

EL DAÑO DESPROPORCIONADO

Marta María Sánchez García

Abogada experta en Derecho Sanitario
Letrada de Asjusa-Letramed S.L.

Resumen: Debe restringirse, exclusivamente, a los resultados extraños, no previsibles, atendiendo a lo que es usual "según las reglas de la experiencia y del sentido común", independientemente de la gravedad del daño. Se descarta la desproporción cuando el riesgo materializado es conocido para el tipo de intervención realizada. La jurisprudencia exige para su apreciación: un daño inesperado o no previsto, que tenga lugar por alguna conducta que entre en la esfera de acción o campo de actuación del médico responsable; la falta de intervención del paciente en la producción del daño y la ausencia de una explicación satisfactoria por parte del facultativo de la causa del daño. No constituye un sistema absoluto de responsabilidad objetiva del médico, pudiéndose exonerar de responsabilidad si acredita la causa del daño, buena praxis o la ruptura del nexo causal entre la actuación médica y el daño. No constituye una absoluta inversión de la carga de la prueba ya que el paciente debe probar, en todo caso, la realidad de daño y su desproporción.

Palabras clave: responsabilidad médica, daño desproporcionado, nexo causal, carga de la prueba, facilidad probatoria, riesgos previsibles y conocidos, riesgos típicos o frecuentes, riesgos atípicos o infrecuentes, riesgos imprevisibles o desconocidos.

Title: Disproportionate harm

Abstract: Disproportionate harm should be limited to unexpected results regarding what should be considered possible "under the rules of experience and common sense", and is not related to the harm severity; this term is not suitable for surgical known risks. In healthcare liability, jurisprudence gives recognition to disproportionate harm when there is an unexpected harm caused by healthcare assistance with no patient intervention and no logical explanation about the cause. Disproportionate harm can be used for the exoneration of responsibility in three situations: if the harm cause, good praxis or the absence of causal relation between harm and medical activity are proved. Finally, the patient must prove, in any case, the disproportion between the healthcare assistance and the severity of harm.

Key words: medical liability, disproportionate harm, causal relation, evidence liability, known and foreseeable risks, common risks, unusual risks, unknown or unforeseeable risks.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Origen. 3. Concepto. 3.1. Delimitación positiva. 3.2. Delimitación negativa. 3.2.1. Riesgos previsibles y conocidos. 3.2.1.1 Riesgos típicos o frecuentes. 3.2.1.1 Riesgos atípicos o infrecuentes. 3.2.2. Riesgos imprevisibles o desconocidos. 4. Naturaleza jurídica. 5. La distribución de la carga de la prueba. El principio de facilidad probatoria. Presunción de la relación de causalidad y de negligencia médica o responsabilidad de la Administración. 7. Presupuestos jurisprudenciales. 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Acometemos el presente artículo con el modesto, a la vez que ambicioso, propósito de depurar en qué supuestos se debe aplicar la doctrina del daño desproporcionado, a fin de eliminar toda inseguridad jurídica en torno a dicha figura.

Al mismo tiempo, pretendemos resolver interrogantes tan relevantes como cuál es su verdadera naturaleza jurídica: acaso una presunción judicial de culpa o responsabilidad administrativa en todo caso, o más bien una presunción la relación de causalidad entre la actuación médica y el daño o ninguna de ellas.

No menos interesante resulta intentar dilucidar si nos hallamos, merced a dicha doctrina, ante un sistema absoluto de responsabilidad objetiva que hace responsable, sin excepciones, al facultativo interviniente, presumiendo su negligencia médica, y si opera, en todo caso, en el daño desproporcionado, una inversión de la carga de la prueba, que alivia al paciente liberándole de todo deber probatorio.

Así mismo, resulta imprescindible hacer una breve referencia a la eventual justificación de la aplicación de los principios de facilidad o proximidad probatoria y sus posibles límites.

Finalmente, pretendemos perfilar, tras minucioso estudio jurisprudencial,— que, necesariamente, ha de abarcar tanto la jurisdicción civil como la contenciosa, analizadas de forma paralela en el presente trabajo cuando no se hace necesario sentar sus propios matices—los presupuestos jurisprudenciales exigidos para la apreciación de este peculiar daño.

No obstante, por estricto rigor cronológico, antes de sumergirnos en tan apasionante tarea, queremos hacer una breve referencia al nacimiento de la doctrina del daño desproporcionado que ayude al lector en la comprensión de la figura analizada.

2. ORIGEN

El origen de la doctrina del daño desproporcionado, de eminente creación jurisprudencial, se sitúa en la jurisprudencia francesa en la sentencia de la Cour

de Cassation de 28 de julio de 1960, en alusión a la *faute virtuelle* o "*culpa virtual*", conectada con la obligación de *garde* o de vigilancia¹.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha utilizado desde el inicio de los años noventa del siglo pasado, no sin discrepancias², la presunción desfavorable de culpa o responsabilidad médica sobre la concurrencia de un daño "anómalo", "llamativo" o "clamoroso"³, siendo significativas las SSTS de 4 de noviembre de 1992⁴ y 2 de diciembre de 1996⁵ o la ya mencionada de 12 de diciembre de 1998, que citan, explícitamente, la doctrina de la "culpa virtual" en razón a la desproporción del daño, reconociendo abiertamente "*la presunción desfavorable que puede generar un mal resultado*" por su desproporción con lo que es usual comparativamente.

En efecto, la doctrina jurisprudencial civil inicial aplica el "daño desproporcionado" como un mecanismo de presunción desfavorable para el médico demandado en el enjuiciamiento de su responsabilidad, presunción que puede generarse "*a partir de un mal resultado de la intervención o tratamientos médicos, cuando su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y del sentido común, revele inductivamente la penuria de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo o de lugar en su conveniente y temporánea utilización*"⁶.(STS, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1996).

Esta presunción de culpabilidad del profesional sanitario ("culpa virtual" o "faute virtuelle") se encuentra en el eje de la doctrina del daño desproporcionado de suerte que si se produce el resultado dañoso anómalo, que normalmente sólo

¹ JCP, 1960, 11787, anotada por SAVATIER. En el supuesto de una paciente que sufre radiodermatitis a consecuencia de la radiación de un aparato de rayos X, debido al aflojamiento de las puertas protectoras, el Tribunal llegó a la conclusión de que el resultado dañoso sólo pudo ser debido por haber mediado culpa de la radióloga.

² En el voto particular a la STS, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2003, (RJ 2003\646), Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz, se concluye que si se cae en un excesivo reduccionismo que minimice el elemento de la culpa embebiéndolo en el nexo causal, se desnaturaliza esta materia hasta despojarla de lo que para nuestro Derecho Civil constituye la clave del juicio de responsabilidad.

³ STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 12 de noviembre de 2012, (RJ 2013\135); Ponente: Excmo. Sr. E. Lecumberri Martí recoge la evolución de esta doctrina en la jurisdicción civil aludiendo a "resultado clamoroso" contemplado en varias sentencias civiles de 1996.

⁴ STS, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 1992, (LA LEY 200-5/1993), Ponente: Excmo. Sr. Martín-Granizo Fernández.

⁵ STS, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1996 (LA LEY 468/1997), Ponente: Sr. Almagro Nosete: Algunos autores señalan esta Sentencia fue la primera que acogió la doctrina francesa de la culpa virtual en España, en el caso de una paciente que quedó con tetraparesia espástica tras una hemorragia sufrida a raíz del parto.

⁶ STS, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1996: "*No obstante ser la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la lex artis ad hoc, no se excluye la presunción desfavorable que puede generar un mal resultado cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y del 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*".

Idéntico pronunciamiento podemos encontrar en la STS, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 2006.(RJ 2006\5554), Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda.

acontece si se ha obrado con falta de diligencia, responde el que lo ha realizado, salvo que pruebe que el daño se debe a factores externos⁷.

En la Jurisdicción contencioso-administrativa la doctrina del daño desproporcionado comenzó a aplicarse más tarde que en la Jurisdicción civil. La primera sentencia que la acoge es la STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 16 de diciembre de 2003 que se refería a las "consecuencias desmesuradas" originadas por una intervención de hernia de hiato que fueron "mucho más allá de lo previsible" y que "no son la consecuencia normal de la operación".

Pese a su tardanza, pronto se definió el daño desproporcionado como aquél ajeno a las complicaciones conocidas de la intervención y se ha mantenido esta concepción de forma constante⁸. Precisamente, la STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 12 de noviembre de 2012, relata, minuciosamente, la evolución de la doctrina del daño desproporcionado en la jurisdicción civil antes de ser acogida en el ámbito contencioso⁹.

3. CONCEPTO

3.1. Delimitación positiva

⁷ En este sentido señala la STS, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 2006: "La doctrina que funda la responsabilidad médica en la producción de un daño desproporcionado es reiterada en la jurisprudencia, así, entre otras, se declara en la sentencia de 31 de enero de 2003: La responsabilidad del médico demandado deriva esencialmente de la doctrina del daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que ha sido consagrada por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias: 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1999 y 30 de enero de 2003; dice esta última que el profesional médico debe responder del daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del mismo que responde a la regla <<res ipsa loquitur>> (la cosa habla por sí misma)".

⁸ Así, la STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 17 de septiembre de 2012, Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí, señala: "Como hemos expuesto recientemente en la sentencia de 29 de junio pasado, recurso de casación nº 2950/2007: <<en todo caso, ni aun por esa vía incidental (del daño desproporcionado) podríamos acoger el motivo, pues esa jurisprudencia trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condena en la afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño desproporcionado ya que éste, por sí solo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla <<res ipsa loquitur>> (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla <<Anscheinsbeweis>> (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la <<faute virtuelle>> (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción".

⁹ STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 12 de noviembre de 2012, (RJ 2013\135); Ponente: Excmo. Sr. E. Lecumberri Martí: " La doctrina del daño desproporcionado o <<resultado clamoroso>> llegó a nuestra jurisdicción a partir de su asunción por la Sala Civil de este Tribunal, quien a partir de sentencias del año 1996. Existente un resultado desproporcionado, totalmente inesperado y no contradicho o explicado coherentemente por el demandado, siendo que concurra, además, relación causal y que entre dentro de la esfera de acción de éste, cabía deducir, sin duda ninguna, que existía conducta negligente y, por tanto, una apariencia relevante de prueba de ésta. Con posterioridad, se fue afianzando-STS, Sala Civil, de 8 de mayo de 2003 (RJ2003\3889), sin perjuicio de momentos oscilantes y modulaciones. Y es que no cabía citar la doctrina por el recurrente para deducir ya de por sí su aplicación por inversión de la carga de la prueba. Era necesario que por el demandado no se probara de forma fehaciente que el facultativo había seguido una actuación acomodada a <<la lex artis ad hoc>>".

El daño desproporcionado acontece cuando un acto médico produce un resultado anormal, insólito e inusualmente grave en relación con los riesgos que normalmente comporta y con los padecimientos que trata de atender o incompatible con las consecuencias de una terapia normal.

La desproporción del resultado no sólo se predica de los actos médicos sino, también, puede ir en relación con la desproporción del tratamiento en relación con la dolencia padecida.¹⁰ Piénsese en un tratamiento coronario francamente agresivo que produce unos daños físicos y secuelas subsumibles en un daño desproporcionado.

La connotación de desproporción del resultado de la actividad médica debe ponerse en relación con la actividad concreta que se enjuicia. El daño es desproporcionado cuando es anómalo como resultado de una actividad médica concreta, pues no se corresponde con las complicaciones posibles y definidas de la misma.

Por ello, es importante precisar desde este momento que el daño desproporcionado no es un daño "*importante o catastrófico o con un gran número de víctimas*" sino el "*daño que presenta una anómala relación con el comportamiento*"¹¹. En este sentido, el daño desproporcionado, adjetivado en algunas sentencias como "enorme", no es necesariamente un daño desorbitado ni de extraordinarias consecuencias en el paciente, sino que basta con que no deba ocurrir normalmente y no esté en consonancia con la *lex artis* debida.

No se trata, por tanto, de que el resultado obtenido sea insatisfactorio o no adecuado a la expectativas del usuario sino que se trata de un supuesto de responsabilidad médica donde se materializa un riesgo antitético al que suele acompañar a la intervención realizada o tratamiento pautado, presumiéndose la responsabilidad del profesional, salvo que aporte explicación razonable de la desproporción, por la propia rareza o anormalidad de lo acaecido¹².

3.2. Delimitación negativa

¹⁰ STS, Sala de lo Civil, de 17 de noviembre de 2004 (LA LEY 2399/2004), Ponente: Sr. Sierra Gil de la Cuesta.

¹¹ DÍEZ-PICAZO, L., La culpa en la responsabilidad civil extracontractual. Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana. Dykinson. Madrid 2001, pág. 109.

¹² STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 12 de noviembre de 2012, (RJ 2013\135), Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí, considera aplicable la doctrina del daño desproporcionado porque "*la lesión sufrida, sección de los nervios recurrentes laríngeos, no queda ínsita en los riesgos propios de la intervención que firmó y asumió la paciente*".

La STS, Sala de lo Civil, de 5 de enero de 2007 (RJ 2007\ 552), Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos, acude a la teoría del daño desproporcionado o culpa virtual como criterio de imputación de responsabilidad en el ámbito del tratamiento médico-quirúrgico, según la cual, "*ante la realidad de un daño que excede notoriamente de los que comparativamente quepa estimar como consecuencia asumible de una intervención médica, ha de inducirse que existió insuficiencia de los medios empleados o mala praxis médica*".

3.2.1. Riesgos previsibles o conocidos

3.2.1.1. Riesgos típicos o frecuentes

En una definición negativa que especifique sus contornos no puede calificarse de resultado desproporcionado el daño indeseado o insatisfactorio pero encuadrable dentro de los "daños o riesgos típicos" de la intervención, es decir, las complicaciones que se estiman como bastante posibles aun observando el facultativo toda la diligencia exigible y aplicando la técnica adecuada¹³.

Por tanto, no todos los supuestos en los que haya existido un daño de considerable entidad son susceptibles de generar la responsabilidad del profesional sanitario. Hay casos en los que la actividad médica tiene la suficiente relevancia para poner en riesgo la integridad vital del paciente, bien se trate de la intervención médica principal o de una actuación médica acompañante.

a) Un ejemplo frecuente de esto último (daño derivado no de la intervención médica principal sino de otra actuación médica previa) lo hallamos en los "actos anestésicos".

Ya la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de octubre de 2004 aludía a que *"..la referida doctrina no puede aplicarse al caso presente en el que el resultado lesivo se ha producido como consecuencia de un incidente anestésico, toda vez que esta corriente jurisprudencial viene aplicándose a aquellos supuestos en los que se parte de una situación no comprometida o banal y se llega al resultado que, por su gravedad, es completamente insólito y desproporcionado con la situación de partida".* En cambio, para esta Sentencia lo relevante es que *"el acto anestésico es por sí mismo generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente, ajeno a la propia dolencia originadora de la intervención quirúrgica".*

Obsérvese que, en este supuesto, lo relevante para enjuiciar si nos hallamos o no ante un daño desproporcionado no debe ser la intervención médica banal realizada (ej. amigdalectomía) sino que la misma

¹³ En el interesante Voto particular del Sr. Martín Castán a la STS, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2003 (LA LEY 998/2003), Ponente Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz.

debe deslindarse, claramente, del acto precedente, el anestésico.

Las reciente STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 18 de diciembre de 2009¹⁴, así como las SSTs, Sala de lo Civil, de 22 de septiembre de 2010¹⁵ y 20 de enero de 2011¹⁶ niegan la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado a las secuelas derivadas de la utilización de anestesia basándose en que su empleo puede determinar el riesgo acaecido.

b) *Especial relevancia revisten los daños cerebrales sufridos por los recién nacidos en los partos.*

Superando pronunciamientos iniciales contrarios, la doctrina más reciente del TS, Sala Contencioso-Administrativa, Sentencia de 17 de septiembre de 2012¹⁷, considera que los daños neurológicos del recién nacido tras el parto *"entran, desgraciadamente, dentro de los escenarios posibles que los avances de la ciencia médica no han podido desterrar del todo, ni aun utilizando los mejores profesionales ni las posibilidades de detección más avanzadas. No hay daño desproporcionado atendiendo la resultado, ya que el mismo entra dentro de una esfera posible en todos los casos, como, desgraciadamente, ha ocurrido"*.

¹⁴ STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 18 de diciembre de 2009, Ponente: Excmo. Sr. J.C. Trillo Alonso, en relación con las secuelas derivadas de la anestesia por dificultad en la intubación, señala: *"La doctrina jurisprudencial relativa al <<resultado desproporcionado>> y que justifica la inversión de la carga de la prueba eximiendo al paciente de tener que probar el nexo causal, no es de aplicación al caso enjuiciado en el que el resultado lesivo se produjo como consecuencia de lo que denomina <<accidente anestésico>>. Nos encontramos ante un daño indeseado o no satisfactorio que, por encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, no permite la inversión de la carga de la prueba, sólo aplicable para supuestos en los que, pese a no tratarse de una situación comprometida o de riesgo se llega a resultados insólitos y desproporcionados de gravedad. Al respecto ha de reconocerse que el acto anestésico es por sí mismo generador de un riesgo para la vida y la integridad física y mental del paciente..."*.

¹⁵ STS, Sala de lo Civil, de 22 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7135), Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana: el paciente resultó con una paraplejia tras la aplicación de anestesia epidural para intervenir una hernia inguinal.

¹⁶ STS, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2011 (RJ 2011\299), Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana: la paciente quedó en coma tras una operación de cirugía estética para la elevación de mamas. Señala: *"...como precisa la Sentencia de 22 de septiembre de 2010 <<el acto anestésico es por sí mismo generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente y , como tal, es ajeno a la previa dolencia originaria de la intervención quirúrgica, lo que impide confundir la simplicidad de una determinada afección que se trata de solventar con la intervención, que puede ser sencilla y no comportar riesgos para la salud del paciente, con la anestesia...>>"*.

¹⁷ STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 17 de septiembre de 2012, Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí: *"En el caso presente, el sufrimiento fetal o la pérdida de bienestar fetal del feto representa una situación de riesgo muy grave, que motiva la actuación médica en las posibilidades que permiten avanzar y terminar el parto y que puede generar daños que entran, desgraciadamente, dentro de los escenarios posibles..."*

Poniendo en relación los aspectos que delimitan el daño desproporcionado con el debido cumplimiento de la obligación de información del profesional sanitario, no puede ser considerado como tal el daño típico del que debidamente ha sido informado el paciente, puesto que no es anómalo, ya que el paciente ha asumido el riesgo¹⁸.

La jurisdicción contencioso-administrativa también considera incompatible la noción de daño desproporcionado y riesgo típico de una intervención¹⁹.

Sobre este mismo argumento, el defecto o la ausencia de información sobre un daño típico tampoco puede provocar la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, puesto que el daño no se adecúa a las características del resultado anómalo²⁰.

No obstante, no puede olvidarse que el la infracción del deber de información de un riesgo típico implica un incumplimiento de la *lex artis ad hoc*.

3.2.1.2. Riesgos atípicos o infrecuentes

Podría darse el caso de que se materializara un riesgo inherente a la intervención pero de escasa aparición estadística, que se considera por ello excluido de los riesgos probables que deben ser objeto de información y, al mismo tiempo, de la aplicación del daño

¹⁸ STS, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009 (LA LEY 125075/2010), Ponente: Sr. Seijas Quintana, en una operación de cirugía estética con complicaciones derivadas de la anestesia epidural de las que, se estima, sí fue informada previamente la paciente. De un modo más palmario se pronuncia la SAP de Valencia, Sección 8ª, de 22 de febrero de 2010 (LA LEY 83972/2010), Ponente: Sra. Brines Tarraso, puesto que *"si el resultado consiste en una de las complicaciones recogidas en el consentimiento informado (lesión radicular tras cirugía de columna lumbar), no puede sostenerse en pura lógica que, materializado el mismo, constituya un daño desproporcionado, puesto que la paciente, antes de la intervención, tuvo conocimiento de que hipotéticamente podría llegar a producirse, aceptando el riesgo"*.

¹⁹ STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 9 de junio de 2009, considera complicación típica de una exodoncia la lesión del nervio lingual padecida de la que no fue informada. Sin embargo, respecto al daño desproporcionado establece: *".. no resulta adecuada la invocación de la doctrina del daño desproporcionado cuando la lesión padecida por la interesada como consecuencia de la intervención constituye un riesgo propio de la misma en un porcentaje considerable, lo que puede incidir en las condiciones del consentimiento informado pero no puede considerarse como un daño desproporcionado"*. En el mismo sentido STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 9 de marzo de 2011 (RJ 20011\2026), Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García.

²⁰ Así se estima en la STS, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009, (LA LEY 112712/2009), Ponente: Sr. Martín Castán, en relación la lesión del nervio ciático por elongación durante la implantación de una prótesis de cadera, riesgo típico del que no había sido informada la paciente: *"si la propia recurrente mantiene que la lesión del nervio ciático era complicación previsible...entonces forzoso será concluir que no hay el menor asomo de resultado desproporcionado que pueda justificar una inversión de la carga de la prueba en contra del cirujano demandado (FJ 2º)"*.

desproporcionado, en cuanto ya no se trata de un riesgo anómalo.

Si el TS afirmó en su Sentencia de 30 de junio de 2009²¹ que el daño típico no puede tener una doble función exculpatoria (del mal resultado de la operación por ser típico y de la omisión o insuficiencia de la información al paciente por ser poco frecuente e imprevisible), tampoco puede tener esa doble función exculpatoria el daño atípico, no incluido en la información, por infrecuente, y excluido de la aplicación del daño desproporcionado, por ser conocido, pese a su infrecuencia, para el tipo de intervención.

Con respecto a la no obligación de la Administración o profesional sanitario de informar, de forma agotadora, de todos los posibles riesgos, incluidos los atípicos o infrecuentes, hemos de traer a colación la reciente STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 5 de diciembre de 2012²², conforme a la cual *"Hemos dicho en multitud de ocasiones que la información previa a la actividad médica no puede ser excesiva, ilimitada, ya que de lo contrario puede contrarrestar la finalidad de la misma. Pretender que en la información previa se constaten todos y cada uno de los riesgos existentes supone por exceso-contravenir los principios de la norma..."*

3.2.2. Riesgos imprevisibles o desconocidos

Aunque respecto a este tipo de riesgos hay diferentes corrientes doctrinales, en opinión de quien suscribe, todos aquellos casos en los que el resultado dañoso es anómalo por imprevisible o desconocido, quedando fuera de los riesgos conocidos y previsibles, procede aplicar la doctrina del daño desproporcionado porque se trata de un daño anómalo, extraño, que habitualmente no se produce. Dicha aplicación, la jurisprudencia civil, al menos, la suele hacer con resultado absolutorio, bien por constar acreditada la ausencia de relación de causalidad entre la actuación médica y el daño, bien porque los facultativos ofrecieron una explicación sobre las causas que condujeron al resultado²³.

²¹ STS, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009: *"la tipicidad e imprevisibilidad son conceptos excluyentes en un juicio sobre la responsabilidad del profesional médico"*.

²² STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 5 de diciembre de 2012, Ponente: Excmo. Sr. E. Lecumberri Martí.

²³ STS, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 2007 (LA LEY 17296/2007), Ponente: Sr. Corbal Fernández, en un supuesto de ceguera de un niño con Síndrome de Down tras una operación de cataratas congénitas bilaterales declara que *"Debe observarse que la existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí solo la existencia de responsabilidad del médico sino la exigencia al mismo de una"*

Por otra parte, la ausencia de información sobre un riesgo imprevisible de acuerdo con los conocimientos científicos y técnicos no puede encuadrarse en los supuestos de aplicación de la doctrina del daño desproporcionado porque del riesgo imprevisible, en cuanto desconocido para la ciencia médica, no es posible informar al paciente²⁴.

En resumen, si nos hallamos ante un daño previsible, ya sea típico o atípico,—medie o no la debida información—no cabe la apreciación del daño desproporcionado, por lo que el mecanismo presuntivo no puede generarse y no se producirá por esta vía una alteración de las reglas de la prueba(*onus probandi*).

El daño desproporcionado no es por definición el daño previsible ignorado por el paciente. Evidentemente, si el paciente no ha tenido información sobre un riesgo de un tratamiento o de una intervención, se trata de un daño anómalo para él en relación con lo consentido, pero no resulta aplicable la doctrina del daño desproporcionado en la alteración del *onus probandi*.

4. NATURALEZA JURÍDICA

La comprensión de los verdaderos límites del daño desproporcionado se complica cuando se difuminan en la doctrina jurisprudencial los márgenes que permiten diferenciar dogmáticamente el “daño desproporcionado” de otros mecanismos presuntivos que, igualmente, alivian la carga de la prueba del paciente, con los que guarda similitud, confusión a la que contribuye su enumeración conjunta y sin discriminación en las sentencias²⁵. Son los siguientes:

explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida. El Juzgador <<a quo>> sostiene que no hay relación de causalidad entre el implante de la lente intraocular en el año 1991 y la infección grave que se detecta en mayo de 1993”. En el mismo sentido, la STS, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2007 (LA LEY 165790/2007), Ponente: Sr. Seijas Quintana, en relación con la muerte de un niño en una operación de amigdalectomía: “... las pruebas de anestesia no se hicieron no sólo porque no eran aconsejables sino porque podrían ser contraproducentes para la salud del menor, y las paradas cardiorrespiratorias se produjeron en fase de reanimación en el propio quirófano, donde se efectuaron las maniobras precisas. Pero es que, además, la primera vez que se producen las manifestaciones clínicas estas eran imprevisibles e inevitables, como también lo son los reflejos vagales, y ello en ningún caso implica que haya acción u omisión que pueda ponerse a cargo de los profesionales que le intervinieron, cuya actuación se desarrolló conforme a la lex artis ad hoc..”

²⁴ Es el caso de la STS, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2009 (LA LEY 217910/2010), Ponente: Sr. Seijas Quintana, en relación con un ictus que sufre la paciente sometida a un tratamiento de infertilidad. La Sentencia determina que si la paciente no fue informada del posible ictus es porque su aparición, como efecto secundario de los medicamentos, la desconocían los propios facultativos.

²⁵ STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 17 de septiembre de 2012, Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí; STS, Sala Contencioso-Administrativa de 4 de diciembre de 2012, (RJ 2012\611), Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares que, a su vez menciona las siguientes sentencias contenciosas: 19 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9194), 17 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9174), 30 de septiembre de 2011 (RJ 2012\1034).

- a) La regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona.
- b) La prueba *prima facie* de la doctrina italiana.
- c) La *Anscheinsbeweis* (la apariencia de la prueba) de la doctrina alemana.
- d) La *faute virtuelle* (la culpa virtual) de la doctrina francesa.

La finalidad de estas teorías es la misma: presumir la culpa y el nexo causal a través de la evidencia (*res ipsa loquitur*), la anormalidad del resultado (*culpa virtual*) o de máximas de experiencia (*prima facie*), que encierran la misma idea de que, según las reglas de la lógica o de la experiencia humana, la conducta del médico tuvo que ser negligente para causar ese resultado. Pueden calificarse por ello, al igual que el daño desproporcionado, como instrumentos que pretende facilitar la prueba al paciente.

A partir de ahí, a pesar de reconocerlas como muy parecidas, la doctrina recoge estas teorías de forma diferenciada²⁶.

Conceptualmente, en la regla *res ipsa loquitur* no hace falta que el resultado se anormal, como sucede en la culpa virtual. Basta con que sea un suceso de los que normalmente se producen por culpa, sin ese tinte de anormalidad. En la prueba *prima facie* la culpa del facultativo se deduce de máximas de experiencia, no del resultado anormal (culpa virtual) o de la evidencialidad del resultado (*res ipsa loquitur*), lo que la acerca más a la teoría de la probabilidad cualificada para atenuar la exigencias de prueba del nexo causal que veremos a continuación.

A pesar de que el Tribunal Supremo ha equiparado las teorías expuestas, conviene no olvidar que el daño desproporcionado no constituye una presunción judicial de la culpa del médico. Salvo en las primeras sentencias, la mayor parte de ellas permiten al médico exonerarse probando su propia diligencia. Esto excluye la equiparación de la doctrina del daño desproporcionado con estas teorías, en cuanto presunciones judiciales cualificadas. En cuanto se permite la facultativo acreditar su propia diligencia, el

STS, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 2006, citando a la STS, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2003: "La doctrina que funda la responsabilidad médica en la producción de un resultado desproporcionado es reiterada en la jurisprudencia: así, entre otras, se declara en la sentencia de 31 de enero de 2003: La responsabilidad del médico demandado deriva esencialmente de la doctrina del daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que ha sido consagrada por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias: 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1999 y 30 de enero de 2003, que dice esta última que el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que responde a la regla <<res ipsa loquitur>> (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla <<Anscheinsbeweis>> (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana, y a la regla de la <<faute virtuelle>> (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción".

²⁶ LUNA YERGA, A.,: *Comentario a la Sentencia 31 de marzo de 2003*, pág. 666, afirma que existen diferencias derivadas de su aplicación jurisprudencial en sus ordenamientos de origen, que aconsejan su estudio separado.

daño desproporcionado se ha separado de estos supuestos de presunción judicial, incluida la *culpa virtual* pese a que el TS, en alguna ocasión, ha equiparado la doctrina del daño desproporcionado con la culpa virtual (STS de 12-12-1998).

5. LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. EL PRINCIPIO DE FACILIDAD PROBATORIA. PRESUNCIÓN DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y DE NEGLIGENCIA MÉDICA O RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

La doctrina del daño desproporcionado se incardina dentro de los mecanismos que, en determinadas circunstancias, alivian la carga de la prueba al paciente, para facilitarle la prueba de la responsabilidad médica²⁷.

Al demandante le corresponderá probar el daño y el hecho de la propia condición de desproporción; el profesional médico, a su vez, está obligado a acreditar las circunstancias en las que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria a fin de probar, ora su diligente compartimiento, ora la ruptura del nexo causal; por último, la condición de daño desproporcionado es una cuestión de hecho que forma el juez atendidas las circunstancias en las que el daño se produce.

Por tanto, no se trata de una presunción judicial del daño—que no cabe en ningún caso— ni de su desproporción sino de una calificación judicial.

Invocado el daño desproporcionado por el paciente, puede crear una presunción de la que el juez deduzca la relación de causalidad, primero, y la culpa o responsabilidad del facultativo médico después. ¿Cómo? Del siguiente modo:

Partiendo de una presunción *iuris tantum* de responsabilidad, que admite prueba en contrario, se exige al médico o a la Administración sanitaria una explicación coherente acerca de la importante disonancia entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida; la ausencia de una explicación razonable por parte del profesional sanitario o la Administración determina la imputación subjetiva haciendo surgir en su contra una presunción de causalidad y ésta, a su vez, de negligencia.

Por tanto, observamos cómo el mecanismo presuntivo se forma *a contrario*, es decir, la presunción no se construye por un enlace directo entre la actuación y la culpa o responsabilidad médica, sino mediante una deducción judicial compleja sobre el daño que hace presumir la relación de causalidad, que, a su vez, hace

²⁷ Es cita común de la doctrina la STS, Sala de lo Civil, de 12 de diciembre de 1998 (LA LEY 204/1999), Ponente. Sr. Villagómez Rodil, para explicar la tendencia expansiva que se inicia en los años noventa de la apreciación de la prueba en beneficio del más débil en el proceso: “*Resulta sabido lo difícil que es para los litigantes el precisar las actuaciones médicas y sanitarias que, por lo negligentes y defectuosas, dañan la salud de las personas, así como para aportar las pruebas corroboradoras necesarias, ante la pasividad unas veces y otras la falta de colaboración y hasta oposición sostenida de médicos, sanitarios y centros asistenciales*”.

presumir que no es posible que no haya habido culpa o responsabilidad patrimonial.

Cuando no quede constancia de la relación de causalidad necesaria entre la actuación médica y el resultado desproporcionado no cabe establecer una presunción de responsabilidad médica o de culpa. En definitiva, el daño desproporcionado, partiendo de la anormalidad del resultado en relación con la actividad banal inicial, sienta una presunción de la relación de causalidad que, a su vez, despliega su virtualidad presumiendo la existencia de culpa o negligencia del profesional.

Es decir, en las coordenadas del *favor victimae* o del principio *pro damnato*, e incluso con la proyección más concreta del principio *pro consumatore*, el enjuiciamiento judicial no se circunscribe a la antijuridicidad de la conducta que causa el daño—que, en alguna situación, puede no concurrir—sino a la antijuridicidad del daño mismo²⁸.

Ahora bien, la doctrina del daño desproporcionado,—en opinión de quien suscribe—no justifica un sistema absoluto de responsabilidad objetiva, sin culpa o negligencia del profesional sanitario, como tampoco constituye una absoluta inversión de la carga de la prueba²⁹.

Y ello porque a quien ejercita la acción (el paciente) en todo caso le corresponde la prueba de un daño cierto, real, efectivo, así como el hecho de su desproporción. Invocada en la demanda la doctrina del daño desproporcionado, cuando por la actuación médica se produce un daño en la persona del paciente que no guarda proporción con la enfermedad o lesión que le llevó a acudir al profesional sanitario, corresponde a dicho profesional o a la Administración demandada explicar la causa del daño, de modo que si no lo consigue, el resultado desproporcionado acredita el nexo de causalidad entre la acción u omisión médica y el resultado dañoso, es decir, el daño se ocasionó por dicha acción u omisión.

Pero desde el mismo momento en el que se permite al profesional médico explicar la causa del daño, exonerándose de responsabilidad, no se trata de una objetivación absoluta de la responsabilidad sino de una presunción de culpa

²⁸ LLAMAS POMBO, E., Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba, pág. 301: DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Derecho sanitario y responsabilidad médica, pág.48.

²⁹ Según se desprende, entre otras, de la STS, Sala de lo Civil, de 5 de enero de 2007 (RJ 2007\552), Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

que precisa, con todo rigor, que no se trata de establecer una responsabilidad objetiva porque quien soporta la reclamación, esto es, el facultativo, puede acreditar la prestación por su parte de todas las medidas de seguridad exigibles y la adecuación de su actuación a las reglas de la <<lex artis>> suministrando una explicación sobre la razón por la que, pese a ello, se produjo un daño desproporcionado sin poder ser evitado; y se especifica que tampoco supone una absoluta inversión de la carga de la prueba porque quien reclama ha de probar el daño, su carácter desproporcionado y, lógicamente, la relación de causalidad física o material en relación con la intervención médica, de modo que la carga que se deriva hacia al profesional sanitario se refiere a una posible prueba sobre la interferencia en la relación causal de otros elementos o circunstancias imprevisibles o incontrolables que pudieran haberlo determinado. En el mismo sentido la STS, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2007.

deducida del resultado desproporcionado y no contradicho por hechos acreditados mediante prueba pericial³⁰. Una presunción <<iuris tantum>> de culpabilidad o responsabilidad médica.

Acreditado así el nexo de causalidad entre la intervención médica y el daño, la virtualidad de la doctrina del daño desproporcionado radica en la deducción o presunción judicial de culpa del profesional sanitario. En la doctrina francesa este mecanismo deductivo es conocido como *faute virtuelle*, arraigando, también, en nuestra doctrina jurisprudencial como una <<culpa virtual>>, ligando la presunción judicial de culpa o negligencia médica a la constatación de un daño desproporcionado.

Sin embargo, el interrogante que, inmediatamente, surge es el siguiente: ¿por qué ha de ser el profesional sanitario el que pruebe su diligencia o la ausencia de relación de causalidad?

Por virtud del principio de "facilidad probatoria" consagrado, positivamente, en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya aplicación jurisprudencial a la doctrina del daño desproporcionado implica una atribución de responsabilidad a la parte que podría haber producido la prueba con menos esfuerzo, bien porque disponía de ella, bien porque gozaba de un más fácil acceso a la misma (ej. la historia clínica), esto es, al profesional o Administración sanitaria.

De este modo, se compele a dicho profesional o a la Administración demandada a presentar la prueba correspondiente a la ausencia de relación de causalidad o de su propia diligencia puesto que, de no presentarla, este hecho mismo se considera base de una presunción judicial de negligencia médica³¹.

6. PRESUPUESTOS JURISPRUDENCIALES

En una primera aproximación podemos resumir la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos del daño desproporcionado con las notas que recogen las SSTs, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2008³² y de 8 de julio de 2009³³, SSTs, Sala de lo C-A, de 18 de diciembre de 2009³⁴ y 17 de septiembre de 2012³⁵, de 12 de noviembre de 2012³⁶, a saber:

- a) Daño inesperado o no previsto ni explicable en la esfera de una actuación profesional médica.

³⁰ STS, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 2003 (RJ 2003\3890), Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

³¹ LUNA YERGA, A., "Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica. Comentario a la STS, 1ª, 29-11-2002", núm. 141, abril 2003, pág. 5.

³² STS, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008\5789), Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández.

³³ STS, Sala de lo Civil, de 8 de julio de 2009 (RJ 2009\4459), Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

³⁴ STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 18 de diciembre de 2009.

³⁵ STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 17 de septiembre de 2012.

³⁶ STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 2 de noviembre de 2012

- b) Que dicho daño tenga lugar por alguna conducta que entre en la esfera de acción o campo de actuación del facultativo médico responsable, aunque no se conozca el detalle exacto.

En sentido negativo, no se le puede hacer responsable de cualquier resultado que caiga fuera de su esfera de actuación (STS, Sala de lo Civil, de 22 de septiembre de 2010)³⁷.

- c) Presumible falta de diligencia en la producción del daño causado al paciente: el daño normalmente no se produce sino por razón de una conducta negligente, ya que excede notoriamente de los que comparativamente quepa estimar como consecuencia asumible de una intervención médica.
- d) Falta de intervención del perjudicado o paciente en la producción del daño.
- e) Falta de una explicación satisfactoria, por el facultativo o la Administración sanitaria, de la causa del daño o del resultado³⁸. Sin duda tremendamente llamativa fue en su momento la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 27 de junio de 2008, que apreció daño desproporcionado, declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria ante una falta de explicación satisfactoria por la misma sobre la posible causa de la hipoxia sufrida por un bebé en el curso del parto³⁹.

³⁷ STS, Sala de lo Civil, de 22 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7135), Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana: *"Siendo así no puede existir daño desproporcionado, por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado, explicación que excluye la aplicabilidad de las consecuencias de esta doctrina jurisprudencial, al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS 19 de octubre de 2007, 30 de junio de 2009)"*.

³⁸ STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013\611), Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García: descarta la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado porque *"No existe en estos hechos la apariencia clara o evidente de actuación negligente que exige la anterior doctrina. Aparte de que consta la explicación del resultado, lo que la hace igualmente inaplicable"*. STS, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 2007 (LA LEY 17296/2007), Ponente: Sr. Corbal Fernández, en un supuesto de ceguera de un niño con Síndrome de Down tras una operación de cataratas congénitas bilaterales declara que *"Debe observarse que la existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí solo la existencia de responsabilidad del médico sino la exigencia al mismo de una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida"*.

³⁹ STS, Sala 6ª, de 27 de junio de 2008, Ponente: Excmo. Sr. Luis María Díez-Picazo Giménez: *"El mismo informe refleja que el día posterior al ingreso y anterior a la cesárea, la madre aun estando en la cuadragésima semana de gestación, no estuvo monitorizada. La única conclusión que un observador razonable puede extraer de estos hechos es que algo debió ocurrir para que, siendo normal el feto, las cosas se torcieran; y lo que es indiscutible es que ese algo ocurrió estando ya la madre ingresada en el hospital y por tanto directamente al cuidado de la Administración. Es verdad que la carga de la prueba pesa sobre quien formula la pretensión indemnizatoria, pero es igualmente claro que en un caso como éste, con todos los indicios mencionados, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de lo sucedido. Lo único que ha proporcionado son informes periciales, elaborados años más tarde, según los cuales no se darían las características habitualmente exigidas para hablar de <<asfixia*

- f) Falta de acreditación por el facultativo o la Administración sanitaria de la interferencia en la relación causal de otros elementos o circunstancias imprevisibles o incontrolables que pudieran haberlo determinado o de la prestación por su parte de todas las medidas de seguridad exigibles y la adecuación de su actuación a las reglas de la <<*lex artis*>>⁴⁰.

A partir de la declaración contenida en la STS, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 2002⁴¹— tal como destaca la STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 12 de noviembre de 2012—se puede concluir que la responsabilidad dimanante de un daño desproporcionado en el ámbito de la Medicina se va a producir siempre y cuando no puede demostrarse, de manera fehaciente, que el facultativo ha tenido una actuación acomodada a la *lex artis ad hoc*, de suerte que si el facultativo, en virtud de la inversión de la carga de la prueba operada, prueba que obró con la diligencia debida, quedará exento de responsabilidad, incurriendo en la misma en caso contrario⁴².

El examen de los pronunciamientos de ambas jurisdicciones nos indica, igualmente, que para constatar si existe desproporción es necesario comparar los riesgos inherentes a la intervención con el riesgo efectivamente materializado. Si el resultado producido no está entre los conocidos para el tipo de intervención, en mayor o menor frecuencia estadística, el daño se califica de desproporcionado.

Además, podemos extraer dos conclusiones adicionales:

- a) El daño desproporcionado es independiente de la gravedad o entidad del resultado.
- b) Es el paciente quien tiene que alegar y probar, no sólo la realidad del daño, sino, también su desproporción. Así, el paciente deberá acreditar, mediante la prueba pericial, que el resultado no está entre las complicaciones previsibles. Acreditado dicho extremo, se desencadena la doctrina del daño desproporcionado y la facilidad probatoria que conlleva para el paciente pues se presume la relación de causalidad entre la actuación médica y el daño, primero, y su negligencia, culpabilidad o responsabilidad, después.

perinatal>> la cual no sería exactamente lo mismo que sufrimiento fetal agudo. Sólo estos no es suficiente para deshacer la única convicción razonable de que algo grave ocurrió estando ya la paciente ingresada en el hospital”.

⁴⁰ STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 12 de noviembre de 2012, (RJ 2013\135), Ponente: Excmo. Sr. Lecumberri Martí. STS, Sala de lo Civil, de 5 de enero de 2007 (RJ 2007\552), Ponente: Excmo. Sr. J.A. Xiol Ríos.

⁴¹ STS, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 2002 (RJ 2002\1593), Ponente: Excmo. Sr.F. Marín Castán.

⁴² STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 12 de noviembre de 2012, (RJ 2013\135)“*Y es que no cabía citar la doctrina por el recurrente para deducir ya de por sí su aplicación por inversión de la carga de la prueba. Era necesario que por el demandado no se probara de forma fehaciente que el facultativo había seguido una actuación acomodada a <<la lex artis ad hoc>>”.*

7. CONCLUSIONES

De todo lo hasta aquí expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones:

1ª.- La aplicación de la doctrina del daño desproporcionado debe restringirse, exclusivamente, a los resultados extraños, no previsibles o inherentes al tipo de intervención o tratamiento, no conocidos en la literatura científica, atendiendo a lo que es usual "*según las reglas de la experiencia y del sentido común*"—matiza la jurisprudencia—independientemente de la gravedad del daño.

Esta es la definición que se ha acogido en la jurisdicción civil a partir del 2007 y, sobre todo, del 2009. Es la definición que maneja, también, y de forma más constante, la jurisdicción contencioso-administrativa desde que empezó a referirse a esta teoría en el año 2006.

2ª.- Coherentemente con esta definición del daño desproporcionado, se descarta la desproporción cuando el riesgo materializado es conocido para el tipo de intervención (bien sea típico o frecuente bien atípico o infrecuente). La falta de información sobre la complicación previsible y típica que, finalmente, se produce, constituirá infracción de la *lex artis ad hoc*.

3ª.- En cambio, la producción de un resultado no inherente a la intervención o desconocido no puede ser objeto de información por su propio carácter, pero sí da lugar a la aplicación del daño desproporcionado.

4ª.- En cuanto a su naturaleza jurídica, en nuestro parecer la doctrina del daño desproporcionado guarda relación tanto con la prueba de la culpa o responsabilidad médica, que presume, como con la prueba de la relación de causalidad, cuya presunción opera previamente. Sin embargo, el Tribunal Supremo parece restringir el efecto presuntivo a la culpa o negligencia médica aludiendo a "*presunción desfavorable que puede generar un mal resultado*", una "*deducción de negligencia*" o a que "*se desprende la culpabilidad*" del autor por la producción de un daño desproporcionado.

Sin embargo, el esquema presuntivo no es absoluto desde el momento en el que se permite al médico o a la Administración demandada exonerar su responsabilidad probando que se actuó con la debida diligencia, es decir, desde que puede aportar prueba para destruir el hecho presumido.

Aunque jurisprudencialmente se equipara esta doctrina con otras figuras europeas, en las que el resultado dañoso, por su anormalidad (culpa virtual), evidencia (*res ipsa loquitur*) o desproporción >(daño desproporcionado) tuvo que ser causado, precisamente, por una conducta negligente del médico, la doctrina del daño desproporcionado no encaja en el esquema propio de la presunción cualificada propia de las mencionadas figuras y esto descarta que se pueda identificar, plenamente, con las mismas, si bien son constantes las alusiones jurisprudenciales a la culpa virtual como sinónimo de daño desproporcionado.

5ª.- La doctrina del daño desproporcionado,—en opinión de quien suscribe—no justifica un sistema absoluto de responsabilidad objetiva del médico pudiéndose exonerar de responsabilidad si acredita la causa del daño, buena praxis en su actuación o la ruptura del nexo causal entre la actuación médica y el daño sufrido.

6ª.- No constituye una absoluta inversión de la carga de la prueba ya que al paciente en todo caso le corresponde la prueba de un daño cierto, real, efectivo así como el hecho de su desproporción.

En cambio, corresponde al profesional médico explicar la causa del daño, o la interferencia en la relación causal de otros elementos o circunstancias imprevisibles o incontrolables que pudieran haberlo determinado o la prestación por su parte de todas las medidas de seguridad exigibles y la adecuación de su actuación a las reglas de la <<lex artis>.

7ª.- La falta de dicha prueba, unido a la existencia de un daño inesperado o no previsto ni explicable en la esfera de una actuación profesional médica; que tenga lugar por alguna conducta que entre en la esfera de acción o campo de actuación del facultativo médico responsable; que normalmente no se produce sino por razón de una conducta negligente; sin intervención del perjudicado o paciente en la producción del daño y con ausencia de una explicación satisfactoria por parte del facultativo de la causa del daño, son los requisitos jurisprudenciales para su apreciación.

BIBLIOGRAFÍA

BELLO JANEIRO, D., *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad de la Administración sanitaria*. 1ª Edic. Reus. Madrid, 2009.

DE FUENTES BARDAJI, J., CANCER MINCHOT, P., FRIAS RIVERA, R., ZABALDA GUADALUPE, J.J., *Manual sobre responsabilidad sanitaria*. Aranzadi. Navarra, 2009.

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

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

ELIZARI URTASUN, L., *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

GALLARDO CASTILLO, M.J., *La responsabilidad jurídico-sanitaria*. 1ª Edic. La Ley. Madrid, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo*, 14ª Edic. Thomson Civitas. Cizur Menor, 2008.

GONZÁLEZ GRANADA, P., *Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del art. 217 LEC*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

LLAMAS POMBO, E., *Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba*. Dykinson. Madrid, 2000.

LUNA YERGA, A.:

- *Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica. Comentario a la STS, 1ª, 29-11-2002*”, Indret. Barcelona, 2003.

- *Comentario a la Sentencia 31 de marzo de 2003. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia*. Civil, Civitas. Madrid, 2003.

MORILLAS CUEVA, L., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Dykinson. Madrid, 2009.

RIVAS LÓPEZ, A.L., *Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (aspectos de su práctica administrativa y procesal)*. Fundación Asesores Locales. Málaga, 2012.

ROMERO COLOMA, A., *El resultado desproporcionado en Medicina*. Reus. Madrid, 2007.