad hoc”<sup>93</sup>.*

Por otro lado, es esencial tener en cuenta un requisito fundamental para que sea de aplicación la doctrina del daño desproporcionado tal y como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018<sup>94</sup>: *“Es preciso que el mismo no sea normalmente previsible y ello es, efectivamente, incompatible con el hecho de que haya sido incluido entre los presupuestos de peligro recogidos en el consentimiento informado, pues si éste existe, malamente puede hablarse de desproporción en un resultado tenido como posible”.*

Nos indica este pronunciamiento dos ideas muy importantes. La primera es el requisito de la imprevisibilidad del resultado dañoso durante el transcurso de la actividad que se está llevando a cabo; y la segunda idea es que la consecuencia de que no sea un daño inesperado hace que se convierta en un riesgo amparado por el consentimiento de la relación paciente-médico.

Para resumir la jurisprudencia más actual del Tribunal Supremo, es relevante la Sentencia de 6 de febrero de 2020<sup>95</sup> que señala: *“En la esfera de lo civil, rigen manifestaciones de inversión probatoria, en los casos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación de su génesis en atención a sus circunstancias profesionales o de otra índole (SSTS 16 de febrero, 4 de marzo y 11 de diciembre de 2009, 31 de mayo de 2011, 648/2019, de 17 de diciembre)”.*

---

<sup>93</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de Lo Contencioso) de 12 de noviembre de 2012, Nº 135/2013 en FONSECA FERRANDIS, F. (2018) *La teoría del daño desproporcionado en materia de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria; su alcance a tenor de la jurisprudencia contencioso-administrativa*, Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria de la Facultad de Medicina de la UCM.

<sup>94</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de Lo Contencioso) de 15 de marzo de 2018, Nº de recurso 1016/2016. En la presente sentencia se rechaza el daño desproporcionado considerando en su fundamento séptimo que los mecanismos de anestesia en el ámbito sanitario, por su propia naturaleza, pueden llegar a afectar al sistema neurológico y vascular, así como que se utilizan habitualmente para la sedación por lo que se consideró previsible por haberse incluido en el consentimiento informado.

<sup>95</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 378/2020 (Sala de Lo Civil) de 6 de febrero de 2020, Nº de recurso 1132/2019.

Esta reciente resolución nos reafirma lo que ya veníamos diciendo anteriormente. De la misma manera que ocurre con la regla *res ipsa loquitur*, en la aplicación del daño desproporcionado también se da una efectiva aplicación del traslado probatorio de las partes por la situación especial en la que se encuentra el médico respecto al paciente.

## 8. CONCLUSIONES FINALES

Con la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* se abren múltiples ventanas de dudas y opiniones alrededor de la determinación de la responsabilidad.

El hecho de que nos encontremos en un tipo de relaciones de causalidad con un carácter muy complejo, hace dudar de la eficacia de este mecanismo judicial y su utilidad práctica.

Es necesario recalcar la aparición de esta regla y la necesidad de su utilización para las personas dañadas. Así mismo, las razones principales son la seguridad, la protección y las garantías para el perjudicado obtenga una solución y una respuesta ante su daño.

De esta manera, los tribunales, tanto anglosajones como españoles, parecen convencidos de la utilidad práctica de tal regla ya que su presencia en la esfera de la responsabilidad sanitaria es cada vez más frecuente.

La primera idea que se extrae del análisis es que la pretensión de esta regla nunca tuvo como objetivo alterar las normas establecidas nuestro sistema jurídico, específicamente las reglas generales de la responsabilidad. Simplemente se añade un instrumento jurídico que permite demostrar la existencia de la negligencia por parte de un facultativo, pero no con pruebas directas de su responsabilidad, sino mediante la presunción de negligencia.

En segundo lugar, tener en cuenta el fundamento por el que se rige esta regla: la descompensación de conocimiento e información sobre los hechos desconocidos causantes del resultado. Se entiende que, por el tipo de relación que mantienen el reclamante (paciente) y el demandado (facultativo), éste último tiene mejor facilidad y capacidad de conseguir los indicios de la posible negligencia que produjo el daño.

En relación al punto anterior, es necesario dejar claro que la aplicación de *res ipsa loquitur* no supone una obligación para el demandado de alegar su participación en la actividad, significa transferirle una presión indirecta de la carga de prueba con el objetivo de obtener al máximo de información y recabar todas las pruebas posibles para conocer el nexo que causó el evento dañoso.

Esto nos lleva a confirmar que no hay inversión de la carga de la prueba como han venido asegurando en algunas ocasiones diferentes sectores la doctrina, sino un efectivo

En la misma línea, se puede observar que esta regla se apoya legislativamente en el apartado séptimo del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre facilidad y disponibilidad probatoria. Por ello, para evitar la desprotección de los perjudicados se considera que el facultativo es el que debe aportar las pruebas. La prueba además deberá estar valorada con la *lex artis ad hoc* y que se demuestre que el daño no provenía de la negligencia del médico. Por lo tanto, la regla *res ipsa loquitur* no se desvincula de contenido con nuestro ordenamiento jurídico.

Se concluye que el efectivo traslado de la carga probatoria se lleva a cabo a través de un razonamiento deductivo por los jueces. Esta presunción, no en el sentido técnico jurídico de la palabra, resulta de una serie de indicios en los que, aplicando la experiencia común a partir de hechos, se presume que existió la negligencia. Sin embargo, a diferencia de la presunción, la regla *res ipsa loquitur* no exige que se demuestre el hecho indicio y el nexo causal.

Por otro lado, a pesar de las distinciones entre la doctrina *res ipsa loquitur* y el daño desproporcionado, la jurisprudencia ha tratado estas figuras en contextos y de forma parecidas, entendiendo que la teoría del daño desproporcionado es el mecanismo que utilizan los tribunales para fundamentar estos casos.

En mi opinión, es importante no olvidar sus funciones y su alcance para que no se trate generalmente y en todo tipo de casos.

La valoración de la regla *res ipsa loquitur* exige la presencia de tres elementos: la existencia de un evento dañoso de los que normalmente no ocurren sin la existencia de una negligencia; que dicho daño se haya producido dentro de la esfera de actuación del

profesional sanitario; y finalmente, que la víctima, terceros u otras circunstancias hayan contribuido en modo alguno a la producción del daño.

Como última conclusión, la regla *res ipsa loquitur* no se halla en el ámbito de responsabilidad objetiva total y absoluta como se aplican en ciertos supuestos establecidos en el Código Civil. De hecho, uno de los errores que no se debería llegar a cometer es confundir la aplicación de la regla de modo sistemático y con un alcance general como la responsabilidad objetiva hace. De este modo, es relevante el cumplimiento de los elementos anteriormente mencionados, así como dar la oportunidad al demandado de defenderse.

En conclusión, con la regla *res ipsa loquitur* se da una respuesta material por encima de las normas procesales de la carga de la prueba. Como hemos visto en los casos reales, la teoría del daño desproporcionado aplicada en los tribunales españoles es paralelamente una herramienta realmente útil y efectiva para resolver problemas en el ámbito sanitario en nuestro país.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

ALBI NUEVO, J. (2013) *La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria*. Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 8/2013, páginas 259-273. <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

ÁLVAREZ SARABIA, M. (2016) *Res ipsa loquitur y el daño desproporcionado en la responsabilidad médica*. Anales de Derecho de la Universidad de Murcia, 44 páginas. <http://revistas.um.es/analesderecho>

BAUZÁ MARTORELL, F. J. (2016) *Presunción de la culpa: La deducción de la negligencia en la responsabilidad patrimonial de la Administración*. Revista de Administración Pública ISSN-L: 0034-7639, núm. 201, páginas 373-411. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.201.15>

BULLARD GONZÁLEZ, A. (2005) *Cuando las cosas hablan: el Res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil*, THEMIS: Revista de Derecho, ISSN 1810-9934, N°. 50, páginas 217-236.

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

DÍEZ-PICAZO, L. (2002) *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual*, Anuario de Derecho Civil Fascículo 3, páginas 1009-1028.

FEDELI, P. (1999). *Estrategias retóricas en el pro Milone de Cicerón*. Auster (4), En Memoria Académica, páginas 95-109.

FRÍAS ENRÍQUEZ, ALMA R. (2020) *Gestión de Conflictos en el Estado de Derecho: El debido proceso en la aplicación de la regla res ipsa loquitur*, UNAM POSGRADO DERECHO, páginas 73-83.

GARCÍA CREMADES, G. (2015) *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo: Análisis especial de la regla “res ipsa loquitur”*. Tesis Doctorales Universidad de Alicante, 237 páginas.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. (2016) *Daño desproporcionado: ¿Presunción de culpa o facilidad probatoria?*, N° 17/2016 Revista CESCO de Derecho de Consumo, páginas 264-269.

[http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art\\_revistas/pr.2754/pr.2754.pdf](http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.2754/pr.2754.pdf)

LLAMAS POMBO, E. (2002) *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas*. Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal. ISSN 1577-7219, N° 2, 2002, páginas 487-546

LÓPEZ MENUDO, F., GUICHOT REINA, E. Y CARRILLO DONAIRE, JUAN A. (2005) *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Editorial Lex Nova, 396 páginas.

LUNA YERGA, A. (2003) *Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica: Comentario a la STS, 1ª, 29.11.2002*. Working Paper nº: 141, Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, InDret 02/2003, pág. 9-10.

LUNA YERGA, Á. (2003) *Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria*. InDret. Working Paper núm. 165, 26 páginas.

NAVARRO MICHEL, M. (2003) *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*, Anuario de Derecho Civil, Vol. 56, Nº 3, páginas 1197-1230.

SÁNCHEZ GARCÍA, MARTA M. (2013) *El daño desproporcionado*. Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 8, páginas 240-258.  
<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, S. (2018) *Responsabilidad sanitaria de la Administración Pública: Análisis especial de la regla “res ipsa loquitur”*, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Jaén, 47 páginas.

SOLÉ FELIU, J. (2018) *Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria*. Revista de Derecho Civil, vol. V, Nº 1, páginas 55-97. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>

TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. (2008) *Reparación de daños por “mala praxis” médica*, Editorial Hammurabi, 2da edición, 456 páginas.

VICANDI MARTÍNEZ, A. (2009) *El daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria. Un estudio jurisprudencial*, Nomos Universidad de Viña del Mar Nº 3, páginas 221-241.



## 10. LEGISLACIÓN

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Jefatura del Estado «BOE» Nº 7, de 08 de enero de 2000. Referencia: BOE-A-2000-323.

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889. Referencia: BOE-A-1889-4763.

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Constitución española. Cortes Generales «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Referencia: BOE-A-1978-31229

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Jefatura del Estado «BOE» núm. 157, de 02 de julio de 1985. Referencia: BOE-A-1985-12666

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12666-consolidado.pdf>

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Ministerio de la Presidencia «BOE» núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. Referencia: BOE-A-2007-20555

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-20555-consolidado.pdf>