

## El alcance de la teoría del daño desproporcionado

por Javier López y García de la Serrana  
Director

En responsabilidad civil la distribución de la carga de la prueba, en principio, parece estar clara, así, a la parte demandante le corresponde probar aquellos hechos en los que basa su demanda y a la parte demandada aquellos otros con los que pretende eludir su responsabilidad frente a los hechos alegados de contrario. Es el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el que establece que: *“Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición”*. Mientras que *“Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.”*

Así, el incumplimiento de tales normas será tenido en cuenta en la sentencia a la hora de apreciar qué hechos han quedado acreditados y cuáles no, y ello a los efectos de poder determinar la procedencia de la acción ejercitada. Dice nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de noviembre de 2015, que: *“Las reglas de distribución de la carga de prueba solo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quien según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria. [...] El principio sobre reparto del onus probandi [carga de la prueba] no es aplicable en aquellos casos en los cuales el tribunal efectúa una valoración probatoria de los hechos fundándose en distintos medios de prueba»*.

Pues bien, estas normas, sin embargo, pueden verse alteradas o modificadas en aplicación de algunas construcciones doctrinales o jurisprudenciales, a través de las cuales la carga probatoria se desplaza hacia una de las partes que en principio estaba exenta de su cumplimiento, y ello en aras a favorecer una mayor facilidad en la efectividad de la prueba, teniendo en cuenta las dificultades que en determinados supuestos pueden existir para el perjudicado por el daño,

en su obligación de probar todos aquellos elementos necesarios para hacer valer su acción. Es precisamente en esta idea donde encontramos el encaje de la teoría del daño desproporcionado, una figura que **Llamas Pombo**<sup>1</sup> consideraba que tiene su origen en el derecho alemán, de forma concreta en una sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1 de abril de 1979, en la que se establecía que las partes de un proceso deben tener una «igualdad de armas» y para ello es necesario estudiar caso por caso si ésta se da, y de no ser así, procederse a sopesar la carga de la prueba. Es muy clarificadora esta definición, pues lo que sin duda alguna busca esta figura, es que las partes puedan partir de una misma posición igualitaria a la hora de acceder a los medios de prueba necesarios para hacer valer sus pretensiones, buscando por tanto que puedan solventarse los obstáculos que se dan en determinados supuestos, para conseguir que esa posición igualitaria se haga efectiva.

La teoría del daño desproporcionado, por tanto, es aplicable cuando alguna de las partes ocupa una posición procesal privilegiada, y por tanto le permite el acceso a la prueba de forma mucho más fácil y lo que pudiera ser más importante, le permite conocer de primera mano y con más rapidez cuál es la prueba que puede determinar el origen del daño e incluso sus consecuencias, teniendo en cuenta que esto último a efectos de valoración del daño puede suponer algo fundamental. En este sentido, la aplicación de la teoría del daño desproporcionado va a exigir al demandado de forma indispensable, que acredite haber actuado con toda la diligencia exigible y de conformidad a la *lex artis* que le es aplicable, o en su caso probar que el origen del daño reclamado se encuentra en la acción de un tercero totalmente ajeno e independiente del mismo, pues solo así podrá desvirtuar la presunción de culpa que se crea como consecuencia de la producción de ese daño extraordinario. Esta es realmente la causa de ser de esta teoría, la existencia de una presunción de culpa hacia el demandado que se origina como consecuencia del daño inesperado y totalmente desproporcionado, un daño que no puede ni debe ser asumido por el perjudicado y que en modo alguno podía ser esperado por el mismo.

En esta misma línea, nuestro querido miembro de honor de ésta Asociación recientemente fallecido, **De Ángel Yágüez**, indicaba<sup>2</sup> que: «Se

*ha formulado este concepto al amparo de la siguiente reflexión: cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal, se está en presencia de un modo de prueba que podría considerarse “elíptico”, conducente de hecho a un sistema de presunción de culpa. Por decirlo de otro modo, a través de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias se afirma que el médico no ha actuado de acuerdo con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente».*

Esta figura se identifica o explica también a través de la llamada culpa virtual, como mecanismo deductivo que liga la presunción judicial de la culpa al resultado desproporcionado. Así, nuestro Tribunal Supremo iniciaba una línea jurisprudencial en este sentido mediante la

[dicos: problemas de prueba](#)”, Civitas 1999.



<sup>1</sup> En su manual “La responsabilidad civil del médico”, Trivium, 1988.

<sup>2</sup> En su manual “Responsabilidad civil por actos mé-

sentencia, entre otras, de 12 de diciembre de 199,8 donde en resolución a un supuesto de negligencia médica se establecía lo siguiente: *“quedó determinado un actuar que encaja en el reproche culpabilísimo como culpa virtual, en razón a la desproporción del resultado debido a la acreditada negligencia del recurrente.”*

Veamos ahora cuáles son por tanto los requisitos para poder apreciar la existencia de esta figura y cuándo va a poder ser aplicable, y acudamos para ello a lo dispuesto por nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en sentencia de 19 de mayo de 2016, en la cual, en resolución también de un supuesto de negligencia médica, nos establece las siguientes premisas:

*1.- Debemos estar ante la presencia de un daño que exceda de lo previsible y normal, que no guarde relación con el resultado previsible*

*de la intervención realizada, pues si se tratara de un daño que entra en la esfera de los riesgos inherentes a la misma no podríamos hablar de daño desproporcionado.*

*2.- El efecto dañoso que se haya producido no puede ser asumible por el perjudicado, en atención a lo inesperado e inexplicado del mismo, y precisamente atendiendo a su desproporción.*

*3.- Los anteriores elementos enunciados crean la presunción de quiebra de la lex artis por parte del demandado, presunción que sólo podrá desvirtuarse si prueba que la causa del daño se encuentra fuera de su ámbito de actuación, tratándose por tanto de un caso de fuerza mayor.*

*4.- La carga de la prueba sobre las circunstancias en las que se produce el daño la asume el demandado, y ello atendiendo, como veníamos diciendo a lo largo de esta editorial, en atención al principio de facilidad y proximidad probatoria.*

*5.- Ante la falta de prueba por parte del demandado, la imprevisibilidad del daño lo convierte en antijurídico, sin que quepa aludir al caso fortuito para excluir su responsabilidad.*

También en este sentido indica el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en sentencia de 24 de noviembre de 2016, que *“La doctrina del daño desproporcionado - STS 6 de junio 2014 - 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 la existencia de un daño de los que habitualmente no se produce sino por razón de una conducta negligente, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume.”*

Me parece muy interesante el apunte de esta sentencia, pues pone el acento en una idea fundamental en este tema, y es el hecho de que no es el resultado dañoso el elemento fundamental de esta figura, si no la imposibilidad del agente para demostrar que la causa de dicho daño es ajena a él, pues sólo ante la ausencia de dicha prueba es cuando podrá considerarse la presunción de culpa que determinará su responsabilidad.

Citemos igualmente la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de julio de 2013, donde se define al daño desproporcionado como *“aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales.”*

Como decíamos al principio, este resultado anormal es el que provoca la modificación de las normas tradicionales que regulan la distribución de la carga de la prueba entre las partes, y es el principio de facilidad probatoria el que justifica jurídicamente esta modificación sustancial en las “reglas de juego”. Dejemos citada la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2012, donde con ocasión de una inseminación artificial se causan secuelas que constituyen una tetraparesia espástica; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de octubre de 2021, donde tras una cirugía menor con colocación de material de osteosíntesis se causaron graves daños de carácter irreversible.

Pero es que es más, yo diría que esta modificación en la distribución de la carga probatoria es un medio para conseguir la efectividad del principio de tutela judicial efectiva y su propia satisfacción, pues se trata de facilitar el acceso a la prueba por parte de aquellos que lo ven dificultado, por ser ajenos a la propia esfera donde dicha prueba se ha producido o se encuentra depositada, y sólo facilitando ese acceso se puede conseguir que el derecho de defensa pueda hacerse efectivo para cada una de las partes que intervienen en un proceso. Pensemos por ejemplo en un incidente que se produce dentro de un quirófano y que provoca daños inesperados al paciente, es evidente que la entidad sanitaria será quien disponga de la mayor facilidad probatoria acerca de cómo tuvieron lugar los hechos causantes del daño y en qué circunstancias se produjeron, pues era su personal el que estaba dentro del quirófano en el momento de la producción del daño y es quien conoce en primera persona de los medios empleados para aquella intervención.

Además, hay algo que debemos añadir y que deberá tenerse en cuenta a estos efectos, y es que tal y como tiene establecido nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su sentencia de 4 de junio de 2013, la inversión de la carga probatoria en esta figura no se produce automáticamente por la sola presencia de un gravísimo resultado, sino que, además de requerir que exista nexo causal entre la producción de un resultado desproporcionado con la patología inicial del paciente y la esfera de actuación de los servicios sanitarios y que el daño producido no constituya una complicación o riesgo propios de la actuación médica, exige también que no se haya acreditado la causa de la producción de ese resultado, es decir, *“que la doctrina del daño desproporcionado no es aplicable cuando el resultado puede obedecer a un riesgo o a una complicación inherente al acto médico y/o se pueden explicar los hechos a través de las pruebas practicadas en el*



*proceso, ya que la esencia de la doctrina no está en el hecho “físico” de que el resultado sea desproporcionado a lo que se esperaba.”*

Por último, en lo referente al alcance de la teoría del daño desproporcionado en materia de responsabilidad sanitaria, me gustaría citar ahora la recientísima sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada, de 19 de abril de 2024, que es la razón de ser de este editorial, en la que de forma amplia y detallada se entra a valorar la aplicación de la teoría del daño desproporcionado, matizando cuáles son los elementos sustanciales de la misma y destacando los presupuestos que deben concurrir para proceder a su aplicación: *“La inversión de la carga probatoria no se produce automáticamente por la sola presencia de un gravísimo resultado, sino que, además de requerir que exista nexo causal entre la producción de un resultado*

*desproporcionado con la patología inicial del paciente y la esfera de actuación de los servicios sanitarios y que el daño producido no constituya una complicación o riesgo propios de la actuación médica, exige también que no se haya acreditado la causa de la producción de ese resultado, es decir, que la doctrina del daño desproporcionado no es aplicable cuando el resultado puede obedecer a un riesgo o a una complicación inherente al acto médico y/o se pueden explicar los hechos a través de las pruebas practicadas en el proceso, ya que la esencia de la doctrina no está en el hecho “físico” de que el resultado sea desproporcionado a lo que se esperaba (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2013). No se trata de producción de daños graves o desorbitados, siempre que se hallen dentro de los “riesgos típicos”, ni de un resultado posible entre las opciones disponibles; no hay daño desproporcionado cuando cabe la posibilidad de que el mismo se hubiera producido en el curso ordinario de los acontecimientos; para que lo sea, se debe partir de la evidencia de que el daño se ha producido, y, tras haberse descartado todas las posibles causas que hubieran podido producirlo razonablemente, se llega a la conclusión de que es incompatible con las reglas de la lex artis y con la naturaleza del daño por su falta de relación con la actividad médica practicada.*

Y es que en esta sentencia el hecho fundamental tenido en cuenta por la Sala, para estimar el recurso planteado y revocar la sentencia de instancia que rechazó la reclamación, es precisamente la falta de prueba suficiente practicada por la Administración demandada y sus peritos para justificar que su actuación fue diligente y que por tanto no existió vulneración de la *lex artis*, tal y como se recoge en la misma: *“Debe destacarse la excepcionalidad de la complicación que concluyó en el fatal desenlace, que exige que por la Administración o los peritos de la codemandada ofrecieran una explicación razonada y contundente, sin atisbo de duda, mientras que no se explica suficientemente que el resultado lesivo fuera un riesgo o complicación inherente al acto médico que se realizaba y, por tanto, imprevisible e inevitable.”*

Con todo lo anterior, aun siendo cierto que el peso de esta teoría la encontramos reflejada por nuestra jurisprudencia, de forma mayoritaria en asuntos donde el objeto de litigio versa sobre la existencia o no de una negligencia médica, me parece interesante hacernos eco aquí también, de algunos otros supuestos en los que nuestros órganos jurisdiccionales aplican el concepto de daño desproporcionado para in-



vertir las normas sobre distribución de la carga de la prueba; citemos así por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 17 de febrero de 2016, donde acude a esta figura para resolver sobre la responsabilidad en un accidente laboral: *“Este criterio jurisprudencial es seguido por la reciente Sentencia de 11 de junio de 2008 , que cita las de 14 de diciembre de 2005 y 3 de abril de 2006 , y que, tras confirmar que el principio de responsabilidad subjetiva aparece consagrado como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, también a la hora de apreciar la existencia de responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo, dice sin embargo que ello no es óbice para admitir en este ámbito de la responsabilidad civil «supuestos en los que debe acentuarse la imputabilidad objetiva del daño a su causante, como ocurre cuando concurren especiales deberes de diligencia impuestos por la creación de riesgos extraordinarios, o en que debe exigirse la prueba de haber actuado diligentemente al causante del evento dañoso por razones derivadas básicamente, más que de una inversión de la carga probatoria en sentido propio, del principio de facilidad o proximidad probatoria relacionado con la producción de daños desproporcionados o inexplicables o la producción de un siniestro o accidente en el ámbito propio de la actuación controlada de manera especial o excluyente por el agente causante del mismo».*

También la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 16 de febrero de 2009, de la que fue ponente **Roca Trías**, entró a conocer sobre la aplicación de la teoría de la agravación del riesgo, en este caso para denegarla ante el accidente ocurrido en una atracción de feria donde el recurrente buscaba la condena del Ayuntamiento organizador del evento, y ello al considerar que pese al hecho de que el resultado dañoso pudiera calificarse como inesperado y desproporcionado, no existía principio de atribución de culpa alguno con el que poder construir la presunción necesaria para estimar responsabilidad en la Administración demandada: *“La jurisprudencia de esta Sala ha venido repitiendo que “el riesgo, por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos. (1902 y 1903 CC), a no ser que se trate de “riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole”. Este criterio jurisprudencial es seguido por la reciente Sentencia de 11 de junio de 2008 , que cita las de 14 de*

*diciembre de 2005 y 3 de abril de 2006 , y que, tras confirmar que el principio de responsabilidad subjetiva aparece consagrado como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, también a la hora de apreciar la existencia de responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo, dice sin embargo que ello no es óbice para admitir en este ámbito de la responsabilidad civil «supuestos en los que debe acentuarse la imputabilidad objetiva del daño a su causante, como ocurre cuando concurren especiales deberes de diligencia impuestos por la creación de riesgos extraordinarios, o en que debe exigirse la prueba de haber actuado diligentemente al causante del evento dañoso por razones derivadas básicamente, más que de una inversión de la carga probatoria en sentido propio, del principio de facilidad o proximidad probatoria relacionado con la producción de daños desproporcionados o inexplicables o la producción de un siniestro o accidente en el ámbito propio de la actuación controlada de manera especial o excluyente por el agente causante del mismo».*

Podemos concluir por tanto, que nos encontramos ante una figura que no sólo puede ser utilizada dentro del ámbito de la responsabilidad civil sanitaria, si no que sus consecuencias van a poder verse desplegadas en cualquier otro ámbito de la responsabilidad civil donde, en atención a las circunstancias del supuesto en cuestión, podamos estimar concurrentes los elementos aquí analizados y a partir de ellos pueda construirse la presunción de culpa que finalmente determinará la existencia de la responsabilidad reclamada.

**Abril 2024**

