



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

**RESPONSABILIDAD
SANITARIA DE LA
ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA: ANÁLISIS
ESPECIAL DE LA
REGLA “RES IPSA
LOQUITUR”.**

Alumno: Silvia Sánchez Sánchez

Enero, 2018

RESUMEN.

La responsabilidad sanitaria de la Administración Pública normalmente surge cuando existe negligencia o un funcionamiento anormal en la prestación de los servicios sanitarios. Hay situaciones en las que el daño ocasionado a los particulares por parte de los facultativos al servicio de la Administración Pública es de tal magnitud sin tener la obligación de ser soportado y está tan directamente relacionado con dicha actuación que con la simple manifestación del daño por el perjudicado se desencadena la responsabilidad administrativa, produciéndose en estos casos un traslado de la carga de la prueba a la Administración en lugar de a la víctima, para que la propia Administración pueda defenderse y quede eximida de dicha responsabilidad. De esta forma se intentan equilibrar las partes y es lo que se conoce como regla “res ipsa loquitur”.

ABSTRACT.

The public health responsibility of the Public Administration appears normally when there is negligence or an abnormal operation in the delivery of health services. In some situations, the damage done to individuals, who don't have to bear it, by doctors attached to the Public Administration is of such magnitude and is so closely linked with that situation that if the injured person shows the damage, the responsibility of the Public Administration appears, the burden of proof is for the Public Administration for it can defend itself and hasn't that responsibility. So, it attempts to find a balance between the parties and it is known as rule “res ipsa loquitur”.

ÍNDICE.

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. RES IPSA LOQUITUR Y LA RESPONSABILIDAD SANITARIA.....	9
1. Responsabilidad subjetiva y obligación de medios.....	9
2. Origen y necesidad de res ipsa loquitur en la responsabilidad sanitaria. Nacimiento y evolución.....	12
3. Relación de res ipsa loquitur con otras doctrinas. Mención especial a la doctrina del daño desproporcionado.....	14
III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE RES IPSA LOQUITUR.....	17
IV. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA APLICACIÓN DE ESTA REGLA.....	26
1. Relación con las presunciones judiciales y la carga de la prueba.....	26
2. Disponibilidad y facilidad probatoria.....	29
3. Aportación de prueba por el demandado.....	30
4. Problemática de la falta de prueba en España: algunos supuestos jurisprudenciales.....	32
V. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA.....	34
VI. APLICACIÓN DE LA REGLA A ALGUNOS CASOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA.....	35
1. Caso del tumor cerebral.....	35
2. Caso del Síndrome de Down.....	36
3. Caso del microcarcinoma papilar.....	39
VII. CONCLUSIONES.....	42
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	45

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo versa sobre la responsabilidad sanitaria de la Administración Pública, constituyendo su objeto fundamental de análisis la denominada regla especial “Res Ipsa Loquitur”.

Así pues, en primer lugar, voy a comenzar introduciendo la Responsabilidad Patrimonial de la Administración de forma general, la cual es responsabilidad civil, pero de la Administración. Sin embargo, la responsabilidad patrimonial tiene una base bastante más amplia que la que tiene la tradicional garantía de indemnidad en el Derecho Civil. De hecho, el propio Tribunal Supremo manifiesta lo siguiente: *“el principio de responsabilidad patrimonial del Estado supone una garantía de la seguridad jurídica con entronque en el valor de la Justicia, pilar del Estado social y democrático de derecho; pero también de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas –el daño causado debe ser reparado con cargo a la colectividad-, al tiempo que constituye una manifestación del principio de legalidad y de la proscripción de la arbitrariedad, pues la responsabilidad es también una reacción frente a actuaciones ilegales y arbitrarias del Estado”*.

Cuando las Administraciones Públicas realizan las actividades que tienen asignadas se pueden obtener unos resultados que podrían denominarse como anormales, al no ser los pretendidos por las mismas. Así, si se le produce un daño a un particular como consecuencia de una actividad ilícita llevada a cabo por la Administración, el mismo tiene derecho a solicitar la reparación del daño producido a la Administración. Por tanto, el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración lo constituye la obligación que tiene la misma de corregir los resultados negativos que produzca sobre las personas porque no están obligadas a soportarlos.

La responsabilidad de la Administración ha sufrido una gran evolución para llegar al punto en el que se encuentra actualmente, debido a que antiguamente se pensaba que el Estado no podía ser demandado y ha sido complicado aceptar que el deber de indemnizar viene determinado por el daño producido, independientemente de quien lo origine. La Ley de Expropiación Forzosa de 1954 constituye el precedente más inmediato de la responsabilidad del Estado, la cual estableció un régimen que fue modificado por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957. Además, la Constitución de 1978 reconoció la responsabilidad de la Administración en sus artículos 106.2 y 121, quedando de esta forma constitucionalizada dicha responsabilidad por el funcionamiento anormal de la

Administración de Justicia. Actualmente, dicha responsabilidad se encuentra regulada por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Ahora bien, existen numerosos supuestos de responsabilidad, pero nos vamos a centrar en la sanitaria, la cual tiene una importancia especial por el objeto del servicio que se presta. Ello es debido a que la actuación sanitaria es una actividad de gran peligro al perseguir la sanación de personas afectadas de algún padecimiento y al tener que hacer frente los profesionales sanitarios, en muchas ocasiones, a determinadas situaciones riesgosas, intentando siempre equilibrar y compensar dichos riesgos para que la actividad se realice correctamente. Sin embargo, el fundamento y el objeto de la responsabilidad sanitaria coinciden con los de la responsabilidad patrimonial de la Administración de forma general¹.

Con respecto a los caracteres de la responsabilidad patrimonial de la Administración, señalar que la misma es directa, al atribuirse directamente a la propia Administración², teniendo que dirigirse contra la misma el ciudadano afectado. Además, es objetiva, lo que quiere decir que cuando la Administración lleva a cabo actuaciones sanitarias de las que se derivan resultados dañosos para los particulares, se va a considerar como responsable de dichos resultados a la propia Administración de forma directa, al margen de la existencia o ausencia de error o incumplimiento, es decir, a pesar de haber actuado con la diligencia debida, pero para ello, debe de existir una relación de causalidad entre la actuación administrativa y el perjuicio causado y también se requiere que la víctima no tenga la obligación de aguantar el resultado dañoso que se le ha ocasionado. También cabe destacar que al realizar la reclamación directamente ante la Administración, la misma llevará a cabo una acción de regreso contra el profesional médico si lo considera procedente aunque, sin embargo, dicha acción de regreso no suele aplicarse mucho en la práctica.

Por otro lado, se hace necesario destacar que la Constitución Española reconoce el derecho al goce de una salud protegida en su articulado, concretamente hace especial mención del

¹ Señala CUETO PEREZ, M. en Responsabilidad de la Administración en materia sanitaria, Valencia, 1997, pág. 232, que no hay <<ninguna razón para que la responsabilidad patrimonial de la Administración no se aplique con el mismo rigor a los servicios sanitarios, como al resto de los servicios públicos...la doctrina admite sin reparos, que cuando la práctica médica se desarrolla en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con el régimen de responsabilidad de la Administración no es necesario demostrar la culpabilidad en la actuación, y basta establecer la relación de causalidad entre lesión y la actuación sanitaria para que proceda la indemnización.>>

² XIOL RIOS, J.A.: *La institución frente a las reclamaciones por negligencias profesionales*. En Revista de administración sanitaria siglo XXI, núm. 4, 2004, págs. 579-597.

mismo en sus artículos 41 y 43, tal y como sigue. En el artículo 41 establece que: *“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.”* Más específicamente, el artículo 43 dispone que: *“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitará la adecuada utilización del ocio.”*

Sin embargo, no puede considerarse que el derecho a la salud sea un derecho fundamental, sino que constituye un principio rector, por lo que solamente disfrutan de la protección que les ofrecen las normas en las cuales se encuentran recogidos. Por ello, solamente va a ser protegido constitucionalmente en los casos en los que sea vulnerado por la ley.

Además, hay que destacar el artículo 106 de la Constitución, en el cual se reconoce que los ciudadanos tienen derecho a una indemnización por todos los daños que sufran en sus bienes y derechos, siempre que dichos daños sean producidos como resultado del funcionamiento de los servicios públicos.

El artículo señalado en el párrafo anterior deberíamos relacionarlo a su vez con los artículos 139 y 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), ya que el 139 establece lo siguiente: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o un grupo de personas.”* Por su parte, el 141 fue introducido debido a una carencia normativa.

Decir que, actualmente, la salud es considerada un derecho individual y social, y se pretende, a nivel de vida social, que cada vez más personas disfruten de una salud mejor. Por tanto, de su incumplimiento o de su mal cumplimiento es de lo que se va a surgir la responsabilidad patrimonial administrativa. Solamente se exige que el daño o perjuicio indemnizable sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, independientemente de que dicho funcionamiento sea normal o anormal, para que surja

responsabilidad patrimonial por parte de la Administración. Con respecto a ello, aunque se suele asociar responsabilidad con funcionamiento anormal, el cual se produce cuando se ocasionan daños a terceros, ya sea en los casos en los que el servicio no ha funcionado correctamente, como cuando el servicio no ha funcionado, o cuando ha funcionado tardíamente³, sin embargo, dispone el artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que aun cuando los Servicios Públicos de Salud funcionaran bien, también iba a surgir la responsabilidad del Estado y la obligación de indemnizar si causan algún tipo de daño.

Sin embargo, para la apreciación de dicha responsabilidad, los Tribunales exigen un funcionamiento anormal por parte de la Administración, es decir, la presencia de un error o negligencia en la prestación del servicio. Además, el Profesor Martín Rebollo⁴ entiende que hay responsabilidad si existe funcionamiento anormal, es decir, si se ha causado un daño antijurídicamente, pero si no hay funcionamiento anormal, habría que ver si se ha ocasionado un daño que el ciudadano no tiene obligación de soportar, añadiendo que: *“parece que puede concluirse que es necesario encontrar buenas razones para que, al margen de la anormalidad, el Estado responda en aquellos casos en que su actividad ha sido correcta.”*

Por otro lado, como se ha establecido, la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva, por lo que no se precisa de la existencia de culpa para que se genere la obligación de indemnizar, sino que solamente es necesaria la concurrencia de una actuación por parte de la propia Administración o de sus trabajadores, un perjuicio y una relación de causalidad entre ambas cosas. Pero a estos requisitos debe añadirse según exigencia jurisprudencial otro requisito, la concurrencia de un título de imputación, el cual queda justificado en el artículo 141.1 de la Ley 30/92. En el mencionado artículo se establece la necesidad de que el daño producido sea antijurídico, ya que también existen daños ocasionados por la actuación administrativa pero que imponen al ciudadano la obligación de ser soportados sin indemnización, al no existir título de imputación. En caso contrario, cuando concurre un título de imputación, la Administración tiene el deber de dar una respuesta y realizar el pago de la indemnización correspondiente.

Para apreciar la existencia de los títulos de imputación, los Tribunales tienen en cuenta diversos factores, entre los que se encuentran: anormalidad subjetiva; anomalía del servicio; incumplimiento de estándares; creación de un riesgo que el particular no tiene el deber de

³ MERINO MOLINS, V. *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad*. Actualidad Administrativa. Núm. 6. 3-9 febrero de 2003.

⁴ MARTIN REBOLLO, L. *Leyes Administrativas. Manual y Normas Básicas*, Op. cit. pág. 383.

asumir; incumplimiento de obligaciones impuestas por el ordenamiento a la Administración; y carácter inadecuado de la prestación, o infracción de la “*lex artis*”.

Comenzando con la anormalidad subjetiva, la existencia de culpa en el personal facultativo determina que el daño ocasionado es antijurídico, ocasionando responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por su parte, la anomalía del servicio se produce cuando se comprueba que el servicio ha sido prestado de manera irregular, lo que ha dado lugar a la producción del daño, pero esos errores no pueden ser individualizados porque son consecuencia de la concurrencia de diversos tipos de factores.

En cuanto al incumplimiento de estándares, se considera que se produce cuando el daño se ocasiona debido a que la actividad de la Administración no se lleva a cabo con la eficacia exigible para la conciencia social.

Por otra parte, se crea un riesgo que el particular no tiene la obligación de asumir cuando debido a que la prestación sanitaria se realice muy tardíamente y, como consecuencia de las innumerables listas de espera, se sitúe al particular en una situación gravosa o de peligro para su estado de salud, optando en estos casos por la visita a la sanidad privada y por la reclamación posterior de los gastos sanitarios acaecidos, ya que el particular en concreto no tiene el deber de asumir ese riesgo. A este respecto, se debe dejar claro que los medios sanitarios de la Administración, tanto tecnológicos como humanos, son limitados, por lo que cuando no es posible atender a varias personas en el mismo momento de tiempo por escasez de quirófanos, no se puede dejar de atender a un paciente que está siendo intervenido para operar con otro, pero, si hay más opciones vacantes, la Administración debe agotar todas las posibles, para que el servicio sea adecuado⁵.

En lo que se refiere al incumplimiento de obligaciones que impone el ordenamiento a la Administración, decir que se trata de normas que se denominan de policía sanitaria, como por ejemplo, la ejecución de ciertos controles de calidad en los servicios médicos.

Finalmente, con respecto al último título de imputación, decir que debe exigirse que cualquier actuación médica sea realizada adecuadamente, de acuerdo con la “*lex artis*”, formada por las reglas de los conocimientos de cada actuación médica en base a las circunstancias que influyan en cada caso, que valora las características específicas del autor y de su profesión, la importancia y gravedad de la actuación, y el influjo de otros agentes

⁵ Sobre la necesidad de valorar la racionalización de los servicios y cometidos, vid., SALVADOR CODERCH, P: En *Respondeat Superior I*. Op. cit.

endógenos y exógenos para comprobar si el acto se ha realizado de acuerdo con la técnica requerida⁶; y, en los casos en los que no sea así, se encontrará un título de imputación, debiendo comprobarse en cada caso por parte de los Tribunales mediante informes médicos de las partes y pruebas periciales. Además, el carácter inadecuado de la prestación puede derivarse también por la obtención de un resultado dañoso desproporcionado y, por tanto, difícil de explicar con respecto a la prestación llevada a cabo, lo que recibe el nombre en España de “Teoría del daño desproporcionado”, que da la posibilidad de que se exija responsabilidad administrativa a pesar de que las actuaciones sanitarias se hayan realizado correctamente.

Centrándonos ya en lo que constituye el objeto de este trabajo, la regla “res ipsa loquitur”, se hace necesario señalar que es una presunción gracias a la cual se puede deducir la existencia de culpa de la Administración en la producción de un daño a un tercero y de la causalidad necesaria entre la actuación administrativa y el resultado dañoso, mediante un hecho para el que existe una clara evidencia, por lo que no precisa del dictamen de un experto. Por tanto, es una presunción de negligencia que permite la prueba en contrario al ser “iuris tantum”, y acaba con la indefensión que supondría a la víctima tener que aportar pruebas sobre lo ocurrido, cuando normalmente no tiene ni los conocimientos técnicos suficientes o no se encontraba consciente, ya que determina que quien aporte pruebas sea la parte demandada, corrigiendo así los desequilibrios existentes entre ambas partes. Algunos de los ejemplos en los cuales se aplica la regla, o lo que es lo mismo, “la cosa habla por sí misma”, podrían ser los siguientes: cuando un paciente es operado de cataratas y pierde el ojo, cuando una persona es intervenida a consecuencia de un juanete en el pie y se le ocasiona la amputación del pie, etc.

En lo que se refiere a la estructura del trabajo, señalar que me he centrado en el análisis de la mencionada regla fundamentalmente, relacionándola en primer lugar con la responsabilidad sanitaria, tratando temas como la responsabilidad subjetiva y la obligación de medios, su origen y evolución, y el análisis de la relación que tiene la regla con otras doctrinas semejantes. Posteriormente, he continuado con el análisis de los elementos constitutivos de la regla y de las consecuencias prácticas de su aplicación, teniendo en cuenta las presunciones judiciales y la carga de la prueba, así como la disponibilidad y facilidad probatoria y la aportación de prueba por la parte demandada, junto con la problemática que supone la falta de

⁶ GALAN CORTES, J.C.: *Responsabilidad civil médica*, 2ª edición. Thomson/Civitas. Pamplona, 2007, pág. 96.

prueba en España. Finalmente, me ha parecido interesante resaltar las ventajas e inconvenientes que supone el empleo de la regla y mencionar, a modo de ejemplos prácticos, algunos supuestos de responsabilidad sanitaria en los que se ha aplicado la regla.

II. RES IPSA LOQUITUR Y LA RESPONSABILIDAD SANITARIA.

1. Responsabilidad subjetiva y obligación de medios.

Hoy en día son notables los avances tecnológicos aplicables al ámbito sanitario que han hecho posibles que se consigan resultados que antiguamente eran impensables, como la cura y tratamiento de enfermedades de gravedad o consideradas como incurables, e incluso la modificación y el retoque de la imagen personal.

A pesar de ello, en determinadas ocasiones pueden obtenerse unos resultados imprevistos, ya que la práctica sanitaria puede fallar al no ser la ciencia médica una ciencia exacta, pero ello no quiere decir que siempre que no se obtenga un buen resultado se deba a la responsabilidad de la Administración. De hecho, el facultativo que presta su labor a los Sistemas Públicos de Salud tiene la obligación de actuar con la diligencia que se le exige a un profesional de ese nivel para intentar curar o conseguir la mejora del enfermo, pero no la de curar como tal, ya que puede darse el caso de que aunque se actúe con la diligencia adecuada, el tratamiento fracase por la influencia de diversas circunstancias. Se hace necesario señalar, por tanto, que los médicos profesionales al igual que la Medicina Pública tienen una obligación de medios y no de resultados, lo que quiere decir que su deber es el de prestar su labor profesional con toda la diligencia debida así como la atención médica adecuada, y no el de asegurar la sanación del paciente.

Según la interpretación de la jurisprudencia, dicha obligación de medios agrupa los siguientes elementos: el empleo de los componentes que estén en conocimiento de la ciencia médica, teniendo en cuenta las circunstancias graves relacionadas con un paciente determinado; la información relativa al paciente o a sus parientes acerca del diagnóstico, medicación y peligros, sobre todo cuando se requieran operaciones de cirugía; y el seguimiento continuado de la medicación o tratamiento hasta el alta del hospital.

Por su parte, en aquellas situaciones en las que las actuaciones de los profesionales médicos puedan dar lugar a un procedimiento por negligencia médica, se va a utilizar la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad civil.

En otro lugar, y en relación con la obligación de medios en la actividad médica señalada, conviene destacar su vínculo con la responsabilidad subjetiva. Al ser numerosas las circunstancias que pueden influir en las prácticas médicas, dependiendo del paciente sobre el que se realice la intervención médica, se pueden obtener unos resultados muy distintos, por lo que no es posible la garantía de un resultado determinado y exacto por parte del facultativo.

Lo que caracteriza a un procedimiento fundamentado en la culpa o de responsabilidad subjetiva es que la parte perjudicada por el sufrimiento de un perjuicio, debido a la intervención negligente de los profesionales médicos, tiene la obligación de aportar pruebas que manifiesten la culpa de los mismos, ya que si no es así, no se estimaría la demanda por parte de los tribunales. Por lo tanto, aunque este sistema es garantista con el personal sanitario demandado, en ocasiones supone una labor demasiado complicada para la víctima que sufre el daño a la hora de tener que realizar una declaración y una aportación de pruebas sobre lo ocurrido. Ello es debido a que hay situaciones en las que el particular demandante tiene que aportar pruebas técnicas sobre unos sucesos que no conoce cómo han ocurrido con seguridad, ya sea porque en gran cantidad de las actividades médicas gravosas el paciente se mantiene anestesiado, por lo que no es consciente, o porque no dispone de la instrucción y conocimientos necesarios de la rama sanitaria.

Sin embargo, lo mencionado anteriormente se soluciona con la aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur*, la cual constituye el objeto principal de este trabajo, ya que pretende compensar la posición de desigualdad que tienen las partes de un procedimiento por responsabilidad sanitaria en aquellos casos en los que se manifiesta claramente que se ha producido un daño a una persona a través de una conducta o acción negligente por parte de un facultativo. De esta manera, la aplicación de la mencionada doctrina presupone que con la manifestación del daño por parte de la víctima querellante, se entiende la existencia de culpa de los facultativos, lo que no supone un cambio de la regla general de responsabilidad subjetiva. Si bien, frecuentemente se sostiene que dicha doctrina se tiende a objetivar, se establece un mecanismo por el que el presunto productor del daño tiene la obligación de demostrar que su actuación es diligente, en vez de asignarle la responsabilidad directamente sin necesidad de que tenga que probar nada.

De igual forma, en ocasiones los tribunales observan una responsabilidad objetiva, mediante *res ipsa loquitur*, en relación con los daños ocasionados en el correcto uso de los servicios sanitarios cuando, de forma necesaria, incluyen la garantía de niveles concretos de efectividad o confianza, y constituyan inspecciones profesionales de calidad, aplicando la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Con respecto a la responsabilidad objetiva, es necesario señalar que existe un límite y una excepción a la misma, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 141.1 de la Ley 30/92, el cual señala que: *“No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.”*

Por un lado, el límite a dicha regla va a ser el deber que tiene el paciente en determinados casos de aguantar el daño que se le ha ocasionado por parte de la Administración según lo dispuesto en la ley, debido a que la misma solamente va a tener que responder por los daños que causen sus agentes cuando esos daños sean antijurídicos. Así se dispone en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, concretamente en su artículo 141: *“solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.”* Como ejemplo de uno de esos casos en los que el paciente tiene que soportar el daño es cuando para haberle podido salvar la vida hubiese sido necesario haber procedido a la extirpación de alguno de sus órganos.

Por otro lado, la excepción a la regla es el hecho de que los daños se deriven de hechos forzosos o imprevistos considerando el estado de la técnica o de la ciencia. Existen varias sentencias que la han analizado, que son las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999⁷, de 19 de octubre⁸ y de 30 de octubre de 2000⁹. Además, queda establecida en el artículo 139.1 LRJPC la exclusión de responsabilidad patrimonial cuando el daño o perjuicio sea ocasionado por fuerza mayor. Según la STS, 3ª, de 19 de abril de 1997¹⁰ son hechos producidos por fuerza mayor: *“aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado”*. La definición legal de fuerza mayor se establece

⁷ TS Sala 3ª, Secc. 6ª, S 31 de mayo de 1999, rec. 2132/1995, Ponente. González Navarro, Francisco.

⁸ TS Sala 3ª, Secc. 6ª, S 19 de octubre de 2000, rec. 2892/2000. Ponente: Sieira Míguez, José Manuel.

⁹ TS Sala 3ª, sec. 6ª, S 30 de octubre de 2000, rec. 8549/1999. Ponente: González Navarro, Francisco.

¹⁰ TS Sala 3ª, sec. 6ª, S 19 de abril de 1997, rec. 1075/1992. Ponente: Peces Morate, Jesús Ernesto. La cita transcrita es objeto de frecuente reiteración en sentencias posteriores. En origen se contiene en la sentencia de la Sala 3ª, sec. 4ª, de fecha 23 de mayo de 1986. Otras sentencias posteriores, con referencia a la responsabilidad en materia sanitaria, también siguen esta misma descripción de sus características. Ad ex. TS Sala 3ª, sec. 6ª, S 25 de septiembre de 2003, rec. 163/1999; TS Sala 3ª, sec. 3ª, S 13 de marzo de 2003, rec. 10509/1998; TS Sala 3ª, sec. 6ª, S 28 de octubre de 2004, rec. 5564/2000. De las tres citadas fue ponente el Sr. Sieria Míguez.

en el artículo 1.105 del Código Civil, el cual establece: *“fuera de los casos mencionados en la Ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubiera podido preverse o que, previstos, fueran inevitables”*.

De todas formas, la diferencia entre la regla “la cosa habla por sí misma” o regla res ipsa loquitur y la responsabilidad objetiva está en que lo que quiere conseguir dicha regla es la corrección de los desequilibrios existentes entre las partes, dando la posibilidad de que la parte que disfrute de una posición más ventajosa, en estos casos el demandado, sea la que demuestre la forma en la que ocurrieron los hechos con pruebas que le eximan de responsabilidad, sin tener la intención de buscar culpables directos. Así, no puede afirmarse la objetividad de la responsabilidad, dado que la actividad médica constituye una obligación de medios y no se puede imputar la responsabilidad de los médicos mientras que prueben que han realizado su actividad profesional de forma diligente.

2. Origen y necesidad de res ipsa loquitur en la responsabilidad sanitaria. Nacimiento y evolución.

La regla en la que se basa el presente trabajo, la ya mencionada res ipsa loquitur, nació en los países anglosajones, y posteriormente fue heredada por EE.UU en el siglo XIX. La citada regla nació en el campo del derecho de daños, aunque más tarde se ha incorporado (teniendo en cuenta el caso español) al de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Se aplicó por primera vez en el año 1863 en el asunto Byrne vs Boadle, en el cual un ciudadano americano interpuso demanda contra el dueño de una tienda, debido a que cayó sobre él un barril con harina desde la ventana de la mencionada tienda y le provocó unas lesiones. A pesar de que el querellante no aportó pruebas sobre la falta de diligencia del demandado, los tribunales estimaron la demanda al entender la existencia de negligencia para la producción de tales resultados. El razonamiento es el siguiente: si la persona demandada tiene bajo su poder el objeto que causa el perjuicio a través de una actuación de negligencia, dicho perjuicio supone prueba suficiente de que el menoscabo había sido ocasionado por una ausencia de diligencia. Además, la sentencia decía lo siguiente: *“Somos de la opinión que la regla debe ser dictar un veredicto a favor del demandante (...) es cierto cuando se dice que existen muchos accidentes de los que no puede derivarse una presunción de negligencia, pero creemos que sería un error establecer una regla según la cual no puede surgir nunca una presunción de negligencia del hecho de un accidente. Supongamos en este caso que el barril*

rodó fuera del almacén y cayó sobre el demandante. ¿Cómo podría demostrarse con certeza cuál fue la causa de lo ocurrido? Es obligación de la persona que guarda barriles en un almacén de tomar cuidado para que no rueden hacia fuera, y creemos que en tal caso debería, fuera de toda duda, establecer prima facie evidencia de negligencia. Un barril no puede rodar fuera de un almacén sin ninguna negligencia y decir que el demandante, que fue herido, es el que debe traer testigos, nos parece descabellado.”

De esta forma, en los países anglosajones la doctrina “res ipsa loquitur” posibilita a los tribunales que, sin contar con pruebas directas, dictaminen que existe culpa cuando la víctima del menoscabo demuestre la producción del mismo. Para ello, el hecho causante del perjuicio tiene que haberse originado bajo la esfera de control del acusado, por lo que es más fácil para el mismo aportar pruebas sobre lo ocurrido. De esta forma, con la aplicación de esta regla se invierte la carga de la prueba, que desde ese momento corre por cuenta del demandado. En palabras de Kenneth Abraham: *“se crea una inferencia artificial de negligencia a fin de crear en el demandado los incentivos para explicar qué es lo que realmente pasó.”*

Como puede entenderse, la mencionada doctrina posibilita deducir tanto la ausencia de diligencia como la existencia de causalidad entre las actividades negligentes de los sanitarios y las consecuencias que se derivan de ellas (daños o perjuicios para terceras personas).

Por otra parte, llama la atención que aunque el litigante muestre que se reúnen los requisitos para aplicar la regla, el demandado puede probar lo contrario a lo largo del procedimiento. Con respecto a esto, conviene destacar lo establecido en el *“Restatement (second) of Torts”*, que está formado por recopilaciones realizadas por parte de la American Bar Association de principios legales sobre las pautas que utilizan las Cortes para la solución de casos. Señala lo siguiente: *“Si el demandado produce prueba que es tan concluyente como para no dejar duda que el evento fue causado por un agente ajeno del que él no es responsable, o que pertenece a una clase de eventos que comúnmente ocurre sin cuidado razonable, tendrá derecho a un veredicto directo.”*

De igual forma, en Estados Unidos la regla solamente es de aplicación cuando el suceso que causa el perjuicio no ha podido ocasionarse sin la existencia de negligencia del demandado.

Para concluir, destacar además que a pesar de que esta regla se ha utilizado a lo largo de la historia, la jurisprudencia española no se mostraba muy conforme en aplicarla en el sector sanitario, debido a que las situaciones influenciadas en la producción de daños dentro de este

campo son numerosas, por lo que su empleo constituiría una presunción por evidencia, algo que la jurisprudencia española no aconsejaba.

Sin embargo, se produjo una variación en la forma de pensar debido a que los profesionales médicos eran muy reservados a la hora de acudir a un procedimiento judicial, por lo cual era muy complicado demostrar la falta de diligencia de los facultativos. De forma consecuente, se empezó a emplear la regla *res ipsa loquitur* a sucesos de causalidad simple, protegiéndose más a los litigantes y, posteriormente, los tribunales comenzaron a aplicar esta regla también a situaciones de causalidad más complicada, llegando a observarse una propensión hacia la objetivación.

3. Relación de *res ipsa loquitur* con otras doctrinas. Mención especial a la doctrina del daño desproporcionado.

La regla *res ipsa loquitur* presenta ciertos aspectos comunes con otras doctrinas, como la prueba *prima facie italiana* o *Anscheinsbeweis alemana* y la culpa virtual del ordenamiento jurídico francés. Por tanto, todas estas tendencias doctrinales guardan relación, ya sea en más o menos aspectos, con la presunción judicial de culpa¹¹.

Si se utiliza la presunción que deriva de la regla pero enmascarada bajo alguna de estas doctrinas, se le va a facilitar al Juez que llegue a la convicción de la existencia de la culpa y del nexo causal simultáneamente.

La doctrina civil ha llevado a cabo un análisis de los parecidos y diferencias de las cuatro tendencias doctrinales y, concluye que todas comparten el hecho de ser supuestos particulares de presunciones judiciales cualificadas¹², ya que es más probable que exista culpabilidad que

¹¹ DIAZ-REGAÑÓN GARCIA-ALCALA, C. *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*. Comares. Granada, 2006. Pág.127.

¹² LUNA YERGA. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*. Thomson/Civitas. Madrid, 2004. Pág. 186. En contra, sin embargo se pueden encontrar opiniones como las de GRANADO HIJELMO, I; en “*Doctrina del Consejo Consultivo de La Rioja sobre el daño desproporcionado en la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011, págs. 283 a 288: “*concebir el daño desproporcionado como una presunción no es jurídicamente adecuado, ya que no se trata de un medio de prueba consistente en que.... De un hecho conocido (hecho-indicio) se infiera otro desconocido (hecho presunto) con el que guarde conexión según las reglas del criterio humano, de suerte que se pueda fundar en el mismo una conjetura probable (probabilis coniectura). Por el contrario, en los casos de daño desproporcionado, la desproporción del daño no es un hecho que haya de presumirse, sino perfectamente conocido desde el comienzo e incluso cualificado con una evidencia notoria*”. Entiende este autor,

en las presunciones judiciales, teniendo en cuenta la experiencia, por lo que en ellas es más corto el recorrido que se hace del daño a la culpa.

Por tanto, la regla “res ipsa loquitur”, la “faute virtuelle”, “Anscheinsbeweis”, “prima facie”, y daño desproporcionado, son figuras próximas aunque tengan distintos matices¹³ a la hora de adaptarse a cada proceso.

De todos modos, se trata de supuestos en los cuales la actividad sanitaria fue correcta en un principio, pero se terminó ocasionando un daño desproporcionado con respecto a la atención recibida. En los cuatro supuestos, el principal problema es que se considera directamente que el resultado indeseado es desproporcionado, con el riesgo de que, al razonar de esta manera, se convierta una hipótesis en una premisa¹⁴.

En lo que se refiere al daño desproporcionado, se hace obligado mencionar que el Tribunal Supremo tiene por costumbre el uso conjunto de la regla res ipsa loquitur y de otras reglas parecidas utilizadas en Europa. Una de estas reglas es la empleada por la doctrina de Francia, la cual se denomina “culpa virtual”, y de la misma surge la doctrina del daño desproporcionado. Esto es importante, ya que nuestra jurisprudencia emplea esta doctrina o la de res ipsa loquitur de manera indistinta.

La mejor definición del daño desproporcionado la podemos encontrar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1999, la cual lo considera como: *“aquel daño no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médica, dada su desproporción con lo que es usual comparativamente, atendiendo a las reglas de la experiencia y el sentido común,*

recogiendo el sentir del Consejo Consultivo de la Rioja, que “el daño excesivo, la culpa virtual, y otros parámetros, como el de la notoriedad (res ipsa loquitur) o el de mayor facilidad de acceso al material probatorio de una de las partes (ex 217.6 LEC) son criterios de amabilización de la prueba que el aplicador jurídico puede emplear cuando las circunstancias del caso concreto aconsejen una inversión de la carga de la prueba y, en su caso, exonerar de la misma a la víctima por haber sufrido éste un daño exorbitante.”

¹³ LLAMAS POMBO. *Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba*. En “Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio”, Op. cit. Pág. 308.

¹⁴ Se hace supuesto de la cuestión cuando se da por hecho lo que, precisamente, se tiene que probar. La Sentencia del TS, 3ª, Secc. 6º, de 6 de julio de 2010, rec. 2044/2006, de la que fue ponente el Sr. Díez-Picazo Giménez, dice que *“para atacar una sentencia por no haber reparado íntegramente un daño, es preciso constatar previamente que dicho daño efectivamente existió y que la indemnización reconocida no es ajustada a su importe”*. Igualmente, la Sentencia también de la Sala 3ª del TS, Secc. 6ª, de 10 de noviembre de 2010, rec. 5606/2006, de la que fue ponente el mismo Sr. Díez-Picazo, dice que *“para que pueda resultar conculcado el principio de indemnización integral del daño, es preciso que previamente se declare la procedencia de los diferentes conceptos cuya reparación se reclama.”*

al estado de la ciencia y a las circunstancias de tiempo y lugar, así como el descuido en su conveniente y temporánea utilización". Esta doctrina comenzaron a emplearla los Tribunales en 1996 e identifica como responsable al facultativo cuando existe un resultado de gran desproporción que solamente puede ser ocasionado si media negligencia.

Como ejemplo de daño desproporcionado destacar un caso que fue tratado por el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana. Trata sobre una mujer que va a un oftalmólogo para que le realice una exploración rutinaria. El oftalmólogo le inyectó fluoresceína, quedando la paciente en coma vigil, la cual se dilató hasta su posterior fallecimiento. Ello fue debido a que se produjo una reacción adversa a la fluoresceína pero, de todas formas, el daño fue evidentemente desproporcionado con la asistencia recibida¹⁵.

Señalar también que la sentencia de lo contencioso-administrativo que recogió por primera vez esta teoría es de fecha 3 de diciembre de 2003 de la Audiencia Nacional¹⁶. El supuesto de hecho era el de un paciente que padecía una apnea que le obstruía el sueño, e iba a ser intervenido de uvulopalatoplastia, falleciendo de una parada cardiorrespiratoria, sin embargo, durante la intubación, es decir, antes de empezar la cirugía propiamente dicha¹⁷.

La diferencia entre ambas reglas es que la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* da lugar a una presunción *iuris tantum* de culpabilidad, es decir, se deduce la existencia de culpabilidad desde que se produce el perjuicio, pudiendo ser negada en un momento posterior por el facultativo si demuestra su falta de colaboración en la producción del daño. Sin embargo, la aplicación de la regla del daño desproporcionado no supone una presunción inicial de culpabilidad, sino que dicha presunción se produce posteriormente, ya que solamente se deducirá la existencia de negligencia cuando el profesional sanitario no sea capaz de mostrar las razones causantes del daño.

A pesar de dicha diferencia, tanto si se emplea una regla como si se emplea la otra, se va a producir el mismo resultado, razón que justifica su aplicación por los tribunales de forma indistinta.

¹⁵ Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana núm. 410/1999.

¹⁶ AN, Sala de lo contencioso-administrativo, Secc. 4ª S de 3 de diciembre de 2003, rec. 483/2001, Ponente Sr. Guerrero Zaplana, J.

¹⁷ Se puede ver un comentario a esta sentencia en SOLDEVILA FRAGOSO, "*La responsabilidad patrimonial por actos médicos: modulación de la responsabilidad objetiva de la Administración y su posible extensión a otros ámbitos –comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2003-* Actualidad Administrativa, núm. 7, 1ª quincena de abril de 2004.

III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE RES IPSA LOQUITUR.

Para analizar los requisitos que son necesarios para la aplicación de la regla o los elementos constitutivos de la misma, que para el caso son los mismos, debemos de tener en cuenta la consideración que de los mismos tienen, por una parte, la doctrina y jurisprudencia anglosajona y, por otra, la existente en España.

Comenzando con la doctrina y jurisprudencia anglosajona se debe señalar que, de forma general, ambas consideran la necesidad de que se den varios elementos para que sea posible la aplicación de la regla, los cuales suelen ser tres, aunque en otras ocasiones no es así. Normalmente, son los que siguen a continuación: sin mediación de negligencia por parte del demandado el daño no habría ocurrido; no deben existir otros motivos distintos de la negligencia en la producción del perjuicio; el hecho tiene que encontrarse bajo el ámbito de control del demandado, que es quien debe de tener también más conocimientos sobre las causas que han provocado el accidente y, además, el actor no debe participar en la generación del daño.

Como ejemplo de que al no darse el primer requisito de que el daño es causado por la culpa o negligencia de alguien no es posible la aplicación de la regla, destacar el caso americano *Cowan vs. Tyrolean Ski Area, Inc.*¹⁸, en el cual no se aceptó la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* debido a que al actor no le fue posible probar que el accidente había sido ocasionado como consecuencia de la existencia de un acto negligente. En este caso, el demandante solicitaba una indemnización por los daños que se le habían causado esquiando en los establecimientos de la parte demandada. El siniestro sucedió cuando el actor subía a la montaña a través de un sistema de andarivel, y la Corte señaló que: *“(...) el mecanismo de andarivel se encuentra fuera del ámbito de la experiencia común, y los jurados necesitarían del beneficio de opiniones de expertos antes que puedan descartar toda posible negligencia diferente de la del demandado. Sobre este asunto, el experto describió distintas causas del mal funcionamiento que aparentemente podrían haber resultado tanto de un diseño como de un mantenimiento defectuoso. Dado que este testimonio no tiende a descartar la negligencia del diseñador o del fabricante del rango de causas posibles, ello resulta insuficiente para superar la carga de la prueba del demandante.”*

¹⁸ Caso *Cowan vs. Tyrolean Ski Area, Inc.* citado.

Además, en otro caso americano, conocido como *Southeastern Aviation, Inc. Vs. Hurd*¹⁹, también se estableció la no aplicación de esta doctrina debido a que el accidente podía haber ocurrido en el curso ordinario de las cosas.

Como ejemplo del segundo requisito, según el cual el actor tiene el deber de establecer la imposibilidad de la intervención de otras causas posibles de negligencia diferentes a la del demandado, se puede mencionar el caso *Bornstein vs. Metropolitan Bottling Co*²⁰, en el cual un repartidor de bebidas realiza un transporte de botellas desde un almacén a un frigorífico, ocasionándose la explosión de una botella, y el Tribunal falló a su favor debido a que la empresa para la que trabajaba no eliminó la presunción que surge de la aplicación de la regla *res ipsa loquitur*. La Corte estableció: “(...) *si es igualmente probable que la negligencia pudo ser de algún otro distinto del demandado, pero el demandante no necesita excluir a toda otra persona que podría posiblemente ser responsable cuando la negligencia del demandado aparece como la más probable explicación del accidente.*” Por tanto, el actor no tiene el deber de probar aquellas causas que podrían haber generado el accidente de manera muy remota, con escasa probabilidad, sino que solamente tiene que probar que no fueron motivos generadores del mismo los que supongan una gran duda.

Con respecto al tercer requisito, señalar que es necesario que el actor pruebe que la actividad que da lugar a la producción del daño se encuentra bajo el control de la parte demandada. Se pueden mencionar dos casos que muestran la existencia de dos formas contrarias de entender la existencia de este requisito.

Por un lado, el caso *Hansen vs. James*²¹, en el cual se producen dos accidentes. El Sr. James, influenciado por el efecto de bebidas alcohólicas, tiene un accidente de vuelta de una fiesta, resultando heridos todos los viajeros. Este señor llama al Sr. Hansen, que también había acudido a la fiesta para la retirada del vehículo del lugar del accidente, el cual resulta electrocutado por una línea de alto voltaje situada en un poste que había caído al suelo a consecuencia del accidente del Sr. James, resultando lesionado (pérdida de la mano derecha). El Sr. Hansen interpone demanda contra el Sr. James, exigiendo que se aplique la regla “*res ipsa loquitur*”. Por su parte, el Sr. James, estableció que como no se encontraba en el lugar del accidente cuando tuvo lugar el mismo, los hechos no estaban dentro de su esfera de control, no dándose el tercer elemento para la aplicabilidad de la regla, pero la Corte manifestó lo

¹⁹ *Southeastern Aviation, Inc. vs. Hurd*, 209 Tenn. 639, 662, 355 S.W. 2d 436,446 /1962).

²⁰ *Bornstein vs. Metropolitan Bottling Co.*, 26 N.J. 273 (1958).

²¹ *Hansen vs. James*, 847 S.W.2d 476 (Mo. Ct. App. 1993).

contrario, debido a que había sido él quien había provocado que se cayera el poste a consecuencia del accidente.

Por otro lado, el caso *Colmenares vs. Sun Alliance Insurance Co.*²², en el cual el actor interpone demanda contra la compañía de seguro del aeropuerto, y contra la empresa que tenía el contrato de mantenimiento del mismo, ya que el pasamanos de las escaleras mecánicas en las que iban se paró bruscamente, aunque los peldaños seguían subiendo, perdiendo el equilibrio la esposa del demandante y el mismo. A pesar de que en primera instancia, la demanda fue desestimada al entender que no había evidencia de que la causa del accidente hubiera estado bajo la exclusiva esfera de control del aeropuerto²³, se terminó estimando la apelación por el Tribunal, debido a la consideración final de que el Aeropuerto era el responsable del mantenimiento de sus propias instalaciones.

En otro lugar y en referencia al requisito de que la propia víctima no puede haber participado en la generación del perjuicio, ya que la negligencia de la misma no permite que se aplique la regla, cabe señalar que, sin embargo, a veces se ha repartido la culpabilidad en porcentaje entre demandante y demandado por parte de los tribunales norteamericanos, y aplicándose la regla. Esto ocurrió en el suceso comentado anteriormente, ya que se fijó un porcentaje de la indemnización del ochenta por ciento para el Sr. James y del veinte por ciento para el Sr. Hansen²⁴.

Por su parte, en el caso de España son, a consideración tanto de la jurisprudencia como de la doctrina²⁵, los siguientes requisitos: que el suceso causante del daño sea producido como consecuencia de una actividad negligente y no por otras causas, que dicho suceso sea ocasionado por una conducta incluida en el ámbito de poder del demandado, y que el mismo no se origine por una actividad correspondiente al ámbito del demandante.

La doctrina española establece, al igual que la anglosajona que: *“la regla no es un método de valoración de la negligencia, sino <<una regla de prueba o, si se prefiere, una regla de*

²² *Colmenares vs. Sun Alliance Insurance Co.*

²³ Se puede encontrar un comentario a la sentencia en EPSTEIN, Richard A. *Cases and Materials on Torts*. Aspen Law & Business. 7ª Edición. Nueva York 2000, pag. 291.

²⁴ *Hansen vs. James*, 847 S.W.2d 476 (Mo. Ct. App. 1993)

²⁵ DOMINGUEZ LUELMO, A: *Derecho Sanitario y Responsabilidad médica*. Op. cit. pág. 75.

utilización de presunciones. Es, se ha dicho, una irrefutable presunción o deducción de que el demandado ha sido negligente, que deriva de la prueba de que los instrumentos o medios que causaron la lesión se encontraban bajo el control exclusivo del demandado y de que el accidente pertenecía al tipo de los que ordinariamente no ocurren sin negligencia. La negligencia del autor del daño se deduce del mero hecho de haber ocurrido el accidente y de las características y circunstancias del mismo si ello conduce razonablemente a creer que sin negligencia no habría ocurrido y que las cosas con las que se causó eran manejadas y se encontraban bajo el control del demandado.>>”²⁶.

Aparece reflejada como presunción judicial en la legislación española, en concreto en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁷, ya que si se admite un hecho probado, y entre este hecho y otro, denominado presunto, existe una conexión directa, los órganos jurisdiccionales pueden considerar que este segundo hecho también es cierto. Así pues, en las sentencias los Tribunales tienen que justificar razonadamente esta conexión que da lugar a la presunción. Pero, a pesar de ello, el demandado puede probar que no existe dicha relación, desvirtuando la existencia del hecho presunto.

²⁶ DIEZ PICAZO, L. La culpa en la responsabilidad civil extracontractual. en Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al Profesor Roberto López Cabana obra coordinada por DE ANGEL YAGÜEZ, R e YZQUIERDITO TOLSADA, M. Madrid 2001, págs. 109-110.

²⁷ Refiere BARRERO RODRIGUEZ, C. en La prueba en el procedimiento administrativo, Op cit. pág. 365, que “distinguía el CC –no se refería a este tipo de prueba la LECiv/1881- entre las presunciones legales y las que carecen de esta condición. Las primeras dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas y pueden destruirse mediante prueba en contrario, excepto en los casos en que aquella expresamente lo prohíba. Para que las segundas sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Solo estas últimas responden, al decir de Guasp al <<auténtico concepto de medio de prueba>>; Consisten, señala la STS de 10 de febrero de 1998, <<en la estimación de un hecho no directamente probado>>; de ahí que, como esa misma jurisprudencia indica, este medio de prueba se base <<en tres datos o parámetros, como son: la afirmación base –el hecho demostrado-; la afirmación presumida –el hecho que se trate de deducir-; y el nexo de ambas afirmaciones con arreglo a un lógico criterio humano>>, lo que, desde luego, no exige, según destaca el propio Tribunal Supremo, <<que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino ante los “facta concludentia” que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia>>.

Según consideran algunos autores²⁸, la aplicación de la regla solamente debería de aceptarse cuando los jueces, basándose en el sentido común, intuyeran la negligencia del demandado como motivo causante del daño, sin necesidad de la realización de pruebas periciales.

En materia civil, el Tribunal Supremo, sin reconocerlo, ya había utilizado esta regla en una sentencia de 12 de julio de 1988²⁹, la cual trataba sobre un paciente que fue al Hospital para ser intervenido quirúrgicamente por padecimiento de una apendicitis y acabó sufriendo multitud de secuelas, perdiendo el nivel y calidad de vida que poseía antes en todos los ámbitos, tanto social como familiar y escolar. Sin embargo, esta fue una mera excepción, ya que por entonces se rechazaba el uso de dicha regla por la jurisprudencia española. De hecho, en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1993 no se aceptaba el empleo de la regla, negándose el mismo de esta manera: *“Incumbe a la parte la demostración de la infracción de la “lex artis”, puesto que en nuestro Derecho, no se ha abierto camino la regla “res ipsa loquitur” que el Derecho anglosajón aplica a los casos de actuaciones profesionales médicas determinantes de la inversión de la carga de la prueba”*³⁰.

No obstante y, a pesar de la resistencia de la jurisprudencia civil al uso de la regla, la misma lo admite expresamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1998³¹, en la cual una mujer que es operada de juanetes muere quince días después por tétanos de gravedad post-quirúrgicos. Esta sentencia manifiesta los elementos necesarios para la aplicación de la regla de la siguiente forma: *“conviene recordar la doctrina sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad de su autor que corresponde a la regla res ipsa loquitur (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada ampliamente por la doctrina angloamericana y a la regla Anscheinsbeweis (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la faute virtuelle (culpa virtual); lo que requiere que se produzca un*

²⁸ NAVARRO MICHEL, M: *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*. En Anuario de Derecho Civil, año 2003, Fascículo III (julio-septiembre), pág. 1211.

²⁹ TS, 1ª, S de 12 de junio de 1988, núm. 594/1988; Ponente: Serena Velloso, Cecilio.

³⁰ TS, 1ª, S de 2 de febrero de 1993. Rec. 1287/1990; Ponente Sr. Marina Martínez-Pardo. Se trataba de un paciente que, como consecuencia de una operación quirúrgica de estenosis del canal lumbar y protusión discal L-IV y L-V, se seccionó la raíz L-5 izquierda, quedando lesión total de la citada raíz y lesión severa en la S-1 izquierda y las secuelas que ello comporta.

³¹ TS, 1ª, S de 9 de diciembre de 1998, Ponente Sr. O’Callaghan Muñoz.

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.”

En la esfera de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la doctrina del Tribunal Supremo a veces se ha utilizado la regla “res ipsa loquitur”, asimilándola a la doctrina del daño desproporcionado, al igual que ha hecho la Audiencia Nacional en determinadas ocasiones y los Tribunales Superiores de Justicia. Estos últimos, además, se refieren también en las sentencias a la jurisprudencia civil. Destacan las emitidas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 8ª, y algunas del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y de Asturias.

Además, el Tribunal Supremo, Sala tercera, se ha referido a ella a lo largo de los últimos diez años en catorce sentencias, procediendo en ocasiones a la estimación de la presunción de responsabilidad tanto de forma explícita como implícita, dependiendo del caso, pero de esos catorce casos solamente se resolvieron a favor del actor cuatro. Sin embargo, en ninguno de los casos se hace referencia a los requisitos que son necesarios para que pueda aplicarse la regla.

Por otro lado, señalar también que existen escasas sentencias en las que para la resolución del caso se emplee la regla res ipsa loquitur sin que las mismas hagan referencia a la sentencia de la Sala Primera de enero de 2003, ya que la inmensa mayoría suele mencionarla. Tal es el caso de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 13 de julio de 2005³², en la cual tras una operación de vasectomía un hombre de 36 años, acude al centro hospitalario días después de la intervención porque tenía fiebre, hematuria y dolor testicular, poniéndole allí una inyección y enviándolo a su domicilio, produciéndose el fallecimiento del mismo un día después. La Sala afirmaba que existía una relación de causalidad entre el acto quirúrgico de vasectomía y la infección que había provocado la muerte, que en realidad había sido inexplicable, al tratarse de una persona joven que nunca habría imaginado que de una simple operación pudiera derivarse un desenlace tan trágico como el ocurrido y, por tanto, totalmente desproporcionado. Además, la sentencia también establece: “*que la Administración sanitaria no está obligada a obtener un resultado favorable total y sin lesión*

³² TSJ Galicia. Sala de lo contencioso administrativo. Secc. 1ª, S 13 de Julio de 2005, núm. 554/2005, rec. 981/2002. Ponente Sr. Cambón García.

en las intervenciones o actuaciones que practique, lo que no admite justificación es que se produzcan consecuencias tan desproporcionadas que una correcta realización y utilización de los medios técnicos de la práctica médica habitual podía haber evitado, “res ipsa loquitur” (la cosa habla por sí misma), evidencia que crea una deducción de negligencia, al producirse un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que entre en la esfera de acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que no se corresponde a conducta o acción de la esfera de la propia víctima.” Por tanto, en esta sentencia sí que se hace referencia a los requisitos necesarios para la aplicabilidad de la regla, diferenciándose de la mayoría. Aunque también señalan los requisitos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León (Vall), de 30 de septiembre de 2010³³ y la del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 22 de enero de 2008³⁴.

Centrándonos ahora en cada uno de los requisitos, en primer lugar, comenzamos a analizar el primer requisito, el cual demanda la producción de un perjuicio o daño que generalmente no se ocasionaría por azar, sino que es necesaria la existencia de una conducta de negligencia, y hay que llegar a dicha conclusión en base a las reglas del sentido común, la experiencia y la opinión de expertos. De esta forma, la finalidad de este requisito es realizar un juicio de probabilidad de la falta de diligencia del profesional sanitario, por lo que el demandante tiene el deber de probar ante los tribunales la existencia de una alta probabilidad de que el demandado ha sido el causante del perjuicio, aunque en realidad no consten pruebas evidentes sobre la forma de producción del perjuicio. En este caso, el sentido de la lógica y la experiencia hacen pensar que existe más probabilidad de que el profesional haya sido el causante del daño a que el mismo no se le impute.

De hecho, la jurisprudencia nos ofrece muchos casos en los cuales se producen daños que solamente pueden ser originados si ha mediado negligencia, como el descuido de olvidar algún instrumento o material quirúrgica dentro del cuerpo de los pacientes, sobre lo cual tratan las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1996³⁵ y de 29 de

³³ TSJ Castilla León (Vall), S 30 de septiembre de 2010, núm. 2037/2010, rec. núm. 117/2005, Ponente Sr. Guerrero Zaplana, Jose.

³⁴ TSJ La Rioja, S 22 de enero de 2008, núm. 13/2008, rec. núm. 59/2007, Ponente Sr. Méndez Canseco, Jose Felix.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1116/1996, de 26 de diciembre.

noviembre de 2002³⁶. De igual forma, hay que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1998³⁷, que trata sobre el fallecimiento de un hombre tras realizarle un empaste molar, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2010³⁸, en la que una fractura en la muñeca acaba originando una incapacidad permanente total.

De forma contraria, se excluye la utilización de res ipsa loquitur en los casos en los que los daños sean uno de los posibles riesgos en los que puede incurrir la actuación, es decir, que sean inherentes a dicha actuación. En este sentido cabe destacar, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2009³⁹, en la cual después de una cirugía mamaria se le produce una paraparesia a la paciente, ocasionándole el conocido como “síndrome de cola de caballo”, y el Tribunal Supremo no consideró la existencia de daño desproporcionado al valorar que el resultado producido se deriva de la técnica anestésica y que es inherente a la misma.

En cuanto al segundo requisito o elemento, se debe señalar que exige que el suceso causante del daño sea ocasionado por una conducta incluida en el ámbito de poder del facultativo demandado, ya que así el mismo facultativo tiene mayor control sobre dicha conducta, reduciéndose la probabilidad de que intervenga otra causa distinta a la actuación negligente en la producción del daño. De esta forma, se le da mayor facilidad al tribunal para deducir la causalidad entre la negligencia y el daño.

En este sentido, se puede señalar la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007⁴⁰, que trata sobre la intervención quirúrgica de un hombre que se somete a la implantación de un injerto óseo y una placa de titanio; y como consecuencia de la contaminación de los materiales, se le acabó provocando al paciente una infección bacteriana, la cual se detectó seis meses después de la operación. En esta sentencia, el Tribunal consideró que había existido un incumplimiento por parte del profesional de los deberes de atención en el postoperatorio, en lugar de establecer la existencia de responsabilidad del centro médico por la contaminación de las prótesis empleadas en la operación, y esto es porque si el profesional hubiese actuado con la diligencia debida en el cuidado del paciente, la infección se habría podido detectar a tiempo y no se hubieran obtenido los mismos resultados.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1152/2002, de 29 de noviembre.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 462/1998, de 22 de mayo.

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 524/2010, de 25 de noviembre.

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

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 417/2007, de 16 de abril.

A pesar de ello, en ocasiones puede producirse una ruptura de la causalidad debido a la intervención de determinados factores, dando lugar, por tanto, a que el resultado lesivo salga fuera de la esfera de control del demandado, como, por ejemplo, la presencia de circunstancias preexistentes en el demandante que puedan tener influencia en el resultado dañoso, siempre que las mismas no pudieran haber sido conocidas por el médico o cuando su resultado no se pudiese haber evitado.

A veces también se puede producir la ruptura del nexo causal debido a la intervención de un tercero o del propio demandante. En esta ocasión, existen diversas opiniones entre la doctrina, ya que mientras que un sector doctrinal opina que en estos casos no existe relación de causalidad y que, por tanto, no se puede aplicar *res ipsa loquitur*; en contraposición, otro sector de la doctrina considera la posibilidad de aplicar la regla en la parte proporcional de culpa correspondiente al facultativo.

De igual forma, también resulta complicada la asignación de responsabilidad a un profesional cuando en la actuación han intervenido un conjunto de facultativos, ya que habría que conocer quién o quiénes de todos ellos han sido los culpables. Sin embargo, en estos casos, la jurisprudencia suele considerar que no se ha roto la causalidad y que la responsabilidad debe recaer, en lugar de en un profesional determinado, en su superior jerárquico, esto es, en el centro sanitario u hospital que corresponda, con lo cual se atiende a la diligencia del propio centro a la hora de la coordinación de sus actividades y trabajadores. En tal sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1998 se procede a la condena del centro hospitalario por la responsabilidad del artículo 1903 del Código Civil – esto es, por culpa in vigilando – como consecuencia de la inexistencia de coordinación en los servicios hospitalarios, ya que el paciente sobre el que trata dicha sentencia no fue atendido hasta el día siguiente a su ingreso en el hospital, lo que da lugar a la muerte del mismo.

Finalmente, con respecto al último requisito exigido, establecer que el mismo viene a concretar el anterior, ya que según el mismo, la víctima no puede haber influido en la causación del daño de ninguna forma debido a que ello ocasionaría la ruptura de la causalidad, conllevando a la exoneración del profesional sanitario. Con relación a este elemento, cabe señalar la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003⁴¹, en la cual la parte actora sufrió un daño desproporcionado debido a que a consecuencia de una caída de esquí sin gravedad, quedó coja, lo que le implicó un complicado y prolongado proceso de

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única) núm. 461/2003, de 8 de mayo.

recuperación con varias intervenciones quirúrgicas. La sentencia recurrida desestimaba la demanda de la actora al considerar que el resultado dañoso era un riesgo inherente a la práctica de dicho deporte y que, por tanto, se había producido por un acto voluntario de la demandante. Pero, sin embargo, el Tribunal Supremo mostró una postura totalmente contraria condenando al facultativo responsable, dejando abierta y con base en el principio de unidad de culpa la atribución tanto por el artículo 1101 como por el artículo 1902 del Código Civil.

Como ya se ha mencionado en el apartado anterior, en el caso de que hubiese una concurrencia de culpas con la parte actora, se apoya por una parte de la doctrina como mejor solución que se reconozca la responsabilidad del sanitario atenuada en la proporción que le corresponda a la propia víctima por su influencia en el resultado dañoso.

IV. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA APLICACIÓN DE ESTA REGLA.

1. Relación con las presunciones judiciales y la carga de la prueba.

En lo que se refiere a la relación que la regla objeto del trabajo puede tener con las presunciones judiciales y con la propia carga de la prueba, es adecuado comenzar señalando que el mismo Tribunal Supremo afirma lo siguiente con respecto a la regla *res ipsa loquitur*: “*no comporta responsabilidad objetiva ni la aplicación de una regla procesal de inversión de carga de la prueba, sino el reconocimiento de que la forma de producción de determinados hechos es susceptible de evidenciar la falta de medidas de diligencia, prevención y precaución exigible según las circunstancias*”⁴². Por tanto, en realidad, *res ipsa loquitur* ni constituye una presunción judicial ni supone la inversión de la carga de la prueba.

En cuanto a las presunciones, conviene hacer mención del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴³, ya que en el mismo se establece que: “*a partir de un hecho admitido*

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1/2011, de 20 de enero, Fundamento de Derecho 2º.

⁴³ La doctrina precisa la descripción que otorga la Ley sobre las presunciones afirmando que, a pesar de que su finalidad es similar a la de los medios de prueba, en tanto en cuanto ambas figuras pretenden acreditar ciertos hechos, lo cierto es que las presunciones no son consideradas auténticos medios probatorios, sino que no es más que una mera operación intelectual practicada por el Juez en el momento de dictar sentencia. En este sentido, JIMÉNEZ CONDE, F.; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.; y TOMÁS TOMÁS, S.: *Manual de Derecho*

o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”. De esta forma, a través de la demostración de una afirmación base por la parte demandante (hecho indicio) con los distintos medios de prueba, el Tribunal puede deducir un segundo hecho (hecho presunto), cuando entre ambos hechos exista una unión directa. En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, el hecho indicio sería el resultado perjudicial, por lo que el demandante tiene la obligación de demostrar el daño a través de los medios de prueba, y el hecho presunto, por su parte, sería la falta de la diligencia debida por parte del personal sanitario, siendo el nexo causal que une ambos hechos la actuación sanitaria y lo que haya podido incidir la misma en el resultado.

La diferencia entre las presunciones y *res ipsa loquitur* está en que mientras que en las primeras el actor tiene que probar el hecho indicio y la relación de causalidad que permita al órgano jurisdiccional obtener una relación causa-efecto para determinar la presunción de culpa, con la regla *res ipsa loquitur*, sin embargo, el demandante solamente tiene que demostrar el daño (hecho indicio), sin necesidad de atender a la demostración del nexo causal, ya que este nexo causal se desprende del resultado dañoso en la medida en que la actuación que lo provoca depende de la esfera de actuación del sanitario.

Por otra parte, aunque se suelen ligar las presunciones con la inversión de la carga probatoria, conviene señalar que estas figuras actúan en momentos procesales distintos, ya que mientras que las presunciones fijan los hechos junto con los medios de prueba, la carga de la prueba interviene posteriormente en el momento de la valoración de la prueba.

La carga de la prueba recae de forma invariable sobre el actor, que es quien declara que ha sufrido un perjuicio debido a que otro individuo se lo ha causado. Por tanto, el principio general sobre carga probatoria establece que el demandante debe probar los hechos, tal y como queda reflejado en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁴.

Procesal Civil I, Murcia, Diego Marín Librero-Editor, 2012, pág. 181 y NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1207.

⁴⁴ En este sentido es destacado también por la doctrina, BUSTO LAGO, J.M. (Coord.); REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.): *Lecciones de responsabilidad civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2013; GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “Daño desproporcionado: ¿presunción de culpa o facilidad probatoria? Una buena sentencia sobre responsabilidad médica”, *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, Mayo 2016, pág. 4; REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.): *Lecciones de responsabilidad civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2013, pág. 300; SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 252; y SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *op. cit.*, pág. 204.

La doctrina *res ipsa* no supone una alteración de dicho principio general, debido a que la carga probatoria continúa recayendo sobre el actor⁴⁵, no dándose, de esta forma, una inversión de la carga de la prueba.

Se hace necesario destacar que los efectos que producen ambas figuras son distintos, debido a que mientras que la inversión de la carga de la prueba supone que el demandado tiene todo el deber de la aportación probatoria para que quede exonerado de responsabilidad o, de lo contrario, se determinaría su culpa; la regla *res ipsa loquitur*, en cambio, establece que el demandado tiene el deber de aportar pruebas en contra de las afirmaciones del actor debido a que el demandado tiene mejores medios y una posición procesal de ventaja con respecto a la víctima, la cual es ajena al ámbito sanitario, por lo que también le va a resultar más complicado obtener los elementos probatorios al no tener acceso tampoco a los centros sanitarios en los cuales pueden encontrarse⁴⁶.

De esta forma, de las pruebas y de los hechos alegados por las dos partes del proceso, el órgano jurisdiccional realizará una valoración de la coyuntura en la cual se produjo el daño, lo que le llevará a la determinación de si de ella se deriva o no la responsabilidad del profesional. Sin embargo, ni la falta probatoria por parte del demandado determinará de forma automática la responsabilidad del mismo, si de lo alegado por el demandante no se establece una clara responsabilidad del facultativo⁴⁷; ni la aportación de la prueba del demandado señalando que ha actuado con la diligencia debida lo va a eximir de responsabilidad, debido a que cabe la valoración del Tribunal, el cual puede considerar que la actividad médica no fue diligente teniendo en cuenta la experiencia de la vida⁴⁸.

En palabras del Tribunal Supremo⁴⁹: “*mediante res ipsa loquitur se permite, no ya deducir la negligencia ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito, pues ante el daño desproporcionado, habitualmente no derivado de la actuación ni comprensible en el riesgo del agente una explicación o una justificación cuya*

⁴⁵ GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad civil médica*, *op. cit.*, pág. 261; NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1212.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1152/2002, de 29 de noviembre, Fundamento de Derecho 3º.

⁴⁷ NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *op. cit.*, pág. 1211.

⁴⁸ NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *ibíd.*, pág. 1214.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 417/2007, de 16 de abril, Fundamento de Derecho 2º.

ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume". Esto es, mediante *res ipsa loquitur* no existe ni una presunción ni una inversión de la carga probatoria, sino que a partir de los hechos alegados y de la evidencia del resultado, el Juez puede valorar la culpa del facultativo.

2. Disponibilidad y facilidad probatoria.

Existe una clara relación entre la regla *res ipsa loquitur* y el principio de disponibilidad y facilidad probatoria establecido en los apartados 3 y 7 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵⁰. Según este precepto, los tribunales tienen que valorar la disponibilidad y facilidad probatoria correspondiente a cada parte, por lo que tienen que ser conscientes del desequilibrio que existe entre las partes. Por tanto, este principio se identifica con la regla *res ipsa loquitur*, que considera que el facultativo demandado tiene medios de prueba a su alcance de los que carece el actor⁵¹. Además, se aplica para evitar la desprotección de las víctimas por ser insuficientes las pruebas aportadas que demuestren la negligencia de los facultativos, como consecuencia de la dificultad técnica que presentan las actuaciones médicas⁵², ya que para obtener dichas pruebas, el actor tendría que ir a un procedimiento de diligencias previas para poder tener acceso a la historia clínica y así no poseería la documentación necesaria en un momento anterior a la interposición de la demanda⁵³. Por ello es por lo que se traslada la carga de la prueba al profesional sanitario, que tiene la obligación de dar explicaciones sobre las consecuencias y las causas de la actuación médica, para así poder saber con certeza qué es lo que ha ocurrido.

Esto es así, además, porque con respecto al paciente, si el mismo estaba consciente, podría dar su apreciación sobre lo ocurrido, pero si se encontraba en estado de inconsciencia, por ejemplo, por estar sometándose a una intervención quirúrgica, no podrá ni comunicar sus percepciones y si, como resultado fatal, acaba falleciendo o perdiendo sus facultades, se produciría una total ausencia de datos.

⁵⁰ GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: "Daño desproporcionado...", *ibíd.*, pág. 5

⁵¹ SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: "El daño desproporcionado", *op. cit.*, pág. 253 y SILLERO CROVETTO, B.: "La responsabilidad civil médico-sanitaria", *op. cit.*, pág. 205.

⁵² BULLARD GONZÁLEZ, A.: "Cuando las cosas hablan...", *op. cit.*, pág. 221 y NAVARRO MICHEL, M.: "Sobre la aplicación...", *op. cit.*, pág. 1211.

⁵³ ALBI NUEVO, J.: "La carga de la prueba...", *op. cit.*, pág. 264.

3. Aportación de prueba por el demandado: utilización de la diligencia debida de acuerdo con la *lex artis*.

El Tribunal Supremo establece en la Sentencia de 6 de junio de 2014⁵⁴ que la prueba que aporta el demandado no tiene que incluir la causa concreta que provocó el daño, pero tampoco puede basarse en señalar posibles motivos que podrían haberlo causado. La prueba debe mostrar que el facultativo actuó con diligencia y que el daño proviene de una causa distinta a la negligencia del médico⁵⁵. La jurisprudencia establece la exigencia al facultativo de una explicación razonable sobre la discordancia que existe entre el riesgo inicial que supone la actuación médica y el resultado producido, pudiendo deducirse la existencia de negligencia ante la falta de explicación⁵⁶.

Además, si de la prueba aportada por el facultativo, se comprueba la existencia de un motivo causante del perjuicio ajeno a la actividad del sanitario, no se puede aplicar la regla *res ipsa loquitur*, al no encontrarse la consecuencia en el ámbito de acción del demandado⁵⁷.

A pesar de esto, la jurisprudencia más actual, ha suavizado los requerimientos de prueba de los facultativos demandados. Así puede observarse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 noviembre de 2010⁵⁸, que no condena al demandado considerando la diligencia del mismo y una ocasional causa ajena a su intervención. También cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2016⁵⁹, la cual no ha inculcado a un sanitario teniendo en cuenta solamente la diligencia empleada.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 284/2014, de 6 de junio.

⁵⁵ NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, Número 56, Fascículo 3, Julio 2003, pág. 1213.

⁵⁶ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 567/2010, de 22 de septiembre, Fundamento de Derecho 7º; núm. 517/2013, de 19 de julio, Fundamento de Derecho 2º; y núm. 284/2014, de 6 de junio, Fundamento de Derecho 3º. También en este sentido, BUSTO LAGO, J.M.: “La responsabilidad civil médica y hospitalaria”, *op. cit.*, pág. 300; NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación...”, *ibíd.*, pág. 1200 y 1201; SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “El daño desproporcionado”, *op. cit.*, pág. 251; y SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *op. cit.*, pág. 204.

⁵⁷ SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *op. cit.*, pág. 207.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 524/2010, de 25 de noviembre.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 240/2016, de 12 de abril.

Con respecto a la diligencia del profesional, se utiliza un criterio denominado *lex artis ad hoc* para medir la misma en las actuaciones médicas⁶⁰. En la primera etapa de aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en España, la jurisprudencia se inclinaba por considerar que las actuaciones médicas se realizaban conforme a la *lex artis ad hoc* por estar bajo la sujeción de una obligación de medios pero, sin embargo, en épocas posteriores la *lex artis* exige la obligación del sanitario de realizar su trabajo teniendo en cuenta el suceso determinado en el que se interviene y las circunstancias que afectan al mismo para poder realizar un enjuiciamiento de la actuación. Se pueden señalar como ejemplos de este último avance, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007⁶¹, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2002⁶² y la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013⁶³.

En conclusión, la *lex artis* permite valorar la diligencia del profesional determinando en cada caso si la actuación médica de que se trate ha sido correcta.

Por otra parte, llegados a este análisis conviene cuestionarse si la prueba pericial estaría entre las diferentes pruebas que pueden mostrar las partes en un procedimiento en el cual se está empleando la regla *res ipsa loquitur* y la presunción de responsabilidad derivada de su empleo. Con respecto a esta cuestión, existen diferentes opiniones en la doctrina. Por una parte, la doctrina anglosajona está a favor de que la prueba pericial se emplee junto con la regla *res ipsa loquitur*; pero, por otro lado, la doctrina española opina que es incompatible el uso de ambas figuras a la vez, debido a que la prueba pericial supondría una ruptura de la evidencia de la producción de un perjuicio causado como consecuencia de la falta de diligencia debida por parte de un facultativo, al requerirse de explicaciones técnicas que demuestren la existencia del resultado dañoso.

A pesar de ello, la jurisprudencia española en algunas ocasiones sí ha empleado la regla *res ipsa loquitur* basándose en una prueba de peritos. Tal es el caso presente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2003⁶⁴, en el cual aunque el órgano jurisdiccional alega

⁶⁰ BUSTO LAGO, J.M.: “La responsabilidad civil médica y hospitalaria”, *op. cit.*, pág. 301, en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1342/2006, de 18 de diciembre de 2006, Fundamento de Derecho Primero. Señala, asimismo, LLAMAS POMBO, E. (*Dir.*): *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria...*, *op. cit.*, pág. 42, que el hecho de que la culpa médica se valora siempre a la luz de los criterios que determina la *lex artis ad hoc*, permite concebir la responsabilidad por culpa en el ámbito sanitario como algo distinto de la culpa común o general.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 417/2007, de 16 de abril.

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1202/2002, de 18 de diciembre.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 517/2013, de 19 de julio.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 58/2003, de 30 de enero.

la aplicación de res ipsa loquitur, no se evidencia de forma clara la falta de diligencia causante del daño hasta que no se aportan las suficientes argumentaciones técnicas.

En otros casos, sin embargo, se ha empleado la prueba pericial, no para demostrar la falta de diligencia y atribuir la correspondiente responsabilidad al facultativo, si no simplemente para apoyar algún hecho concreto de los declarados en el proceso, como ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 abril de 2007.

En conclusión, se hace necesario señalar que no es posible la aplicación simultánea de ambas figuras debido a que la falta de la diligencia debida puede valorarse o gracias a la evidencia del daño o a través de explicaciones técnicas, pero no por ambas técnicas a la vez.

4. Problemática de la falta de prueba en España: algunos supuestos jurisprudenciales.

En España, en muchas ocasiones se produce la desestimación de las reclamaciones que realizan los ciudadanos por responsabilidad sanitaria a la Administración no llegando, por tanto, a obtener la indemnización correspondiente que restituya el daño causado, debido a la ausencia de pruebas.

Constituye un ejemplo de lo establecido el que se trata en la Sentencia de 9 de abril de 2015⁶⁵, en la cual: *“Un paciente había sido diagnosticado, hacía un año, de un síndrome doloroso, consistente en una “poloneuropatía mixta sensitivo motora”. Por tal razón, el Neurólogo de la Sanidad Pública, le prescribió una prueba de electromiografía. A las pocas horas de realizarse la prueba, se le aprecia un hematoma en el hueso poplíteo y región gemelar. Para eliminarlo, se somete al paciente a una intervención quirúrgica dieciséis días después. El demandante quedó con una minusvalía del 48%, por las lesiones sufridas en el miembro inferior derecho, y mantenía que no existía explicación para la lesión padecida, la cual atribuía a la electromiografía que se le practicó, y a la tardanza en realizar el posterior abordaje quirúrgico para eliminarlo”*. Sin embargo, en este caso, no se reconoció la responsabilidad de la Administración como consecuencia de la ausencia probatoria del nexo causal entre la electromiografía y las lesiones sufridas por la víctima, ya que no se dio explicación alguna sobre el por qué se habían producido dichas lesiones al paciente al practicarle la electromiografía. Dicha explicación correspondía a la Administración

⁶⁵ STS, 3ª, secc. 6ª, 9 de abril de 2015, rec. 3777/2014. Ponente: Huerta Garicano, Ines.

demandada, que fue quién realizó la prueba, y no al demandante, que no tenía medios para explicar cómo se le habían ocasionado tales lesiones durante la práctica de la prueba.

Otro caso que sirve de ejemplo de cómo la falta de prueba puede dar lugar a que quede impune la responsabilidad patrimonial de la Administración es el de un paciente que a pesar de que es sometido a dos operaciones quirúrgicas muy complicadas por un doble trasplante de corazón y de riñón, acaba perdiendo el brazo derecho por una causa que se desconoce, aunque parece que era una simple reacción alérgica a un esparadrapo. El actor señaló como posibles causas de su lesión una herida producida por accidente con un bisturí eléctrico o una necrosis por isquemia por compresión durante la intervención quirúrgica, pero la Administración en su defensa alegaba que no podía haberse producido tal lesión por un bisturí eléctrico, y que podían existir múltiples causas que podrían haberla ocasionado, como una simple reacción a un esparadrapo. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia⁶⁶ señaló que no podía establecerse una relación causa-efecto entre la actuación sanitaria y el daño producido, ya que no se había podido conocer con exactitud cuál había sido la causa que había provocado la lesión. Por esta razón, la causa podría haberse debido a la actividad administrativa o al proceso de enfermedad que presentaba la víctima. El actor recurrió al Tribunal Supremo, quien dictó sentencia desestimatoria del recurso⁶⁷, al considerar que aunque la Administración tenía mayor facilidad probatoria, la víctima tenía que haber alegado posibles causas que podían haberle ocasionado la lesión, para permitir de esta forma a la Administración defenderse. Este ejemplo muestra las dificultades que supone la configuración actual del sistema para los que sufren el perjuicio.

Otro caso de desestimación por ausencia de pruebas de una demanda en la cual se reclamaba responsabilidad sanitaria administrativa, se dio en la Comunidad Valenciana, en el cual un joven de 23 años, acude en distintas ocasiones al servicio de urgencias del Hospital público, con fuertes dolores de cabeza que se diagnostican como “*cuadro catarral de origen vírico o, síndrome febril sin foco*”, y en una tercera ocasión, un mes más tarde, se le realiza un TAC y se detecta un tumor cerebral, que provocó su fallecimiento poco tiempo después⁶⁸. A pesar de que la parte demandante contrató a un perito para la elaboración de un informe, se desestimó el recurso interpuesto por falta de prueba objetiva.

⁶⁶ STSJ Murcia, 18 de diciembre de 2009, rec. 328/2004. Ponente Uris Lloret, M^a Consuelo.

⁶⁷ TS 3^a, sentencia de 10 de julio de 2012, rec. 3243/2010, Ponente Menendez Perez, Segundo.

⁶⁸ STSJ Comunidad Valenciana, sentencia de 31 de octubre de 2013, rec. núm. 720/2011. Ponente: Garcia Melendez, Begoña.

V. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA.

La aplicación de la regla sobre la que versa el presente trabajo presenta tanto ventajas como inconvenientes.

Con respecto a las ventajas, dicha regla supone una ayuda para la superación de las dificultades que existen a la hora de probar unos hechos determinados y, de esta forma, también ayuda a la obtención de la reparación del perjuicio causado, debido a que al fijarse la negligencia del demandado, éste estaría obligado a indemnizar a la víctima. Además, el reconocimiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico de la mencionada doctrina o regla, haría más fácil la resolución de conflictos y paliaría la desprotección e indefensión que sufren en ocasiones las víctimas a las que les resulta muy complicado e incluso imposible tener acceso y poder aportar las pruebas determinantes de la producción de los daños que sufren. Aunque es verdad que la nueva regulación sobre adjudicación de la carga de la prueba establecida por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 da solución a algunos de los problemas manifestados e incluso podría reconocer la regla en nuestro ordenamiento jurídico, es necesaria una formulación expresa de la doctrina.

Sin embargo, a pesar de las ventajas, se han manifestado en otras ocasiones algunos inconvenientes que, en realidad, parecen un poco absurdos, ya que se ha llegado a pensar que si se objetivara el riesgo en ámbitos distintos al sanitario, habría gente que tomaría menos precauciones al tener por seguro que se les va a indemnizar si se les presenta algún problema, como, por ejemplo, que un peatón tendría menor precaución al cruzar una calle si sabe que va a ser indemnizado en caso de ser atropellado. Aunque ello no parece muy lógico, lo cierto es que seguramente sí que se podrían producir algunas alteraciones y siniestros en otros ámbitos de la responsabilidad civil, pero en el ámbito de la responsabilidad sanitaria de la Administración resulta dubitativo que la propia víctima participe en la generación de un accidente o se autolesione porque sepa que va a recibir dinero. Por tanto, se establece que en el ámbito sanitario la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* no comportaría la aparición de los citados inconvenientes.

Pese a lo manifestado anteriormente, pueden aparecer limitaciones y requisitos en la aplicación de la regla. De esta forma, y cogiendo como ejemplo lo que ocurre en el mundo anglosajón, se manifiesta lo siguiente: *“Para que esta doctrina se aplique es necesario que (1) el accidente sea de aquel tipo de los que ordinariamente no ocurren ante la ausencia de negligencia de alguien; (2) debe haber sido causado por un agente o instrumento bajo el*

control exclusivo del demandado; y (3) otras posibles causas han sido suficientemente eliminadas por la evidencia”⁶⁹.

La doctrina norteamericana también establece que: “*Se permitirá al jurado inferir negligencia si el demandante puede establecer, por medio de conocimientos comunes u opiniones de expertos que: 1) sus daños ordinariamente no hubiera ocurrido en ausencia de negligencia de alguien; 2) sus daños fueron causados por un agente o instrumento bajo el control exclusivo del demandado; y 3) otras posibles causas hayan sido suficientemente eliminadas por la evidencia, de manera que el jurado podría razonablemente concluir que la negligencia es, más probablemente que no, del demandado*”⁷⁰.

A pesar de lo manifestado por ambas doctrinas, no solo hará falta la presencia de los elementos citados para que gracias a la aplicación de la regla el demandado pierda el juicio, sino que la regla solamente determina elementos de prueba indiciaria que permiten llevar el caso ante un juez y darle la oportunidad de fallar en contra del demandado⁷¹.

VI. APLICACIÓN DE LA REGLA A ALGUNOS CASOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA.

En este punto se van a tratar algunos casos de responsabilidad patrimonial sanitaria, expresando las dificultades probatorias a las que ha habido que enfrentarse y cómo habría sido el desarrollo del procedimiento en caso de que se hubiera empleado la regla *res ipsa loquitur*.

1. Caso del tumor cerebral.

En primer lugar, comenzando con el caso del tumor cerebral, se analiza el caso de una paciente que acude dos veces a un Hospital Público, presentando síntomas con apariencia neurológica, tales como confusión mental, incontinencia urinaria, hemiparesia izquierda, apraxia del vestir y desorientación, los cuales son los relacionados normalmente con la existencia de un tumor cerebral.

Sin embargo, los facultativos le realizaron exploraciones en ambas ocasiones, llegando a la conclusión de que padecía un síndrome ansioso y enviándola a casa tras recetarle un

⁶⁹ Rowe vs. Public Service Company of New Hampshire, 115 N.H. 397, 399 (1975). Traducción libre.

⁷⁰ ABRAMSON, Mark A y DUGAN, Kevin F. En *Res ipsa loquitur and Medical Malpractice*, en <http://www.arbd.com/articles/resipsa.html>.

⁷¹ Cowan vs. Tyrolean Ski Area, Inc., 127 Supreme Court of New Hampshire. NH 397, 400 (1985).

ansiolítico, en lugar de haberle realizado un TAC, que era lo que correspondía ante tales síntomas.

Como la paciente no presentaba ninguna mejoría, optó por un Hospital Privado, en el cual le fue realizada una resonancia magnética, que permitió descubrir que padecía un tumor cerebral grave, el cual le provocó la muerte dos años después. Cuando se le detectó el tumor, la paciente afectada continuó acudiendo al hospital privado, ante el servicio nefasto que había recibido en el público, ya que no se le trató adecuadamente al no realizarle las pruebas oportunas, reclamando a la Administración tanto los gastos que había soportado en la sanidad privada como una indemnización por daños morales. La obligación de indemnizar se debe al principio de reparación integral, como se puede extraer de los artículos 106.2 de la Constitución Española y 139.1 de la Ley 30/1992. Sin embargo, en la sentencia no se le da la razón a la víctima porque se establece que la misma debería de haber probado tanto el daño sufrido como la relación de causalidad, probando que la asistencia recibida fue errónea.

Ahora bien, si en este caso se hubiese aplicado la regla *res ipsa loquitur*, al darse todos los requisitos necesarios para su aplicación, hubiese actuado la presunción que caracteriza a la regla y la carga de la prueba hubiera recaído sobre la Administración, la cual tendría que haber demostrado que actuó con la diligencia debida y de forma correcta, y que con los síntomas que presentaba la paciente no era necesario someterla a un TAC o prueba que hubiese detectado el tumor, y por qué no se le avisó al Neurólogo para que la atendiera cuando fue al hospital público, y también debería de haber dado explicaciones razonadas de por qué con esos síntomas se le diagnosticó un síndrome ansioso y no se presencié la posible existencia tumoral.

Como en este caso la Administración no se ha limitado a probar nada, la misma se hubiera visto obligada a indemnizar a la víctima.

2. Caso del Síndrome de Down.

En segundo lugar, procedemos a estudiar otro caso interesante, el del Síndrome de Down. En este caso, se comete un gran error por parte de la Administración, ya que al realizar la prueba de amniocentesis a una mujer embarazada, que tenía 39 años y había tenido un aborto previo al embarazo, para descartar cualquier tipo de patología en el feto y poder seguir con el embarazo si el niño venía en condiciones de normalidad, el Hospital se equivocó por una confusión en el tubo con el que se practicaron las pruebas, atribuyéndole los resultados de otra mujer cuyo feto venía en condiciones de normalidad, no presentando ninguna alteración cromosómica, cuando en realidad el feto de la paciente que nos ocupa en este caso sí que

presentaba síndrome de Down. Así, la actora al pensar que el niño no tenía ningún problema, continuó con su embarazo, descubriendo en el momento del nacimiento, que el mismo presentaba síndrome de Down.

Este caso fue pionero en el Derecho español, al tratarse de la primera vez que un Tribunal otorgaba además de una indemnización por daños morales para los padres, una pensión mensual vitalicia para el niño. Esto fue debido a que, de un lado, los padres iban a sufrir daños morales al tener a un niño con discapacidad que nunca será capaz de valerse por sí mismo, por lo que iba a requerir una dedicación personal mucho más intensa y prolongada, sin haber podido optar al aborto si hubieran conocido el estado del niño realmente; y, por otro lado, se fijó una pensión para el niño, debido a que un niño con esta alteración cromosómica necesita de una atención fija permanente y de unos cuidados médicos que un chico que no padece dicha alteración no necesitaría.

Sin embargo, tanto la Consejería de Sanidad como la Universidad Miguel Hernández establecían la falta de nexo causal⁷² entre el error de diagnóstico y el nacimiento de un hijo con síndrome de Down. De hecho, la Universidad Miguel Hernández señalaba lo siguiente: *“El síndrome de Down es ajeno a la actividad médica sometida a revisión jurisdiccional, ya que el síndrome citado tiene lugar con independencia de la actividad médica, que la que sea la actividad médica enjuiciada”*..... *“Si el síndrome de Down es ajeno a la actividad médica, no existe nexo causal entre la actividad médica, a que el presente recurso se contrae, y el daño originada por el síndrome de Down”*⁷³.

⁷² El problema en materia de relación de causalidad se halla, en estos casos, indica DE ANGEL YÄGUEZ, R. en *“Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad”* (parte II), en Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 5, julio-diciembre de 1996, Bilbao, págs. 141-156, en el concepto de los cursos causales no verificables, en el sentido de que el médico puede alegar que no es seguro que la madre hubiera abortado sin hubiera sabido la enfermedad congénita del niño. Sin embargo, el curso causal normal, aun cuando no seaverificable en su integridad, es que la madre que se somete a la prueba de la amniocentesis, lo haga por simple curiosidad, sino para acudir a la interrupción voluntaria del embarazo, si hubiera lugar a ella. La circunstancia de que la madre acuda al diagnóstico prenatal constituye per se un indicio suficientemente indicativo de que habría abortado si hubiese conocido la enfermedad del feto.

⁷³ Estaba fuera de toda duda que con las acciones ejercitadas no se defendía la existencia de nexo de causalidad entre la actividad administrativa y el síndrome de Down. Es obvio, como dice MACIA MORILLO, A. en *“La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales”*, Op. cit. pág. 317 y 323, que *“no se puede hacer responder a la Administración del hecho de las malformaciones o enfermedades que afectan al niño, en tanto que éstas son producto de la naturaleza o de la actuación de un tercero, no del funcionamiento del servicio público ni de la conducta de los profesionales sanitarios que llevan a cabo el diagnóstico*

La misma finalmente llegó a la siguiente conclusión: *“En conclusión, la desestimación de la pretensión indemnizatoria queda sustentada en razones diversas:*

La pretensión indemnizatoria en beneficio del niño debe quedar desestimada, porque el síndrome de Down es ajeno a la actividad médica, circunstancia determinante de la inexistencia de nexo causal, y porque la inexistencia del derecho al aborto, integra la cuestión planteada en el ámbito de la moral, no en el ámbito del derecho.

La pretensión indemnizatoria en beneficio de los padres debe ser desestimada, porque la indemnización por daño moral procede cuando queda desconocido un bien jurídicamente protegido, que no es el caso dada la inexistencia de nexo causal y del derecho a abortar.”

Pero a pesar de lo alegado, en la sentencia que se dicta finalmente sí queda establecido el nexo causal, ya que se manifiesta que: *“cabe establecer una relación de hipótesis probable entre el error en el análisis genético y los daños y perjuicios que se derivan del nacimiento y cuidados a lo largo de vida de una persona con el citado síndrome, así como el daño moral que para sus padres supone tal hecho, y por tanto la necesaria relación de causalidad entre estos y aquel.”* Esto es así, ya que el nacimiento se pudo haber evitado y, sin embargo, no se hizo por una causa imputable a la propia Administración Pública.

Ahora bien, igual que en el caso anterior, si para la resolución de este supuesto litigioso se hubiese aplicado la regla res ipsa loquitur, entendiéndose cumplidos todos los requisitos necesarios para su aplicación, se hubiese desatado una presunción de responsabilidad de la Administración por haber infringido la lex artis. De esta forma, se concretaría un nexo causal directo entre la actuación de la Administración de haber cometido un error al realizar la prueba de la amniocentesis, y el daño causado a la madre del niño, porque al no haberle informado realmente sobre el estado en el que se encontraba el feto, no se le dio la posibilidad de poder decidir si quería continuar con el embarazo o, en caso contrario, si prefería recurrir al aborto. Por ello, al presentar el niño síndrome de Down cuando nació, se les provocó a los

preconceptivo o prenatal.” El nexo causal se sitúa en otro lugar, pues, añade: *“la responsabilidad de la Administración se deberá plantear exclusivamente respecto de la conducta que no detectó el mal o defecto y respecto de los daños que tal conducta origine.”*, y planteándose como incide la aplicación del art. 141.1 LRJPAC en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, concluye que *“la Administración no responde por la falta de detección de todo mal o defecto, en caso de actuación diligente de los profesionales sanitarios, sino solo por la falta de detección de aquellos que pudieran haber sido diagnosticados de acuerdo con el parámetro universal del estado de los conocimientos científicos o técnicos. En el resto de los casos, lo que se prevé es la posibilidad de que el legislador establezca prestaciones asistenciales.”*

padres un daño moral, además de los gastos adicionales que se derivan de los cuidados especiales que requiere una persona que presenta esta alteración cromosómica.

Por lo establecido, en este caso, aunque con la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* hubiera sido menos complicado para los actores conseguir la estimación de lo que demandaban, de todas formas se acabó consiguiendo el mismo resultado. De todas formas, con respecto a la aplicación de dicha regla, desde el punto de vista procesal, lo más correcto sería que existiera una diligencia en el proceso gracias a la cual fuese posible el establecimiento, desde el primer momento, de la posibilidad de aplicación de la regla permitiendo, así, una relajación al demandante en cuanto a la aportación de pruebas en el proceso, debido a que la carga de la prueba para la desvirtuación de la presunción de culpabilidad de la Administración recaería sobre el demandado, que sería la propia Administración. Así pues, a partir de ese momento se le podría dar mayor comodidad en el proceso a la parte actora, permitiéndole adoptar una posición más pasiva en el mismo, aunque ello depende también del propio demandante.

Pero, sin embargo, en nuestro proceso contencioso administrativo no cabe dicho trámite procesal, de forma que el Tribunal no se va a plantear el empleo de la regla y la existencia de presunción de culpabilidad que se deriva de ella hasta que no tiene lugar el dictamen de la sentencia. Por ello, pueden darse situaciones confusas en las cuales o bien el demandante esté seguro de la aplicación de la regla y adopte una actitud relajada en cuanto a la aportación de pruebas, y después el Tribunal no admita su empleo, dando lugar a la desestimación de la demanda por ausencia de pruebas; o bien, de forma contradictoria, puede ocurrir que el actor considere que no es de aplicación la regla y, por ello, lleve a cabo una gran actividad demostrativa de lo ocurrido, siendo finalmente aplicada la regla. O también puede ocurrir que, ante el desconocimiento sobre la aplicación de la regla y contando con complejidades probatorias, a la víctima le falte atrevimiento para la iniciación del procedimiento contencioso, no realizando ningún tipo de actuación.

Por todo ello, una adecuada definición en la ley daría mayor certeza y seguridad para la actuación en este ámbito.

3. Caso del microcarcinoma papilar.

Con respecto al último supuesto de análisis que exponemos, el del microcarcinoma papilar, trata sobre una paciente a la cual se le realiza una tiroidectomía. Al llevar a cabo un estudio anatómico los médicos en el Hospital, los mismos descubrieron que la mujer padecía un tumor, el cual requería un seguimiento bioquímico, además de un estudio con radioyodo. Sin

embargo, en el Hospital no se le informó de nada y tampoco se propuso la realización de algún tipo de control necesario en esos casos.

Tras cuatro años, la paciente observó la presencia de un bulto en su cuello, por lo que acudió a hacerse una prueba, dando como resultado el padecimiento de un carcinoma papilar y metástasis, ya que el cáncer había hecho metástasis en ese periodo de tiempo. La prueba se la realizó por la sanidad privada como recomendación por la propia sanidad pública. Por ello, tuvo que someterse otra vez a una intervención quirúrgica y ser tratada en el Servicio de Medicina Nuclear. Actualmente, no sabe si podrá sobrevivir a la enfermedad que padece, por lo que vive con esa intranquilidad y preocupación, ya que se había producido una pérdida de oportunidad de curación⁷⁴, lo que se podría haber evitado si se hubiera llevado a cabo el tratamiento post cirugía adecuado porque se podría haber puesto remedio a la enfermedad en un estadio temprano de la misma, pudiendo haber conseguido frenar su desarrollo y evitar la propagación de la misma.

Por todo ello, la paciente exigió responsabilidad patrimonial a la Consejería de Sanidad, que era la que inicialmente la estaba tratando, pero la misma se opuso a la demanda.

Se acordó llevar a cabo las pruebas oportunas, ya que lo solicitó la parte perjudicada, las cuales versaron básicamente en que la prestación sanitaria se había llevado a cabo por la sanidad pública y no por la privada; en que la Administración había actuado de forma contraria a la *lex artis*; y en las consecuencias que se habían derivado de que no se llevaran a cabo las actuaciones oportunas, dejando que la enfermedad hubiera estado sin diagnóstico ni tratamiento durante varios años. Pero, posteriormente, en la resolución dictada por la

⁷⁴ La doctrina sobre la pérdida de oportunidad es frecuentemente aplicada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En este sentido, la STS, 3ª, Secc. 6ª, de 17 de enero de 1997, con ocasión de la reclamación formulada por los familiares de un herido que fue conducido al servicio de urgencias de un ambulatorio en el que no había personal sanitario, falleciendo posteriormente, señala que “tal ausencia de personal sanitario impidió que pudiesen adoptarse las medidas urgentes factibles en función de los medios disponibles, que podrían haber sido, según se desprende de las declaraciones obrantes en los autos, las tendentes a evitar la exposición al aire de la herida, procediendo a su taponamiento, o cualquier otra que se estimase apropiada. (...). En la Audiencia Nacional, la primera sentencia que aplicó expresamente la teoría de la pérdida de oportunidad fue dictada por la Secc. 4ª, con fecha 13 de noviembre de 2002, con ocasión del retraso en el diagnóstico de un astrocitoma difuso localizado inicialmente en el lóbulo frontal derecho y que posteriormente se extendió al lóbulo frontal izquierdo, por lo que solo pudo ser extirpado parcialmente, quedándole al paciente distintas secuelas, La Sala fijó una indemnización de 150.000 euros “por la pérdida de oportunidad” de haber obtenido una mejor evolución del tumor. Sobre la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, vid, infra.

Administración, se denegaba la responsabilidad reclamada, lo que dio lugar a que la paciente ampliara el recurso contencioso administrativo.

Finalmente, en la sentencia dictada se estima parcialmente la demanda, reconociéndose la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que se le concede a la paciente una indemnización por los daños morales que le habían provocado por la falta de previsión de revisiones periódicas y controles de su enfermedad por parte de los servicios sanitarios públicos, negándose la indemnización por el retraso en el tratamiento y el índice de supervivencia de la señora.

Si para resolver el mencionado caso se hubiera aplicado la regla “res ipsa loquitur”, ya que, de hecho, se daban los requisitos necesarios para su aplicación, nos hubiera llevado a la conclusión de que se debía presumir la infracción de la *lex artis* por parte de la Administración Pública, habiéndole correspondido al Hospital la prueba y justificación por la que no se le informó a la paciente de la enfermedad que padecía ni tampoco se le proporcionó el tratamiento que requería. Por tanto, en este caso, la aplicación de la regla hubiera conllevado la estimación de la demanda con el reconocimiento de la responsabilidad administrativa, ya que tales explicaciones no se dieron, pero el esquema a seguir por el juzgador hubiera sido más fácil, ya que en la fase administrativa había ausencia de explicación, y en vía contencioso-administrativa podía haberse limitado a fijar aspectos como la cuantía indemnizatoria, y a esperar que la Administración destruyera la presunción de responsabilidad.

VII. CONCLUSIONES.

La elaboración del presente trabajo me ha resultado muy interesante e instructiva, ya que me ha permitido adquirir un mayor conocimiento sobre la responsabilidad sanitaria de la Administración Pública, especialmente, sobre la regla res ipsa loquitur, tema que me parece de gran utilidad para supuestos de la vida cotidiana.

Con respecto al contenido, tras la realización de este trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Primera. La responsabilidad patrimonial de la Administración surge cuando la misma lleva a cabo una actuación sin emplear la diligencia debida, esto es, con negligencia, ocasionando un daño a un tercero, el cual no tiene la obligación de soportarlo (existen títulos de imputación). Por ello, en estas ocasiones, la Administración está obligada a reparar los perjuicios causados, normalmente mediante una indemnización.

Segunda. Dicha responsabilidad es una responsabilidad directa, al atribuirse directamente a la propia Administración; objetiva, ya que se va a considerar como responsable de los resultados dañosos a la propia Administración aunque haya actuado con la diligencia debida, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre la actuación administrativa y el perjuicio causado.

Esta responsabilidad de la Administración ha evolucionado mucho a lo largo del tiempo debido a que en un principio no se consideraba que existiese la posibilidad de que el Estado pudiese ser demandado y, sin embargo, actualmente dicha responsabilidad se encuentra regulada por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y hasta ha sido reconocida constitucionalmente, debido a que se ha reconocido que lo importante no es quien produce el daño sino el daño originado en sí.

Tercera. Entre los casos en los que se desencadena la responsabilidad administrativa, cabe señalar la presunción de culpabilidad que se desprende de la aplicación de la regla res ipsa loquitur, la cual se aplica en casos en los que se origina un resultado dañoso a un particular a consecuencia de un mal funcionamiento o funcionamiento anormal de los servicios públicos, y en los cuales resulta tan evidente la conexión entre la actividad administrativa y el daño ocasionado, que con la manifestación del daño por el tercero se considera que existe culpa por parte de la Administración, viéndose la misma obligada a aportar las pruebas que considere oportunas para su defensa.

Ello no quiere decir tampoco que siempre que no se obtenga un buen resultado en la práctica médica se deba a la responsabilidad de la Administración, ya que puede ocurrir que a pesar de que se actúe con la diligencia debida, no se consiga un resultado beneficioso para el paciente por la influencia de variadas circunstancias, y el deber de los facultativos es el de llevar a cabo su trabajo profesional con toda la diligencia debida así como la atención médica adecuada, y no el de asegurar la sanación del paciente (tienen obligación de medios y no de resultados).

Cuarta. Además, la regla *res ipsa loquitur* está muy relacionada con la doctrina del daño desproporcionado, ya que ambas tratan de solucionar los supuestos en los cuales con los servicios sanitarios prestados se ha ocasionado un resultado dañoso desproporcionado, pero se diferencian en que mientras que con la regla *res ipsa loquitur* se deduce la existencia de culpabilidad desde que se produce el perjuicio, pudiendo ser negada en un momento posterior por el facultativo; con la regla del daño desproporcionado, en cambio, no se origina una presunción inicial de culpabilidad, sino que dicha presunción se produce en un momento posterior. Pero a pesar de dicha diferencia con ambas reglas se produce el mismo resultado.

Quinta. Para que se pueda aplicar la mencionada regla, tanto la doctrina como la jurisprudencia anglosajona consideran la necesidad de que se den varios elementos para que sea posible la aplicación de la regla, los cuales suelen ser: sin mediación de negligencia por parte del demandado el daño no habría ocurrido; no deben existir otros motivos distintos de la negligencia en la producción del perjuicio; el hecho tiene que encontrarse bajo el ámbito de control del demandado, que es quien debe de tener también más conocimientos sobre las causas que han provocado el accidente y, además, el actor no debe participar en la generación del daño. Por su parte, a consideración tanto de la jurisprudencia como de la doctrina españolas se deben dar los siguientes: que el suceso causante del daño sea producido como consecuencia de una actividad negligente y no por otras causas, que dicho suceso sea ocasionado por una conducta incluida en el ámbito de poder del demandado, y que el mismo no se origine por una actividad correspondiente al ámbito del demandante.

Sexta. Lo que se diferencia *res ipsa loquitur* de las presunciones es que mientras que con esta regla el demandante solamente tiene que demostrar el daño (hecho indicio), sin necesidad de atender a la demostración del nexo causal que se desprende del daño ocasionado por la actuación médica, con las presunciones, en cambio, el actor tiene que probar el hecho indicio y la relación de causalidad que permita al órgano jurisdiccional determinar la presunción de culpa.

Séptima. La doctrina res ipsa loquitur no constituye una inversión de la carga de la prueba, ya que mientras que la inversión de la carga de la prueba supone que el demandado tiene todo el deber de la aportación probatoria para quedar exonerado de responsabilidad; la regla res ipsa loquitur, en cambio, establece que el demandado tiene el deber de aportar pruebas en contra de las afirmaciones del actor debido a que el demandado tiene mejores medios y una posición procesal de ventaja con respecto a la víctima, la cual es ajena al ámbito sanitario. De todas formas, ni la falta probatoria por parte del demandado determinará de forma automática la responsabilidad del mismo ni la aportación de la prueba del demandado señalando que ha actuado con la diligencia debida lo va a eximir de responsabilidad, debido a que cabe la valoración del Tribunal.

Octava. Existe una clara relación entre la regla res ipsa loquitur y el principio de disponibilidad y facilidad probatoria establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debido a que se establece la obligación de los tribunales de valorar la disponibilidad y facilidad probatoria correspondiente a cada parte, debiendo tener en cuenta el desequilibrio existente entre las partes. Por ello, para evitar la desprotección de las víctimas se considera que el facultativo demandado es el que debe aportar pruebas. Además, la prueba debe mostrar que el facultativo actuó con diligencia, la cual es valorada de acuerdo con la lex artis, y que el daño proviene de una causa distinta a la negligencia del médico. De hecho, la jurisprudencia más actual últimamente ha suavizado los requerimientos de prueba de los facultativos demandados.

Novena. Con respecto a la prueba pericial, mientras que la doctrina anglosajona está a favor de que la prueba pericial se emplee junto con la regla res ipsa loquitur; en contraposición, la doctrina española opina que es incompatible el uso de ambas figuras a la vez, aunque en algunas ocasiones ha empleado la regla res ipsa loquitur basándose en una prueba de peritos. Se hace necesario señalar, finalmente, que no es posible la aplicación simultánea de ambas figuras debido a que la falta de la diligencia debida puede valorarse o gracias a la evidencia del daño o a través de explicaciones técnicas, pero no por ambas técnicas a la vez.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

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

BARRERO RODRIGUEZ, C.: “La prueba en el procedimiento administrativo”, Elcano, 2001.

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

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

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

CUETO PEREZ, M: “Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria.” Valencia, 1997.

DIEZ PICAZO, L. La culpa en la responsabilidad civil extracontractual en Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al Profesor Roberto López Cabana obra coordinada por DE ANGEL YAGÜEZ, R e YZQUIERDITO TOLSADA, M. Madrid 2001, págs. 109-110.

DIAZ REGAÑÓN, C: “Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario”. Granada, 2006.

DOMÍNGUEZ LLUELMO, A: “Derecho sanitario y responsabilidad médica”, Valladolid, 2003.

GALAN CORTES, J.C.: “Responsabilidad civil médica”, Pamplona, 2007.

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

JIMENA, M. (Coord.): *Responsabilidad médica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 139-212.

LLAMAS POMBO, E: “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, en JA Martínez Moreno (coord.) “*Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*”, Madrid, 2000.

MACIA MORILLO, A: “La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de *wrongfull birth* y *wrongful life*)”. Valencia, 2005.

MARTIN REBOLLO, L: “Leyes Administrativas. Manual y Normas Básicas”, Cizur Menor, 2015.

MERINO MOLINS, V. *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad*. Actualidad Administrativa. Núm. 6. 3-9 febrero de 2003.

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

SALVADOR CODERCH, P. “Respondeat Superior I”, Indret, Marzo, 2002.

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

SILLERO CROVETTO, B.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, en CAMAS.

XIOL RIOS, J.A.: “La responsabilidad patrimonial por acto legislativo.”. En “*La responsabilidad civil y su problemática actual*”. Coord.. Moreno Martinez, J.A., Madrid, 2007.