

# ASPECTOS BÁSICOS DE LA DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA

## *BASICS ASPECTS OF DISPROPORTIONATE DAMAGE IN THE CIVIL MEDICAL LIABILITY*

MARGARITA RODRÍGUEZ GARCÍA

**Recibido:** 1 de septiembre de 2013

**Aceptado:** 10 de octubre de 2013

**Resumen:** la doctrina del daño desproporcionado ha sido utilizada en los últimos años por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones. No obstante, las argumentaciones utilizadas para su aplicación, en ocasiones, no son claras e incluso contradictorias. Esta figura parte de la existencia de un daño de características considerables, del que se desprende una presunción de negligencia por parte del facultativo. El presente trabajo ofrece un estudio pormenorizado del daño desproporcionado en la responsabilidad civil médica, que permitirá al lector determinar cuándo un daño puede encuadrarse dentro de ésta doctrina y cuáles son las consecuencias derivadas de tal aplicación. Tal estudio aborda esta figura desde una perspectiva jurisprudencial, partiendo de la doctrina existente en la materia.

**Palabras clave:** daño desproporcionado, responsabilidad civil médica, negligencia, carga de la prueba, paciente, facultativo.

**Abstract:** *the doctrine about the disproportionate damage was used in the last years by the Supreme Court in many occasions. In spite of that, the arguments used for its application, are not evident and even contradictories. This form is based on the existence of a damage with considerable features, which detach one presumption of negligence prescribed by the doctor . This project show of a detailed analysis about the disproportionate damage in the civil responsibility of the medical institution, which will allow the reader determine when a damage can be used in this doctrine and which are the consequences due to those application. This research, deal with this figure from a jurisprudence perspective, starting form the current doctrine in the field.*

**Keywords:** *disproportionate damage, civil liability of the health services, negligence, burden of proof, patient, medical.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN; 2. RESPONSABILIDAD MÉDICA Y DAÑO DESPROPORCIONADO; 3. CONCEPTO DE DAÑO DESPROPORCIONADO; 3.1. Concepto en la jurisprudencia; 3.2. Concepto en la doctrina; 3.3. Figuras afines; 3.3.1. La res ipsa loquitur; 3.3.2. Las presunciones; 3.3.3. La prueba “*prima facie*” o “*Anscheinsbeweis*”; 3.3.3. La culpa virtual o “*faute virtuelle*”; 4. REQUISITOS; 4.1. La presencia de un evento dañoso de los que se produce cuando media negligencia; 4.2. El daño se produce por una conducta que está fuera de la esfera de disponibilidad y control del facultativo;

4.3. Inexistencia de culpa exclusiva de la víctima; 5. EFECTOS; 6. LA CARGA DE LA PRUEBA; 7. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la teoría del daño desproporcionado en el ámbito de la responsabilidad civil médica. Es una doctrina jurisprudencial creada para dar respuesta a la responsabilidad civil en ciertos casos controvertidos en los que existe un daño que puede llegar a ser inexplicable. Esta figura dogmática parte de una premisa, como es la existencia de un daño de envergadura considerable, siempre que, además, su producción presuma un acto negligente. Actúa produciendo un alivio al paciente del *onus probandi*, dado que la prueba en ocasiones se convierte en una verdadera *probatio diabólica*.

El gran aumento de las intervenciones médicas y sanitarias, así como el cambio en la mentalidad de la sociedad, que por un lado, ya no tiene el pensamiento que tenía en tiempos pasados, consistente en una resignación ante el daño causado por un resultado defectuoso de un acto médico-hospitalario y, por otro lado, y sobre todo, el aumento en la conciencia de esa sociedad de la necesidad de resarcimiento, dotan a este tema de gran interés y trascendencia práctica.

El criterio de imputación de responsabilidad civil médica es por regla general, el de responsabilidad por culpa (STS de 8 de mayo de 1991, RJ 1991\3618). Así, la STS de 7 de mayo de 2007 (RJ 2007\3553) expresa que: “en este tipo de responsabilidad (sentencia del TS de 16-12-97 [RJ 1997, 8690]) al actor le corresponde probar el daño, la autoría y la relación de causalidad y la infracción de los deberes profesionales o *lex artis ad hoc*. Además, es obligación del médico (sentencias del TS de 29-5-87) y de 9-12-98 [RJ 1998, 9427]) la de observar los deberes asistenciales, es decir, tiene una obligación de medios (dejando al margen otros supuestos diferentes al de autos como la cirugía estética) y no de resultado o de curación, por lo que no puede derivar del daño, sin más, la responsabilidad del médico” (F.J.2).

No obstante, hay que precisar que en determinadas circunstancias se tiende a la objetivación de la responsabilidad. Así, el damnificado en tal relación no tendrá que acreditar siempre la culpa o la negligencia en la que incurrió el facultativo, a pesar de que se tratara de una obligación de medios. Tal y como expone Rocal Lanzarot “la doctrina y jurisprudencia, como regla general, concreta la responsabilidad de los profesionales sanitarios como responsabilidad subjetiva, quedando descartada toda suerte de responsabilidad más o menos objetiva, y, sin que, al respecto, opere la presunción de culpa, ni la inversión de la carga de la prueba, admitida para los daños de otro origen, correspondiendo al paciente la prueba de la culpa y de su relación de causalidad”. En este sentido, la jurisprudencia ha venido presumiendo la culpa o la negligencia en la que ha incurrido el facultativo, como es en el caso de aplicación del mencionado daño desproporcionado, objeto de estudio.

La responsabilidad civil debe contener como requisitos la existencia de la culpa o negligencia en la actuación del personal sanitario, así como la producción de un resultado dañoso y una relación de causalidad. Precisamente, la negligencia o la culpa del facultativo se puede probar al acreditar que la actuación no comporta la diligencia exigible al facultativo en sus modalidades de medicina curativa y voluntaria. Así, atenderemos a la denominada *lex artis* profesional, que supone actuar conforme al estado de la ciencia en el momento de la actuación del facultativo y, que conforma el conjunto de todos los deberes médicos, que se incluyen en la denominada *lex artis ad hoc* y que, se concreta, entre otros, en deberes relacionados con la información, con la competencia profesional, con los deberes de asistencia y certificación.

Debido a la dificultad probatoria por parte del paciente se ha creado la doctrina del daño desproporcionado, que dejaría a un lado el régimen general de responsabilidad por culpa.

Para realizar este trabajo, se analizó la responsabilidad médica y el daño desproporcionado. Posteriormente, el concepto y los requisitos que deben darse para su aplicación. A continuación estudiaré los efectos que comporta la aplicación de ésta doctrina. Finalmente, examinaré la carga de la prueba en los procesos en los que se utiliza la aplicación del daño desproporcionado.

## 2. RESPONSABILIDAD MÉDICA Y DAÑO DESPROPORCIONADO

Como se ha indicado, la responsabilidad civil de la profesión médica está basada en la culpa, ello no excluye la presunción desfavorable que puede generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las máximas de experiencia, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados y/o el descuido en su conveniente y temporánea utilización. En este sentido, surge la denominada teoría del daño o resultado desproporcionado, que requiere para su apreciación: en primer lugar, la presencia de un suceso dañoso de los que no se producirían si no fuera por razón de una conducta negligente. En segundo lugar, que dicho suceso se origine por alguna conducta que corresponda a la esfera de acción del facultativo en cuestión. Por último, que el daño o resultado no haya sido causado por una acción u omisión exclusiva de la víctima.

El Tribunal Supremo ha venido aplicando la teoría del daño desproporcionado como criterio de imputación de la responsabilidad civil derivada de la prestación de los servicios sanitarios, fundamentándose en que el daño desproporcionado constituiría en determinadas circunstancias una evidencia de que ha existido una negligencia médica, puesto que si estamos ante tal daño se presume que el personal sanitario no ha actuado con diligencia y no ha adoptado las medidas de prevención y de precaución adecuadas.

En este sentido, la justificación de la aplicación de esta doctrina tiene un sólido fundamento en la doctrina del Tribunal Supremo, que ha venido flexibilizando el rigor de la regla que ya señalaba el antiguo artículo 1214 CC (actualmente previsto

en el artículo 217 LEC) “haciendo recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a la fuente de prueba”. Esta doctrina de facilidad y disponibilidad probatoria hace que cuando se produce un daño anormal y desproporcionado entre la intervención médica y el daño o se da la situación antes indicada de facilidad o disponibilidad probatoria, no operará la regla general, que como es sabido, en sede de responsabilidad sanitaria estima que la prueba de la relación de causalidad (así como la de la culpa) incumbe al paciente, y no al médico.

Como consecuencia de ello, a pesar de que la doctrina general en materia de responsabilidad civil sanitaria exige la prueba de la culpa y de la relación de causalidad por parte del paciente, este criterio posee algunas excepciones, entre las que se encuentra el daño desproporcionado o resultado anormal entre la intervención médica y el daño.

### **3. CONCEPTO DE DAÑO DESPROPORCIONADO**

#### **3.1. Concepto en la jurisprudencia**

La jurisprudencia no ofrece un concepto unitario de lo que es la doctrina del daño desproporcionado; no obstante, se pueden apreciar unas líneas comunes en numerosas sentencias en relación con su significado. El Tribunal Supremo aplica la doctrina del daño desproporcionado “a los casos en que el acto médico produce un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos que comporta la intervención en relación con los padecimientos que se trata de atender (F.J.2)” (STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 noviembre de 2012, RJ 2012\10586). En este sentido, las STS Sala de lo Civil de 23 de mayo (RJ 2007\3273) y de 8 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8253), entre otras, matizan que es un riesgo inusualmente grave añadiendo que es “aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional”.

La SAP de Tarragona (Sección 1.<sup>a</sup>) de 22 diciembre de 2010 (AC 2010\393) hace una apreciación a la definición realizada por el Tribunal Supremo añadiendo que “lo que excluye la consideración de un daño como tal si el mismo aparecía como posible y previsible” (F.J.7). Asimismo, la SAP de Guipúzcoa (Sección 3.<sup>a</sup>) de 22 abril de 2009 (AC 2009\1036) añade un criterio más a ésta definición expresando que “es un daño habitualmente no derivado de la actuación de que se trata ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conductas en que el daño se ha producido” (F.J.3).

Por lo tanto, la jurisprudencia expresa que el daño desproporcionado es aquel que se aleja de aquel daño que es previsible y que comporta cada intervención, es decir, el riesgo típico. Por ello, será de utilidad que se consulten los dictámenes de la Real Academia Nacional de Medicina, que establecerán qué riesgos son los típicos de cada intervención y por tanto, no encuadrables dentro

de un daño desproporcionado. De tal modo, sería más sencillo la identificación de esta figura.

Sobre este punto, se pronuncia la STS de 25 de Noviembre de 2010 (La Ley 213872/2010) expresando que “cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible” (F.J.6). Así en el caso de autos se constata un daño desproporcionado en relación con una simple fractura de muñeca de las que diariamente y en un número elevado se tratan en los hospitales de España, sin que exista “un número elevado de pacientes que sufran una invalidez como consecuencia de ello, pues con un tratamiento inicial adecuado y un posterior seguimiento médico y rehabilitador adecuado, tales daños no se producen, al contrario, vuelven al poco tiempo a integrarse en la vida activa” (F.J.6). Sin embargo, a pesar de contemplar que todo se realizó correctamente, se ha producido unas graves y definitivas lesiones y el facultativo no da respuesta a cómo es posible que se haya quedado una “mano en garra” y por ello se aplica la doctrina del daño desproporcionado.

Del mismo modo se pronuncia la STS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 de noviembre de 2012 (RJ 2012\10586) cuando expresa que ante la apreciación de un resultado “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 actuación de éste, cabía deducir sin duda alguna que existía conducta negligente, y, por tanto, una apariencia relevante de prueba de ésta” (F.J.4). Así, en el caso de daño desproporcionado o resultado clamoroso el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria (STS Sala de lo Civil de 10 de junio de 2008, RJ 2008\4246). No obstante, como veremos, si el facultativo prueba que no medió negligencia, es decir, que actuó conforme a la *lex artis* debida, no se le podrá imputar en base a la doctrina del daño desproporcionado.

A mi juicio, la jurisprudencia debería ahondar más acerca del concepto de daño desproporcionado, puesto que al no definirlo con claridad y contundencia, en ocasiones se llega a confundirlo con otras figuras, como puede ser, la responsabilidad objetiva contenida en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (como prevé la SAP de Madrid (Sección 12.<sup>a</sup>) de 8 julio, AC 2008\1587), cuestión que impide que haya una justicia efectiva, puesto que si el facultativo obró con la diligencia debida y por razones ajenas a él se produjo un daño, no tendría que responder por tal daño, ya que, como es sabido, la obligación del facultativo es de medios y no de resultado.

### 3.2. Concepto en la doctrina

La doctrina ha definido el daño desproporcionado como “aquel provocado en un acto médico que produce un resultado anormal, insólito e inusualmente

grave en relación con los riesgos que comporta y con los padecimientos que trata de atender, e incompatible con las consecuencias de una terapia normal”. El daño es desproporcionado cuando es anómalo, como resultado de una actividad médica concreta, que no se corresponde con las complicaciones posibles y definidas de la intervención. Puede ser aquel importante o catastrófico, con un gran número de víctimas o por el contrario aquel que presenta una anómala relación con el comportamiento.

No obstante, esta definición presenta una incertidumbre en cuanto a la delimitación de “resultado anormal”, puesto que ni la doctrina ni la jurisprudencia delimitan este concepto detalladamente, simplemente se hace una interpretación caso por caso a la luz del resultado que se ha producido. Llamas Pombo, apunta que esta doctrina “no resiste un análisis meramente riguroso, dado que a la postre acaba confundiendo culpa y relación de causalidad”. Sobre éste mismo particular se pronuncia Díez Picazo cuando expresa que en la doctrina del daño desproporcionado “no termina de saberse en qué consiste la desproporción del daño”, si comprende un daño simplemente muy grave o catastrófico, o a un resultado anormal respecto a lo que es habitual.

Por otro lado, el daño desproporcionado, no puede calificarse como aquel indeseado o insatisfactorio que es encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, aun observando el facultativo toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada, es decir, la *lex artis*.

La doctrina debe profundizar en la delimitación de este concepto, en el sentido de que hay que clarificar lo que se entiende por anormal o enorme y delimitar una definición que sea más acorde con la delimitación del daño desproporcionado. De tal modo, se facilitaría la labor a los Jueces y Tribunales encargados de su enjuiciamiento.

### 3.3. Figuras afines

La doctrina del daño desproporcionado es aplicada por el Tribunal Supremo conjuntamente con otras figuras afines, en las que, por un lado, se desprende la culpabilidad del autor que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, y ha sido tratada profundamente por la doctrina angloamericana y la regla “*Anscheinsbeweis*” de la doctrina alemana, así como la doctrina francesa “*faute virtuelle*” y por último las presunciones judiciales. Esta última requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se produce sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.

Sobre este particular se pronuncia Llamas Pombo cuando expresa que para la aplicación de estas doctrinas se “precisa mucho más el razonamiento discursivo que lleva al juzgador a establecer ese enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, que de manera tan genérica regula el artículo 1253 CC”.

Según esta afirmación, podemos advertir que un hecho se fija como probado y además, dirige la carga de la prueba hacia una de las partes en el proceso.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha equiparado estas cuatro reglas (*res ipsa loquitur*, prueba de presunciones, *Anscheinsbeweis* (apariciencia de la prueba) y *faute virtuelle*) con la doctrina del daño desproporcionado .

En mi opinión, el Tribunal Supremo, confunde éstas cuatro reglas con la doctrina del daño desproporcionado, aplicándolas como si fuesen la misma, puesto que todas son similares pero no iguales constituyendo unas teorías análogas que se aplican en el sistema anglosajón, alemán, italiano y francés.

### 3.3.1. *La Res ipsa loquitur*

La doctrina del daño desproporcionado está estrechamente ligada con la máxima *res ipsa loquitur*. Esta doctrina, originaria del Common Law, autoriza al demandante a obtener una indemnización por los daños y perjuicios sin necesidad de aportar la prueba de la negligencia del facultativo, si las circunstancias de producción del año hacen imposible o muy difícil pensar que el daño pudiera haberse producido de haber observado las exigencias de la diligencia debida . El Tribunal Supremo Sala de lo Civil en las Sentencias de 29 de junio de 1999 (RJ 1999\4895), 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999\8173), de 30 de enero de 2003 (RJ 2003\931) y de 15 septiembre de 2003 (RJ 2003\6418), que definen esta regla como aquella denominación que se da a una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia. Es un daño que podemos localizar porque solo se presenta cuando la conducta del facultativo es negligente.

Esta regla actuaría como una presunción judicial reforzada, porque sólo el demandado podría acreditar que el daño escapa de su esfera de control, que se produjo un hecho que rompe el nexo causal entre el hecho dañoso y su actuación, la intervención de la víctima o de un tercero o un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. La regla *res ipsa loquitur* se recoge expresamente en la STS Sala de lo Civil de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9427). Es el caso de una paciente a la que intervienen de juanetes y que como consecuencia de la operación fallece quince días después, por tétanos grave post-quirúrgico. En esta sentencia se afirma que: “conviene recordar la doctrina sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad de su autor (...), que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada ampliamente por la doctrina angloamericana y a la regla *Ancheinsbeweis* (apariciencia de la prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual); lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima” (F.J.2).

Por tanto, se podría decir que el daño desproporcionado pudiera ser una manifestación específica de la *res ipsa loquitur*, por ello, los órganos jurisdiccionales exigen los mismo requisitos para ambas teorías.

### 3.3.2. *La presunciones*

Las presunciones judiciales, también denominadas *presumptio hominis facti*, se encuentran reguladas en el artículo 386 LEC. Dichas presunciones no deben ser confundidas con los medios de prueba de que se dispone en el procedimiento, puesto que la finalidad de tales presunciones no es la de acreditar los hechos, sino que se den por acreditados.

Como apunta Llamas Pombo, no se presume la culpa del médico, no obstante, se puede acreditar mediante una serie de presunciones. Por tanto, a pesar de que partimos de la premisa de que no se presume la culpa del médico, no significa que tal culpa no pueda acreditarse mediante presunciones. Esta técnica la vemos reflejada en la STS Sala de lo Civil de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990\677). Se trataba de un caso en el que se realizaba una intervención para formar el conducto auditivo externo que debido a una malformación congénita la paciente no tenía, aunque sin éxito y con la aparición inmediata de una parálisis facial, que no desaparece con intervenciones posteriores. Esta Sentencia lo que expresa es que dada la proximidad del nervio facial y dado que apareció a raíz de la intervención quirúrgica “puede sentarse la presunción de que hubo en el acto operatorio algún descuido”, por leve que pudiera haber sido, originador del edema que dañó el nervio, dado que no ha quedado acreditado en absoluto, la consecución de alguna otra causa, externa, o una anomalía e imprevisible reacción orgánica de la paciente, susceptibles de producir aquel efecto. No obstante, es importante señalar que hay otras Sentencias como la STS Sala de lo Civil de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990\668) que apuntan que cuando el resultado dañoso ha podido ser producido por diversas causas, no se puede aplicar esta teoría. En este sentido, la citada sentencia expresa que “a falta de pruebas directas, la utilización de presunciones exigirá una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no pueda atribuirse a varias circunstancias, ya que precisamente en materia de intervenciones médicas, y concretamente quirúrgicas, las consecuencias que esta resulten pueden ser atribuibles a complicaciones imprevisibles, y siempre posibles con mayor o menor riesgo según la clase de intervención” (F.J.3).

Por tanto, las presunciones judiciales tendrán que aplicarse con cautela, puesto que se presume la culpa del facultativo, quien pudo obrar conforme a la diligencia debida para tal intervención.

### 3.3.3. *La prueba prima facie o Anscheinsbeweis*

Se deduciría la causalidad y la culpa de las “máximas de experiencia” según la teoría italiana y alemana correspondiente a la *res ipsa loquitur*. Hay autores que



no la consideran un supuesto de presunción judicial, sino de una prueba directa. En la presunción hay una serie de hechos probados que exigen una máxima de experiencia, de carácter objetivo, estadístico y fiable, que obliga a llegar a la conclusión presuntiva. Es decir, la prueba *prima facie* procede de los llamados sucesos típicos, en los que se ha comprobado el estado de las cosas, que según la experiencia de la vida, indica la existencia de una causa determinada o de una culpa. La razón de ser de esta teoría es que existe un suceso típico, en el que se ha comprobado, según la experiencia, la existencia de una causa determinada o de una culpa. Por tanto, se fija un hecho a partir de una prueba en virtud de la simple probabilidad. Lo que no parece quedar claro es si dicha experiencia hay que acreditarla o no, argumento que en el ámbito sanitario es una cuestión necesaria.

El TS Sala de lo Civil afirma en la Sentencia de 22 de diciembre de 2004 (RJ 2005\1441) que “debe recordarse (...) que no constituyen presunciones, en el sentido que resulta del artículo 1253 CC, las deducciones inferencias lógicas, basadas en la experiencia que, posibilitan juicios hipotéticos, obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes que llevan a conclusiones razonables en un orden normal y que el Juez puede utilizar sin sobrepasar por ello la regla según la que la aportación de los hechos corresponde a las partes” (F.J.2).

### 3.3.4. *La culpa virtual o “faute virtuelle”*

En la doctrina francesa este mecanismo deductivo es conocido como ligado a la presunción judicial de la culpa a la constatación del daño desproporcionado. Lo que supone deducir la negligencia de la anormalidad del resultado. Esta teoría cumple más con la *res ipsa loquitur*, en el sentido de que se fundamenta en que la anormalidad del resultado es incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal, por lo tanto la culpa se presume. En realidad, con arreglo a este criterio se deduce la culpa a partir de la existencia de un nexo de causalidad entre la intervención y su anómalo resultado, es decir, el daño.

Se puede destacar la STS Sala de lo Civil de 12 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9431), que se basa en la doctrina de la culpa virtual, en razón a lo desproporcionado del resultado, expresando que «quedó determinado, acreditado un actuar que encaja en el reproche culpabilísimo como culpa virtual, en razón a la desproporción de resultado debidos a la acreditada negligencia del recurrente» (F.J.4).

En sentido contrario, se pronuncia la STS Sala de lo Civil de 14 de febrero de 2007 (RJ 2007\565), en la que se absuelve al facultativo demandado y al INSALUD. El Alto Tribunal afirma que “en la valoración de la conducta del profesional sanitario queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba(...), estando, por tanto, a cargo del paciente la carga de la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico quirúrgico enjuiciado fue realizado por infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (*lex artis ad hoc*)(...). Y es lo cierto que en la demanda no se hace

referencia alguna a ningún acto de los profesionales médicos que pudiera considerarse negligente, ni a través de la prueba es posible reprocharles que utilizaran una técnica quirúrgicamente incorrecta, ni presumir a partir del resultado dañoso, con origen en una intervención de riesgo en la que el paciente ha sido informado previamente, que algo se dejó de hacer, o se hizo mal, de modo que con otro comportamiento, más ajustado a la “*praxis*” médica (reglas o exigencias de la medicina del caso), se hubiera evitado, o limitado la entidad del resultado lesivo” (F.J.2).

La finalidad de estas teorías es presumir la culpa y el nexo causal a través de la anormalidad del resultado o de las máximas de la experiencia. Se presume la culpa del médico y son unos instrumentos que están pensados para facilitar la labor probatoria del paciente. Estas cuatro teorías también plantean la posibilidad de que el demandado pueda exonerarse de tal responsabilidad, probando que el daño no estaba dentro de su esfera de acción o actuación, que el nexo causal fue interrumpido, que la intervención del paciente o quizá de un tercero, fueran las causantes o la existencia de caso fortuito o fuerza mayor.

#### **4. REQUISITOS**

Los requisitos que deben darse para la aplicación de la teoría del daño desproporcionado los enumera el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala de lo Civil de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9427) cuando expresa que “lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima” (F.J.2). Por lo tanto, los tres requisitos exigidos son los que se exponen a continuación.

##### **4.1. La presencia de un evento dañoso de los que se produce cuando media negligencia**

Para la aplicación de esta teoría es necesaria la presencia de un daño, en la doctrina es posible encontrar diferentes definiciones acerca del “daño”, no obstante utilizaremos el concepto clásico que nos otorga Larenz y que lo define como “todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”.

El daño tiene que ser anormal, cuestión que por la doctrina y la jurisprudencia, en mi opinión no se delimita detalladamente, puesto que equiparan anormal con desproporcionado.

En este sentido, tendremos que atender a las definiciones de ambos conceptos, “anormal” según la RAE es “infrecuente”, mientras que “desproporción” es “falta de proporción debida”. Como podemos ver, ambas acepciones no son equiparables entre sí, por lo que es un concepto de difícil determinación; no obstante, se puede

hacer una aproximación más o menos precisa utilizando varias definiciones que encontremos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Sobre este particular, también se pronuncia Luna Yerga, realizando una distinción entre un daño muy grave, significativo o catastrófico y resultado anormal. En relación al resultado muy grave, parece razonable que no quede claro que la mera producción de un resultado muy grave haga presumir la culpa y en cuanto al resultado anormal, las máximas de la experiencia harían presumir la culpa de una manera similar a los otros instrumentos que facilitan la prueba.

La desproporción del resultado producido en la actividad médica, se debe poner en relación con la actividad concreta que se enjuicia. En este sentido, Villanueva Lupión expresa que “el daño es desproporcionado cuando es anómalo como resultado de una actividad médica concreta, que no se corresponde con las complicaciones posibles y definidas de la intervención”. Del mismo modo, Díez Picazo expresa la indeterminación en torno a la desproporción del daño, en el sentido de que éste no es aquel que presente un gran número de víctimas, sino aquel que presente una “anómala relación con el comportamiento”.

El Tribunal Supremo en numerosas sentencias ha definido el daño desproporcionado como “enorme”, no obstante, como hemos visto no tiene porqué ser un daño desorbitado o de graves consecuencias, sino que “basta con que no deba ocurrir normalmente y no esté en consonancia con la *lex artis debida*”. Por lo tanto, no puede calificarse como daño desproporcionado el daño indeseado o insatisfactorio pero a su vez encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, o entre las complicaciones que se estiman posibles, aun prestando toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada.

A mi parecer, definir el daño desproporcionado como anormal es impreciso y requiere más adjetivos que expliquen claramente a qué nos queremos referir, por ejemplo, el daño desproporcionado podría definirse como aquel anormal, insólito e inusual en comparación con el resultado que sería previsible que se produjera. Puesto que para la utilización del daño como criterio de imputación, es necesaria una determinación exacta de cómo ha de ser tal daño.

La doctrina del daño desproporcionado no debe identificarse con el riesgo típico, sino que sólo se puede aplicar en los casos en los que no se materializan esos riesgos que vienen aparejados a cada intervención. No obstante, todo riesgo atípico no es un daño desproporcionado, sino que tiene que tener unas características adicionales, debe ser insólito, anormal, inusual y desorbitado en relación con el padecimiento del paciente y el posible resultado derivado de tal intervención.

Sobre el riesgo típico es importante precisar dos supuestos: el primero de ellos, es aquel caso ante el que el paciente ha sido convenientemente informado de los efectos negativos que puedan derivar de tal intervención, asumiéndolos. Por ello, a pesar de que este intervenga ajustándose a los parámetros que establece la «*lex artis ad hoc*», se puede materializar uno de esos riesgos típicos. En esa situación el facultativo no habrá incurrido en ningún tipo de culpa o negligencia, por lo tanto, no sería de aplicación la teoría del riesgo desproporcionado. Mientras

que el segundo es aquel en el que sea materializado el riesgo típico y el paciente no fue convenientemente informado de aquel.

Un ejemplo en el que se condena al facultativo bajo la teoría del daño desproporcionado, cuando lo que se produjo fue un riesgo típico de tal intervención, es el examinado por la STS Sala de lo Civil de 31 de enero de 2003 (RJ 2003\646), que contiene un voto particular que realiza el Magistrado Marín Castán, que está en contra de la aplicación de ésta teoría y para ello alega que “si la técnica quirúrgica aplicada por el demandado fue la adecuada y no la alegada en la demanda como desfasada, si la intervención no dañó el nervio del esfínter, si la lesión muscular del esfínter externo es consustancial o inherente a la técnica quirúrgica aplicada y si, en fin, los trastornos esfínterinos no son descartables tras este tipo de intervenciones, influyendo en ellos factores incluso psicológicos, la imputación del daño al cirujano demandado como *resultado desproporcionado* equivale a hacerle responsable de un riesgo típico pese a haber probado lo correcto de su intervención; en suma, a identificar riesgo típico con resultado desproporcionado”.

En la SAP de Madrid (Sección 20.<sup>a</sup>) de 17 de enero de 2007 (AC 2007\975) se desestimó la aplicación de la teoría del daño desproporcionado, puesto que lo que se produjo fue una consecuencia fruto del riesgo típico de dicha intervención quirúrgica. La resolución judicial se apoya en las conclusiones de los informes periciales para descartar la responsabilidad del cirujano. El origen del daño fue “la intervención quirúrgica”, pero no justifica la responsabilidad del facultativo porque no fue un daño desproporcionado “con arreglo a esa misma doctrina, no pueda calificarse de “resultado desproporcionado” el daño indeseado o insatisfactorio pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada. Situación concurrente en el caso que nos ocupa, al encontrarnos ante la cicatrización normal de cualquier herida, en este caso de origen quirúrgico, que produjo la obstrucción del uréter sin que se manifestara o evidenciara con sintomatología; por lo que decae este motivo de apelación” (F.J.4).

#### **4.2. El daño se produce por una conducta que está fuera de la esfera de disponibilidad y control del facultativo**

Una vez superado el primer requisito, es decir, cuando ya se ha presumido la culpa del facultativo, ésta se debe atribuir a un sujeto en particular, quien será el que resulte condenado al pago de una indemnización. Para poder determinar este requisito, es necesario que ese facultativo haya tenido un control de la intervención, no es necesario que tal control haya sido real, sino que haya tenido la posibilidad de ejercer tal control. Este control tiene que ser exclusivo del facultativo al que se le imputa el hecho dañoso, sin que pueda existir posibilidad de “interferencias por parte de terceros no autorizados en las circunstancias o medios que causaron el daño”.

Por otro lado, no se puede aplicar la teoría del daño desproporcionado en todos aquellos supuestos en los que el resultado es un riesgo conocido y previsible, puesto que todos los daños desconocidos e imprevisibles según el estado de la ciencia quedarán fuera de la esfera de actuación o de control del profesional sanitario (STS Sala de lo Civil de 20 de noviembre de 2009, RJ 2010\138). Asimismo, las SSTS Sala de lo Civil de 23 de mayo de 2008 (RJ 2008\3171) y la de 4 de noviembre de 2010 (JUR 2010/411012) establecen que “si el daño viene originado por una causa que se encuentra fuera de la disponibilidad de los demandados, no concurrirán los requisitos primero y segundo para que opere la presunción de culpa, de tal forma que se destruye ésta o la efectividad del principio *res ipsa loquitur*, con ruptura del nexo causal entre el evento dañoso y su actividad” (F.J.3). Por tanto, si el daño viene originado por una causa que se encuentre fuera de la disponibilidad de los facultativos, se destruye tal presunción creada por la teoría del daño desproporcionado.

Si el facultativo prueba que ha actuado conforme a la “*lex artis*” no se le podría reclamar responsabilidad civil en virtud de la doctrina del daño desproporcionado, puesto que no habría existido negligencia ni cabría una presunción de la misma en virtud de la doctrina del daño desproporcionado. No obstante, tendría que utilizarse el criterio de la *lex artis ad hoc*, puesto que estamos ante una doctrina casuística y que se aplica y se interpreta según las circunstancias concurrentes. En este sentido, la STS Sala de lo Civil de 24 noviembre de 2005 (RJ 2005\7855) expone que el profesional sanitario no responderá de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia (STS Sala de lo Civil de 23 de marzo 2001, RJ 2001, 3984), al no poder atribuírsele cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS Sala de lo Civil de 13 de julio 1987, RJ 1987\5488).

### 4.3. Inexistencia de culpa exclusiva de la víctima

Este último requisito corresponde con aquel criterio de exoneración que posee el facultativo en relación con el daño que se ha producido en el paciente. Aquí estaríamos hablando de una “rotura” del nexo de causalidad y no de una presunción de la negligencia del facultativo. En este sentido, es necesario delimitar cómo debe ser el comportamiento del paciente que ha contribuido a la producción del daño. Esta conducta debe ser de “tal entidad que permite hablar de interrupción del nexo causal, de *culpa exclusiva de la víctima*. Por ello, si el paciente ha influido en la producción de daño ya sea por acción u omisión, no se exigirá responsabilidad alguna al facultativo por tal resultado, según expresa Díez Ballesteros en general sobre la asunción del riesgo, cuando apunta que “el comportamiento del perjudicado, como es sabido, no es indiferente a la hora de determinar la responsabilidad por el daño causado. Dicha conducta, desde un enfoque causalista, puede valorarse como causa del daño”. Aunque, a pesar de que el mismo autor expone que “cuando se ha tenido en consideración la conducta de la víctima, ha sido para analizar si la misma constituía un obrar culposo o negligente. Es decir, se trataba de establecer

la existencia o no de culpa de la víctima. Sin embargo, (...) la jurisprudencia también contempla la posibilidad de que haya existido o no un comportamiento culposo del dañado, sino una asunción por éste de un riesgo al que se ha sometido voluntariamente”. A mi juicio, no se puede aplicar la teoría de la asunción del riesgo por la víctima cuando estamos ante la aplicación del daño desproporcionado, puesto que éste se aleja del riesgo típico, el cual sí fue aceptado por la víctima en el correspondiente consentimiento informado.

No obstante, cabría la aplicación por los órganos jurisdiccionales de una eventual concurrencia de culpas, puesto que el daño ha podido ser producido por ambos. La aplicación de la concurrencia de culpas “constituye solamente un factor por el cual se puede proceder a atemperar la cuantía indemnizatoria”. Esto es debido a que el paciente con su actuación negligente “provoca y desencadena la situación de la cual deviene un resultado dañoso o ayuda a su acaecimiento”, es decir, con su propio comportamiento ha creado tal daño.

Ahora bien, por el momento, este requisito ha resultado un requisito teórico, pero no real, puesto que en los casos en los que se da la aplicación de esta teoría, normalmente, el paciente está anestesiado y no ha podido contribuir a la causación del daño.

## 5. EFECTOS

Los efectos de la aplicación de esta teoría son: por un lado, la presunción de la existencia de culpa o negligencia por parte del facultativo. Por otro lado, la obligación por parte del mismo de probar que obró con la *lex artis* debida para la intervención concreta, que el daño causado este fuera de su esfera de acción. Por último, que exista culpa exclusiva de la víctima.

La aplicación de esta doctrina implica que ante determinado resultado desproporcionado, se presume que existe la culpa del facultativo, cuando las circunstancias indiquen que tal resultado no hubiera tenido lugar de no mediar de algún modo su negligencia, es decir, la no actuación conforme a las reglas de la *lex artis ad hoc*. Todo ello siempre que no pruebe de manera cumplimentada que la causa ha estado fuera de su esfera de acción.

Ahora bien, a este respecto, según algunos autores la doctrina del daño desproporcionado presenta una primera objeción, puesto que esta culpa virtual, se limita a deducir la negligencia de la anormalidad de un resultado, mezclando y confundiendo la culpa con la causalidad: se deduce la culpa a partir de la existencia de un nexo de causalidad entre la intervención y su anómalo resultado que sería el daño producido. De este modo, como indica Villanueva Lupión expresa que esta doctrina “no opera precisamente como una prueba *prima facie* (...), sino que parte de la existencia de un hecho del que se establece la presunción de causalidad sobre la anormalidad del resultado, y por ende, de la culpa”. Asimismo, Rocal Lanzarot señala que “se incide en la atribución causal y en el reproche de desviación de la *lex artis ad hoc*, además de los cánones generales sobre el onus probandi de la relación

de causalidad, pues, se presume la anormalidad en el funcionamiento del servicio sanitario, y por ende, la negligencia en la actuación del personal sanitario, al no responder al buen hacer exigible, esperado y propuesto, y revelarse deductivamente inadecuado y contrario a la *lex artis*, ante la anormalidad desproporción del resultado dañoso”. Por lo tanto, la simple acreditación de que se ha producido el daño desproporcionado hace que se presuma que el facultativo no ha cumplido con la *lex artis* exigible.

Por otra parte, hay que precisar que esta doctrina no supone la objetivación de la responsabilidad ni una responsabilidad por riesgo, puesto que la responsabilidad de los facultativos se funda en la culpa, en concreto en una falta de actuación diligente y que de tal actuación deriva el hecho dañoso. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de la Sala de lo Civil de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008\5789), expresa que la doctrina del daño desproporcionado no implica la objetivación de la responsabilidad del facultativo “sino revela, trasluce o dilucida la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia (*res ipsa loquitur*)” (F.J.6). De manera, que la doctrina del daño o resultado desproporcionado no funciona al margen de la responsabilidad por culpa, porque, presume la culpa del médico, a modo de culpa virtual.

Por último, es necesario señalar que no estamos ante los supuestos que podrían encajar bajo la regla procesal de la inversión de la carga de la prueba, aunque en la práctica pueda resultar lo mismo, puesto que lo que se aplica es una técnica correctora del normal rigor probatorio. De este modo, el paciente quedaría liberado de la carga probatoria, puesto que la evidencia de tal resultado desproporcionado acreditaría la negligencia. Así, la carga de la prueba quedaría desplazada al facultativo, quien deberá probar la consecución de la diligencia debida, o al menos, una justificación del resultado obtenido, cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación de la responsabilidad.

## 6. LA CARGA DE LA PRUEBA

Una de las cuestiones claves en cualquier proceso judicial por responsabilidad sanitaria radica en la determinación de qué parte ha de acreditar los hechos, es decir, de qué parte ha de asumir la “carga de la prueba”. Es lo que Luna Yerga denomina “distribución dinámica de la carga de la prueba”, supone que, se trasladaría la carga de la prueba al demandado, si a la vista de las circunstancias, está en mejores condiciones de poder probar que el demandante.

La teoría del daño desproporcionado no debe alterar el principio básico de responsabilidad civil por culpa, sino que debe entenderse como un matiz corrector de las fuentes de prueba, haciendo también al médico partícipe de la carga de la prueba cuando, por su proceder las consecuencias constituyen un daño o un resultado desproporcionado, se podría equiparar con la aplicación directa del artículo 217.6 LEC, con el fin de evitar la indefensión del perjudicado. Esto es debido a la dificultad de obtener pruebas por parte de los perjudicados y, teniendo un resultado desproporcionado se entiende que éste ha sido causado por el

facultativo. Sobre este particular expresa Villanueva Lupión que la doctrina del daño desproporcionado constituye un alivio a la carga de la prueba del paciente, además, a su juicio “estos mecanismos paliativos se brindan al demandante para facilitarle el *onus probandi*, que en ocasiones se convierte en una verdadera probatio diabólica si al paciente le corresponde la carga de probar el daño, la relación de causalidad y la infracción de la *lex artis ad hoc*, por la desigualdad entre la víctima del daño y el profesional o institución sanitaria donde se realiza la intervención médica, en cuanto a la posibilidad de conocer los hechos y la valoración científica o técnica de los mismos”.

El Tribunal Supremo reitera la doctrina que inició en el ámbito de la responsabilidad civil médica la sentencia de la Sala de lo Civil de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996\8938), conforme a la cual “el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión” (F.J.1). En efecto, la citada Sentencia añade una apreciación, en el sentido de que, a pesar de que la obligación del facultativo es de medios y no de resultado, en determinados casos se puede aplicar ésta presunción a favor del paciente.

En este mismo sentido la STS Sala de lo civil de 22 de mayo de 1998 (RJ 1998\3991) desplaza la carga de la prueba de que la actuación sanitaria fue correcta y conforme a la *lex artis* en los siguientes términos: “corresponde a los médicos y centro sanitario implicados, en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor posición para acceder a las mismas, la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable, destruyendo la presunción de culpa que genera la anormalidad de lo que ocurrió, según las pautas que recogen las máximas de experiencia” (F.J. 3).

La aplicación de este criterio se modula con el límite que plasmaba el antiguo artículo 1249 CC, que admitía las presunciones judiciales cuando el hecho del que resulta tal presunción (el llamado hecho base o hecho indicativo) esté totalmente acreditado. Por ello, se podría decir que la teoría del daño desproporcionado en pureza, no supondría una total inversión de la carga de la prueba, ya que quien reclama tendrá que probar tanto el daño como su carácter desproporcionado, así como la relación de causalidad. En ese momento la carga de la prueba se derivaría hacia el demandado, quien tendría que acreditar la “inevitabilidad” del resultado, así como los elementos imprevisibles o incontrolables que puedan haber determinado tal resultado.

Como se afirma en la Sentencia del Tribunal supremo de la Sala de lo Civil de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/552) cuando expresa que “la exigencia de responsabilidad no comporta imputar las consecuencias desfavorables de la falta de



prueba a una de las partes, sino admitir que existen hechos cuya evidencia queda demostrada por sí mismos (*res ipsa loquitur*, la cosa habla por sí misma) en tanto no son refutados (facta refutada o hechos necesitados de refutación según la retórica clásica), de tal suerte que la ponderación de los resultados en su misma existencia, habida cuenta de las circunstancias de todo tipo concurrentes, lleva a la conclusión de que se han omitido los medios necesarios para evitarlos si no se demuestra lo contrario por quien está en condiciones de hacerlo” (F.J.8).

En muchas ocasiones los órganos jurisdiccionales tienen que apoyarse en los dictámenes de la Real Academia de Medicina y Cirugía para poder interpretar el resultado que se ha producido y si éste corresponde a un resultado usual o un resultado anómalo, como ocurre en la STS Sala de lo Civil de 18 de diciembre de 2009 (RJ 2010\2913), por ello, el Alto Tribunal entiende que se produce un daño desproporcionado y que el facultativo no ha podido acreditar que actuó conforme a la *lex artis*, por lo que se condena al pago de una indemnización a favor del paciente en concepto de daño desproporcionado.

En definitiva, en los supuestos en los que existe y se aplica el criterio del daño desproporcionado como justificativo de la declaración de responsabilidad, se produce la inversión de la carga de la prueba, de manera que es sobre el causante del daño sobre el que recae la obligación de acreditar las causas excluyentes de la responsabilidad. Por ello, si el facultativo proporciona una explicación convincente, debidamente acreditada, coherente y suficiente de que el origen del daño no fue producido por su negligencia, ninguna responsabilidad civil podrá exigírsele, porque no se podrá imputar ningún daño por muy desproporcionado que fuere si no fue debido o fruto de su negligencia.

## 7. CONCLUSIONES

A la vista de los supuestos en los que los tribunales han aplicado la doctrina del daño desproporcionado se pone de manifiesto que los contornos y límites de esta teoría son imprecisos. No obstante, a la luz de la jurisprudencia y de la doctrina, que se ha estudiado, se pueden extraer algunas conclusiones respecto al concepto, requisitos, efectos y carga de la prueba de la doctrina del daño desproporcionado.

Primera: sería conveniente que la jurisprudencia perfilara con mayor nitidez la doctrina del daño desproporcionado. A pesar de que un concepto jurídico indeterminado resulte de utilidad para resolver múltiples situaciones y adaptarse a cada supuesto concreto, a mi juicio, quizá su falta de precisión puede causar inseguridad jurídica. Por lo que sería conveniente que la jurisprudencia delimitase sus contornos y requisitos de forma algo más matizada. Así, un posible concepto de daño desproporcionado podría ser: aquel daño anormal, insólito, enorme y de tal envergadura que tiene como consecuencia la presunción de negligencia por parte del facultativo. No obstante, para poder afirmar que un daño ha sido desproporcionado, dependerán del caso concreto, así como de las pruebas periciales practicadas y de los resultados que el estado de los conocimientos científicos determinen como inusual, insólito, para lo que puede

resultar de utilidad los dictámenes de la Real Academia Nacional de Medicina.

Segunda: para la aplicación de esta teoría se tiene que atender a los requisitos expuestos, dado que se constituyen como una excepción al régimen previsto para la responsabilidad civil médica y tienen que ser aplicados rigurosamente para no incurrir en una perversión del sistema de responsabilidad civil sanitario, condenando al facultativo por cualquier daño que se produzca. Asimismo, es necesario delimitar bien cuál es el riesgo típico que comporta cada intervención, puesto que la producción de tal riesgo típico impediría la aplicación de esta doctrina. Se podría imputar al facultativo un resultado desfavorable a pesar de ser un riesgo típico, pero no bajo la teoría el daño desproporcionado.

Tercera: en el ámbito de la doctrina del daño desproporcionado no parece razonable utilizar la teoría de la asunción del riesgo por parte de la víctima, puesto que el paciente lo que ha consentido mediante el consentimiento informado que se le ha facilitado es el riesgo típico, y cuando opera la doctrina del daño desproporcionado estamos ante un daño que no está comprendido dentro de esos riesgos típicos.

Cuarta: a pesar de que la jurisprudencia y doctrina admiten que no supone una inversión de la carga de la prueba ni una objetivación de la responsabilidad civil, el efecto que produce la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, a mi juicio, normalmente supone una inversión de la carga de la prueba, puesto que se le trasladan tal labor al facultativo, quien si acredita que obró conforme a la *lex artis* no se le imputará responsabilidad civil. Por ello, en la práctica, a pesar de los recurrentes intentos de explicar que no supone una inversión de la carga de la prueba, a mi parecer sí que comporta una inversión de la carga de la prueba.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: “Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento civil”, en AAVV: Carga de la prueba y responsabilidad civil. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

ASÚA GONZÁLEZ, C.I.: “Responsabilidad médica”, en: REGLERO CAMPOS, L.: Tratado de responsabilidad civil. Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

BILANCETTI, M.: La responsabilità penale e civile del medico, Ed. CEDAM, Padova, 2003.

DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1996.

DIEZ BALLESTEROS, J.A.: “La asunción del riesgo por la víctima en la responsabilidad civil extracontractual (Un estudio jurisprudencial)”. Diario La Ley, 2000.

DÍEZ PICAZO, L., “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: Derecho sanitario y responsabilidad médica, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003.

ELIZARI URTASUN, L.: El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ESCRIVÀ RUBIO, M.: “¿Resulta “siempre” posible practicar prueba en contrario de una presunción judicial? Y por cierto, prueba ¿de qué?”. Diario La Ley, 2011.

GALÁN CORTÉS, J.C.: La responsabilidad civil médica y consentimiento informado, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

GALÁN CORTÉS, J.C.: Responsabilidad civil médica, Ed. Civitas, 2011.

GALLARDO CASTILLO, M.J.: “De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual”, Diario La Ley, 2009.

GARCÍA GARNICA, M.C.: “La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial”, en: GARCÍA GARNICA, M.C. (Coord.): La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006.

GÓMEZ POMAR, F.: “Derecho Civil IV. Responsabilidad por la prestación de los servicios sanitarios (Tema9)”, visto en: [http://www.upf.edu/dretcivil/\\_pdf/mat\\_fernando/T92008.pdf](http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T92008.pdf) [Consulta: martes, 03 de julio de 2013].

L. DIAMOND, J. et alii.: Understanding torts, Ed. LexisNexis, 2007.

LARENZ, K.: Derecho de obligaciones, trad. española de SANTOS BRIZ, I. Madrid, 1959. Y notas SANTOS BRIZ, T.I, Ed. Madrid, 1958.

LLAMAS POMBO, E.: “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, en Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio, AAVV: Coordinador Juan Antonio Moreno Martínez, Madrid. 2000.

LLAMAS POMBO, E.: “Responsabilidad profesional”, Diario La Ley. Madrid, 2010

LLAMAS POMBO, E.: Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba, Ed. Dykinson, 2000.

LUNA MALDONADO, A.: “Responsabilidad civil médica: Sistemas de cobertura de riesgo”, en: ÁLVAREZ SÁNCHEZ JJ.I. (Dir): La Responsabilidad civil profesional. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Colección de cuadernos de derecho judicial, Madrid, 2003.

LUNA YERGA, A., “Olvido de una gasa durante una operación quirúrgica. Comentario de la STS, 1.ª, 29.11.2002”, [www.indret.com](http://www.indret.com), n.º 141, abril, 2003, pp. 5 y 6. [Fecha de consulta: 20 de Julio de 2013].

LUNA YERGA, A.: La prueba de la responsabilidad civil médico sanitaria, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

MARTINEZ CALCERRADA, L.: Derecho médico. Vol. I. Derecho Médico General y Especial. Ed. Tecnos. Madrid. 1986.

NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario”, *VLex*, 2003.

PARADISO M.: “La responsabilidad medica: dal torto al contratto”, *Rivista di diritto civile*, n.º 3, mayo-junio, 2001.

PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A.: “Artículo 148”. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Ed. Thomson Reuters. Aranzadi. Navarra. 2009.

PÉREZ TOLÓN, E. y LARIOS RISCO, D.: «La teoría del daño desproporcionado en los dictámenes sobre responsabilidad sanitaria del consejo consultivo de castilla-la Mancha», *Revista jurídica de Castilla y la Mancha*, n.º 47, Diciembre de 2009.

ROCAL LANZAROT, A.I.: “A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Febrero 2011.

ROSETTI, MARCO.: “Responsabilità sanitaria e tutela della salute”. *Quaderno del Massimario* n. 2 del 14 noviembre 2011.

SARRATO MARTÍNEZ, L., “La doctrina del daño desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico sanitaria”, *Diario La Ley*, 2008.

SEIJAS QUINTANA, J.A.: “Responsabilidad médica: Nueva visión del Tribunal Supremo ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados”, en: HERRADOR GUARDIA, M.J.: *Derecho de daños*, Ed. Sepin. Madrid. 2013.

VICENTE DOMINGO, E.: “El daño”, en REGLERO CAMPOS, F. L. (Coord.): *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Ed. Thomson-Aranzadi. Madrid, 2008.

VILLANUEVA LUPION, C.: “El alivio de la carga de la Prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado” en: GALLARDO CASTILLO, M.: *La responsabilidad jurídico-sanitaria*. Ed. La Ley, 2011.

VILLANUEVA LUPIÓN, C.: “El alivio de la carga de la prueba al paciente. Contornos de la doctrina del daño desproporcionado”. *Diario La Ley*. Madrid, 2011.

ZEPOS, P. Y CHRISTODOULOU, P.: “Professional liability”, en: *International Encyclopedia of comparative law*, vol. XI-1, Torts, chief, Ed. André TUNC, Martines ijhoff Publishers, The Hague-Boston-London.