

EL DAÑO DESPROPORCIONADO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA POR CIRUGÍA: UNA VISIÓN DOGMÁTICA Y JURISPRUDENCIAL DE LA REALIDAD ACTUAL

Arantzazu Vicandi Martínez

Doctora en Derecho Civil.

Profesora Doctora Encargada.

Departamento de Derecho Privado.

Universidad de Deusto

Abogada

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier CARVAJAL GARCÍA-VALDECASAS, don David GARCÍA-OCHOA MAYOR, don Alberto MANZANARES SECADES, don Juan José MARÍN LÓPEZ y don Antonio ZÁRATE CONDE.

EXTRACTO

A pesar de la larga tradición jurisprudencial del daño desproporcionado, no podemos negar que a día de hoy sigue existiendo discordia en torno a este concepto, tanto en aspectos doctrinales como tópicos. A lo largo de las siguientes páginas nuestra pretensión no será otra que desarrollar un trabajo pormenorizado de esta idea en el caso concreto de las cirugías; y pretender, en la medida de lo posible, arrojar un ápice de luz sobre las sombras que oscurecen la aplicación de esta noción. Con este propósito, el análisis que vamos a efectuar va a tener una introducción esencialmente dogmática, donde se pretenderá definir el daño desproporcionado, así como situar el origen del mismo. Este detallado análisis teórico nos permitirá un adecuado estudio fenomenológico de la figura, para lo cual estudiaremos la evolución de este concepto a lo largo de una década de jurisprudencia, clasificándola en función de la temática de la misma.

Palabras claves: daño desproporcionado, cirugía y evolución jurisprudencial.

Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de aceptación: 10-07-2014

DISPROPORTIONATE DAMAGE IN HEALTH CIVIL LAW CAUSED BY SURGERY: A DOGMATIC AND CASE-LAW VIEW OF CURRENT REALITY

Arantazu Vicandi Martínez

ABSTRACT

Despite long case-law tradition on the topic of disproportionate damage, we cannot deny the fact that today there is still disagreement about this concept, both in doctrinal and topic aspects. In the following pages we aim to develop a detailed work of this idea focused on surgery; and, as much as we can, pretending to shed light on the shadows which darken the implementation of this idea. For this purpose, the analysis to be performed will start with a essentially dogmatic introduction, where we expect to define the disproportionate damage and locate the origin of it. This detailed theoretical analysis will allow us to perform a suitable phenomenological study of the figure, for what we will study the evolution of this concept during a decade of case-law, whilst classifying it depending on its thematic.

Keywords: disproportionate damage, surgery and case-law evolution.

Sumario

I. Origen y concepto del daño desproporcionado

1. Origen de la figura
2. El concepto del daño desproporcionado

II. Naturaleza de la figura

1. *Res ipsa loquitur*
2. *Prima facie*
3. La culpa virtual
4. El daño desproporcionado y su naturaleza diferenciada

III. Excepciones a la figura

1. La *lex artis*
2. Riesgo típico
3. La prueba

IV. Fenomenología

1. El daño desproporcionado en actividades quirúrgicas
2. El daño desproporcionado y la cirugía estética

V. Conclusiones

Bibliografía

I. ORIGEN Y CONCEPTO DEL DAÑO DESPROPORCIONADO

1. ORIGEN DE LA FIGURA

1. El daño desproporcionado es una noción de origen jurisprudencial que se caracteriza por traducirse en una suerte de juego de presunciones o indicios razonables, que parten de un resultado final extraordinario, o apartado de lo habitual, del cual se deduce una posible actuación dolosa o negligente. Ante esta tesitura el demandante ve aligeradas sus obligaciones procesales, dado que únicamente tiene el deber de probar el daño sufrido, así como la desproporción o excepcionalidad del mismo. La consecuencia directa de esto se traduce en un incremento proporcional de los esfuerzos de la parte demandada, debiendo esta demostrar que su actuación fue acorde a la *lex artis*, y de forma accesoria, señalar qué provocó ese perjuicio (el origen o posible causa del mismo); pudiendo acudir también a la concurrencia de alguna de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil (caso fortuito y fuerza mayor), así como a la influencia de un tercero o de la propia víctima¹.

Autores como LUNA YERGA justifican con excelente claridad el porqué de la existencia de una construcción doctrinal como la presente, sobre todo en un ámbito como el de la responsabilidad sanitaria: la prueba diabólica «La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria ha sido considerada con frecuencia una prueba diabólica por cuanto la simetría de la información y, en mayor medida, la posición privilegiada de los profesionales sanitarios para acceder a esta,

¹ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Pamplona: Aranzadi, 1996, pág. 175. Por su parte y sin referirse directamente a la figura, pero definiendo un concepto parecido a la misma, conviene destacar la explicación de JORDANO FRAGA cuando señala: «Punto común de arranque de este generalizado movimiento jurisprudencial es el dato, antes manifestado, de que corresponde al Juez, sobre la base de las pruebas del paciente, la apreciación de la negligencia médica. Pues bien, en la medida en que en dicha apreciación los poderes *deductivos* del Juez al respecto se amplían, en que la negligencia médica no se *constata* o verifica en el material probatorio aportado por el cliente, sino se *deduce* del mismo, disminuye correlativamente el esfuerzo probatorio del paciente para mover e impulsar la convicción judicial. La evolución jurisprudencial ha conducido, precisamente, a esto: el alivio probatorio del actor-paciente como consecuencia de que la negligencia médica se deduce, sin necesidad de una prueba acabada o completa, por unos jueces que impiden así que el rigor de la carga de la prueba derive en la inmunidad del médico y la correlativa desprotección del paciente». JORDANO FRAGA, F.: «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 258, 1985, págs. 29 a 104; concretamente en pág. 76. De una manera muy similar se pronuncia RICO-PÉREZ al referirse a la noción de *res ipsa loquitur*: «... basta con producir prueba que lleve a personas razonables a concluir que hubo negligencia de parte del demandado». Este autor evidencia que no es necesario concatenar todos los hechos o pruebas existentes en el supuesto en concreto a los efectos de demostrar que ha habido una negligencia, sino simplemente destacar elementos clave del caso, que lleven a una razonable presunción de falta de diligencia en las actuaciones. RICO-PÉREZ, F.: *La responsabilidad civil del farmacéutico*, Ávila: Trivium, 1984, pág. 74. En esta misma línea se pronuncia GONZÁLEZ MORÁN, L.: *La responsabilidad civil del médico*, Barcelona: Bosch, 1990, pág. 221.

impiden usualmente al paciente conocer lo realmente acontecido. A ello contribuía la regulación de la carga de la prueba del derogado artículo 1214 CC, que conforme a la jurisprudencia y doctrina mayoritarias atribuía a la parte demandante la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y a la demandada la de los hechos impositivos, extintivos y excluyentes de la misma»².

MACÍAS CASTILLO nos acerca su visión de la regla de *res ipsa loquitur* igualmente reveladora, cuando asegura que «Una traducción un tanto libre del "*res ipsa loquitur*" vendría a decir algo así como "la cosa habla por sí misma"... el verdadero significado jurídico pretende identificar una serie de supuestos en los que el resultado dañoso y los hechos que lo han causado no encajan, no resisten con facilidad una ausencia de responsabilidad. El resultado es tan anormal que se presume que ha existido negligencia, circunstancia que no impide que el agente tenga la posibilidad de probar justamente lo contrario, esto es, que se obró con la más exquisitas de las diligencias (en este caso, profesional). De este modo, se alcanza en determinados supuestos de responsabilidad médica un resultado similar al de otros ámbitos de la responsabilidad donde sí se producen expedientes objetivadores de la responsabilidad. La consecuencia práctica es clara, si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado esta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción»³.

2. Aunque el origen de esta construcción doctrinal se encuentra más o menos definido, no faltan voces como la de WEBB, que afirman que las primeras evidencias de este concepto se sitúan en épocas remotas, concretamente en el Derecho romano. Este autor considera que en la tercera parte del noveno libro del Digesto, que versaba sobre la responsabilidad por los daños provocados por enseres arrojados desde el interior de las viviendas, se realizaba una suerte de presunción, por la cual cualquier perjuicio ocasionado por algo lanzado desde un domicilio debía ser responsabilidad de los ocupantes del mismo⁴. Se efectuaba una deducción por la cual el desprendimiento de un objeto desde un inmueble era extraordinario, y si se producía, debía ser por dolo o por incumplimiento de los deberes mínimos de cuidado⁵.

² LUNA YERGA, Á.: «Comentario a la sentencia de 31 de enero de 2003», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 62, 2003, págs. 655 a 672; concretamente en pág. 662.

³ MACÍAS CASTILLO, A.: «*Res ipsa loquitur* y responsabilidad civil del traumatólogo», *Diario La Ley*, n.º 43, 2006, págs. 71 a 77; concretamente en pág. 73.

⁴ Por su parte LLAMAS POMBO sitúa el origen de este concepto en el Derecho alemán, concretamente en una sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1 de abril de 1979, en la que se señalaba que las partes de un proceso deben tener una «igualdad de armas» y para ello es necesario estudiar caso por caso si esta se da, y de no ser así, procederse a sopesar la carga de la prueba. LLAMAS POMBO, E.: *La responsabilidad civil del médico*, Madrid: Trivium, 1988, pág. 423.

⁵ WEBB, Greg G.: «The law of falling objects: *Byrne v. Boadle* and the birth of *res ipsa loquitur*», *Stanford Law Review*, vol. 59, 2007, págs. 1.065 a 1.109; concretamente en pág. 1.080. De la mano de GARCÍA VARELA nos llega una frase de Cicerón que definía a la perfección la regla *res ipsa loquitur*, algo que reafirmaría la teoría de WEBB: «Cuando habla la cosa misma, no es necesario que hable el hombre». GARCÍA VARELA, R.: «Responsabilidad de la administración hospitalaria por daño desproporcionado», *Diario La Ley*, n.º 5, 1999, págs. 1 a 3; concretamente en pág. 1. En la misma línea histórica se pronuncia JARAMILLO J., cuando haciendo alusión a esta misma expresión de Cicerón, la transcribe textualmente «Cicerón, *De oratore*. *Res ipsa, iudices, qua samper valet plurimum*». JARAMILLO J., C. I.: *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010, pág. 215.

No obstante lo señalado, la primera ocasión en la que el concepto de daño desproporcionado fue invocado en un tribunal fue en el año 1863 en Estados Unidos, en el asunto *Byrne v. Boadle*. En este se enjuiciaban unas lesiones provocadas a un viandante, que aparentemente venían motivadas por un descuido de uno de los trabajadores de la empresa demandada⁶.

En sus primeros estadios el daño desproporcionado no se invocaba en la responsabilidad sanitaria, porque era muy complejo que esta figura pudiese ser aceptada en ese campo. La justificación es sencilla: resultaba dificultoso integrar los accidentes médicos en la vida diaria. Este fue el motivo de que los primeros casos que se presentaron, en los que la noción analizada alcanzaba cierto protagonismo en materia médica, fueran supuestos de hecho en los que, o bien se olvidaba material quirúrgico en el interior de un paciente tras una intervención, o bien se trataba de una amputación o extracción del miembro u órgano equivocado; es decir, litigios en los que la negligencia era tan evidente, que no se precisaban mayores indagaciones⁷. A esta dificultad inicial, cabe añadir el hecho de que la acción en el daño desproporcionado debe ir dirigida contra la persona responsable del hecho en el momento en el que se causa el perjuicio, algo que es complicado en la responsabilidad sanitaria, porque en el acto médico siempre se encuentran implicadas varias personas; lo que hace que en la práctica totalidad de casos la víctima desconozca cuál de todas ellas ha sido la causante del daño. Esta eventualidad pudo ser salvada gracias a un sistema de jerarquización y subordinación del personal actuante en cada actividad médica, y en su defecto, responsabilizando del daño al hospital del que dependen los profesionales sanitarios, como último garante.

3. La primera resolución que se dictó en Europa en materia de daño desproporcionado, que curiosamente recayó sobre una controversia de responsabilidad sanitaria, fue bastante más tardía que la de Estados Unidos. Se trata de la sentencia del 28 de junio de 1960 de la Cour de Cassation francesa, que resolvió un caso de radiodermatitis que sufrió una paciente como consecuencia de la radiación excesiva recibida por un aparato de rayos X, porque las puertas del mismo no estaban bien cerradas. Las quemaduras que se le produjeron a la paciente fueron indemnizadas con base en la figura del daño desproporcionado⁸.

Por nuestra parte, en la jurisprudencia española fue necesario aguardar hasta la década de los noventa para que la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996⁹ tratase por primera

⁶ Un transeúnte había sido golpeado en la cabeza por un barril de harina cuando este cayó por una ventana. Este asunto fue el primero en el que se invocó la construcción doctrinal de *res ipsa loquitur*. A pesar de ello, la doctrina se afana en considerar que el caso clave para este concepto no fue este, sino el asunto *Scott v. London and St Katherine Docks Co.*, donde esta idea se trató con más detalle.

⁷ NAVARRO MICHEL, M.: «Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario», *Anuario de Derecho Civil*, vol., 56, n.º 2, págs. 1.197 a 1.230; concretamente en pág. 1.199.

⁸ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...* *op. cit.*, pág. 201.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996 (Sala Primera, recurso 404/1993, ponente Almagro No-sete). Esta resolución estudia un litigio en el que una paciente, horas después de un parto, que en principio no tuvo

vez de esta construcción doctrinal en la sala de lo Civil, siendo aplicada en un supuesto de tetraparesia espástica que sufrió una paciente, como consecuencia de una hemorragia derivada de un parto.

2. EL CONCEPTO DEL DAÑO DESPROPORCIONADO

1. Tal y como de las anteriores líneas hemos podido colegir, el daño desproporcionado es una vía de supresión de las dificultades de prueba, al relegar esta obligación a la parte del proceso que se encuentre en posesión de más medios o vías demostrativas. Así describe YZQUIERDO TOLSADA esta noción, como una situación procesal de la «mejor posición probatoria», que en el caso de la responsabilidad sanitaria la ocupa el médico u hospital. Es decir, considera este autor que aquella parte que ostente una ventaja procesal evidente respecto de la otra se encuentra en el compromiso de efectuar un aporte probatorio mayor. Debe demostrar que el daño final, en principio a esta parte atribuible por vía de la presunción, no es debido a su actuación. A tal efecto es indispensable probar que el desarrollo de sus actividades se llevó a cabo con arreglo a las reglas establecidas por la *lex artis*, dando además de forma accesoria una explicación coherente de lo ocurrido¹⁰.

ninguna complicación, sufrió una grave hemorragia que se trató en primer lugar con un legrado y después con transfusiones, pero al no cesar la pérdida de sangre se acudió a una histerectomía. Sin embargo, para cuando se consiguió frenar la hemorragia, el estado de la paciente ya era grave y había perdido la movilidad de los miembros inferiores. Concretamente señala esta sentencia: «Aun cuando sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando este, comparativamente, es desproporcionado con lo usual, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revelando la penuria negligente de medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización».

¹⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid: Dykinson, 2001, pág. 228. Este autor resulta especialmente gráfico cuando acude a supuestos de hecho susceptibles de crear una presunción como la que aquí es objeto de análisis, como ocurre por ejemplo en un caso de un accidente de circulación, en el que las marcas de neumáticos en el asfalto evidencian una frenada brusca, que en principio iría unida a un exceso de velocidad y que sería el desencadenante del accidente. Controversias con este grado de evidencia podrían ser consideradas la expresión máxima del daño desproporcionado, tal y como asegura este autor: «*Res ipsa loquitur*: la cosa habla por sí misma, no es necesario que lo haga el hombre. El demandante no requiere testigos ni peritos, pues el daño no se puede explicar de otro modo y la causalidad, son las circunstancias las que dejan ver el hecho que se trata de deducir: la negligencia. Y ahora corresponderá al demandado demostrar lo contrario». Esta misma idea baraja PÉREZ VALLEJO en lo que al daño desproporcionado se refiere. Esta autora encuadra este concepto en lo que denomina «criterios correctores del rigor probatorio», calificándolo como una presunción desfavorable, no tanto por la magnitud de un daño concreto, sino por la anomalía del mismo: «Hay supuestos excepcionales en los que, como consecuencia del mal resultado de la actuación médico-quirúrgica, la jurisprudencia ha creído necesario «modular o atenuar» la valoración del elemento subjetivo de la culpa, para garantizar la efectividad del derecho de resarcimiento». PÉREZ VALLEJO, A. M.ª: «Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 110, 2012, págs. 14 a 31; concretamente en pág. 18. LORENZO-REGO se pronuncia en una línea prácticamente idéntica a la de la anterior autora, al centrar el concepto de daño desproporcionado en una presunción desfavorable (penuria de medios), cuyo origen es un mal resultado, más por su carácter inusual, que por lo llamativo del mismo. LORENZO-REGO, I.: «El nexo causal en la responsabilidad civil sanitaria», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 103, 2012, págs. 6 a 20; concretamente en pág. 11. Por esta misma opción aboga ELIZARI URTASUN: «Así pues, el elemento que pone en marcha la aplicación de esta doctrina y la facilitación probatoria que supone para el paciente no es otro que el del resultado. Debemos empe-

El escenario tipo para la concurrencia de esta construcción doctrinal parte de un paciente que sufre un daño que dista mucho de lo habitual, es decir, existe una cierta desproporción entre lo que tenía que haber sido y lo que es en realidad. Sin embargo, esta premisa inicial, si bien conforma la base del concepto, no tiene la autonomía suficiente como para dar lugar al reproche del perjuicio sufrido por el agraviado. Es necesario un segundo elemento, que tiene como protagonista a la parte demandada, ya que una vez probado lo inusitado del daño, el facultativo o centro sanitario sobre el que pesa una presunción de negligencia ha de demostrar que el origen del perjuicio no deriva de sus actuaciones. En primer lugar tiene el deber inexcusable de probar la diligencia en sus actividades, esto es, que fueron desarrolladas de acuerdo con los criterios establecidos por la *lex artis*. Este aspecto, dependiendo de la claridad de la prueba, podría ser suficiente para desvirtuar la presunción, sobre todo si la actuación de un tercero o de la propia víctima ha incidido en el acto médico¹¹.

No obstante, cabe la posibilidad de que la situación no sea tan clara y que sea necesaria una explicación de lo ocurrido, o sea, de qué provocó el daño (efecto adverso de la anestesia, contraindicación de fármacos, etc.). Algo que, a todas luces, puede convertir la actividad probatoria del médico en una tarea difícil e incluso imposible.

En este punto conviene citar a autores como PÉREZ TOLÓN y LARIOS RISCO, que definen esta construcción doctrinal de una manera muy gráfica: «Este planteamiento implica que, ante ciertos hechos y resultados objetivos, se presume la culpa (no probada) del actuante, cuando las circunstancias y el sentido común indican que el resultado dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar algún grado de negligencia. Es decir, mediante una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias, se llega a afirmar que el profesional o equipo sanitario no ha actuado de acuerdo con la *lex artis ad hoc*»¹². Consideramos que el término clave radica en la palabra «deducción», ya que si por algo se caracteriza esta noción es por la ausencia de certeza y por fundamentarse en sombras de sospechas.

Igualmente clarividente es DE ÁNGEL YAGÜEZ, cuando respecto de esta figura señala: «Se ha formulado este concepto al amparo de la siguiente reflexión: cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica nor-

zar por examinar, pues, no la conducta médica y su adecuación a la *lex artis*, sino cuál es el resultado de la intervención médica y si lo podemos calificar de "desproporcionado" aplicaremos los beneficios de esta doctrina. Por eso resulta tan importante definir qué se entiende por resultado desproporcionado». ELIZARI URTASUN, L.: *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, Valencia: Tirant Monografías, 2012, pág. 18.

¹¹ Sobre el control del demandado de la esfera de actuación en la que pudo provocarse el daño, afirma NAVARRO MICHEL que la parte pasiva del proceso deberá ser aquella que ostente el control sobre la actividad dañosa, debiendo ser este suficiente y exclusivo, sin posibilidad de que medien interferencias de terceros, ni de la propia víctima; apunta esta autora que «no es necesario el control real, actual, sino que es suficiente la posibilidad de ejercer el control. El control del demandado debe ser exclusivo, sin posibilidad de interferencias por parte de terceros no autorizados en las circunstancias o medios que causaron el daño». NAVARRO MICHEL, M.: «Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario»..., *op. cit.*; concretamente en pág. 1.204.

¹² 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-La Mancha*, n.º 47, 2009, págs. 65 a 107; concretamente en pág. 66.

mal, se está en presencia de un modo de prueba que podría considerarse "elíptico", conducente de hecho a un sistema de presunción de culpa. Por decirlo de otro modo, a través de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias se afirma que el médico no ha actuado de acuerdo con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente»¹³. Este autor asegura que la culpa virtual conforma una situación de hecho en la que el juez comprueba que resulta imposible que no se haya incurrido en culpa. Considera DE ÁNGEL YÁGÜEZ que la culpa virtual no se genera por una suerte de presunción, sino más bien por un razonamiento en negativo o en contrario, realizándose la siguiente hipótesis: si no se hubiese incurrido en una actuación culposa o negligente, no se habría provocado el daño final, por lo que se presume la culpa. Tal y como asevera este autor se trata de «... la técnica deductiva que permite concluir que hubo negligencia en el médico *porque la experiencia común revela que en el curso ordinario de las cosas ciertos accidentes no pueden ocurrir si no es por una crasa incompetencia o falta de cuidado*»¹⁴.

GALÁN CORTÉS aboga por una línea muy similar a la del anterior autor: «Estamos ante una aplicación de la regla *res ipsa loquitur*, procedente del *Common Law* (regla del *Anscheinsbeweis* de la doctrina alemana), esto es, ante una presunción de culpa cualificada que 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 común indican que el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar culpa profesional»¹⁵.

¹³ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba*, Madrid: Civitas, 1999, pág. 71.

¹⁴ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba... op. cit.*, pág. 72. Con este mismo concepto del razonamiento a contrario se identifica DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...*, op. cit., pág. 199.

¹⁵ GALÁN CORTÉS, J. C.: «Comentario a la sentencia de 7 de octubre de 2004», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 68, 2005, págs. 831 a 846; concretamente en pág. 840. SARRATO MARTÍNEZ opta por una interpretación diferente y define esta construcción doctrinal de manera negativa, desde la perspectiva del daño a la víctima. El paciente se encuentra exonerado de la carga en materia probatoria cuando el perjuicio que este sufre resulte desproporcionado en relación con el que es habitual, permitiendo esta situación final dilucidar una sombra de negligencia en las actuaciones médicas. Concretamente afirma este autor: «Pero esta doctrina sobre la carga de la prueba se excepciona en aquellos casos en que, por circunstancias especiales acreditadas o probadas en la instancia, el daño del paciente es desproporcionado, o enorme o la falta de diligencia e, incluso, la obstrucción o falta de cooperación del médico, haya quedado constatada por el propio Tribunal, esto es, que 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 sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y el descuido en su conveniente y temporánea utilización. Esta argumentación constituye el núcleo de la denominada teoría del "daño desproporcionado"». SARRATO MARTÍNEZ, L.: «La doctrina del daño desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria», *Diario La Ley*, n.º 6.968, 2008, págs. 1 a 3; concretamente en pág. 1. PALAU BRETONES tiene una opinión similar al considerar que, encontrándose el médico en una mejor posición probatoria, este tiene también más medios para demostrar cuál fue realmente el origen perjuicio irrogado. PALAU BRETONES, A.: «Responsabilidad del personal sanitario», *Diario La Ley*, n.º 6, 1999, págs. 1 a 54; concretamente en pág. 1.945.

MUNAR BERNAT sigue un razonamiento muy parecido, aunque algo más riguroso, al apuntar que el daño desproporcionado conforma una suerte de presunción de negligencia, por la irrogación de un menoscabo que evidencia una potencial falta de diligencia en las actuaciones médicas, y que únicamente requiere para su plena estimación que no se encuentre una explicación razonable al daño, siempre y cuando no haya injerencias de naturaleza externa (caso fortuito y fuerza mayor). Concretamente señala este autor que «... lo que se 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 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»¹⁶. Resulta llamativa esta afirmación, en la medida en que este autor considera que el simple desconocimiento de la causa que motivó el perjuicio permitiría la materialización del daño desproporcionado. Esta idea puede parecer chocante, dado que como hemos comentado con anterioridad, el principal elemento de corte es la *lex artis*, siendo el motivo del daño algo accesorio.

Sigue una línea igualmente exigente O'CALLAGHAN MUÑOZ, cuya explicación de esta noción resulta especialmente clarificadora: «La idea es que si en el tratamiento médico, se produce un daño en la persona del paciente, que no guarda proporción con las enfermedades o lesión que le llevó a acudir al médico y este no explica la causa de tal daño, este resultado desproporcionado acredita el nexo causal entre la actuación del médico y el daño, es decir, que este daño desproporcionado se causó por la acción u omisión del médico»¹⁷. Parece que este autor vuelve sobre la misma idea de exigir el origen del daño, siempre y cuando se tenga conocimiento del mismo, ya que de la naturaleza de la ciencia médica se desprende que esto no siempre es posible. Sin embargo, consideramos poco prudente esta exigencia añadida en el daño desproporcionado. Partimos de una situación fáctica que da lugar a una presunción de carácter desfavorable para el facultativo, o centro sanitario en su defecto, salvo prueba en contrario; resumiéndose esto en que, si la parte demandada llegase a demostrar que desplegó sus actividades cumpliendo la *lex artis*, esta conjetura perdería fuerza. Ocurriría lo mismo en aquellos supuestos en los que llegue a ser evidenciado que el perjuicio final, aunque llamativo y desconcertante para los legos, conforma un riesgo habitual de la práctica médica concreta. De estas líneas se desprende que, aunque esta construcción doctri-

De una manera muy similar califica GALLARDO CASTILLO este concepto cuando señala: «Por ello aprecia el TS que en todos ellos hay un resultado desproporcionado, que "la cosa habla por sí misma" y que hay apariencia de prueba de la anormalidad del servicio y de desviación en la *lex artis*, ya que si bien en estos casos no cabe hablar de negligencia de los médicos, sí aparece una presunción desfavorable que puede 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, revela 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». GALLARDO CASTILLO, M.^a 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*, n.º 18, 2009, págs. 2.139 a 2.149; concretamente en pág. 2.145.

¹⁶ MUNAR BERNAT, P. A.: «Daños causados por actos médicos», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 18, 2004, págs. 449 a 484; concretamente en pág. 459.

¹⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: «Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica», *Actualidad Civil*, n.º 1, 2001, págs. 1 a 23; concretamente en pág. 10.

nal puede poner al demandado en una posición incómoda, dado que la exigencia probatoria puede llegar a ser excesiva, no se trata de una condena, sino que existen vías, como las que acabamos de comentar, para resultar exonerado. No obstante, esta situación igualitaria puede verse descompensada con algunas de las exigencias anteriormente mencionadas: la causa del menoscabo, por ejemplo.

2. Recapitulando lo hasta ahora apuntado sobre el daño desproporcionado, este concepto se fundamenta en una presunción, cuyo origen es un resultado extraordinario tras un acto médico, aspecto que sin embargo debe venir definido desde el punto de vista científico, ya que a los ojos de un profano cualquier daño en Medicina sería llamativo. Con este escenario la carga probatoria del paciente se ve aligerada, en perjuicio de la del médico o centro hospitalario, que deben demostrar la diligencia en sus actuaciones, y en ocasiones han de probar incluso la causa del daño. En el caso de no lograr ninguno de estos dos objetivos, el daño sufrido por el paciente se verá indemnizado.

II. NATURALEZA DE LA FIGURA

Como se ha podido observar a lo largo de las páginas precedentes, algunos de los autores mencionados utilizan indistintamente las construcciones doctrinales de la culpa virtual, *prima facie* y la *res ipsa loquitur*, a los efectos de referirse al daño desproporcionado. Si bien es cierto que estas cuatro figuras comparten un origen más o menos común, también lo es que no son sinónimos. En virtud de ello, y con una finalidad netamente aclaratoria, conviene efectuar un breve análisis diferenciado de cada una de las ideas mencionadas¹⁸.

1. RES IPSA LOQUITUR

El concepto de *res ipsa loquitur* es un tipo de prueba circunstancial que se basa en un razonamiento lógico, por el cual el demandante ignora qué ocurrió para que se produjese un daño, o lo que conoce es insuficiente. Los sucesos que acontecen dan lugar a una deducción de negligencia y la consiguiente culpa del demandado. Se acorta el mecanismo presuntivo, porque con la prueba del perjuicio la causa se considera demostrada, de forma que no es necesario acreditar la relación de causalidad.

Por supuesto, la probabilidad de negligencia no supone que el suceso se encuentre probado, es decir, la regla de *res ipsa loquitur* no es sinónimo de responsabilidad objetiva; sino que se trata únicamente de una hipótesis que se desprende de la naturaleza de un suceso concreto. Debemos considerarla una probabilidad objetiva de la existencia de culpa, en una actuación que lleva al juez a una certeza subjetiva.

¹⁸ Opinión compartida por LLAMAS POMBO, que asegura que el Tribunal Supremo «mezcló» todos los instrumentos probatorios que conocía del Derecho comparado para crear una nueva noción, como lo es el daño desproporcionado. Aunque abogamos porque esta construcción doctrinal cuenta con autonomía conceptual, lo cierto es que el mentado autor la equipara a la culpa virtual. LLAMAS POMBO, E.: *Reflexiones sobre Derecho de daños: casos y opiniones*, Madrid: La Ley, 2010, pág. 238.

Por otro lado, tal y como señala LUNA YERGA, la noción de *res ipsa loquitur* tampoco es sinónimo de inversión de la carga de la prueba, por lo que la parte actora solo se encuentra liberada de su obligación probatoria hasta que la demandada refute la presunción de culpa. Es por ello por lo que es posible, como bien sabemos, desvirtuar esta presunción y volver a las reglas generales de la carga de la prueba, recogidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁹.

2. PRIMA FACIE

El concepto de *prima facie*, de origen alemán *Anscheinsbeweis*, puede definirse como una vía probatoria de culpa o relación de causalidad, para litigios en que median los que LUNA YERGA denomina «sucesos típicos», en los cuales la experiencia dirige hacia una causa concreta. Este concepto toma como base los ya mencionados «sucesos típicos», que de acuerdo con las reglas de la experiencia y el conocimiento desarrollado en una ciencia (la Medicina en este caso), solo acontecen cuando media algún tipo de actividad culposa o imprudente. A fin de desvirtuar esta presunción judicial, es necesario demostrar la concurrencia de hechos externos a la relación obligatoria, siempre que tengan la suficiente influencia sobre la misma, como para dar lugar a un resultado como el acontecido. Es por ello por lo que en la mayoría de los asuntos se acude a las figuras exoneratorias de la responsabilidad civil: caso fortuito y fuerza mayor²⁰.

3. LA CULPA VIRTUAL

Por último analizamos brevemente la tercera de las figuras. Esta noción se caracteriza por conformar un instrumento probatorio de deducción de culpa, que utiliza el razonamiento a contra-

¹⁹ LUNA YERGA, Á.: *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid: Thomson-Civitas, 2004, pág. 272. MACÍAS CASTILLO aboga por esta misma idea, al no considerar del todo correcto equiparar el daño desproporcionado a la regla *res ipsa loquitur*, porque la esencia de esta última construcción reside en lo llamativo del resultado final como fuente de la presunción, pero en el concepto de daño desproporcionado la esencia de la figura se basa en la irrogación de un perjuicio poco razonable para la actividad desarrollada. MACÍAS CASTILLO, A.: «Res ipsa loquitur y responsabilidad civil del traumatólogo»..., *op. cit.*; concretamente en pág. 73.

²⁰ LUNA YERGA, Á.: *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*..., *op. cit.*, pág. 278 y LUNA YERGA, Á.: «Comentario a la sentencia de 31 de enero de 2003»..., *op. cit.*; concretamente en pág. 666. Por su parte VILLANUEVA LUPIÓN prefiere calificar este concepto de *prima facie*, como un juego de probabilidades que permiten al juez presumir no solo la actuación negligente, sino también el carácter extraordinario del daño. VILLANUEVA LUPIÓN, C.: «El alivio de la carga de la prueba al paciente. Contornos de la doctrina del daño desproporcionado», en GALLARDO CASTILLO, M.^a J. (dir.) y CRUZ BLANCA, M.^a J. (coord.), *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, Madrid: La Ley, 2011; págs. 133 a 181, pág. 163. Una teoría igualmente interesante es la que baraja CORTÉS DOMÍNGUEZ, cuando asevera que la idea de *prima facie* no da lugar a una inversión de la carga de la prueba, contrariamente a lo que parte de la doctrina considera, ya que ciertamente sí que existe un esfuerzo probatorio por las dos partes: el demandante debe demostrar de manera suficiente al juez la culpabilidad del demandado y este debe recoger el testigo, debiendo romper esta presunción, probando su diligencia. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: «Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba», *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 1972, págs. 581 a 642; concretamente en pág. 634.

rio. Es por ello por lo que establece que, ante unas circunstancias concretas y un resultado anexo a las mismas, no es que el demandado haya actuado de forma culposa, sino que el demandante no ha podido ser el responsable del daño.

4. EL DAÑO DESPROPORCIONADO Y SU NATURALEZA DIFERENCIADA

1. Llegados a este punto la pregunta que debemos formularnos es: ¿qué es el daño desproporcionado? Partimos de la afirmación de que no se trata de una forma de imputación, y analizadas las figuras anteriores, solo queda calificar este concepto como un criterio de facilidad probatoria, que no altera el principio de la carga de la prueba, es decir, no se trata de una inversión de la misma²¹. Esta línea doctrinal viene confirmada por la dirección que sigue el Tribunal Supremo en resoluciones recientes, destacando sobre todas ellas la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011²².

Debemos tener presente que el Tribunal Supremo ha acuñado el concepto de daño desproporcionado utilizando medios probatorios que ha importado de otros ordenamientos jurídicos, como

²¹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ resulta destacable en este sentido cuando señala: «... 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 demanda) que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba». DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba...*, *op. cit.*, pág. 86. De esta misma opinión se muestra ORMAZÁBAL SÁNCHEZ cuando asevera respecto de esta noción que no se trata de una inversión de la carga de la prueba, a pesar de que se utilice de esta manera en muchas ocasiones por el Tribunal Supremo: «A mi juicio, no nos hallamos aquí frente a un supuesto de inversión de la carga probatoria, sino más bien, aunque el Tribunal Supremo utilice esta técnica e indistintamente ambas expresiones, ante una simple presunción. El hecho base de la misma es la comisión de un daño que no cabe reconducir a los riesgos típicos de la operación o tratamiento de que se trate, sino solamente a un error médico. De aquí parte una inferencia lógica que permite tener por fijado el hecho presunto: la existencia de nexo causal entre la conducta negligente del demandado y los daños. No es necesario, pues, hablar de una problemática inversión de la carga probatoria». ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Algete: Marcial Pons, 2005, págs. 81 y 82. LUNA YERGA apunta que estamos ante una distribución dinámica de la prueba que no supone un inversión de la misma, ya que no exonera al demandante de toda obligación probatoria. LUNA YERGA, Á.: *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria...*, *op. cit.*, pág. 339. De esta misma opinión se muestra JARAMILLO J. cuando afirma que el hecho de que se dé este desplazamiento de prueba no significa necesariamente una «condena de antemano», sino simplemente una materialización en juicio de una realidad, que el médico se encuentra en una posición probatoria de mayor idoneidad. JARAMILLO J., C. I.: *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pág. 205. Sin embargo, autores como CABANILLAS SÁNCHEZ consideran que el daño desproporcionado sí es una inversión de la carga de la prueba. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "Lex Artis" y la carga de la prueba», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, n.º 1, 1991, págs. 907 a 919; concretamente en pág. 912.

²² Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011, Sala Primera, recurso 1565/2007, ponente Seijas Quintana. No obstante lo señalado en esta resolución por el mentado ponente, resulta de sumo interés una teoría que este elaboró años atrás, sobre las consecuencias de aplicación de la doctrina del daño desproporcionado. Este magistrado señalaba que el resultado práctico de aplicar esta construcción doctrinal se traduce en transformar una actividad de medios en una de resultados, por la cual el actor solo tiene la carga probatoria del daño, mientras que la parte demandada la relativa a la diligencia. SEIJAS QUINTANA, J. A.: «Responsabilidad civil médico-sanitaria: ejercicio y condicionamientos», *Actualidad Civil*, n.º 2, 1995, págs. 301 a 316; concretamente en pág. 310.

lo son las figuras anteriormente analizadas. El Alto Tribunal acude a la presunción desfavorable que surge cuando concurre un daño que resulta extraordinario en relación con el resultado habitual de cualquier tipo de actividad. Sin embargo, y de forma contraria a lo que ha podido ocurrir con más o menos asiduidad, la mera producción del mentado perjuicio, por muy desproporcionado que sea, no es un buen indicador de la concurrencia de esta idea. Es por ello por lo que, de acudir el juzgador únicamente a este criterio, sin analizar otras vertientes del supuesto como el nexo causal o la *lex artis*, nos encontraríamos ante una inversión de la carga de la prueba²³.

2. En virtud de lo señalado, autores como LUNA YERGA acuden a las figuras diferenciadas de disponibilidad probatoria por un lado, y facilidad probatoria por otro, a fin de catalogar la naturaleza del concepto del daño desproporcionado, que atiende a la posición probatoria que ocupan las partes del proceso: «La disponibilidad probatoria consistiría en que una de las partes posee en exclusiva un medio de prueba idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible para la otra parte acceder a él»²⁴. Por su parte, la facilidad de prueba la define como un criterio más amplio, pues las dos partes del proceso pueden acceder a las pruebas, pero para una de ellas es más sencillo; se trataría del concepto conocido como *cheapest information provider*. Señala además este autor que no se trata de una inversión de la carga probatoria propiamente dicha, sino simplemente de una comprobación de la situación favorable en la que se encuentra una de las partes del proceso, de la que se evidencia que existe una cierta asimetría en cuanto a la posición de las mismas²⁵.

FERNÁNDEZ LÓPEZ aboga por una idea similar, por la cual facilidad y disponibilidad probatoria, si bien cuentan con una matriz común, no son sinónimos. De acuerdo con las afirmaciones de este autor, el criterio de facilidad probatoria es mucho más amplio que el de disponibilidad, hasta el punto de que el primero engloba al segundo. Para FERNÁNDEZ LÓPEZ la facilidad probatoria sería un concepto que nace fruto de una suerte de actividad semi-aritmética, por la que se puede evidenciar qué parte tiene una capacidad de acceso más sencillo a la prueba, y consecuentemente va a ver su actividad probatoria incrementada; mientras que la otra, como consecuencia de los escollos de acceso a la misma, se verá liberada de esta obligación, en mayor o menor medida. Por otro lado, la disponibilidad probatoria parte de una situación menos igualitaria y de imposibilidad de prueba²⁶.

Si aplicamos ambas figuras al concepto objeto de análisis, observaremos que lo que realmente se da en los supuestos de responsabilidad sanitaria es un fenómeno de facilidad probatoria, y no tanto de disponibilidad. La justificación es muy sencilla: la situación en la que se encuentra cada uno de los actores, aunque es distinta, no genera una incapacidad probatoria en ninguna de

²³ LUNA YERGA, Á.: *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria...*, op. cit., pág. 259.

²⁴ LUNA YERGA, Á.: «Regulación de la carga de la prueba en la LEC», en *InDret*, n.º 165, 2003, págs. 1 a 27; concretamente en pág. 11.

²⁵ De la misma opinión se muestra JARAMILLO J., que considera que la culpa virtual no es lo mismo que el daño desproporcionado, ya que esta primera sí que significa una inversión de la carga de la prueba, a diferencia de lo que acontece con el concepto objeto de análisis. JARAMILLO J., C. I.: *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica...*, op. cit., pág. 226.

²⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Getafe: La Ley, 2006, pág. 157.

las partes. En su lugar promueve un clima de desigualdad, por el cual el médico u hospital tienen una posición más cómoda que la del paciente, en lo que a la prueba se refiere²⁷.

GARCÍA HERNÁNDEZ apunta que la facilidad probatoria es una visión por la cual el perjudicado se ve liberado de la obligación de prueba, o por lo menos ve su carga aligerada, hasta el punto de que este cometido recaerá sobre la parte procesal que se encuentre en una situación más idónea al efecto, pretendiéndose así una actuación más equitativa²⁸.

Sin embargo, la discusión sobre la naturaleza del daño desproporcionado no se limita a este aspecto ahora mencionado, sino que incluso autores como DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ llegan a plantear la duda de que realmente se trate de un concepto autónomo, o que simplemente sea lo mismo que la presunción judicial de culpa. Este autor considera que el desarrollo concatenado de los acontecimientos o elementos necesarios para que se pueda acudir a una presunción judicial se encuentran también en el daño desproporcionado, solo que concentrados en la verificación del perjuicio, de lo que se colige que confluyen el elemento de causa y culpa en el demandado. Es por ello por lo que estima que la diferencia entre ambas figuras es muy limitada o casi nula cuando apunta: «Pero nada mejor que una somera visión práctica del problema para cerciorarnos de la poca o nula relevancia de la distinción entre *res ipsa loquitur* y presunción judicial de culpa»²⁹.

III. EXCEPCIONES A LA FIGURA

Como hemos apuntado líneas atrás, el daño desproporcionado conforma una presunción, y por lo tanto puede ser desvirtuado si concurren determinadas circunstancias en el caso concreto. Nos referimos a que el polémico daño final, que en principio nos situaría en la pista de una negligencia, puede ser aplacado con la prueba de dos elementos, por un lado la *lex artis* en el desarrollo de las actuaciones; y por otro, que el perjuicio sea un riesgo inherente a la intervención o tratamiento en cuestión, por muy llamativo que este pueda ser. Huelga señalar que también cabe la posibilidad de invocar otros dos elementos, como lo son el caso fortuito y la fuerza mayor, así como la intromisión de un tercero o del propio paciente, quebrando el nexo causal³⁰.

²⁷ CAVANILLAS MÚGICA incide sobre una de las muchas cautelas que es necesario adoptar, no solo con el daño desproporcionado, sino también con aquellas figuras que juegan con el elemento de la facilidad probatoria. Este autor señala que se trata de un criterio muy subjetivo que debe decidir el juez, que en principio conforma un órgano de carácter objetivo, por lo que no se puede llevar a cabo una aplicación indiscriminada del concepto, y es necesario estudiar y analizar caso por caso si resulta conveniente el criterio de facilidad probatoria o no. CAVANILLAS MÚGICA, S.: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona: Aranzadi 1987, pág. 70.

²⁸ GARCÍA HERNÁNDEZ, T.: «Evolución de la prueba y de la relación de causalidad en los procesos judiciales sanitarios», *Diario La Ley*, n.º 7, 2000, págs. 1.512 a 1.517; concretamente en pág. 1.515.

²⁹ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...*, op. cit., pág. 177.

³⁰ JORDANO FRAGA nos recuerda la relevancia de este punto, ya que la aplicación indiscriminada de esta idea resulta peligrosa, no solo para las partes del proceso, sino para la doctrina en general. Sin embargo, su advertencia se cierne, más que sobre las cautelas a adoptar, sobre las consecuencias de la aplicación de la figura, tanto de manera correcta,

1. LA LEX ARTIS

1. Como bien señala GALÁN CORTÉS, «si el facultativo facilita una explicación convincente, coherente y suficiente del origen del daño y acredita que no fue debido a su negligencia, ninguna responsabilidad podría imputársele, por cuanto el médico no ha de responder de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia...»³¹. De estas esclarecedoras líneas se desprende que la no evitación de un daño no entraña la necesaria aplicación de esta noción, sino que es indispensable que el médico sea incapaz de probar que actuó de manera correcta.

NAVARRO MICHEL resulta especialmente clarificadora sobre esta cuestión, a pesar de que no trate expresamente del concepto de la *lex artis* en el daño desproporcionado. Afirmar esta autora que la mera concurrencia de una lesión llamativa o «inusual», no es suficiente para dar forma a la noción objeto de estudio, debiéndose acudir a otras circunstancias del supuesto, como lo pueden ser la salud del paciente, el tipo de intervención, si esta se ha practicado de manera acorde a la *lex artis*, etc.³².

2. Puede resultar complicado entender que la actuación del facultativo haya respetado la *lex artis* cuando de la misma ha derivado un resultado llamativo, o cuando menos anormal. Sin embargo, se trata de una necesidad y una realidad si la pretensión de la parte demandada consiste en desbaratar la presunción establecida por el concepto que estamos analizando. Es por ello por lo que si el demandado llegase a demostrar, con plena diligencia, que todas sus actuaciones fueron acordes al principio de la *lex artis*, y que a pesar de ello se produjo el extraordinario resultado final, en principio esta actuación debería quedar libre de responsabilidad. Y decimos en principio, porque nos surgen las siguientes dudas: ¿hasta dónde debe probar el médico o el centro sanitario su diligencia?, ¿hasta qué punto debe justificar qué eventualidad fue la que irrogó el daño?, ¿y si no llega a descubrirse cuál fue el desafortunado evento en cuestión?

Observaremos a lo largo del análisis jurisprudencial que en la práctica totalidad de casos, para el juzgador resulta suficiente que las actuaciones del médico se desarrollen de manera acorde a la *lex artis*, lo que se suele traducir en el cumplimiento de los protocolos hospitalarios establecidos. De esto se infiere que justificar qué ocurrió realmente es una aportación accesorias, de forma que si ello no es posible, en principio no entrañaría un incumplimiento de las obligaciones procesales; porque pueden existir eventualidades desconocidas que afecten al acto sanitario, cuyo origen sea ignorado.

como incorrecta. JORDANO FRAGA, F.: «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico»..., *op. cit.*; concretamente en pág. 86.

³¹ GALÁN CORTÉS, J. C.: «Comentario a la sentencia de 5 de enero de 2007», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 74, 2007, págs. 995 a 1.014; concretamente en pág. 1.008.

³² Concretamente apunta la autora: «La mera afirmación de que el daño es "inusual" no es ni puede ser suficiente para condenar a un médico, ya que dicho adjetivo no aporta ninguna calificación jurídica. El daño inusual o desproporcionado puede ser una pista que nos indique que ha habido una posible negligencia, pero después habrá que analizar las circunstancias del supuesto (enfermedad, tratamiento aplicado, estado del paciente, actuación del médico conforme a la *lex artis*) para ver si ese daño puede ser imputado al profesional o no. Un daño inusual puede ser perfectamente compatible con la diligencia y la corrección en la actuación médica». NAVARRO MICHEL, M.: «Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario»..., *op. cit.*; concretamente en pág. 1.203.

El Tribunal Supremo se mueve en una línea más o menos similar a la que hasta ahora venimos señalando, a pesar de que existan resoluciones que se separan de esta idea general y exijan no solo la prueba de que se ha actuado de manera acorde a la *lex artis*, sino también que se justifique qué provocó el daño final.

Aunque se trata de un criterio de facilidad probatoria, que resulta más o menos equitativo, en la medida en que impone una mayor carga de prueba a aquella parte procesal que tiene un mejor acceso a la misma, lo cierto es que este principio no debe llevarse al extremo. Es por ello por lo que consideramos que, independientemente de lo que señalen algunas sentencias aisladas, el esfuerzo probatorio del médico únicamente debe alcanzar la *lex artis*, ya que en esta suele estar implícita la posible causa del daño³³.

2. RIESGO TÍPICO

1. No parece inoportuno que llegados a este punto nos formulemos las siguientes cuestiones: ¿hasta dónde llega el daño de esta construcción doctrinal? Esto es, ¿cómo diferenciamos un resultado normal de uno desproporcionado? Y, por último, ¿dónde empieza el riesgo habitual o inherente a un tratamiento o intervención médica, y dónde comienza el extraordinario?

A fin de dar respuesta a esta cuestión acudimos a las afirmaciones de VILLANUEVA LUPIÓN, que resulta especialmente esclarecedora cuando señala que el perjuicio del daño desproporcionado no debe ser «enorme», ni exagerado, sino que tan solo requiere una ausencia de habitualidad, es decir, que no resulte normal³⁴.

La respuesta a las demás preguntas no es sencilla y consideramos que cualquier afirmación debe tener su origen en un análisis del caso concreto, pero que desde luego dependerá de la pre-concepción de la que adolezca el juzgador. ¿Dónde empieza el daño desproporcionado? La descripción de GALLARDO CASTILLO es idónea para contestar a este interrogante: «Por contra, estamos en presencia de un daño desproporcionado cuando el acto médico produce un resultado anormal, insólito, inusualmente grave en relación con los riesgos que comporta y con los padecimientos que se trata de atender, e incompatible con las consecuencias de una terapia normal...»³⁵.

³³ Contrariamente DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ considera que la obligación del médico no consiste tanto en justificar su cumplimiento de la *lex artis*, como señalar qué causa intervino, obstaculizando el buen desarrollo de las actuaciones. Este autor considera que no es necesario el cumplimiento de ambas vertientes, sino solamente de una, que puede resultar sin embargo la más compleja: la justificación de qué fue lo que realmente provocó el daño. DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...*, op. cit., págs. 176 y 177.

³⁴ VILLANUEVA LUPIÓN, C.: «El alivio de la carga de la prueba al paciente. Contornos de la doctrina del daño desproporcionado», en GALLARDO CASTILLO, M.^a J. (dir.) y CRUZ BLANCA, María José (coord.), *La responsabilidad jurídico-sanitaria...*, op. cit., pág. 141.

³⁵ GALLARDO CASTILLO, M.^a 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»..., op. cit.; concretamente en pág. 2.144.

Toda esta ambigüedad hace que se trate de una figura cómoda y quizás peligrosa, hasta tal punto que DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ la denomina «cajón de sastre»³⁶, ya que en la misma pueden incluirse todos aquellos supuestos que no encajen en patrones predeterminados. Precisamente para evitar esto, es necesario tratar con mucha precaución esta noción, teniendo presente dónde está la frontera entre un daño habitual y uno desproporcionado, de ahí la relevancia de este apartado de excepciones.

Entendemos que el perjuicio tiene un importante protagonismo en esta idea. El primer criterio a tener presente reside en la desproporción del mismo en relación con la práctica habitual, sin embargo, esta característica es insuficiente, ya que a pesar de lo insólito que puedan parecer resultados como los que veremos en la casuística, este no tiene por qué comportar necesariamente una actitud negligente, y mucho menos un daño desproporcionado. Es necesario que además tengamos presente que existen dos excepciones a la desproporción de una contingencia: que esta sea habitual y los riesgos del desarrollo.

2. Lo primero que se debe tener presente es que el daño desproporcionado es incompatible con un peligro típico, por muy llamativo y grave que este sea. De concurrir una eventualidad inherente a la práctica médica, informada o no, esta figura no podrá ser invocada.

GALÁN CORTÉS define de forma muy clara los riesgos típicos: «Los riesgos típicos de una intervención son, por tanto, los patognomónicos de la misma, esto es, los propios, inherentes y específicos de ese procedimiento mecánico, aunque, insistimos, su frecuencia o cuantificación estadística sea muy baja, pues la tipicidad del riesgo no es consustancial con su frecuencia, siendo conceptos diferentes y no siempre coincidentes»³⁷.

Autores como GALLARDO CASTILLO consideran que son dos los tipos de perjuicios que invalidan cualquier posibilidad de acudir al daño desproporcionado. Por un lado, estarían los riesgos inevitables o imprevisibles, directamente derivados de las limitaciones del conocimiento (estado de la ciencia), junto a los cuales podríamos situar las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil. Mientras que la otra cara de la moneda la conformarían aquellos menoscabos cuya aparición se encuentra más o menos prevista, o sea, los efectos secundarios o los riesgos inherentes a todo acto médico³⁸.

GALÁN CORTÉS resulta determinante cuando afirma que el facultativo debe verse exonerado de toda responsabilidad si el supuesto «daño desproporcionado» que se produce tras una intervención o tratamiento, forma parte de los que se pueden denominar como «riesgos habituales»; con la única

³⁶ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: «Comentario a la sentencia de 8 de mayo de 2003», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 63, 2003, págs. 1.191 a 1.209; concretamente en pág. 1.205.

³⁷ GALÁN CORTÉS, J. C.: «Comentario a la sentencia de 30 de junio de 2009», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 82, 2010, págs. 549-563; concretamente en pág. 558.

³⁸ VILLANUEVA LUPIÓN, C.: «El alivio de la carga de la prueba al paciente. Contornos de la doctrina del daño desproporcionado», en GALLARDO CASTILLO, M.ª J. (dir.) y CRUZ BLANCA, M.ª J. (coord.), *La responsabilidad jurídico-sanitaria...*, *op. cit.*, pág. 142.

excepción de que estos no hayan sido informados. A lo que a renglón seguido aclara este autor que en este último caso la condena no se fundamentaría en el daño desproporcionado, sino en la información³⁹.

PÉREZ TOLÓN y LARIOS RISCO cuentan con una opinión similar al considerar ambos autores que de practicarse un tratamiento médico con pleno cumplimiento de los principios establecidos por la *lex artis*, si se presentase un «riesgo típico o propio», el resultado no será susceptible de indemnización, salvo que no hubiese sido informado. Se requiere que la literatura médica califique como atípica la contingencia sufrida por el paciente y no el simple hecho de que a los ojos de los legos resulte llamativo: «En la dialéctica de los elementos integrantes de la responsabilidad sanitaria, el daño desproporcionado no debe equipararse al riesgo típico de una intervención, de modo que, si a pesar de una técnica quirúrgica impecable se materializa un riesgo típico del que el paciente fue oportunamente informado y que se produjo por causas inevitables, el médico no habrá incurrido en ningún tipo de culpa o negligencia, ni resultará aplicable, en consecuencia, la teoría del daño desproporcionado. Si, por otro lado se materializa un riesgo típico del que el paciente no ha sido oportunamente informado, entonces el médico podrá ser responsable, pero no en virtud de la teoría del daño desproporcionado, sino en virtud de la omisión del consentimiento informado. En consecuencia, la teoría del daño desproporcionado solo será de aplicación en caso de que se produzca un riesgo atípico, es decir, que no esté contemplado en la literatura médica para el tipo de intervención o tratamiento de que se trate»⁴⁰.

3. LA PRUEBA

1. En figuras como la presente, como ya comentamos líneas atrás, se crea un escenario artificial, por el cual la mera existencia de un daño puede equipararse a la culpa, porque se entiende que para que este perjuicio se materializase, es necesaria una actuación negligente, dolosa o imprudente. Se alteran los cánones habituales de la práctica de la prueba (*onus probandi*), por lo que no es el demandante el que tiene que soportar la carga de la misma, sino el demandado; que tiene el deber de demostrar que desarrolló su actividad con pleno cumplimiento de la *lex artis ad hoc*.

³⁹ GALÁN CORTÉS, J. C.: «Comentario a la sentencia de 7 de octubre de 2004»..., *op. cit.*; concretamente en pág. 842. Idea en la que vuelve a incidir este autor, cuando asevera: «No debe equipararse el riesgo típico de una intervención médico-quirúrgica con el daño desproporcionado, en tal forma que, si a pesar de una técnica médica impecable, se materializa un riesgo típico del que el paciente fue oportunamente informado y que se produjo por causas inevitables, el médico no ha incurrido en ningún tipo de culpa o negligencia, ni resultará, por consiguiente, aplicable la teoría del daño desproporcionado. Si la responsabilidad del médico procede de la falta de información de ese riesgo típico que se ha materializado tras una adecuada intervención médica, la condena del facultativo no podrá fundarse en la teoría del daño desproporcionado, puesto que el daño no es desproporcionado en el sentido antes expuesto, sino que deberá sustentarse en la omisión de ese componente fundamental de la *lex artis* que es el consentimiento informado». GALÁN CORTÉS, J. C.: «Cuestiones actuales en responsabilidad civil médico-sanitaria», en HERRADOR GUARDIA, M. J. (dir.), *Derecho de daños 2013*, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, págs. 613 a 638, pág. 615.

⁴⁰ 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-La Mancha*, n.º 47, 2009, págs. 65 a 107; concretamente en pág. 86.

Entendemos que se produce una atenuación del rigor probatorio, al aplicarse criterios alternativos a la práctica habitual, por los cuales aquella parte del proceso con un mejor acceso a las pruebas es la que deberá soportar dicha carga. ¿Por qué se realiza la excepción en estos asuntos y no en todos aquellos en los que se enjuicia un caso de responsabilidad sanitaria si la situación procesal de la víctima es idéntica? Por la presunción de negligencia existente en la relación fáctica concreta, como consecuencia de lo insólito del daño.

De esta opinión se muestra ROMERO COLOMA cuando afirma que, ante una desproporción dañosa, en la que se presume la negligencia, la parte demandante deberá únicamente demostrar el perjuicio, mientras que la carga probatoria será a cargo del facultativo, que se verá en la necesidad de probar que actuó de manera acorde a la *lex artis* o que en el transcurso de la práctica médica concurrió algún tipo de circunstancia exoneratoria, imprevisible e inevitable, que fue la causa del daño: «La regla "la cosa habla por sí misma" equivale, desde luego, a una presunción de culpa, pero esta presunción se va a desplazar hacia el médico, es decir, ya no tendrá el paciente y/o sus familiares que demostrar la culpa de aquel, sino que bastará con la mera constatación del resultado dañoso para entender que efectivamente ha habido negligencia médica, si bien es cierto que esta presunción podrá ser destruida, mediante prueba en contrario por el propio facultativo, recayendo sobre él la carga de probar que obró con la debida diligencia, pero que en el transcurso de la intervención o del tratamiento se han producido causas exoneradoras de la culpa, o incluso reductora de la misma»⁴¹.

Igualmente cauteloso se muestra DE ÁNGEL YÁGUEZ al tratar esta idea. Estima este autor que para un profano en Medicina cualquier resultado que no sea el esperado puede considerarse desproporcionado, aunque este sea un riesgo habitual de la práctica médica. DE ÁNGEL YÁGUEZ compara esta construcción doctrinal con una suerte de tautología, que conforma un presupuesto seguro de actuación y que además resulta difícilmente discutible, al darse por hecho algunos aspectos de la misma: «Hay que reconocer que la vía de razonamiento inspirada en el *resultado desproporcionado* es, por decirlo gráficamente, *tentadora*. En efecto, a primera vista es sugestiva la reflexión: si el *resultado* de la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias que *tenían que haberse producido*, es porque el médico no ha actuado con una conducta profesional diligente. O, dicho al revés, si el *resultado* no es *el que tenía que haberse producido* (se hace obligado utilizar de nuevo esta última expresión), *no es posible que el médico no haya incurrido en culpa*. Modo este de pensar que se aproxima mucho, si no coincide del todo, con los postulados de la teoría llamada *de la culpa virtual*»⁴². Las reservas de este autor llegan hasta tal punto que afirma que incluso en supuestos de hecho en los que la culpa de la parte actora resulta evidente, por incumplimiento de la *lex artis*, el Alto Tribunal tiende a utilizar el daño desproporcionado, por el simple hecho de que este resulta más cómodo. «Y, de hecho, si se examinan las Sentencias que sobre la cuestión he citado, se observa que prácticamente en todas ellas lo que sucede no es que el Tribunal Supremo condene al médico por apreciar que de su actuación devino un *resultado desproporcionado*, sino que, a mi entender, tal

⁴¹ ROMERO COLOMA, A. M.^a: «Responsabilidad civil y culpa virtual de la Administración Pública sanitaria», *Actualidad Administrativa*, n.º 9, 2005, págs. 1.035 a 1.041; concretamente en pág. 1.040.

⁴² DE ÁNGEL YÁGUEZ, R.: «El "resultado" en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?», *Estudios de Deusto*, vol. 53, n.º 2, 2005, págs. 49 a 101; concretamente en pág. 74.

condena tiene como fundamento una prueba pericial de la que resulta que el médico enjuiciado incurrió en culpa o negligencia en el desempeño de su actividad»⁴³. No obstante, y aunque este autor muestre un cierto recelo hacia este concepto, lo cierto es que opina que se trata de una herramienta de suma utilidad cuando la desigualdad de armas en el proceso hace que la capacidad probatoria del paciente sea compleja, hasta el punto de peligrar la posibilidad de indemnizar un daño doloso o culposo; algo que se acentúa en los casos en los que la demanda se dirige contra un centro sanitario.

Igualmente reconciliadora es la visión que nos acercan los autores PÉREZ TOLÓN y LARIOS RISCO sobre esta idea, ya que consideran que la inversión de la carga de la prueba no es tal, y que lo que realmente ocurre es que se crea un ambiente de facilidad probatoria. Señalan estos autores que la parte demandante también tiene una cierta obligación de prueba, en la medida en que debe demostrar el perjuicio sufrido, dejando el resto del trabajo a la otra parte procesal: «No obstante, y aunque a primera vista pueda parecerlo, la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado por nuestra jurisprudencia no supone establecer una responsabilidad objetiva de la administración sanitaria ante cualquier daño reclamado, sino que, tal como se ha dicho, lo que supone su aplicación fundamentalmente es una inversión de la carga de la prueba»⁴⁴.

2. Como comentario final, estimamos oportuno citar a BLAS ORBÁN, que en la misma línea de prudencia respecto de esta idea, pero admitiendo la eficacia de la misma, asegura que a pesar de los beneficios que tiene este concepto, es necesario tratarlo como una excepción y analizar su idoneidad en cada litigio concreto. La justificación de esta afirmación es sencilla: una utilización indiscriminada de esta construcción doctrinal supondría dudar, por regla general, de la calidad de las actuaciones de los profesionales sanitarios; algo que acarrearía un importante deterioro del sistema sanitario en general⁴⁵.

IV. FENOMENOLOGÍA

1. EL DAÑO DESPROPORCIONADO EN ACTIVIDADES QUIRÚRGICAS

En este apartado se analizarán supuestos de hecho en los que en el curso de una operación se produce un perjuicio extraordinario o llamativo, susceptible de encajar en la figura del daño desproporcionado.

⁴³ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: «El "resultado" en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?», *op. cit.*; concretamente en pág. 75. DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ aboga por una idea muy similar al considerar que esta construcción doctrinal puede resultar algo «peligrosa», en la medida en que es un recurso muy cómodo para los jueces, al que se acude con cierta asiduidad. DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...*, *op. cit.*, pág. 195.

⁴⁴ 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», *op. cit.*; concretamente en pág. 85.

⁴⁵ BLAS ORBÁN, C.: *Responsabilidad profesional del médico*, Barcelona: Bosch, 2013, pág. 223.

1. El daño desproporcionado y el error de diagnóstico en cirugías

1. La primera de las resoluciones que estudiaremos tiene una línea argumentativa llamativa, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006⁴⁶. En este litigio don Marco Antonio, policía de profesión, al bajarse de su vehículo se golpeó la rodilla derecha, por lo que fue remitido a una clínica, donde se le diagnosticó una posible distensión del ligamento cruzado anterior, cuyo tratamiento fue un vendaje compresivo y reposo. Sin embargo, y a pesar de los cuidados, el estado del paciente no mejoró, por lo que le fueron suministradas una serie de sesiones láser, que tampoco resultaron de gran ayuda; de forma que don Marco Antonio, por iniciativa propia, solicitó el alta para acudir a otro médico, que le detectó una hipertensión rotuliana, para cuya mejoría consideró oportuno acudir a la cirugía. Dos meses después de la caída el paciente fue intervenido, encontrándose las siguientes lesiones: un menisco externo discoideo, un síndrome de Ficat o de hipertensión rotuliana externa y lesión del cartilago rotuliano articular. Tras la actividad quirúrgica don Marco Antonio se sometió a un tratamiento rehabilitador, a pesar del cual el dolor y la debilidad en la rodilla persistían. Por ello se le efectuaron diversas pruebas, a los efectos de dilucidar qué le ocurría, hallándosele hiperpresión rotuliana bilateral y pérdida de masa ósea, por lo que se le volvió a operar. No obstante, su estado no mejoró lo suficiente, siéndole reconocido finalmente un grado de invalidez del 38%.

Con base en los mencionados hechos el paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda parcialmente estimada en primera instancia, pero su recurso fue desestimado en apelación; por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Este supuesto de hecho puede resultarnos complejo, en la medida en que podemos confundirlo con un error de diagnóstico, e incluso con una pérdida de oportunidad. La duda se encuentra en la primera atención médica que recibió el paciente, en la que únicamente se le inmovilizó el miembro en cuestión, cuando resultaba evidente que requería un tratamiento distinto. Sin embargo, si nos limitásemos a analizar esta primera parte del litigio, estaríamos realizando un examen parcial del mismo. Un estudio completo del caso permite observar que, a pesar de que el paciente había recibido terapia médica, rehabilitación y cirugía (esta última en dos ocasiones), su estado no mejoraba, sino que más bien empeoraba sin razón aparente. Lo que en un principio era una simple distensión provocada por un golpe, acabó en una lesión irreparable que obligó al enfermo a no poder trabajar. El Tribunal Supremo no duda en barajar un daño desproporcionado al comparar la situación clínica inicial con la final, cuando afirma: «No obstante la corrección del diagnóstico del padecimiento del demandante realizado por el médico demandado y de ser adecuada la intervención quirúrgica practicada, lo cierto que se ha producido un resultado desproporcionado que ha ocasionado la jubilación del recurrente dado el carácter irreversible e incapacitante de las lesiones que sufre; no existe prueba alguna en los autos que permita atribuir el resultado dañoso a otra causa distinta de la intervención quirúrgica sufrida por el demandante, sin que sea suficiente a exonerar de responsabilidad lo manifestado por el perito judicial cuando afirma que «cualquier intervención quirúrgica e, incluso actuación ortopédica (sic) incruenta, sobre una rodilla, y sobre la mayoría de las articulaciones del

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006, Sala Primera, recurso 4072/1999, ponente González Poveda.

cuerpo, pueden provocar graves complicaciones que lleven a la práctica (sic), inutilidad de la articulación, sin que previamente pueda sospecharse su aparición, y sin que una vez ocurrida la complicación puedan averiguarse las causas de estas complicaciones, apareciendo simplemente porque sí...»⁴⁷. El empeoramiento de la pierna del paciente es llamativo e injustificado, por lo que se presume una posible actuación negligente, que se traduce en un daño desproporcionado.

Sin embargo, y a pesar de que resulta cierto que no existe un argumento claro por parte del ente sanitario que explique el porqué de la situación final de don Marco Antonio, puede llegar a considerarse poco acertado, e incluso desmedido, acudir a este concepto en el asunto que nos ocupa. Justificamos nuestra afirmación en el mero hecho de que la lesión que padecía el paciente era grave, no en vano requirió dos complicadas intervenciones quirúrgicas, por lo que cabe la posibilidad de que el resultado final fuese consecuencia de la agravación misma de la afección que sufría. La razón de ser en la que se basa la presente hipótesis se fundamenta en la falta de claridad que encontramos en el presente asunto, en el que si bien es cierto que la situación final puede resultar «desproporcionada» en comparación con la inicial, esta puede venir justificada por la degeneración misma de la lesión. Consideramos que existe una sombra de incertidumbre en torno a la presente controversia, por lo que quizás fue un tanto arriesgado afirmar que podría tratarse de un daño desproporcionado⁴⁸.

2. El siguiente litigio a analizar sigue una línea más clara y definida del daño desproporcionado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008⁴⁹. En este caso don Víctor sufrió una caída desde un andamio en el que estaba trabajando, siendo diagnosticado en un primer momento de una distensión de abductores y después de bursitis, iniciándose los debidos tratamientos paliativos. Sin embargo, y a pesar de los mismos, lo cierto es que su situación no mejoraba, por lo que fue remitido a un centro de rehabilitación donde se le varió el diagnóstico, esta vez de hernia inguinal, de la que fue intervenido poco después. El paciente seguía acusando fuertes dolores, por lo que fue operado de nuevo y comenzó a recibir tratamiento para el dolor. A pesar de todo su situación no mejoraba, por lo que se le practicó una tercera cirugía y comenzó una terapia en la unidad del dolor y en el servicio de neurología, a fin de conseguir bloquear el padecimiento que sufría. Tuvo que ser reintervenido por cuarta vez, no obstante lo cual, siguió viéndose obligado a continuar con una terapia en la unidad del dolor y rehabilitación, siéndole declarada la incapacidad permanente total.

Los mentados hechos dieron lugar a que el paciente pretendiese el resarcimiento del daño sufrido, siendo su pretensión admitida en primera instancia y confirmada en apelación, en virtud de lo cual la parte demandada acudió en casación al Tribunal Supremo.

El presente asunto, al igual que el anterior, cuenta con una serie de escollos y dificultades añadidas en la admisión del daño desproporcionado. Partimos en primer lugar de que también podríamos encontrarnos ante un posible error de diagnóstico, dado que la lesión que se le atribuía

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006..., *op. cit.*

⁴⁸ MACÍAS CASTILLO considera que la medida fue correcta por la excepcionalidad del daño final, ya que evidencia una clara mala praxis. MACÍAS CASTILLO, A.: «Res ipsa loquitur y responsabilidad civil del traumatólogo»..., *op. cit.*; concretamente en pág. 74.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008, Sala Primera, recurso 621/2002, ponente Seijas Quintana.

al paciente fue variando en función del desarrollo de los síntomas de la misma. No consideramos que este aspecto tenga la suficiente entidad, dado que el daño final difícilmente puede derivar únicamente de que en un principio no se diagnosticase la enfermedad correctamente. La segunda contrariedad a la que nos enfrentamos es que tampoco tenemos conocimiento de qué hecho concreto motivó los problemas de salud del paciente, es decir, en qué momento se produjeron estos y por qué necesitó cuatro cirugías, o si precisamente fue el conjunto de todas ellas lo que produjo su situación final. Ahora bien, todas estas dificultades se encuentran salvadas por la magnitud del daño final, tan dispar y exagerado en relación con la situación inicial del paciente, a lo que además debemos sumar la ausencia de una justificación clara por parte del hospital; esto es, la parte demandada fue incapaz de probar la *lex artis* en sus actuaciones. De esta manera se pronuncia el Tribunal Supremo cuando señala: «Los hechos acreditados son claros y evidencian la causa del daño y pretender que existe prueba distinta en autos que permite atribuir el resultado dañoso a otra causa ajena de la intervención quirúrgica no es posible al amparo del artículo 1902 y de la doctrina jurisprudencial del daño desproporcionado, sin haber combatido adecuadamente la valoración de la prueba, toda vez que el artículo 1902 no es precepto valorativo de la prueba, y la doctrina del resultado desproporcionado, que incide en la determinación de la culpabilidad del autor, y que es especialmente aplicado para apreciar la responsabilidad de los servicios médicos, parte de un daño generado en la esfera de acción del demandado, no en la de la víctima, lo que determina la exigencia de una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia, (SSTS 16 y 30 de abril de 2007, entre otras)»⁵⁰.

De las palabras del juzgador parece desprenderse que el presente litigio entraña una suerte de desconocimiento, que provoca una «deducción de negligencia».

2. El daño desproporcionado relacionado con actividades quirúrgicas realizadas con urgencia

En este apartado, en ninguno de los litigios se observará la noción objeto de análisis.

3. La primera de las resoluciones a estudiar es la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2006⁵¹. En esta controversia don José Luis tuvo un accidente de tráfico cuando regresaba del trabajo, en el que sufrió una serie de lesiones que requirieron una rápida actuación. En una primera intervención, de la que no tenemos conocimiento en qué consistía, le fue dañado el nervio tibial; y tras una segunda cirugía, no se llegó a controlar una infección que finalizó en una pseudoartrosis infectada. Todo ello acabó con la declaración de invalidez permanente total del paciente.

Con base en las circunstancias mencionadas, don José Luis pretendió el resarcimiento del daño, sin embargo sus intenciones fueron inadmitidas en primera instancia y corrieron la misma suerte en apelación, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008..., *op. cit.*

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2006, Sala Primera, recurso 3442/1999, ponente Sierra Gil de la Cuesta.

A pesar de lo limitado de los detalles del supuesto, conocemos que el paciente sufrió una serie de menoscabos a consecuencia de las actividades quirúrgicas a las que fue sometido, como lo son la lesión del nervio tibial y la infección posterior; no obstante lo cual, esta situación no llegó a ser calificada como daño desproporcionado por el juzgador. La razón de ser de dicha opción, aunque no se señale expresamente por el Tribunal Supremo, parece poder deducirse de sus afirmaciones: la situación inicial del paciente ya era de gravedad. Es probable que el daño al que alude el actor del presente caso, es decir, la lesión del nervio tibial, tuviese su origen en el accidente mismo que sufrió y no tanto en la operación. Esta hipótesis se fundamenta en que el hospital ha alcanzado a la certeza probatoria de la plena eficiencia en sus actos en relación con la *lex artis*, aspecto que imposibilita cualquier opción de acudir al daño desproporcionado. El Alto Tribunal se pronuncia de la siguiente manera: «El criterio de imputación propio de un sistema de responsabilidad de tinte subjetivista, como es el que establece el artículo 1.902 del CC, exige, ante todo –como recuerda la sentencia de 24 de noviembre de 2005, con cita de otras anteriores–, el reproche culpabilístico y la demostración de la relación de causalidad y de la culpa, en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado ue (sic) el acto médico o quirúrgico fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo *lex artis ad hoc*, razón por la que se ha de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas, aunque no de aquellos daños, por muy desproporcionados que parezcan, si se prueba que no fue debido a un acto negligente»⁵².

A pesar de que la afirmación del Tribunal Supremo pueda resultar genérica, esta da forma a la realidad del presente supuesto: el sanatorio, o el facultativo en concreto, lograron demostrar la plena diligencia en sus actuaciones, por lo que aunque el daño final derivase de la actuación quirúrgica misma, el demandado no debe responder del perjuicio, por la sencilla razón de haber actuado conforme a la *lex artis*⁵³.

4. El segundo de los casos que analizaremos es la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2000⁵⁴. En este asunto don Carlos Alberto, un niño de corta edad, llegó al servicio de urgencias de su localidad aquejado de fuertes dolores abdominales. Acto seguido se ordenó su ingreso y se le practicó un análisis de sangre, que arrojó un resultado de 150 mg de glucosa en sangre, por lo que ante la sospecha de una muy posible invaginación intestinal se le intervino, practicándosele una resección de la porción intestinal invaginada y una apendicetomía. Tras la cirugía su nivel de glucemia fue disminuyendo paulatinamente, por lo que cuatro días después de la operación comenzó su alimentación por vía parenteral, mediante sueros glucosados, con control de glucemia, glucosuria y cetonuria. La noche misma de iniciar el tratamiento, el niño presentó un estado de intranquilidad, con sudoración y dolor, por lo que una ATS de guardia le suministró una ampolla de Nolotil. A las siete de la mañana el paciente entró en un estado de *shock* agudo, siendo atendido por el anestesista y el pediatra de urgencias, que le sometieron a una terapia *antishock*,

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2006..., *op. cit.*

⁵³ Sigue esta misma línea doctrinal la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2013, Sala Tercera, recurso 2187/2010, ponente Martínez-Vares García.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2000, Sala Primera, recurso 3027/1995, ponente González Poveda.

que sin embargo resultó infructuosa; falleciendo el niño una hora más tarde, a las 8 de la mañana. En un análisis *post mortem* se obtuvo un resultado de 495mg% de glucosa en sangre, muy elevado.

Tomando como base los mencionados hechos, los padres del menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, teniendo que acudir en casación al Tribunal Supremo, porque sus alegaciones fueron inadmitidas, tanto en primera instancia como en apelación.

Lo llamativo de la relación de hechos puede llevarnos a considerar que el asunto conforma un caso claro de daño desproporcionado, dado que si bien la situación inicial del paciente podía ser grave, no lo era tanto como para motivar su fallecimiento; más si cabe teniendo presente que aparentemente lo que dio lugar al óbito del menor fue un súbito aumento de glucosa en sangre, algo que en principio estaba controlado. Sin embargo, y a pesar de que los hechos muestran una evidente desproporción entre la situación inicial y la final, lo cierto es que tal y como hemos dejado constancia a lo largo de este trabajo, acudir a este concepto de manera indiscriminada, simplemente porque el supuesto de hecho parezca encajar, daría lugar a un uso arbitrario de la idea y la consiguiente inseguridad jurídica. Hemos de tener presente que deben concurrir dos elementos añadidos: que el resultado final no sea consecuencia directa de uno de los riesgos habituales o potenciales de la actividad médica, y que no se haya llegado a probar la plena diligencia en las actuaciones médicas. Es precisamente en este último aspecto donde encontramos el principal escollo para aplicar el daño desproporcionado en el presente caso, la intervención que se le practicó al paciente se desarrolló con total corrección, sus niveles de glucosa en sangre eran normales y cuando se restableció su alimentación se mantuvo un adecuado control analítico. El aumento de glucosa en sangre fue súbito y letal, pero en absoluto tuvo que ver con una asistencia deficitaria. Es más, el equipo de facultativos logró demostrar su plena diligencia. De esta opinión se muestra el Tribunal Supremo, que tras analizar una por una las conductas de cada uno de los médicos que trataron al paciente y considerarlas acordes a la *lex artis*, señala: «Esta indefinición sobre la causa de la muerte no permite establecer una relación de causalidad entre el fallecimiento y la conducta de los médicos codemandados que tampoco puede calificarse de culposa o negligente; aun admitiendo la causa de la muerte que afirma el médico Forense del Juzgado, no se acredita esa relación de causalidad que constituye requisito esencial para el nacimiento de responsabilidad por culpa extracontractual. Por todo lo expuesto procede la desestimación de la demanda y la absolución de los demandados, con la obligada condena en costas de la actora, a tenor del artículo 523.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»⁵⁵.

Aunque de soslayo, el juzgador permite entrever que la urgencia de la intervención es un valor añadido a los efectos de matizar la *lex artis*, tal y como ocurrió también en la resolución anterior.

3. El daño desproporcionado y las lesiones irrogadas en una zona distinta a la intervenida

En este apartado se pretende analizar la posibilidad de observar el daño desproporcionado cuando en el curso de una cirugía se ocasiona una afección distinta a la que estaba siendo tratada.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2000..., *op. cit.*

a) *Supuestos en los que la figura del daño desproporcionado fue estimada*

5. El primer caso que se estudiará en este apartado puede resultarnos especialmente ejemplificador, dada la claridad de sus hechos y argumentaciones; se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 noviembre de 2007⁵⁶. Doña Flor padecía una necrosis aséptica de la cabeza femoral izquierda, por lo que se programó que se le colocase una prótesis de cadera para paliar los dolores que sufría. La operación transcurrió sin complicaciones, sin embargo estas se dieron cuando se inició la etapa de movilización en el posoperatorio. Se observó, tras la realización de un TAC, que el nervio ciático de la pierna intervenida había sido lesionado por uno de los tornillos de fijación que se habían utilizado, ya que este se había desplazado, sin explicación aparente, dañando el nervio. Cuatro meses después de la primera cirugía, tuvo que ser reintervenida para la extracción del tornillo en cuestión, así como de la prótesis, al no conseguirse resultados positivos con los tratamientos conservadores a los que se le estaba sometiendo. A pesar de esta segunda actividad quirúrgica, así como del largo proceso de rehabilitación, a doña Flor le quedaron severas secuelas, ya que muestra importantes dificultades para deambular, teniendo además que ser tratada en una unidad del dolor.

Las pretensiones de la parte actora fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que acudió en casación al Tribunal Supremo.

En el presente litigio nos encontramos con el supuesto de hecho tipo para observar un caso de daño desproporcionado. Una paciente se somete a una intervención, que no solo no mejora su estado de salud, sino que lo empeora por un hecho en absoluto habitual, hasta el punto de desconocerse qué motivó el mencionado daño. Si recordamos la exposición de los hechos, uno de los tornillos de fijación se desplazó, lesionando el nervio ciático; pero se desconoce qué podía producir esto, no dándose explicación alguna que justificase el efecto lesivo del tornillo terapéutico. La parte demandada no solo ignoraba qué pudo ocurrir, sino que no aportó dato alguno que pudiese explicar dicha contingencia. De la lectura de los hechos se desprende la definición misma del daño desproporcionado, tal y como apunta el Tribunal Supremo: «Del Informe del Inspector Médico como del emitido por el propio Servicio de Traumatología resulta que la causa de las secuelas padecidas por la actora, que ni la Administración ni la Sala de instancia niegan, fue la existencia de un tornillo que protuía a nivel del músculo obturador izquierdo que tuvo que ser retirado, razonando el Tribunal "a quo" que "no puede considerarse acreditada la causa de dicho desplazamiento" y al no considerarla acreditada concluye que el daño causado no era antijurídico. Tal conclusión no puede ser admitida por esta Sala pues estando conformes los informes médicos en que un tornillo colocado en la intervención quirúrgica fue la causa de la irritación del nervio ciático y que por tanto fue necesaria una segunda intervención quirúrgica para su retirada, a la Administración incumbía la carga de probar la inevitabilidad del desplazamiento del tornillo, prueba que no ha realizado, lo que hubiese sido necesario y más cuando el Inspector Médico dice que la complicación padecida es poco frecuente tras una intervención de prótesis total de cadera y que dos meses después hubo

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2007, Sala Tercera, recurso 3881/2004, ponente Robles Fernández.

de practicársele una nueva intervención para extraer aquel, lo que sin ninguna duda evidencia además un retraso en las medidas tomadas para paliar los efectos lesivos ocasionados a la paciente»⁵⁷.

A pesar de que el juzgador no acude a la noción del daño desproporcionado, esta se entrevé, ya que la condena del caso se basa en el hecho de que el centro sanitario no llegó a justificar qué motivó lo ocurrido. Se trata de un asunto que, como hemos señalado al comienzo de su análisis, es un claro ejemplo del daño desproporcionado. No en vano debemos tener presente que se produjo un desplazamiento de un tornillo de sujeción, que en principio no debería haberse producido, algo que genera una sombra de negligencia que obliga a la parte demandada a realizar un esfuerzo probatorio, del que no fue capaz en la presente controversia⁵⁸.

6. El segundo supuesto que estudiaremos, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007⁵⁹, sigue una línea muy similar a la del litigio anteriormente comentado. En esta controversia don Rosendo, de 32 años de edad, acudió al servicio de neurología del hospital de su localidad, por presentar un cuadro de debilidad en las extremidades inferiores, así como hormigueo. Se sospechó que se podía tratar de una compresión medular, por lo que tras intentar practicársele una RNM (que no pudo llevarse a cabo por el sobrepeso del paciente), un TAC confirmó esta hipótesis. Ante esta situación se le efectuó una descompresión en las vértebras D8, D7 y D6. La intervención se desarrolló con normalidad, salvo porque duró en torno a tres horas, cuando lo habitual son cuarenta y cinco minutos; comprobándose en el posoperatorio que el enfermo presentaba un cuadro de tetraplejía. Un estudio mielográfico posterior descartó que la parálisis viniese provocada por una nueva compresión vertebral, no obstante, un NRM desveló una gliosis secundaria a isquemia medular en los niveles D8 y D6, junto con atrofia medular segmentaria, ambas de origen quirúrgico.

El diagnóstico final se resume en una tetraplejía, acompañada además por importantes espasmos y dolores, que obligan al paciente a estar bajo tratamiento en una unidad de dolor.

Ante tales circunstancias don Rosendo pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda parcialmente estimada en instancias inferiores, en virtud de lo cual la abogacía del Estado recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La semejanza entre el presente proceso y el anterior resulta patente, salvo porque en este caso, a diferencia de lo que ocurría en el anterior, se desconoce cuál fue la causa que provocó la paraplejía; más allá de que esta tenga su origen en la actividad quirúrgica. Sin embargo, se tienen sospechas

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2007..., *op. cit.*

⁵⁸ GALÁN CORTÉS tiene una opinión distinta, al considerar que la posibilidad de dañar el nervio ciático viene a constituir uno de los anteriormente analizados «riesgos típicos» de la intervención de prótesis de cadera. Es por ello por lo que no podría acudirse al daño desproporcionado a fin de condenar un supuesto como este, siendo necesario aludir a otros conceptos, como por ejemplo la omisión informativa. No obstante, este autor no comenta expresamente este litigio, en el que consideramos que existe una especialidad que puede justificar la utilización del daño desproporcionado: el desplazamiento del tornillo de sujeción. GALÁN CORTÉS, J. C.: «Comentario a la sentencia de 30 de junio de 2009»..., *op. cit.*; concretamente en pág. 558.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007, Sala Tercera, recurso 4581/2003, ponente Robles Fernández.

claras, en primer lugar porque esta clase de resultados adversos son cuando menos extraños en este tipo de cirugías, y en segundo lugar, porque la operación se alargó excesivamente, algo que es poco habitual. Estas dos circunstancias parecen arrojar dudas sobre el grado de diligencia desplegado en las actuaciones. Ante este escenario resulta lógico barajar la concurrencia de una circunstancia motivadora del daño, la cual de existir y justificarse debidamente, daría lugar a la exoneración. Ahora bien, no se dio explicación alguna, ni al tiempo de la intervención, ni al resultado final; ni tampoco fue posible demostrar el cumplimiento de la *lex artis*. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando se pronuncia a este respecto: «Pero es que además del informe pericial practicado, valorado por la Sala de instancia conforme a las reglas de la sana crítica, la única (sic) conclusión razonable a la que puede llegarse es que la paraplejía y los demás resultados lesivos ocasionados al actor trajeron su causa directa y eficaz en una mala praxis médica en la intervención quirúrgica que se le practicó. En dicho Informe se recoge que se emplearon más de tres horas de cirugía para una laminectomía simple que normalmente se realiza en cuarenta y cinco minutos, lo que es una prueba evidente para el perito de que "algo anómalo ocurrió en el curso de la misma". Igualmente se recoge que la paraplejía fue consecuencia directa de tal intervención quirúrgica precisando como dato de especial relevancia que en general las incidencias de paraplejía tras laminectomía son bajísimas y que la médula resultó lesionada "durante las maniobras quirúrgicas". Ocasionada pues al recurrente la paraplejía por la que reclama en el curso de una intervención quirúrgica de cuyos riesgos no fue informado, contraviniendo lo dispuesto en el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad, intervención en la que se realizaron unas maniobras que lesionaron la médula es obvio que ha de apreciarse esa infracción de la *lex artis* que aprecia el Tribunal "a quo" y que determina la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, por lo que el segundo motivo de recurso debe ser desestimado»⁶⁰.

Parece poder inferirse que la dirección de las argumentaciones del juzgador se rige por los mismos principios que la anterior controversia, que son la materialización misma de la idea del daño desproporcionado⁶¹.

7. La tercera de las resoluciones a analizar es un nuevo ejemplo del concepto de daño desproporcionado; se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2003⁶². En este caso don Carlos Francisco se sometió a una intervención quirúrgica a los efectos de que le fuese extirpado un quiste que tenía en el cuello, dado que se le infectaba habitualmente y le provocaba importantes dolores. El nódulo fue satisfactoriamente eliminado, pero en el curso de la operación se le lesionó parcialmente el nervio espinal en su parte distal, provocándosele graves consecuencias al paciente.

Don Carlos Francisco, aunque pretendió el resarcimiento del daño sufrido, no vio admitidas sus pretensiones ni en primera instancia ni en apelación, por lo que recurrió en casación al Tribunal Supremo.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007..., *op. cit.*

⁶¹ Conformar un supuesto muy similar el de la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012 (Sala Tercera, recurso 2008/2011, ponente Lecumberri Martí).

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2003, Sala Primera, recurso 1759/1997, ponente O'Callaghan Muñoz.

Este asunto es especialmente llamativo, no en vano una persona sana se somete a una cirugía a fin de eliminar un quiste que le resulta molesto, incluso doloroso, y en el curso de la misma se le lesiona un nervio cercano a la zona operada. La magnitud del daño sufrido por el paciente en relación, no solo con la actividad quirúrgica, sino incluso con su situación inicial, es alarmante. El Alto Tribunal no muestra ningún titubeo cuando califica este caso como un daño desproporcionado: «Efectivamente, tal como se ha consignado en el fundamento anterior, el médico ha sido el causante del daño sin que haya prueba alguna de una causa extraña a su actuación, daño desproporcionado del que debe responder, aplicando el artículo 1902 del código civil en relación con la jurisprudencia antes relacionada; asimismo, INSALUD, en aplicación del artículo 1903, párrafo 4º, del Código civil tiene la responsabilidad objetiva y directa, solidaria con el anterior, que le impone dicha norma como responsabilidad por actos de otro del que deba responder, dependiente o funcionario en el presente caso; por último, responde solidariamente también la entidad aseguradora Winterthur, por la acción directa que se ha ejercitado al amparo del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro»⁶³.

De las palabras del Alto Tribunal se desprende que el principal motivo de alarma para el juzgador es la magnitud del daño final, sobre todo en comparación con la situación inicial del paciente. Sin embargo, este aplica los criterios propios del daño desproporcionado al destacar también que no se ha llegado a demostrar que la actividad quirúrgica se desplegara respetando *lex artis*⁶⁴.

8. El siguiente asunto que estudiaremos se asemeja mucho al anterior, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2009⁶⁵. En este supuesto a don Pedro Jesús se le extirpó una hernia umbilical, una operación en principio sencilla, pero en la que se presentaron varias complicaciones. Nada más comenzar, y tras la anestesia, el equipo médico tuvo serios

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2003..., *op. cit.*

⁶⁴ BOTANA GARCÍA, comentado este mismo caso, afirma que se trata de un ejemplo tipo de daño desproporcionado por la sombra de negligencia que se deduce de las actuaciones. Esto es, de no haber mediado una actividad de escasa o nula diligencia, la lesión no se habría producido. BOTANA GARCÍA, G. A.: «Aplicación de la doctrina del resultado desproporcionado a una intervención quirúrgica que produce un daño», *Práctica de Daños*, n.º 14, 2004, págs. 1 a 2. Por su parte, GALÁN CORTÉS apunta que una lesión parcial del nervio espinal es un riesgo típico en la exéresis de un quiste cervical, por lo que el daño desproporcionado no tendría cabida en un caso como el presente. GALÁN CORTÉS, J. C.: «Cuestiones actuales en responsabilidad civil médico-sanitaria», en HERRADOR GUARDIA, M. J. (dir.), *Derecho de daños 2013...*, *op. cit.*, pág. 617. Un litigio similar al presente fue comentado por BLAS ORBÁN, la sentencia de 12 de febrero de 1990. En este supuesto una niña sufrió una parálisis del nervio facial tras una intervención del conducto auditivo externo. En este caso, a pesar de que se partía de la regla general de que es la parte demandante sobre la que pesa la carga probatoria, el juzgador realizó una suerte de suma aritmética entre el hecho de que la intervención se realizaba en una zona cercana a la dañada y que no se había señalado nada respecto de una posible reacción anómala durante la cirugía, por lo que se dedujo una posible negligencia en las actuaciones, que no fue debidamente refutada por el facultativo. BLAS ORBÁN, C.: *Responsabilidad profesional del médico...*, *op. cit.*, pág. 225. Siguen una línea prácticamente idéntica los hechos de la más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2010 (Sala Tercera, recurso 2091/2008, ponente Lecumberri Martí) y sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2010 (Sala Tercera, recurso 4925/2008, ponente Herrero Pina).

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2009, Sala Tercera, recurso 3810/2005, ponente Trillo Alonso.

problemas para intubar al paciente, lo que le provocó una parada cardiorrespiratoria de un tiempo superior a cinco minutos. Esta le comportó importantes secuelas, entre las que se encuentran: cuadraparesia espástica distónica, dificultad para la expresión y comprensión del lenguaje, grave afectación de sus facultades intelectuales y síndrome depresivo reaccional.

En virtud de las mentadas circunstancias don Pedro Jesús pretendió el resarcimiento del daño sufrido, pero ninguna de las instancias inferiores estimó su demanda, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Nos encontramos ante un supuesto de hecho muy similar al anteriormente estudiado, en el que un paciente con una dolencia o problema de salud menor intenta paliarlo con una intervención quirúrgica, que en principio no entraña riesgo alguno para su salud, más allá de los genéricos; a pesar de lo cual el desenlace de la misma acaba con una situación mucho más grave que la que en un principio se pretendía remediar.

En este asunto destaca un hecho especialmente llamativo: una vez que el paciente fue anestesiado, se pretendió su intubación, la cual fue laboriosa y dificultosa, hasta el punto de que este llegó a sufrir una parada cardíaca, siendo precisamente de esta contingencia de la que derivaron las secuelas que el enfermo padece tras la cirugía. Es decir, nos encontramos ante algo que podría llegar a justificar qué pudo irrogar el absolutamente extraordinario resultado final de la intervención, sin embargo debemos acudir más allá, siendo necesario hallar un motivo que explique la dificultad de la maniobra de intubación. Es precisamente aquí donde hallamos el primero de los escollos, y es que se desconoce lo que pudo ocasionar esto, de forma que se nos presentan dos posibles escenarios: en primer lugar, que el preoperatorio que se le practicó al paciente fuese deficiente, al no examinarse la cavidad oral del mismo, así como de su cuello (con la intención precisamente de evitar problemas de intubación), lo que provocó una situación de riesgo innecesaria y vulneradora de la *lex artis ad hoc*; y en segundo lugar, que la técnica de intubación fuese incorrecta. El ente sanitario fue incapaz de probar que ninguno de estos dos escenarios era incorrecto o que se actuó de manera diligente, dándose así forma al daño desproporcionado, tal y como apunta el Tribunal Supremo: «Al respecto ha de reconocerse que en efecto el acto anestésico es por sí mismo generador de un riesgo para la vida y la integridad física y mental del paciente, y ha de reconocerse también que las obligaciones del médico anestesista no difieren de las obligación de otros especialistas médicos en el ámbito de la medicina curativa, por lo que también la responsabilidad es de medios y no de resultados. Es sin duda indispensable a fin de apreciar la responsabilidad patrimonial derivada de la anestesia una actuación contraria a la *lex artis*. Pero lo que no podemos compartir del argumento de la Administración recurrente es que en los supuestos de daños derivados del acto anestésico la prueba demostrativa de una mala técnica deba correr a cargo del paciente. Pese a los esfuerzos del Letrado de la Administración autonómica no llega, ni mucho menos, a desvirtuar la razón expresada en la sentencia recurrida para entender que en el caso enjuiciado la acreditación de la actuación conforme a la *lex artis* corresponde a la Administración. Si, como vimos, la imposibilidad de intubar a un paciente de características aparentemente normales de cuello y cavidad oral es extremadamente rara y en general excepcional, como así dictamina la Real Academia de Medicina y Cirugía, era exigible que por la Administración se diera una explicación puntual de esa dificultad y nada al respecto obra en el expediente».

A lo que añade: «Aunque el supuesto de hecho que ahora enjuicamos difiere del contemplado en la sentencia de referencia, entendemos que su doctrina es de aplicación al de autos, en cuanto que dictaminada la imposibilidad de intubar como "extremadamente rara y en general excepcional" en paciente "de características aparentemente normales de cuello y cavidad oral" –recordemos que así se manifiesta en su dictamen la Real Academia de Medicina y Cirugía–, a falta de prueba que a la Administración incumbía, solo cabe considerar dos hipótesis, reveladoras ambas de un tratamiento inadecuado, a saber: Una. Que no se realizó en el preoperatorio el examen adecuado del cuello y cavidad oral del paciente, que podría alertar de la dificultad de intubación y evitar la urgencia en la traqueotomía. Dos. Que no se ajustaron a una buena técnica los intentos de intubación»⁶⁶.

9. Las siguientes resoluciones objeto de análisis, y que expresamente se han dejado para el final, son las más llamativas. Comenzamos con la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2004⁶⁷. En este litigio a doña Constanza se le practicó una histerectomía radical por mioma uterino, desarrollándose la intervención con aparente normalidad y con una evolución favorable, hasta que el quinto día después de la operación, la paciente sufrió una pérdida de conocimiento pasajero, con ligera taquicardia y tonos cardíacos normales. Este cuadro volvió a repetirse al día siguiente, por lo que la enferma fue remitida a otro centro sanitario para ser valorada y descartar un proceso cerebral mediante un escáner, ya que donde fue operada no había medios para ello. La noche que llegó al nuevo sanatorio padeció otro episodio de taquicardia ventricular, aunque limitado, que fue tratado con propafenona. Sin embargo, al persistir rachas de taquicardia y presentar complejos ventriculares prematuros frecuentes, calificados como malignos, se comenzó un tratamiento con amiodarona en altas dosis. A pesar de la terapia, la paciente volvió a presentar un nuevo episodio de fibrilación ventricular con pérdida de conciencia y parada cardiorrespiratoria, de la que se recuperó tras 45 minutos de esfuerzo de los facultativos de la UVI. Después de esta segunda crisis se sucedieron una serie de rachas de taquicardias, acompañadas de fibrilación ventricular, para cuyo tratamiento se utilizaron dosis más altas de amiodarona. Este cuadro persistió durante varios días seguidos, aunque con episodios más leves, por lo que ante la sospecha de una enfermedad coronaria fue remitida a otro hospital, a fin de que se le realizasen las pruebas necesarias, para lo cual se le suspendió la medicación que la paciente estaba tomando. A doña Constanza se le practicó un estudio electrofisiológico, donde se comprobó que no necesitaba tratamiento alguno, ni marcapasos, ni desfibrilador automático, pues su corazón estaba sano. Tras esto fue enviada a su domicilio, donde aún se encuentra, con un corazón sano y sin dolencias; sin embargo, las múltiples paradas cardíacas que sufrió la paciente le provocaron repetidas anoxias que dañaron gravemente su cerebro, resultando de las mismas secuelas irreversibles, que le impiden valerse por sí misma.

Los familiares de doña Constanza pretendieron la indemnización del daño por esta sufrido, siendo su demanda estimada en primera instancia y confirmada en apelación, dirimiéndose la casación entre los distintos entes sanitarios que atendieron a doña Constanza.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2009..., *op. cit.*

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2004, Sala Primera, recurso 5332/2000, ponente Sierra Gil de la Cuesta.

Tal y como hemos apuntado antes de analizar el presente caso, este litigio es uno de los más llamativos que hemos hallado entre los presupuestos fácticos del daño desproporcionado. Debemos tener presente que la operación a la que se sometió a doña Constanza nada tenía que ver con la situación final de la misma, ya que esta vino motivada por un mioma uterino. La intervención se desarrolló con aparente normalidad, y no fue hasta cuatro días después cuando surgió un episodio coronario aislado, que fue debidamente tratado y que no conllevó importantes secuelas. La repetición de este cuadro sintomatológico llevó a los facultativos del centro a medicar a la paciente y remitirla a otro hospital para que le practicasen pruebas que verificasen que su cerebro no había sido dañado, pero en ningún momento se comprobó cuál era el estado del corazón de doña Constanza, sino que ante sus recurrentes crisis coronarias, fue tratada con fármacos cada vez más fuertes. No fue hasta que la medicación se suspendió, a fin de practicársele una prueba cardiaca, cuando se comprobó que su corazón estaba sano. No constan más actividades diagnósticas coronarias en la paciente, aunque sí tenemos conocimiento de agresivas terapias para paliar una lesión, que no había sido diagnosticada, y que de hecho no existía.

Nos hallamos ante el escenario perfecto para la noción del daño desproporcionado: los daños cerebrales de la paciente no son una consecuencia habitual de la intervención que se le practicó, y es más, no derivan de esta; del mismo modo que tampoco son usuales en el tratamiento que recibió. Por otro lado, ante una situación de emergencia se comenzó un tratamiento médico, a fin de paliar la muy posible enfermedad coronaria de la paciente, pero ante la repetición de episodios similares, en lugar de practicarse pruebas, la actuación de los facultativos se limitó a aumentar las dosis del tratamiento o variarlo. Nos encontramos ante la que parece la definición misma del daño desproporcionado: lesión llamativa no habitual y en absoluto relacionada con la actividad médica desplegada, con el factor añadido de que gran parte de los actos médicos adolecían de la diligencia debida. El Tribunal Supremo no se separa de la línea que hemos señalado cuando establece: «Y en el presente caso no se puede olvidar que a través de un tratamiento coronario francamente agresivo e innecesario se produjeron unos daños físicos y unas secuelas, cuya medida está perfectamente cuantificada en la sentencia recurrida y cuyos parámetros acepta esta Sala, lo que si se mide en una situación de daño desproporcionado, y así se infiere de lo manifestado con absoluta corrección por la sentencia recurrida, cuando en ella se afirma: lo anterior quizá no tendría, posiblemente, carácter excepcional (desde el punto de vista de la experiencia médica, evidentemente) si no fuera porque, traslada la enferma a la clínica de Madrid "Nuestra Sra. de Loreto" para practicarse un estudio electrofisiológico, se le suspende toda la medicación y resulta que: 1. La paciente normaliza la actividad de su corazón, era precisó ni marcapasos ni desfibrilador automático. 2. La práctica del estudio electrofisiológico evidenció la inexistencia de cardiopatía alguna, tras lo cual Constanza se reintegró a su domicilio el día 13 de julio de 1994. 3. Constanza permanece en la actualidad en su domicilio sin precisar tratamiento alguno para su corazón. 4. El corazón de dicha persona continúa sano en la actualidad y sin que conste que Constanza haya vuelto a tener el más mínimo problema de corazón»⁶⁸.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2004..., *op. cit.*

10. El último de los supuestos, similar al anterior aunque no tan llamativo, es la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2008⁶⁹. En este litigio a doña Regina, de 46 años de edad, que sufría de obesidad, hipertensión y trastornos depresivos, por lo se encontraba medicada con Capoten y Halazepan, le fue hallada una anomalía en una mamografía que se le practicó con ocasión de un programa de prevención del cáncer de mama. En una ecografía posterior se comprobó que se trataba de un nódulo de tres centímetros de diámetro, que tras la consiguiente punción, arrojó resultados de malignidad; por lo que se decidió su extirpación con biopsia intraoperatoria. De esta forma se le practicó a doña Regina una intervención para la extracción del tumor, efectuándose en la misma una biopsia, y remitiéndose la muestra al servicio de anatomía patológica para su estudio intraoperatorio. Durante la espera, doña Regina sufrió una intensa bradicardia por bloqueo aurículo-ventricular de segundo grado, de la que se desconoce la causa, que provocó una parada en la paciente, de la que se recuperó pasados entre 10 y 15 minutos, gracias a la afanosa actuación de los médicos presentes en el quirófano. Superada esta complicación, llegaron los resultados de la biopsia, que confirmaron las sospechas de malignidad, por lo que se decidió continuar con la operación y practicar una mastectomía. Tras la cirugía, doña Regina fue remitida a la Unidad de Cuidados Intensivos, donde se tuvieron las primeras sospechas de daño cerebral, ya que 24 horas después de la cirugía, la paciente seguía en coma profundo, con pupilas medias, reactivas y ventilación mecánica; conservando reflejos óculo-cefálicos. Se le practicó una EEG que evidenció una posible encefalopatía anóxica, fruto de la parada que sufrió en la intervención quirúrgica. El estado de doña Regina no llegó a mejorar con el tiempo, y de hecho no tiene muchas posibilidades de recuperarse: la enferma padece una treparesia, por lo que se encuentra inmóvil, con los ojos abiertos pero sin fijar la mirada, no responde a ningún estímulo salvo a los dolorosos, logra la respiración espontánea por una traqueotomía, pero precisa de un aspirador para las secreciones; requiriendo además de una sonda nasogástrica.

No es necesario que señalemos que los familiares de doña Regina pretendieron el resarcimiento de los daños que sufrió la paciente, siendo estas pretensiones inadmitidas en primera instancia y admitidas en apelación, en virtud de lo cual los demandados recurrieron en casación al Tribunal Supremo.

Tal y como hemos señalado al comienzo de su análisis, este caso no resulta tan llamativo como el anterior, a pesar de que el daño desproporcionado sobrevuela cada aspecto del mismo. El resultado final de la cirugía es desmedido en relación con lo habitual, todo ello en virtud de lo acontecido en el curso de la operación. Como podemos observar, en el presente proceso se conoce qué motivo los daños finales que sufrió la paciente, con la excepción de que se ignora completamente lo que provocó la parada cardíaca que comportó tales lesiones. Es en este punto concreto donde podemos hallar la actuación negligente, ya que nos consta que las circunstancias de la enferma eran excepcionales: padecía obesidad, hipertensión y trastornos depresivos, estando medicada de estos dos últimos; circunstancias que podían incidir en el estado de salud de la misma y su respuesta hacia agresiones tales como la anestesia. No obstante, y a pesar de que se tenía conocimiento de estas contingencias, no se tomaron especiales cautelas en el preoperatorio, ni tampoco en la intervención. Carecemos de la certeza de que fuesen estas cuestiones las que motivaron la parada cardíaca que sufrió la paciente,

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2008, Sala Primera, recurso 3194/2000, ponente García Varela.

pero a falta de una justificación por parte del hospital, es la más plausible. En estas últimas líneas parecen poder hallarse los ingredientes necesarios para que se presente un daño desproporcionado, tal y como el Tribunal Supremo afirma: «Con seguimiento de la posición mantenida por la STS de 11 de marzo de 1996, procede manifestar que la omisión de la utilización de un instrumento tan eficaz como el ecocardiógrafo para detectar la existencia de cardiopatías morfológicas o congénitas, constituye sin duda un descuido bien precisado por la Audiencia, con el resultado dañoso seguido y la posibilidad de haberlo evitado, si se hubiera actuado con la diligencia sanitaria normal en tales casos, por lo que la culpa o negligencia surge con dotación de la suficiente causalidad, en virtud de que no se ejecutaron las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación más coherente de la deontología médica y del sentido común humanitario para tales supuestos (STS de 6 de julio de 1990), y hubieran podido conseguir, mediante un diagnóstico en el preoperatorio, salvar o aminorar los efectos de la dolencia sobrevenida a la paciente. La línea jurisprudencial recién mencionada se muestra definida por la citada sentencia de 11 de marzo de 1996 y por otras de esta Sala, entre las que se encuentran la de 13 de octubre de 1992, que cita la de 7 de junio de 1988, donde se advierte negligencia omisiva en la aplicación de medios al alcance, y de 30 de julio de 1991, que acusa la falta de tratamiento adecuado e inobservancia de las precauciones para prevenir el daño. En el caso sometido a debate, resalta la efectividad de un daño desproporcionado entre la intervención médica y el resultado final, sin que, como era preciso, se hubieran ofrecido explicaciones convenientes por la entidad sanitaria. En consecuencia de lo argumentado, la respuesta judicial es congruente, como lo sería con la estricta aplicación del artículo 1902 del Código Civil, amén de que la Ley General para Defensa de Consumidores y Usuarios no determina una acción distinta, sino tan solo un criterio de imputación de responsabilidad diferente, consistente en que el consumidor y el usuario solo deben probar el daño y que este es consecuencia del bien o servicio de que se trate en cada caso particular, por lo que se reconoce aquí la oportunidad de su aplicación»⁷⁰.

b) Asuntos en los que la noción del daño desproporcionado fue desestimada

11. La siguiente controversia es tan llamativa como la anterior, pero contrariamente sufre una suerte desestimatoria: se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2009⁷¹. En este caso doña Laura se sometió a una exodoncia de las cuatro muelas del juicio, dado que para ella eran un foco de infecciones. Tras la intervención permaneció tres días ingresada en el hospital donde le fue practicada la extracción, siendo dada de alta sin complicaciones aparentes. Sin embargo, días después de la cirugía visitó a su médico de cabecera, porque se encontraba mal y tenía dolores que le impedían incluso la deglución. Este le revisó las cicatrices y comprobó que estaban correctamente, por lo que no le dio mayor importancia. Pero su situación no mejoró, y pasado un mes tuvo que volver a la consulta de su médico de cabecera, por presentar molestias en la lengua y en la boca, pero nuevamente no se halló el motivo para las mismas; por lo que un tiempo después acudió al mismo médico que le había operado. Este observó que sus padecimientos no provenían de la actividad quirúrgica, sino más bien de algún tipo de patología degenerativa del

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2008..., *op. cit.*

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2009, Sala Tercera, recurso 1822/2005, ponente Herrero Pina.

sistema nervioso, concretamente se sospechaba de la posibilidad de que el nervio lingual estuviese dañado, tal y como realmente era. Finalmente fue diagnosticada de una neuropatía del nervio lingual izquierdo (rama terminal de nervio trigémino) de tipo disestesia dolorosa y síndrome miofascial de articulación temporomandibular, algo que le imposibilitaba para sus funciones diarias.

Doña Laura demandó al médico que la intervino, siendo sus pretensiones parcialmente admitidas en instancias inferiores, a pesar de lo cual recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Nuevamente nos hallamos ante un supuesto llamativo, ya que doña Laura sufre importantes lesiones físicas, hasta el punto de que la imposibilitan para trabajar, por haberse sometido a lo que parece una simple extracción dental. La aparente desproporción resulta casi palpable, lo que nos llevaría a la práctica certeza de estimar el supuesto como un daño desproporcionado, sin efectuar mayores indagaciones. No obstante, y aunque pueda llamarnos la atención como profanos en la materia, lo cierto es que actos médicos como las exodoncias de este tipo tienen entre sus riesgos precisamente estas afecciones. Esta última afirmación hace imposible acudir al daño desproporcionado, por muy idóneo que pueda parecernos para el asunto en cuestión, tal y como asegura el juzgador: «Por otra parte, no resulta adecuada la invocación de la doctrina del daño desproporcionado a efectos probatorios, cuando la lesión padecida por la interesada como consecuencia de la intervención a que fue sometida constituye un riesgo propio de la misma en un porcentaje considerable, según se informa por los peritos, lo que puede incidir en las condiciones del consentimiento informado, como ya se planteó en este proceso, pero no puede considerarse como un daño desproporcionado atendiendo las características de la intervención, más aun en un caso como este en el que las circunstancias que presentaban los cordales precisaban, según los peritos, una exodoncia amplia. Finalmente se está en el caso del resultado de la valoración de la prueba existente sobre la forma y circunstancias en que se llevó a cabo la intervención y no ante la dificultad o facilidad sobre la misma, puesto que junto a los elementos probatorios que resultan de las actuaciones administrativas, se han aportado y emitido numerosos documentos e informes valorables al efecto, sin que el hecho de que el resultado de tal valoración sea contrario a los intereses del interesado permita invocar el criterio de facilidad de la prueba para presumir y llegar a un resultado probatorio opuesto»⁷².

Nada más puede añadirse al supuesto, salvo que aunque a los legos pueda parecernos que realmente el resultado final es exagerado en relación con la terapia, lo cierto es que se trata de un riesgo típico de este tipo de intervenciones, por lo que es imposible acudir a la figura objeto de estudio⁷³.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2009..., *op. cit.*

⁷³ Siguen una línea prácticamente idéntica las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010 (Sala Tercera, recurso 7412/2005, ponente Lesmes Serrano), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2011 (Sala Tercera, recurso 2693/2009, ponente Martínez-Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 5513/2006, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 2950/2007, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012 (Sala Tercera, recurso 805/2011, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 8/2010, ponente Martínez-Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 1977/2011, ponente Lecumberri Martí) y sentencia del Tribunal Supremo 4 de diciembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 5890/2011, ponente Martínez-Vares García).

12. La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2006⁷⁴ trata sobre un caso llamativo, por la gravedad del resultado final en relación con la actuación médica desplegada, que sin embargo, no es objeto de responsabilidad. No resulta conveniente que nos detengamos excesivamente en los hechos, dada la semejanza que estos tienen con los de los supuestos anteriormente analizados. Don Simón se sometió a una cirugía de oídos por una otitis media crónica, en la que le fue extirpado un colesteatoma. Sin embargo, durante la pendencia de la misma le fue afectado el nervio maxilofacial del lado derecho, provocándole una parálisis facial.

El paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual no vio sus intereses admitidos hasta el grado de apelación y solo parcialmente, por lo que acudió en casación al Tribunal Supremo.

Se trata de un supuesto de hecho en el que el resultado final de una operación, en apariencia sencilla, resulta alarmante y requiere de una explicación por la presunción de negligencia que de la misma se desprende. En este caso, aunque la dolencia que sufre el enfermo no es propia del tipo de actividad quirúrgica a la que se sometió, el daño desproporcionado no se contempla por una sencilla razón: los demandados lograron demostrar que todas sus actuaciones respetaron escrupulosamente las directrices de la *lex artis*. Al concurrir la mentada circunstancia, la opción de acudir al daño desproporcionado se torna imposible, tal y como señala el Alto Tribunal: «La doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, las SSTs de 13 de diciembre de 1997 y 9 de diciembre de 1998) –que, como expresa la STS 29 de junio de 1999, "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 profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla *Anscheinsbeweis* (aparición de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual), lo que requiere que se haga efectivo 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»– no es de aplicación al supuesto debatido, al no quedar demostrado en autos que la parálisis facial surgida al demandante se haya producido por una acción u omisión integrada en el ámbito de actuación quirúrgica del médico don Clemente. Por último, la posición de la STS de 6 de julio de 1995 no se corresponde con el supuesto que nos ocupa, toda vez que se refiere a la resultancia de un daño en el nervio facial durante el curso de una intervención quirúrgica, por descuido, aún ligerísimo, del médico que la practicó, y en la realizada por el facultativo codemandado a don Simón no se ha acreditado la falta de diligencia alguna»⁷⁵.

De las palabras del Tribunal Supremo se colige que en el presente asunto concurre una circunstancia incompatible con el daño desproporcionado: el cumplimiento diligente de las obligaciones sanitarias.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2006, Sala Primera, recurso 3971/1998, ponente García Varela.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2006..., *op. cit.*

4. El daño desproporcionado y el empeoramiento de la situación inicial de la dolencia intervenida

En este bloque, que puede parecer superfluo, vamos a estudiar supuestos de hecho en los que la situación patológica del paciente se ve agravada después de una operación. No nos referimos a que tras una cirugía este se encuentre en peor estado, ya que sería muy genérico, sino que trataremos casos en los que el perjuicio se provoca sobre la zona intervenida, a fin de paliar una dolencia preexistente, que además resulta recrudescida.

a) Litigios en los que la construcción doctrinal del daño desproporcionado fue estimada

13. El primero de los casos que estudiaremos es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2005⁷⁶; la relación de hechos del presente asunto es escueta, pero adecuada para nuestro análisis. Doña Julia se sometió a un tratamiento quirúrgico a los efectos de paliar una enfermedad que previamente padecía (de la que no tenemos más información), sin embargo, el resultado final del acto médico no fue el pretendido, porque no solo no mejoró su situación, sino que además la paciente sufrió una atelectasia del lóbulo medio del pulmón derecho. Una lesión grave que le dificulta la respiración, por lo que es incapaz de realizar ningún tipo de actividad que exija un mínimo esfuerzo físico.

Doña Julia pretendió el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual su demanda no fue estimada en primera instancia, aunque sí que lo fue su recurso ante la Audiencia Provincial correspondiente, en virtud de lo cual la parte demandada recurrió en casación al Tribunal Supremo.

Este supuesto de hecho no se nos presenta con la misma claridad que otros, ya que la paciente, con carácter previo a la intervención ya se encontraba enferma, y fue precisamente esa afección la que le llevó a someterse a la cirugía que le provocó tamaña lesión. Aunque la parquedad sobre los hechos y la patología previa de la enferma hacen que desconozcamos cuánta desproporción real hay, el Tribunal Supremo se muestra inamovible: el resultado final no es habitual en el tipo de operación que le fue practicada a doña Julia. Conviene añadir, además, que la parte recurrente fue incapaz de demostrar la diligencia de sus actuaciones, lo que nos presenta el escenario ideal para un caso indemnizable por daño desproporcionado, tal y como asegura el juzgador: «... la obligación médica comprende la dispensa al paciente de todos los cuidados que requiera, tomando en consideración tanto el caso concreto en que la intervención y su proceso posterior se producen, como las circunstancias de todo orden concurrentes e, incluso, las incidencias poco frecuentes pero estadísticamente constatables que puedan surgir en el norma actuar profesional (sentencias, entre otras, de 24 de mayo de 1999, 1 de julio de 1997 y 31 de julio de 1996). Anotemos, finalmente, que es doctrina jurisprudencial reiterada la de que la responsabilidad por negligencia sanitaria de una entidad especializada debe imponerse de forma prácticamente objetiva si se revela que su defectuoso funcionamiento ha dado lugar a un resultado lesivo que deba considerarse desproporcionado en relación con el escaso riesgo que en principio debía atribuirse a la

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2005, Sala Primera, recurso 647/1999, ponente Romero Lorenzo.

intervención realizada, sin que por la misma se ofrezca prueba suficiente de que por su parte se había puesto a contribución toda la diligencia que las circunstancias del caso requerían (sentencias de 7 de octubre de 2004, -5-2003, 17 de mayo y 10 de julio de 2002, entre las más recientes)»⁷⁷.

Aunque el Tribunal Supremo no utilice expresamente el término de daño desproporcionado, este parece poder deducirse de sus afirmaciones⁷⁸.

14. La última controversia que estudiaremos nos resultará un tanto contradictoria por lo polémico de su admisión, nos referimos a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003⁷⁹. En este litigio don José Ramón fue intervenido de hemorroides y fisura anal, pero el resultado final no fue el esperado, y el enfermo acabó padeciendo una incontinencia anal, eventualidad que sin embargo entraba dentro de los riesgos de la operación.

En virtud de las mencionadas circunstancias, la víctima pretendió ser resarcida por los daños sufridos, no siendo admitidas sus peticiones, ni en primera instancia ni en apelación, por lo que tuvo que acudir en casación al Tribunal Supremo.

El presente asunto, como bien se puede observar, conforma un supuesto de hecho distinto a los anteriormente comentados. Aunque es cierto que el resultado no es el deseado, sino que la situación anterior se vio agravada tras la operación, ello no obsta para que el caso sea reprochado por daño desproporcionado. La magnitud del perjuicio, aunque es un aspecto de gran relevancia por presumir una negligencia, requiere de elementos añadidos, como lo extraordinario del daño para la ciencia médica y una actuación contraria a la *lex artis*; pudiendo llegar a exigirse de forma accesoria justificar qué motivó el menoscabo.

En este supuesto la primera de las condiciones se cumple, dada la naturaleza del perjuicio final, aunque sobre las dos siguientes se siembra una sombra de duda, ya que uno de los posibles resultados adversos de la cirugía practicada, y por tanto conocido, es precisamente la incontinencia anal. Lo llamativo del caso es que, aunque quedó acreditado que la actuación del equipo médico fue correcta y que el menoscabo fue consecuencia directa de la peligrosidad de la propia intervención, el juzgador reprochó el perjuicio, con base en un daño desproporcionado. Concretamente señala: «Efectivamente, en el caso presente el médico demandado ha realizado una intervención quirúrgica que habiendo producido un resultado desproporcionado, no ha acreditado la causa de este, que sea ajeno a su actuación. La Audiencia Provincial infringe, en este sentido, el artículo 1902 del Código Civil y la jurisprudencia que se ha mencionado, destacándose en ella el empleo

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2005..., *op. cit.*

⁷⁸ Siguen esta misma línea fáctica las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2010 (Sala Tercera, recurso 4463/2008, ponente Martínez-Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 857/2008, ponente Martínez-Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2011 (Sala Tercera, recurso 5028/2006, Lesmes Serrano) y sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 (Sala Tercera, recurso 5608/2010, ponente Lecumberri Martí).

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003, Sala Primera, recurso 1897/1997, ponente O'Callaghan Muñoz.

de expresiones aleatorias y condicionales ("... cuyo origen podría encontrarse...», «hay ocasiones en que se producen...", "no cabe destacar la producción..." "posiblemente... la evolución del paciente hubiera tenido..." que nada expresan sobre hechos probados es lo que sí corresponde hacer»⁸⁰.

Lo llamativo del fallo jurisprudencial dio lugar a un voto particular del magistrado Marín Castán, que precisamente evidencia lo que hemos apuntado líneas atrás; la desproporción del daño no es tal cuando este se encuentra entre los riesgos típicos de la propia actividad quirúrgica: «Pues bien, de someter los hechos probados a las anteriores consideraciones jurídicas resulta la desestimación de los dos motivos examinados, porque 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»⁸¹.

Nos sentimos más identificados con las afirmaciones que se realizan en el voto particular que con las de la propia sentencia, por las cuestiones antedichas. Consideramos que en este caso se ha caído en un vicio que puede motivar una construcción doctrinal como la presente, ya que a los ojos de un profano cualquier resultado adverso puede ser llamativo, siendo precisamente por ello necesarias las circunstancias objetivas que tanto hemos repetido. Si estos requisitos se eluden, la seguridad jurídica del concepto se resiente, tal y como parece ocurrir en el presente asunto⁸².

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003..., *op. cit.*

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003..., *op. cit.*

⁸² BOTANA GARCÍA es de una opinión muy similar, al considerar esta autora que el supuesto de hecho no puede conformar un caso de daño desproporcionado, por resultar el perjuicio invocado un riesgo habitual de la propia intervención. El cirujano demostró de forma inequívoca que había obrado de manera acorde a la *lex artis* y que la técnica por la que había optado era correcta, pero que la posibilidad de que se presente este daño, propio de la operación, era conocido y a la vez imposible de evitar, ya que deriva de cuestiones tales como el azar o incluso la predisposición genética del propio paciente. Considera esta autora que pretender calificar un litigio como el presente de daño desproporcionado es cuando menos erróneo: «Pues bien, de someter los hechos probados a las anteriores consideraciones jurídicas resulta la desestimación de los dos motivos examinados, porque 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». BOTANA GARCÍA, G. A.: «Aplicación de la doctrina del resultado desproporcionado a una intervención quirúrgica de hemorroides con secuela definitiva», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 5, 2008, págs. 18 a 21; concretamente en pág. 21. Por esta misma idea se inclinan PÉREZ TOLÓN y LARIOS RISCO, que aunque no comentan esta controversia, resultan esclarecedores sobre la relación existente entre los riesgos habituales y el daño desproporcionado. Estos autores se reafirman en la misma línea anteriormente comentada: no cabe opción de acudir del daño desproporcionado cuando la contingencia que se materializa es un peligro usual. Concretamente afirman: «La materialización de un riesgo típico pues, no puede con-

b) Casos en los que la figura del daño desproporcionado fue desestimada

15. La única resolución de este apartado sigue una línea argumentativa muy similar a la anteriormente comentada, a pesar de que resulta desestimada, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo

siderarse como un daño desproporcionado. En la teoría del daño desproporcionado se presume que hay negligencia médica cuando se causa al paciente un resultado dañoso que en circunstancias normales no se hubiera producido...» 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»..., *op. cit.*; concretamente en pág. 87. Opinión compartida por LUNA YERGA, quien comentando este mismo litigio, se muestra contrario a su fallo. Considera este autor que la mera producción de un perjuicio, por muy grave que sea, no conforma un elemento constitutivo de una mala *praxis*, dado que como bien sabemos, existen riesgos inherentes a todo tipo de terapias médicas. Es por ello por lo que este autor estima que la materialización de un daño propio de un tratamiento, conocido además, impide cualquier posibilidad de acudir a esta figura. LUNA YERGA, Á.: *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria...*, *op. cit.*, pág. 194. Este último autor se reafirma en sus aseveraciones en otra publicación en la que comenta el presente supuesto de hecho: «No está claro, sin embargo, que la actuación del cirujano demandado fuera negligente como induce el Tribunal Supremo mediante la aplicación de la doctrina de los daños desproporcionados. La mera producción de un daño en el transcurso de un tratamiento médico, por grave, llamativo o extraordinario que este sea, no es necesariamente una prueba de la falta de cuidado razonable, no ya solo porque puede tratarse de actividades intrínsecamente peligrosas como por el hecho de que existen riesgos inherentes a los tratamientos médicos que escapan a las máximas de experiencia. En el caso, con base en los hechos probados de las sentencias de Instancia, la elevada probabilidad de que la secuela no consista sino en un riesgo típico de esta clase de intervenciones quirúrgicas descartaría la posibilidad de inducir la culpa médica con base en la doctrina de los daños desproporcionados que, bien entendida, supone una presunción judicial cualificada de culpa en que la mera verificación de la relación causal pondría de manifiesto –de manera automática– la culpa del cirujano. Asimismo, tampoco sería posible inducir dicha negligencia mediante una presunción judicial simple, pues la posibilidad de que la actuación médica hubiera sido negligente no alcanzaría el grado de probabilidad necesario para conducir al juzgador a la certeza de que el daño fue causado negligentemente. Se había declarado probado que la técnica quirúrgica aplicada fue la correcta según la *lex artis*, que no se lesionó el nervio del esfínter anal y que la lesión del esfínter externo comprobada tras la intervención es inherente a la técnica quirúrgica aplicada, así como que no son infrecuentes los trastornos esfinterinos derivados de la cirugía ano-rectal apropiada. Además, los factores que pueden influir en la incontinencia anal son de muy diverso tipo (neurológicos, musculares y psicológicos), por lo que es de tener en cuenta que el paciente hubiera mostrado una "negativa y adversa colaboración" en la primera etapa del postoperatorio». LUNA YERGA, Á.: «Comentario a la sentencia de 31 de enero de 2003»..., *op. cit.*; concretamente en pág. 667. En esta misma línea argumentativa se muestran otros autores como GALÁN CORTÉS, J. C.: «Comentario a la sentencia de 7 de octubre de 2004»..., *op. cit.*; concretamente en pág. 842 y TEJEDOR MUÑOZ, L.: «Responsabilidad civil médica. Doctrina del daño desproporcionado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 3, 2003, págs. 3.437 a 3.442; concretamente en pág. 3.442. MACÍAS CASTILLO, por su parte, no se centra tanto en la habitualidad del daño a los efectos de descartar esta noción, como en el nivel de exigencia probatorio requerido al personal médico. Afirma este autor, que al invertirse el *onus probandi* se ha provocado una suerte de responsabilidad objetiva, de la que difícilmente podría sustraerse la parte demandada, no en vano exigir una justificación de qué ocurrió, cuando se trata de un perjuicio típico, sitúa al médico en una posición probatoria diabólica. MACÍAS CASTILLO, A.: «Aplicación de la doctrina del resultado desproporcionado derivada de deficiente *praxis* médica que deja al paciente una incontinencia anal parcial», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 16, 2004, págs. 1 a 2; concretamente en pág. 1. Tiene una temática similar la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008 (Sala Primera, recurso 621/2002, ponente Seijas Quintana), pero en esta ocasión la resolución fue desestimada. En este asunto una paciente se sometió a una tiroidectomía, a consecuencia de la cual tuvo serios trastornos de fonación. A fin de paliar esta lesión se le practicó una segunda operación, que no consiguió los resultados pretendidos, ya que en su lugar se empeoró la situación de la enferma. A pesar de que esta sentencia pudiese parecer especialmente llamativa, lo cierto es que el Tribunal Supremo no se pronunció sobre esta idea, en virtud de lo cual el aporte de esta resolución resulta mínimo.

de 18 de abril de 2000⁸³. En este litigio doña Lidia se encontraba afectada de una lumbociática muy dolorosa (*hallux valgus*), por lo que en lugar de practicársele un tratamiento conservador, se decidió acudir directamente a una intervención. La problemática se suscita porque tras la cirugía su situación no solo no mejoró, sino que además se le presentaron importantes problemas de deambulación.

En atención a los daños sufridos, la paciente pretendió el resarcimiento de los mismos, siendo su demanda parcialmente estimada en primera instancia, pero su recurso fue revocado en apelación, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La inadmisión de este caso gira en torno a dos circunstancias: en primer lugar, existe un porcentaje de fracaso de un 20% en la actividad quirúrgica que le fue realizada a la paciente, y en segundo lugar, la operación se desarrolló con un celoso cumplimiento de las reglas de la *lex artis*.

El juzgador se muestra tajante sobre ambas cuestiones, tanto en la probabilidad del daño, como en el cumplimiento de la *lex artis*, y concretamente señala: «Cierto es que no pudo ser corregida y los resultados no fueron los esperados, pero el porcentaje de resolución para estos casos –por intervención quirúrgica–, como señala el perito es de un ochenta por ciento; es decir, no puede asegurarse una total curación. Es más, como afirma el perito en su informe, la valoración excesivamente magnificada de sus algias ni siquiera hacía aconsejable una tercera intervención correctora. c) Por último, añadir que la secuela de metatarsalgia y su declaración de incapacidad laboral no puede atribuirse con relación de causalidad directa a una resección excesiva, practicada, en la primera falange en la segunda intervención y si bien en las aclaraciones, el perito señala que caso de que la citada resección no hubiera sido excesiva posiblemente la patología no sería la misma, no es menos cierto que se plantea la respuesta en el terreno de las hipótesis, por lo cual, no se aprecia con la suficiente convicción la negligencia médica como base para la obligación legal de indemnizar»⁸⁴.

2. EL DAÑO DESPROPORCIONADO Y LA CIRUGÍA ESTÉTICA

1. Supuestos en los que la figura del daño desproporcionado fue estimada

1. Comenzamos con el análisis del primero de los dos asuntos, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2007⁸⁵. En esta controversia don Daniel se sometió a una intervención

⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2000, Sala Primera, recurso 2113/1995, ponente Almagro Nosete.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2000..., *op. cit.* En esta misma línea de la probabilidad o conocimiento del daño producido, se pronuncian las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2010 (Sala Tercera, recurso 7387/2005, ponente Herrero Pina), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2010 (Sala Primera, recurso 1004/2006, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010 (Sala Primera, recurso 951/2006, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 1866/2009, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2011 (Sala Tercera, recurso 5656/2006, ponente Lesmes Serrano) y sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2011 (Sala Tercera, recurso 3483/2009, ponente Martínez-Vares García).

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2007, Sala Primera, recurso 1940/2000, ponente Montes Penadés.

estética de septoplastia (corrección de una desviación del tabique nasal), con anestesia general e intubación. Una vez finalizada esta, quedó al cuidado del anestesista hasta su total recuperación, sin embargo, en el proceso del despertar el paciente comenzó a quejarse de que tenía dificultades para respirar, empezando casi acto seguido a sufrir convulsiones. El anestesista le suministró oxígeno y corticoides, pero esto fue insuficiente, por lo que ayudado por otro médico comenzaron a intubarle, algo que no se logró al presentarse un edema de glotis; de forma que avisaron al cirujano que le había operado, para que le practicase una traqueotomía. Todas estas actuaciones fueron inútiles, ya que como consecuencia de la falta de oxígeno, el paciente quedó en coma, muriendo al día siguiente.

Ante esta situación los familiares del fallecido pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, siendo sus pretensiones parcialmente admitidas en primera instancia, pero revocadas en apelación; en virtud de lo cual recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Lo llamativo del litigio es palmario: un paciente se somete a la corrección de una desviación del tabique nasal y fallece a consecuencia de una asfixia que se le presenta una vez finalizada la operación, hechos de los que parece desprenderse un resultado desproporcionado entre la actividad médica y el daño final. Más si cabe si tenemos presente que el centro sanitario en ningún momento ha llegado a aclarar cuál fue el motivo que pudo dar lugar a este fatal desenlace. Tenemos conocimiento de que un edema de glotis causó la asfixia del paciente e hizo imposible su intubación, pero no se ha llegado a establecer qué fue lo que dio lugar al mencionado edema. Entiende el Tribunal Supremo que ante esta situación, la actividad probatoria del sanatorio ha sido deficiente, ya que ha sido incapaz de demostrar que sus actuaciones fueron acordes a la *lex artis* en todo momento, y no únicamente cuando se presentó la crisis; concretamente afirma el juzgador: «Esta doctrina adapta la tesis de la *faute virtuelle* de la jurisprudencia francesa y la doctrina de la "prueba aparente" de la jurisprudencia alemana, o la técnica anglosajona de la evidencia que crea o hace surgir una deducción de negligencia, pues se presenta un resultado dañoso, generado en la esfera de acción del demandado, no en la víctima, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, y ello permite, paliando la exigencia de prueba de la culpa y de la relación de causalidad, no ya deducir una negligencia, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una exigencia de explicación que recae sobre el agente, pues ante el daño desproporcionado, 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, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación. No se ha producido por parte de la entidad demandada una explicación que excluya la imputación de los daños. El motivo, por ello, ha de prosperar»⁸⁶.

Consideramos que la condena de este caso parece un tanto desmesurada, dado que sucesos como el edema de glotis pueden tener un origen desconocido, y sin embargo, el juzgador ha exigido su justificación, algo que quizás resulta imposible. Más si cabe si tenemos presente que en principio todas las actuaciones médicas fueron desarrolladas con plena diligencia y cumpliendo los criterios de la *lex artis*. A pesar de que pueda resultar chocante que una intervención de un ta-

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2007..., *op. cit.*

bique nasal, que es aparentemente simple, pueda causar el fallecimiento del paciente, eso no debe llevarnos a dar por hecho una posible negligencia. Parece que las atenciones acordes a la *lex artis* deberían haber sido suficientes para excluir la posibilidad de aplicar la figura del daño desproporcionado, de forma que, quizás, exigir la justificación de lo acontecido, pudo ser exagerado⁸⁷.

2. Asuntos en los que la figura del daño desproporcionado fue desestimada

2. El segundo litigio es un asunto idéntico al anteriormente analizado, dado que incluso la operación es la misma, con la única diferencia de que el asunto fue desestimado. La sentencia en cuestión ha sido una de las controversias con mayor repercusión en la jurisprudencia de responsabilidad sanitaria en los últimos años, hasta el punto de llegar a ser conocida como «el caso Meño». A pesar de que esta resolución ha sido objeto de un recurso de revisión por hechos que se conocieron con posterioridad a su fallo, y de hecho ya se encuentra cerrada, limitaremos el análisis del caso a las circunstancias conocidas en el momento de dictar la resolución.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008⁸⁸, a don Cosme se le practicó una intervención de cirugía estética a fin de corregir una desviación del tabique nasal, la cual se desarrolló con plena normalidad hasta el final. Sin embargo, una vez esta estuvo finalizada, con el paciente aún entubado y bajo los efectos de la anestesia, siendo vigilado por el anestesista, sufrió un vómito súbito, y debido a que los reflejos de la glotis se encontraban limitados, por no haber recuperado el paciente la respiración espontánea, se produjo una aspiración pasiva del vómito. Esto le provocó un broncoespasmo, permaneciendo en torno a cuatro minutos con una privación aguda de oxígeno. Todo ello le causó una lesión cerebral que le condenó a un estado de coma vigil, con escasas posibilidades de mejora.

⁸⁷ No comparten esta opinión autores como PÉREZ TOLÓN y LARIOS RISCO, que consideran correcto el fallo del juzgador cuando señalan: «El Tribunal considera, que en este caso dicha justificación, no se ha producido, es decir la administración demandada, no ha acreditado las causas del fallecimiento del paciente y por tanto hay una clara relación de causalidad entre la intervención realizada y el resultado dañoso producido (fallecimiento tras entrar en coma). No obstante, si bien es cierto que resulta llamativo el resultado final, tal y como hemos comentado con anterioridad, la dificultad o contingencia acontecida fue justificada por parte de los facultativos, por lo que consideramos exarcebado llegar a tener que justificar absolutamente todas las variantes que puedan acontecer en el curso de una intervención». 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»..., *op. cit.*; concretamente en pág. 73. BOTANA GARCÍA se muestra de esta misma opinión al comentar esta controversia: «En consecuencia, para el Tribunal Supremo no puede calificarse de este modo una intervención en la que se produjo hipoxia y que determinó el coma profundo. Por eso acudió, con acierto, el Juzgado de primera instancia a la doctrina del "daño desproporcionado". Dicha doctrina permite, paliando la exigencia de prueba de la culpa y de la relación de causalidad, deducir exigencia de explicación que recae sobre el agente. Ante todo, el daño desproporcionado, 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, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación. La entidad demandada no dio una explicación que excluyese la imputación de los daños». BOTANA GARCÍA, G. A.: «Aplicación de la doctrina del daño desproporcionado a un paciente que tras ser operado falleció», *Diario La Ley*, n.º 53, 2007, págs. 1 a 2; concretamente en pág. 2.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008, Sala Primera, recurso 5419/2000, ponente Seijas Quintana.

Ante las mencionadas circunstancias, los padres de la víctima pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, pero su demanda fue desestimada en primera instancia, sufriendo el recurso de apelación la misma suerte. Dado el *iter* procesal, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

A pesar de la semejanza existente entre estos dos casos, la dirección de las decisiones del Tribunal Supremo en ambos asuntos fue manifiestamente contraria, algo que aunque pueda resultarnos complicado de comprender, no es fruto de una decisión arbitraria. Debemos tener presente que a pesar de la desproporción del resultado final en relación con la intervención practicada, que en principio no debía comportar un daño como el acontecido, este pudo justificarse, algo que no ocurre en la controversia anterior.

En este litigio el hospital fue claro y conciso en la explicación del desencadenante del daño: el paciente sufrió un vómito espontáneo, algo que puede ocurrir bajo los efectos de la anestesia, y al encontrarse su esófago sedado no pudo llegar a reaccionar, por lo que estuvo respirando su propio vómito durante el tiempo suficiente, como para causar una lesión cerebral como la que padeció. El origen del perjuicio se encuentra justificado, así como la *lex artis* en las actividades médicas y quirúrgicas, tanto durante la cirugía como en los estadios posteriores a la misma.

De las afirmaciones del párrafo anterior se infiere que no cabe posibilidad alguna de acudir al daño desproporcionado, porque el origen del menoscabo está justificado y porque se ha logrado demostrar que se ha cumplido el deber de respetar la *lex artis* en la práctica médica. Así lo afirma el Tribunal Supremo cuando señala: «Lo cierto es que la sentencia acepta que la conducta del demandado se ajustó a la *lex artis ad hoc* partiendo de que la obligación del médico es de actividad y no de resultado, y que el resultado, aun desproporcionado, en el sentido de que no era el esperado en una intervención de esta clase, no determina la responsabilidad del médico sino solo la exigencia de una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida (SSTS 24 de noviembre 2005; 30 de abril y 7 de mayo de 2007), y es evidente que el daño se explica de una forma minuciosa, coherente y convincente, descartando que la extubación extemporánea del paciente fuera la causante del daño y ello impide establecer un criterio de imputación tanto a partir del *art. 1902 CC*, caracterizado por la concurrencia de los requisitos de acción u omisión voluntaria, resultado dañoso y relación de causalidad, como del 1104 del mismo Texto, relativo a la omisión de la diligencia necesaria por la naturaleza de la obligación, según las circunstancias de persona, tiempo y lugar»⁸⁹.

A pesar de que a día de hoy esta sentencia ha sido objeto de un recurso de revisión por hechos que se desconocían en su momento, lo cierto es que con el escenario con el que se enjuició, cualquier opción de acudir al daño desproporcionado resultaba imposible.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008..., *op. cit.* Posteriormente a esta resolución se dictaron sendas sentencias con una temática prácticamente idéntica y un resultado judicial semejante: sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 6236/2007, ponente Martínez-Vares García) y sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 4294/2010, ponente Pico Lorenzo).

V. CONCLUSIONES

1. El daño desproporcionado es una construcción doctrinal muy amplia donde encajan supuestos tan dispares como los que hemos tenido oportunidad de analizar a lo largo de estas páginas. La ambigüedad de la construcción doctrinal es su principal peculiaridad, al caracterizarse por su elasticidad y amplitud de contenido. Es por ello por lo que en este concepto encajan casos tan dispares entre sí. Si bien es cierto que esta es su particularidad más llamativa, también lo es que conforma su mayor desventaja, ya que hace que el juzgador mire con recelo a esta suerte de cajón de sastre. Una aplicación indiscriminada de la misma puede llegar a forzar que la práctica totalidad de litigios de responsabilidad sanitaria se enjuicien por esta vía. La razón de ser es muy sencilla; para cualquier profano en Medicina un resultado médico distinto al pretendido resulta llamativo y, cuando menos, desproporcionado.

2. La «peligrosidad» del concepto resulta evidente, por lo que la pregunta que nos formulamos es la siguiente: conociendo las desventajas de esta idea, ¿qué medidas de control son necesarias para que la aplicación de esta noción no se realice de manera arbitraria y contraria a Derecho?

Lo primero que debemos tener presente es el elemento daño. El término «desproporción» no alude necesariamente a un perjuicio llamativo, extraordinario o especialmente grave, sino únicamente a un menoscabo que no resulta habitual o que no tendría por qué materializarse en el acto médico en cuestión, salvo que mediase una actuación de escasa diligencia. El mentado daño genera una suerte de presunción de negligencia, que da lugar, no a una inversión de la carga de la prueba, sino a la aplicación del criterio de facilidad probatoria. Se genera una sombra de incertidumbre en torno a una posible negligencia, favoreciendo así la labor del demandante, que únicamente se ve en la necesidad de demostrar el perjuicio sufrido y el carácter excepcional del mismo.

Ahora bien, aunque el daño resulta clave en esta construcción doctrinal, tan solo genera una suposición, que evidentemente requiere de elementos añadidos para dar forma a la figura. Lo insólito del perjuicio debe venir acompañado por un incumplimiento de la *lex artis* en el desarrollo de las actuaciones.

3. Entendemos que se pretende lograr un equilibrio probatorio en la relación médico-paciente, para intentar esclarecer qué aconteció exactamente para que se presentase un menoscabo extraordinario. Para ello se varían los criterios usuales en materia probatoria, facilitando esta tarea a la parte más indefensa y recayendo dicha labor en la que tenga un acceso más cómodo a la prueba.

Bibliografía

BLAS ORBÁN, C. [2013]: *Responsabilidad profesional del médico*, Barcelona: Bosch.

BOTANA GARCÍA, G. A. [2004]: «Aplicación de la doctrina del resultado desproporcionado a una intervención quirúrgica que produce un daño», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 14, págs. 1 a 2.

- [2007]: «Aplicación de la doctrina del daño desproporcionado a un paciente que tras ser operado falleció», *Diario La Ley*, n.º 53, págs. 1 a 2.
 - [2008]: «Aplicación de la doctrina del resultado desproporcionado a una intervención quirúrgica de hemorroides con secuela definitiva», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 5, págs. 18 a 21.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. [1991]: «La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "Lex Artis" y la carga de la prueba», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, n.º 1, págs. 907 a 919.
- CASTILLO, M.ª J. (dir.) y CRUZ BLANCA, M.ª J. (coord.) [2011]: *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, Madrid: La Ley.
- CAVANILLAS MÚGICA, S. [1987]: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona: Aranzadi.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. [1972]: «Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba», *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, págs. 581 a 642.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. [1999]: *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba*, Madrid: Civitas.
- [2005]: «El "resultado" en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?», *Estudios de Deusto*, vol. 53, n.º 2, págs. 49 a 101.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. [1996]: *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Pamplona: Aranzadi.
- [2003]: «Comentario a la sentencia de 8 de mayo de 2003», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 63, págs. 1.191 a 1.209.
- ELIZARI URTASUN, L. [2012]: *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, Valencia: Tirant Monografías.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. [2006]: *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Getafe: La Ley.
- GALÁN CORTÉS, J. C. [2005]: «Comentario a la sentencia de 7 de octubre de 2004», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 68, págs. 831 a 846.
- [2007]: «Comentario a la sentencia de 5 de enero de 2007», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 74, págs. 995 a 1014.
- GALLARDO CASTILLO, M.ª J. [2009]: «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*, n.º 18, págs. 2.139 a 2.149.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, T. [2000]: «Evolución de la prueba y de la relación de causalidad en los procesos judiciales sanitarios», *Diario La Ley*, n.º 7, págs. 1.512 a 1.517.
- GARCÍA VARELA, R. [1999]: «Responsabilidad de la administración hospitalaria por daño desproporcionado», *Diario La Ley*, n.º 5, págs. 1 a 3.
- GONZÁLEZ MORÁN, L. [1990]: *La responsabilidad civil del médico*, Barcelona: Bosch.
- HERRADOR GUARDIA, M. J. (dir.) [2013]: *Derecho de daños 2013*, Cizur Menor, Madrid: Thomson-Reuters Aranzadi.
- JARAMILLO J., C. I. [2010]: *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

- JORDANO FRAGA, F. [1985]: «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 258, págs. 29 a 104.
- LLAMAS POMBO, E. [1988]: *La responsabilidad civil del médico*, Madrid: Trivium.
- [2010]: *Reflexiones sobre Derecho de daños: casos y opiniones*, Madrid: La Ley.
- LORENZO-REGO, I. [2012]: «El nexo causal en la responsabilidad civil sanitaria», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 103, págs. 6 a 20.
- LUNA YERGA, Á. [2003]: «Comentario a la sentencia de 31 de enero de 2003», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 62, págs. 655 a 672.
- [2003]: «Regulación de la carga de la prueba en la LEC», *InDret*, n.º 165, págs. 1 a 27.
- [2004]: *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid: Thomson-Civitas.
- MACÍAS CASTILLO, A. [2004]: «Aplicación de la doctrina del resultado desproporcionado derivada de deficiente praxis médica que deja al paciente una incontinencia anal parcial», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 16, págs. 1 a 2.
- [2006]: «*Res ipsa loquitur* y responsabilidad civil del traumatólogo», *Diario La Ley*, n.º 43, págs. 71 a 77.
- MUNAR BERNAT, P. A. [2004]: «Daños causados por actos médicos», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 18, págs. 449 a 484.
- NAVARRO MICHEL, M.: «Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56, n.º 2, págs. 1.197 a 1.230.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. [2001]: «Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica», *Actualidad Civil*, n.º 1, págs. 1 a 23.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. [2005]: *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Algete: Marcial Pons.
- PALAU BRETONES, A. [1999]: «Responsabilidad del personal sanitario», *Diario La Ley*, n.º 6, págs. 1 a 54.
- PÉREZ TOLÓN, E. y LARIOS RISCO, D. [2009]: «La teoría del daño desproporcionado en los dictámenes sobre responsabilidad sanitaria del consejo consultivo de Castilla-La Mancha», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 47, págs. 65 a 107.
- PÉREZ VALLEJO, A. M.^a [2012]: «Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 110, págs. 14 a 31.
- RICO-PÉREZ, F. [1984]: *La responsabilidad civil del farmacéutico*, Ávila: Trivium.
- SARRATO MARTÍNEZ, L. [2008]: «La doctrina del daño desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria», *Diario La Ley*, n.º 6.968, págs. 1 a 3.
- SEIJAS QUINTANA, J. A. [1995]: «Responsabilidad civil médico-sanitaria: ejercicio y condicionamientos», *Actualidad Civil*, n.º 2, págs. 301 a 316.
- TEJEDOR MUÑOZ, L. [2003]: «Responsabilidad civil médica. Doctrina del daño desproporcionado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 3, págs. 3.437 a 3.442.
- WEBB, Greg G. [2007]: «The law of falling objects: *Byrne v. Boadle* and the birth of *res ipsa loquitur*», *Stanford Law Review*, vol. 59, págs. 1.065 a 1.109
- YZQUIERDO TOLSADA, M. [2001]: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid: Dykinson.