

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR NEGLIGENCIA MEDICA. SU ACREDITACION PROCESAL

José Domingo Valls Lloret

Profesor de Derecho civil. Facultad de Derecho. Universidad de Barcelona

Como preludio a la determinación y estudio de la carga probatoria de la actuación profesional médica en el ejercicio ordinario de su actividad, deberemos dejar constancia que la misma tiene como finalidad conseguir determinar a quién corresponde probar los hechos en los que se fundamenta una posible demanda por negligencia profesional, y después, para el caso que así sea, deberán determinarse los efectos de su no prueba.

Estos problemas de acreditación, así como cualquier referencia a la carga de la prueba, y la necesidad de su inversión por imposibilidad de acreditación, no llegará a suponer problema en ningún momento, si todos los hechos de la demanda resultan probados o existen indicios racionales para fundamentar el criterio del juez con arreglo a las normas de la "sana crítica". Esta idea es la actualmente admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así se expresa en la reciente Sentencia de 7 de enero de 1999, donde recogiendo ideas ya contenidas en Sentencias de 30 y 31 de diciembre de 1997, establece que *"...el artículo 1214 del Código civil que ha dado lugar a la doctrina de la carga de la prueba, mal enunciada legalmente, profusamente desarrollada en la doctrina y reiteradamente expuesta en la jurisprudencia, se aplica en cuanto hay hechos que no han sido probados y se imputa su falta de prueba a una u otra de las partes litigantes, lo que se resume en la frase el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba"*. Sólo cuando queda acreditada la falta de prueba o cuando los supuestos fácticos que necesitan ser probados para la mejor decisión de la controversia judicial no han sido probados, es cuando se plantean diversas cuestiones sobre los mismos, y en concreto sobre quién debe probarlos. Si, por el contrario, con la práctica de la prueba propuesta en la demanda se consigue un resultado probatorio indudablemente completo, no surgirá en ningún momento la cuestión ni la controversia sobre la existencia, ni sobre la carga de la prueba.

Ello no obstante, deberá determinarse quién tiene la obligación de probar los hechos, lo que se entiende por la carga de la prueba, de modo que el obligado será quien deba sufrir las consecuencias de su incumplimiento, infringiéndose el artículo 1214 cuando a falta de pruebas se hacen recaer las consecuencias en persona distinta a la obligada a probar. Así lo entiende un importante sector de la doctrina al considerar que la finalidad fundamental e inmediata de la doctrina no es la de determinar quién tiene la obligación de probar, sino que la razón teológica sustancial de la teoría es la de solventar el vacío de falta de prueba trascendente para la solución de la litis. Sólo entonces, cuando se da tal ausencia vacío o laguna probatoria, y por tanto como consecuencia indirecta o mediata, aparece como relevante determinar a quién incumbe la carga de probar¹.

La fórmula seguida habitualmente por la jurisprudencia consiste en hacer un razonamiento previo en relación con el reparto de la carga de la prueba y verificar si el cumplimiento de dicha actuación ha sido realizada por aquel a quién corresponda, inicialmente el demandante. El juzgador sólo se remite a la doctrina de la carga cuando para resolver alguno de los problemas litigiosos se encuentre con una deficiencia probatoria que le impide determinar con exactitud los hechos, por eso la carga de la prueba, por su carácter supletorio, es de contemplación judicial posterior a la apreciación o valoración probatoria y al discurso lógico del juez mediante el que se integra el acervo fáctico.

Solventar las cuestiones que puedan recaer en tema de carga de la prueba, además de resolver un importante problema práctico del proceso, presenta otros alcances de diferente valor institucional, impidiendo al juez buscar

¹ Ver el contenido de la Sentencia del T.S. de 29 de julio de 1997, así como CORBAL FERNANDEZ. "La adquisición procesal y la carga de la prueba", en la obra general "La prueba en el proceso civil". pág. 174.

por sí la prueba no suministrada por las partes y contribuyendo a explicar y justificar la prohibición del "non liquet"². La carga de la prueba, así como el principio de "iura novit curia" resultante del Código civil, impiden que una cuestión litigiosa, o al menos planteada por las partes como tal, no quede resuelta por falta de convicción o conocimiento o como consecuencia de existir duda o incertidumbre acerca de cuál fue el real devenir del acontecer fáctico. Se combina un principio de efectos fácticos con otro de efectos jurídicos que impiden el no conocimiento ni resolución de la cuestión planteada.

1. LA PRUEBA DE LA NEGLIGENCIA MÉDICA

La carga de la prueba es uno de los actuales problemas del proceso, por cuanto no existe al respecto una reglamentación dispositiva legislativa. La prueba, y la determinación de a quién corresponde aportarla, es la columna vertebral del proceso civil, siendo un problema pendiente de resolución definitiva y concluyente en nuestro sistema procesal, ello desde hace más de dos mil años. La práctica de la prueba repercutirá de modo definitivo en la acreditación y posterior reconocimiento judicial de los derechos alegados. La carga de la prueba, y su distribución, se fundamenta en los principios de justicia distributiva, igualdad de las partes, libertad y responsabilidad de las partes en su actuación procesal, lo que contribuirá a facilitar el reconocimiento de los derechos alegados. Ello es consecuencia de la puesta en práctica de los principios de exigibilidad y flexibilidad probatoria, así como del desplazamiento hacía una de las partes del peso probatorio del proceso, dentro de los principios anteriormente expuestos. Lo anterior tendrá una influencia decisiva para la resolución del proceso y para la efectividad del derecho sustantivo material.

No obstante, interesa destacar dos aspectos básicos. En primer lugar, cuando se dice que la importancia de la doctrina de la carga de la prueba es inversamente proporcional al incremento de los poderes del juez en esta fase procesal, sólo ha de entenderse cuando ese aumento incida sobre la actividad probatoria, porque la ampliación de las facultades del juez para el reparto o distribución no restan trascendencia a la doctrina en sí, aunque ello influya sobre los principios o normas que la integran, pues siempre el juzgador habrá de contemplar una regla de distribución que fundamente su apreciación, ya que ésta

² CARNELUITI, Francesco: "Derecho Procesal Civil y Penal". Traducción de Santiago SENTIS MELENDO. Madrid. 1971. Tomo I. Pág. 298.

en modo alguno puede ser discrecional. Otro aspecto digno de ser reseñado es el de que en el primer momento histórico de desarrollo de la institución su operatividad se configuró en tomo a reglas concretas. El esfuerzo doctrinal, en cambio, se encaminó a la obtención de soluciones genéricas. Ha sido en vano, no se ha conseguido reducir la doctrina a unos principios generales o generalizadores. Tanto más que al principio, nos encontramos ante una pluralidad de fórmulas, orientaciones o estímulos, que no esconden la formulación de un principio fundamental tal que la prueba de un hecho o de un derecho incumbe al que lo pretende, y que son fundamento de su pretensión procesal, así incumbirá a cada parte alegar y probar los hechos que forman el supuesto de la norma favorable, es decir de aquellos en que se funda su pretensión. Esta mayoritaria opinión doctrinal es la que está recogida en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo³.

2. LA CARGA DE LA PRUEBA

Sin ánimo de extenderme en excesivas consideraciones terminológicas, hemos de considerar que el sistema de la carga de la prueba en nuestro proceso civil se articula en tomo a un principio común de carácter material, constituido por la regla genérica del artículo 1214 del Código Civil, complementada por normas procesales mucho más formalistas, incluyéndose en estas las disposiciones de la L.E.C. así como distintas normas concebidas en diferentes cuerpos legales no procesalistas, que van desde el Código de Comercio hasta el Código Civil. Esta idea es la que históricamente ha venido imperando en nuestro derecho al quedar recogida en el artículo 1196 del Proyecto de 1851, del que GARCIA GOYENA dice que responde a precedentes históricos del Derecho romano y de nuestra legislación histórica⁴.

El contenido y la forma adoptada por esta regla en nuestro Código Civil ha sido criticada por la doctrina científica, calificándola de imperfecta, incorrecta e in-

³ En Sentencia de 30 de octubre de 1998, manifiesta que "La moderna doctrina jurisprudencial viene matizando el principio del onus probandi que sanciona el artículo 1214 del Código Civil en el sentido de que incumbe al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al demandado, en general, la de los impeditivos o extintivos que alegue; y aún cuando no cabe admitir en todos los casos que los hechos negativos no puedan ser probados, pues pueden serlo por hechos positivos contrarios, aquella norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deberá adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte".

⁴ Establece el artículo 1214, que "Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone".

completa, ya que sólo parece referirse a la necesidad de probar las obligaciones, cuando son los hechos los que deberán probarse, refiriéndose Únicamente a los hechos constitutivos y extintivos, sin mencionar los impeditivos y los excluyentes⁵. Sin embargo la norma ha sido completada por la doctrina y la jurisprudencia mediante la ficción de entender comprendidos la globalidad de los hechos, en relación con la regla de que quien enuncia, asevera o niega un hecho deberá acreditarlo⁶. La regla general atribuye al actor la actividad intransferible de probar los hechos constitutivos de su derecho, y al demandado le incumbe la de los hechos impeditivos, modificativos, extintivos y excluyentes, en la idea de que cada parte ha de probar los hechos que integran el supuesto de la norma jurídica cuya aplicación invoca en su beneficio o interés. En esta línea, ver la Sentencia del T.S. de 5 de Noviembre de 1993, cuando dice que *"...la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo o, lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionar todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia; además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la culpa y de la relación o nexo de causalidad, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa, por no depender de la misma el resultado dañoso."*

No es posible fijar apriorísticamente la naturaleza jurídica de los hechos alegados en juicio. No hay regla que permita determinar anticipadamente cuándo un hecho es constitutivo o impeditivo, constitutivo o extintivo, debiendo atenderse en cada momento a la situación jurídica concreta en la que el hecho se produce y realiza su función. En la práctica forense, ocurre que la actividad de las partes no opera en contemplación de la doctrina de la carga. Las partes suelen intentar la aportación de prueba

en relación con todos los hechos alegados en la demanda, o en su contestación, aunque siempre desde una perspectiva favorable a su postura procesal. El interés en la alegación de los hechos es unilateral por lo que una correcta aplicación del citado artículo 1214, y una adecuada distribución de la carga probatoria, impone acreditar, por ser de interés de una o de las dos partes litigantes, y ser una actividad a su cuenta e incumbencia, los hechos en los que se basa la pretensión suplicada. Dicha cuestión obedece a veces a la incertidumbre acerca de la naturaleza del hecho y del cumplimiento de las obligaciones, pero sobre todo responde a la previsión de evitar que una prueba poco fundamentada de una de las partes pueda permitir llegar definitivamente a una conclusión o un dato fáctico de difícil acreditación, como es el caso que nos ocupa respecto de la actuación médica y sanitaria, donde el hecho de haberse producido un daño objetivo ordinariamente queda convenientemente demostrado, pero no queda acreditada la anormalidad de la actuación del sujeto agente respecto de los datos objetivos. El problema es trascendente, pues no existe ninguna norma o regla que permita predeterminar la cantidad de prueba necesaria, debiendo ser el arbitrio judicial el criterio determinante de la prueba que necesariamente ha de ser practicada, así como quién ha de llevarla a cabo y, en su caso, determinar el juego del principio de inversión de la carga de la prueba, cuando se traslada dicha carga no a quién alega el hecho y el daño, sino al demandado⁷. A esta posibilidad se la ha considerado como una flexibilidad en la apreciación de la prueba⁸, de forma y manera que será el demandante perjudicado quién deberá alcanzar la prueba de los hechos constitutivos de la acción que ejercite, como le viene impuesto por el texto del artículo 1214 del C.C., que a sensu contrario pondrá de cargo de la parte demandada la prueba de los hechos extintivos, impeditivos u obstativos que se produzcan en cada caso, dando lugar a la llamada inversión tácita o unilateral de la carga de la prueba, sobre todo cuando una de las partes procesales adopta respecto de un hecho alegado por la contraparte un interés probatorio especial y directo, como si le incumbiera la carga de acreditar el haberse, o no, producido un determinado hecho, en tanto que con arreglo a la legislación vigente y la normativa del "onus probandi" la actividad probatoria debería desplegarla la otra

⁵ CORTÉS DOMINGUEZ, Matías: "Derecho Procesal. Parte General". Tomo I. Madrid. 1990; MONTERO AROCA, Juan: "Derecho Jurisdiccional". Barcelona. 1993. Tomo II.

⁶ Ver Sentencias del T.S. de 26 Mayo de 1986, 12 de Julio de 1988, 7 de Febrero de 1990, 8 de Mayo de 1991, 20 de Febrero y 13 de Octubre de 1992.

⁷ Sentencias T.S. de 23 de septiembre de 1986, 23 de septiembre de 1989, 15 de noviembre de 1991 y Sentencia de la A.P. de Tarragona de 30 de octubre de 1998.

⁸ En esta línea se manifiestan las Sentencias del T.S. de 20 de marzo de 1987, de 3 de enero de 1989; 17 de junio de 1989 y 18 de mayo de 1988: "según criterios flexibles y no tasados, que se deben adaptar a cada caso según la naturaleza de los hechos afirmados o negados".

parte, por cuanto en ella se producirían las consecuencias procesales desfavorables de no poder probar el hecho determinante o causante de su reclamación⁹. Una conducta de tal tipo puede conducir a la denominada por la doctrina, asunción implícita de la carga probatoria, que si bien no se ha desarrollado doctrinalmente sí se ha venido aplicando aisladamente por los tribunales como consecuencia de una mitigación del rigor probatorio, sobre todo respecto de hechos negativos que pueden pugnar con las reglas de la buena lógica, haciendo imposible el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰.

El artículo 1214 del C.C. contiene una regla genérica y abstracta de naturaleza procesal, de especial trascendencia en el ámbito casacional, por cuanto el Tribunal Supremo tiene declarado que el citado precepto no contiene una norma de valoración probatoria, y que sólo se infringe cuando se haya realizado una indebida inversión de la carga de la prueba. Esta regla genérica recogida en el artículo 1214, se complementará con axiomas jurídicos y con otras normas de carácter específico, aplicables a casos singulares de prueba, sin perjuicio de su posterior extensión objetiva consecuencia de la realización de una abstracción general del supuesto juzgado¹¹. Estos preceptos son los llamados normas legales complementarias de carácter específico, llamadas, según los distintos autores como normas de asignación probatoria en tanto que disponen el medio de prueba a emplear, así como el hecho relevante a probar; las normas de atribución probatoria y normas especiales de la carga de la prueba¹².

3. LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA ACREDITACIÓN DEL NEXO CAUSAL ENTRE EL HECHO RESULTANTE Y LA ACTUACIÓN MÉDICA NEGLIGENTE

Hasta aquí me he referido a la prueba ya la distribución material de la carga de la prueba. A partir de aquí, pasaré a referirme a los supuestos en que se produce una ruptura de la regla general atributiva del artículo 1214, para pasar a la llamada inversión de la misma o "probatio diabólica", descargando, en aras de una mayor sensibilidad probatoria y en beneficio del demandante, a éste de la necesidad de probar el hecho alegado, y cargando consecuentemente con dicha obligación al demandado o sujeto pasivo de la reclamación, que no necesariamente del hecho, por cuanto que de no hacerlo así, se atentaría contra los principios constitucionales de igualdad, responsabilidad y seguridad, cayendo, incluso, en situaciones de arbitrariedad. Se produce una constitucionalización del derecho de prueba¹³, sobre la idea básica de ofrecer al administrado la cobertura y protección jurisdiccional necesaria, que combinará el principio constitucional de tutela judicial efectiva con el principio a un proceso justo y eficaz. Para ello, conviene destacar que doctrinalmente se acogen diversas posturas en la determinación del alcance de la inversión de la carga probatoria.

Un sector doctrinal, el más arcaico en la materia, representado por PRIETO CASTRO mantiene una postura restrictiva, entendiendo que no cabe hablar de inversión legal y judicial como tal, sino que se trata simplemente de exoneraciones pactadas a la regla general del 1214 y siguientes¹⁴.

Existen otras corrientes doctrinales y jurisprudenciales favorables a la inversión en determinados casos, atendiendo al aumento de los riesgos procesales consecuencia de los avances técnicos y la necesidad de facilitar el ejercicio de los derechos, evitando que se produzca aquello a lo que antes nos hemos referido como una arbitrariedad con tintes inconstitucionales, acudiendo para ello a instituciones de diversa naturaleza como la respon-

⁹ Sentencias del T.S. de 8 de marzo de 1996; 27 de octubre de 1998 y 24 de noviembre de 1998.

¹⁰ Sentencias del T.S. de 26 de mayo de 1986, 12 de julio de 1988, 7 de febrero de 1990, 8 de mayo de 1991, 20 de febrero y 13 de octubre de 1992 y 15 de noviembre de 1993; de 17 de noviembre de 1993; de 5 de diciembre de 1994; de 12 de junio de 1997 y 29 de septiembre de 1997.

¹¹ Se citan como supuestos, entre otros, los preceptos de los artículos 33,434,686, párrafo segundo; 850,861, párrafo segundo; 1.183, 1.277,1.750, párrafo segundo, y 1.900 del Código Civil, 361, párrafo tercero; 709 y 731 del Código de Comercio, y 38, párrafo segundo, de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro.

¹² MONTERO AROCA, op. cit. págs. 210 y ss.; FAIREN GUILLÉN, V: "Doctrina General del Derecho Procesal". Barcelona, 1990. Págs. 421 y ss.

¹³ Sentencias del T.S. de 22 de diciembre de 1998; 18 de julio de 1991; 30 de abril de 1992 y 30 de septiembre de 1992 y del Tribunal Constitucional 15111985, 89/1986, 111992 de 23 de enero, y 87/1992, de 8 de junio, entre otras.

¹⁴ En cambio, PRIETO CASTRO no parece compartir las modernas teorías, al considerar que "...ahora se propugna, naturalmente a base de restringir el principio controversia!, sustituir la división rígida de la carga, atribuyéndole ser un residuo de prueba legal, para la adecuación al caso concreto". "Tratado...". Tomo I. pág. 631.

sabilidad objetiva legal o jurisprudencial; presunción de culpabilidad; doctrina de la "in re ipsa loquitur"; prueba "prima facie", etc.

La más moderna, ya su vez más consolidada doctrina científica, hace referencia a las modernas doctrinas de normalidad, facilidad y flexibilidad en la determinación y práctica de la prueba, atendiendo a cada situación procesal o hecho concreto del procedimiento. De esta forma el Tribunal Supremo, ya en Sentencia de 24 de diciembre de 1958, entendió que *"la doctrina legal sobre la carga de la prueba que se refiere a criterios legales, flexibles, usuales y de disponibilidad de los medios probatorios"*¹⁵. Así, MONTERO AROCA alude a las doctrinas de la normalidad y de la facilidad probatoria, considerando que es necesario distribuir la carga de la prueba atendiendo no tanto a una serie de principios teóricos o a la posición que se ocupa en el proceso, cuanto a criterios prácticos y en concreto a la proximidad real a las fuentes de prueba¹⁶. Con la doctrina de la normalidad, se impulsa al juzgador a resolver atendiendo a máximas de experiencia obtenidas por haber resuelto anteriormente situaciones similares ya producidas. Ante unos mismos hechos o situaciones similares la resolución y la determinación de la prueba inicialmente será el mismo¹⁷. Igualmente, DE LA OLIVA Y SERRA DOMINGUEZ se refieren al llamado principio de la normalidad, y resaltan que debe distribuirse la carga de la prueba, atribuyendo a cada parte la que, según la experiencia, suele estar más próximo a ella. La doctrina de la facilidad probatoria valora las posibilidades de las partes, desplazando la carga de una o otra según criterios de mayor facilidad o dificultad¹⁸. En este sentido, a cada parte le corresponde la prueba de lo que, conforme a

la razón ya la experiencia, es más fácil de probar para ella que para la parte contraria, siguiendo por tanto un criterio de facilidad probatoria en cuanto a la acreditación de la existencia del hecho alegado. Habrá que acudir al criterio de la facilidad probatoria a fin de mantener el principio de igualdad en el proceso. A esta circunstancia, así como a la necesidad de aplicar este criterio de normalidad o proximidad a la carga de la prueba de la existencia de culpa o al de la relación o nexo causal entre ésta y resultado dañoso, se refiere el T.S. en Sentencia de 28 de enero de 1999, cuando carga al paciente con la obligación de acreditar que el facultativo demandado no ha obrado con la pericia exigida, "Tex artis ad hoc", en el ejercicio de su profesión¹⁹. Realmente se está recogiendo un criterio por el que la prueba se exigirá, no al demandante o al demandado con carácter genérico, sino que la carga probatoria se atribuirá o se desplazará a aquella de las partes litigantes que más fácil lo tenga para llevarla a cabo, bien por un criterio de proximidad con la prueba o la fuente de aquélla²⁰, bien por conocer la existencia de la misma o el modo de llevarla a cabo²¹, bien por tener una mejor disponibilidad o, en general, por tener una mayor facilidad probatoria²².

En la jurisprudencia se aprecia, cada vez con mayor intensidad, el acogimiento de las modernas orientaciones en materia de carga de la prueba, y en concreto las doctrinas de la normalidad, flexibilidad y facilidad probatoria, así como la idea de oportunidad de la práctica de la prueba, que han sido recogidas y están integradas en la moderna doctrina jurisprudencial. Así, respecto de la oportunidad de la prueba a practicar, insiste el T.S. en Sentencia de 24 de octubre de 1998, 'que consecuencia de este principio de oportunidad, se rechaza la arbitrariedad pero no la libre facultad valorativa del juzgador,

En la práctica forense, con escaso soporte doctrinal hasta la fecha, se sigue un criterio muy amplio, comprendiendo todos aquellos casos en que la carga se resuelve con una solución diferente de la que sería previsible con

¹⁵ Sentencia de la A.P. de Tarragona de 30 de octubre de 1998, donde de acuerdo con reiterada jurisprudencia del T.S., considera en referencia a la norma genérica del artículo 1214, que "...aquella norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deberá adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte". Ver Sentencias del T.S. de 23 de septiembre de 1989 y 15 de noviembre de 1991.

¹⁶ MONTERO AROCA, op. cit. La doctrina de la facilidad está recogida en Sentencias del T.S. de 23 de septiembre de 1986 y 17 de octubre de 1983.

¹⁷ Sentencias del T.S. de 13 de enero de 1951, 18 de octubre de 1966, 24 de abril de 1987, 19 de julio de 1991 y las más recientes de 29 de mayo de 1998, 27 de octubre de 1998 y 24 de noviembre de 1998.

¹⁸ Como doctrina general aparece ya en la Sentencia de 3 de junio de 1935 que dice que: "...de la misma forma habrá de acreditar también aquellos eventos que por su naturaleza especial o su carácter negativo no podrían ser demostrados por la parte adversa sin grandes dificultades", En la misma línea se expresan resoluciones posteriores hasta nuestros días, Sentencia del T.S. de 23 de septiembre de 1986, 23 de octubre de 1991, 17 de noviembre de 1993, 29 de septiembre de 1997, 22 de diciembre de 1998, 28 de enero de 1999, entre otras.

¹⁹ DE LA OLIVA SANTOS, op. cit. págs. 272 y 55.

²⁰ Sentencias del T.S. de 25 de junio y 29 de octubre de 1987, 17 de noviembre de 1988, 17 de junio de 1989, 15 de noviembre de 1991, 30 de abril de 1998, 7 de enero de 1999.

²¹ Sentencias del T.S. de 24 de diciembre de 1988, 18 de julio de 1991, 20 de noviembre de 1991, 25 de abril de 1994 y 12 de enero de 1999.

²² Ver Sentencias del T.S. de 17 de octubre de 1983, 23 de septiembre de 1986, 25 de junio de 1987, 15 de julio de 1988, 23 de septiembre de 1989, 18 de abril de 1990, 18 de septiembre de 1991, 26 de septiembre de 1991, 23 de octubre de 1991, 15 de noviembre de 1991, 17 de noviembre de 1993, 29 de septiembre de 1997, 22 de diciembre de 1998, 28 de enero de 1999, entre otras.

la normativa general; en estos supuestos se habla de un desplazamiento de la carga a aquella de las partes que inicialmente no debería probar. Entre ambos criterios hay varias posturas intermedias, por las que ha ido pasando la doctrina jurisprudencia! hasta llegar a nuestros días, que ya se habían atisbado en resoluciones judiciales de hace varios años, pero se trata de casos más bien aislados, y en la mayor parte de los mismos se plantea más en uná perspectiva doctrinal de "obiter dicta" que en una contemplación de "ratio decidendi".

4. LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA PARA ACREDITAR LA CULPA y LA NEGLIGENCIA MÉDICA

Con la inversión de la carga se incide de un modo trascendente en la normativa genérica del reparto de la misma. La carga de la prueba está inicialmente impuesta a aquel que alega los hechos sobre los que fundamenta su pedimento. Pero excepcionalmente le es muy difícil, cuando no imposible, acreditar estos hechos; es en ese momento procesal cuando la doctrina tanto científica como jurisprudencial, a través de los criterios de normalidad, facilidad o flexibilidad, así como de la aplicación de los principios de presunción de la buena fe y de la equidad, aboga por una inversión del onus probandi en perjuicio del más fuerte en el proceso o de aquel al que la prueba le resulta más difícil, bien por carecer de los medios de prueba, por serle imposible acudir a las fuentes o cuando el hecho que se quiere acreditar es de muy difícil prueba²³. Nos hallamos en los supuestos de presunción de culpa, resultantes de la existencia de culpa extracontractual, de responsabilidad objetiva o de negligencia en la actuación subjetiva, resultantes de una responsabilidad por riesgo, ya sea consecuencia de la actuación del individuo en riesgos ordinarios, o por riesgos extraordinarios. Para ello deberemos acudir a un criterio de presunción de culpa, prestando atención a otras circunstancias como el lugar, tiempo y modo de producirse el resultado en relación con el decurso histórico de los acontecimientos.

A una conclusión similar de presunción de culpa nos conduce la teoría de la "in re ipsa loquitur". En algunas

hipótesis la interrelación entre los ámbitos material y procesal se hace especialmente intensa. Cuando se razona en una resolución judicial que el demandado debe responder del daño, porque la producción del mismo revela que no se adoptaron todas las medidas adecuadas para prevenirlo, se está actuando con diversas perspectivas jurídicas, y son igualmente admisibles argumentos de índole material y de índole procesal. Nada obsta en tales casos su acumulación, pero de no ser así, lo correcto desde el punto de vista técnico es especificar el criterio o principio que se utiliza y la razón de su aplicación. Es más, la precisión de si se utiliza una u otra solución incluso puede tener trascendencia desde la óptica de las distintas consecuencias derivadas del carácter procesal o material de una norma. Sin embargo, en las resoluciones de los Tribunales no se aprecia que se tenga en cuenta la diversidad de fundamento de las distintas doctrinas, ni que se siga un criterio selectivo.

En la reciente doctrina del Tribunal Supremo, se va dando cabida al criterio de objetivación del daño, introductor a su vez del principio de inversión de la carga de la prueba, si bien todavía no se ha abandonado el principio subjetivista de la culpa. Para ello, el Tribunal Supremo manifiesta una tendencia a excluir de la objetivación una serie de supuestos de hecho concretos relativos a colisiones entre vehículos²⁴, responsabilidad por culpa o negligencia médica²⁵ y respecto de la producción de determinados supuestos de riesgos extraordinarios y atmosféricos²⁶, respecto de las que no se consideran aplicables las doctrinas de la responsabilidad por riesgo y de presunción de culpa.

Por otra parte, todavía no se han abierto paso entre nosotros, si bien van ganando adeptos, y opiniones jurisprudenciales y doctrinales confirmadoras, las modernas doctrinas de responsabilidad, con clara incidencia en la carga de la prueba, y especialmente la que se conoce como la doctrina de la res ipsa loquitur²⁷. En concordancia

²⁴ Sentencias de 15 de abril de 1985, 6 de marzo de 1992, 11 de febrero de 1993 y 17 de noviembre de 1993, entre otras.

²⁵ S.T.S. de 25 de abril de 1994 y la de 28 de enero de 1999 donde expresamente manifiesta que "En la conducta de los profesionales de la medicina queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, no operando en estos casos la inversión de la carga de la prueba, admitida en otros supuestos; corriendo finalmente a cargo del demandante la carga de la prueba de la existencia de culpa, así como el de la relación o nexo causal entre ésta y el resultado dañoso".

²⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991, 20 de enero de 1992, 19 de diciembre de 1992, 10 de marzo de 1993, 3 de junio de 1993, 29 de septiembre de 1997 y 22 de diciembre de 1998, entre otras.

²⁷ Esta teoría esta recogida en el derecho anglosajón (EE.UU., Gran Bretaña y Alemania). Más recientemente se recibe en Francia, "faute

²³ Respecto de la inversión y la valoración de la prueba, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1999, considera, en los mismos términos que otra de 30 de diciembre de 1997, que "...el artículo 1214 del Código Civil no contiene norma de valoración de la prueba y sólo es aplicable cuando se ha invertido el principio de distribución del onus probandi". La misma idea recoge otra de 29 de julio de 1997, cuando considera que "sólo se infringe el artículo 1214 cuando a falta de pruebas se hacen recaer las consecuencias en persona distinta de la obligada a probar".

cia con lo anterior, hay que hacer referencia a esta doctrina, en la perspectiva de aplicación de la misma al campo de la carga de la prueba con carácter genérico²⁸. Es significativo de esta doctrina el hecho de que al objetivar la prueba, ya que como significa la expresión "habla la cosa misma", no es preciso que hable el hombre, por cuanto se establece una presunción de culpa para los supuestos de actividad normal pero con un resultado anormal o extraordinario, haciendo innecesaria la práctica de la prueba o bien invirtiéndose la carga de la misma. Se presume la culpa del demandado porque habida cuenta de las circunstancias del caso y como se ha producido el resultado dañoso lo lógico en el orden normal de las cosas es presumir las del demandado. Así, habrá negligencia porque la experiencia común revela que en el uso ordinario de las cosas tales accidentes no pueden ocurrir si no es por una causa de incompetencia o falta de cuidado. La cosa, la realidad, habla por sí misma, no es preciso que hable el hombre. En materia de responsabilidad opera cuando con arreglo al uso ordinario de las cosas o según la común experiencia, el resultado dañoso no se puede explicar sino por incompetencia o negligencia del agente ocasionante.

Por lo que respecta a España, si bien la moderna jurisprudencia ha dado un vuelco a la situación existente, son muy pocas las sentencias del Tribunal Supremo que la mencionan expresamente. Las de 9 de mayo de 1984,30 de septiembre de 1989, 26 de mayo de 1990 la aplican en materia de prueba del daño y la de 2 de febrero de 1993 la rechaza en materia de responsabilidad de sanitarios. Sin embargo, es de señalar que son bastantes las sentencias en que, sin mencionar la doctrina "in re ipsa", se llega a soluciones similares, especialmente en materia de prueba de existencia del daño, y sobre todo en sede de incumplimiento contractual. En esta línea es importante, por innovadora, la S.T.S. de 13 de Diciembre de 1997, cuando establece que *"La acción ejercitada en la demanda en el presente caso, tiene como causa petendi la llamada responsabilidad extracontractual, basada en el art. 1902 del Código civil en cuanto al médico anestesista, en el art. 1903 del Código civil en cuanto al Hospital y en la relación obligacional derivada del contrato de seguro en cuanto a la Compañía aseguradora del primero. La base jurídica esencial es, pues, la responsabilidad médica. La*

virtuelle" y "presomption de faute", y también en Italia, en relación con la responsabilidad civil de los sanitarios.

²⁸ Ver lo dicho por CORBAL, op. cit. págs. 217 y ss. Ver también las siguientes sentencias del T.S., donde no concuerdan algunas de ellas con las tesis allí expuestas derivadas de la objetivación de la culpa, y que son posteriores a la realización de aquel trabajo, como es el caso de la Sentencia de 28 de enero de 1999.

*naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios, distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado, en lo que es reiterada la jurisprudencia. Tal como dicen las sentencias de 22 de abril de 1997, 27 de junio de 1997 y 21 de julio de 1997, la idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado, sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento, tal como ha reiterado esta Sala en múltiples sentencias"*²⁹.

Frente a la doctrina general de que el daño, tanto el emergente como el lucro cesante, han de ser claramente demostrados, numerosas resoluciones judiciales acogen diversos supuestos de excepción.

Sin ánimo de exhaustividad cabe citar los siguientes grupos de apreciaciones, en atención a las circunstancias del supuesto aplicable, según se trate de:

²⁹ Ver Sentencias del T.S. de 8 de mayo de 1991, 20 de febrero de 1992, 13 de octubre de 1992, 2 de febrero de 1993, 7 de julio de 1993, 15 de noviembre de 1993, 12 de julio de 1994; 20 de julio de 1994; 24 de septiembre de 1994, 16 de febrero de 1995, 23 de septiembre de 1996, 15 de octubre de 1996, 22 de abril de 1997.

-Existencia de hechos demostrados se deduce necesaria y fatalmente la realidad del daño (sentencias de 2 de abril de 1960, 28 de abril de 1969 y 5 de marzo de 1992).

-Probabilidad objetiva de realizar la ganancia teniendo en cuenta el decurso normal de las cosas y las circunstancias especiales del caso (Sentencia de 30 de marzo de 1984).

-Circunstancias del caso y razonable verosimilitud (Sentencia de 5 de octubre de 1992).

-La falta de prestación, "per se" (Sentencias de 9 de mayo de 1984 y 30 de septiembre de 1989); el mero incumplimiento constituye daño (Sentencia de 26 de mayo de 1990). Las tres resoluciones mencionan la doctrina "in re ipsa".

-El incumplimiento "per se" implica perjuicio o daño, pues lo contrario llevaría a suponer que el contrato opera en el vacío (Sentencia de 27 de junio de 1984, 5 de junio de 1985 y 19 de julio de 1991).

-El incumplimiento entraña en su misma realidad un agravio para los intereses del acreedor (Sentencia de 17 de enero de 1985). También debe ponerse de relieve que un supuesto de presunción del daño derivada de la simple existencia de la infracción se recogen en la ley de 5 de mayo de 1992 sobre protección del honor, imagen e intimidad (dice el artículo 9, tres, que: "la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima").

Aunque este precepto suscita una pluralidad de cuestiones de notable interés, baste decir aquí que la doctrina científica ha limitado el alcance del mismo al perjuicio de índole moral, de tal manera que el económico hay que probarlo.

5. CONCLUSIONES EN LA APLICACIÓN PROCESAL DE LOS CRITERIOS DE PRUEBA ADMITIDOS

Desde un punto de vista legal, respecto de la responsabilidad médica sanitaria, y en general respecto de la responsabilidad objetiva derivada de la producción de un daño consecuencia de una determinada actuación del demandado, o sujeto agente del hecho, de producirse una situación de responsabilidad médica, el demandante, a pesar de hablar por sí mismo el hecho, deberá reconducir el tema para poder acreditar, o al menos indicar o presumir, la existencia de culpa o negligencia, que sea la causa, el sujeto agente y que exista nexo causal, del hecho objetivo y demostrado del daño efectivamente producido.

Es difícil, en un supuesto genérico, que se den específica y claramente todas las circunstancias de la culpa o de la negligencia, siendo estos hechos de imposible o muy difícil acreditación, y más aún que puedan demostrarse, pero no es difícil acreditar la existencia de la actuación y el nexo causal de la misma con el causante del daño cuya indemnización o reparación se reclama. La causalidad y el nexo causal vendrán acreditados por cualquiera de los medios de prueba antes mencionados, ya sea pericial, indiciaria o inversión de la carga, que deberán aportar al procedimiento suficientes indicios para acabar en una presunción iuris tantum que lleve al juez al convencimiento necesario en los términos establecidos legal, jurisprudencial y doctrinalmente, a los cuales me he referido antes ampliamente. Es obvio que no obtendremos sentencia favorable si no realizamos una actividad probatoria tendente a la demostración de los hechos constitutivos sobre los que fundamentamos la pretensión; por ello, si carecemos de prueba directa o concluyente, es interesante generalizar al máximo la pretensión, de forma y manera que pueda acreditarse que los efectos del agente causante hayan sido consecuencia de su actuación o al menos que indiciaria o presuntivamente se le parecen. Igualmente, y en atención a la imposibilidad de acreditar el nexo causal entre la culpa o negligencia en la actuación y el daño causado, podremos considerar aplicable la teoría de la inversión de la carga probatoria, tanto en este supuesto como en supuestos similares, por el mero hecho, simplificador, de no poder demostrar el demandante, mediante prueba directa, aquello que alega en la demanda, que no es otra cosa que el fundamento esencial de la misma. No obstante no debemos olvidar que el demandante alega un hecho positivo ya él le incumbe la prueba. A lo sumo, de producirse una situación similar, podemos forzar en los términos antes expresados a que el demandado venga obligado a acreditar el fundamento negativo de su oposición a la demanda, lo que sin ser una probatio diabólica, sí complica sobremanera la actuación del mismo. Insistiendo en lo anterior, y en atención al estudio legal, doctrinal y jurisprudencial realizado con carácter genérico, podemos observar que cuando el hecho principal en que se fundamente la demanda es un hecho probado directamente, tanto aquél como los efectos del mismo, la doctrina, así como la jurisprudencia, la ley y la lógica infieren que en el proceso el demandante lo alegará de manera clara y el juez lo apreciará en los términos evidentes. Ahora bien, cuando lo anterior no es así, es obvio que el juez deberá basarse en indicios o hechos indiciarios de la realidad demandada de forma y manera que los mismos acabarán en el establecimiento de una presunción, iuris tantum, en favor de la tesis mantenida por el

demandante. Esta presunción ha de ser lo suficientemente evidente para conseguir el convencimiento del juzgador. Para ello se utilizarán todos los medios al alcance del demandante, siendo necesarios los correspondientes informes periciales para que complementen el conocimiento del juez y que de los mismos pueda inferirse, no ya el hecho, sino el indicio o la presunción que el resultado producido y del que trae causa la demanda, se funda en el hecho objetivable que la ley cataloga como anormal, lo que al ser un concepto jurídico indeterminado permitirá al juez ejercer las reglas de la sana crítica en la apreciación de su existencia, importancia y alcance del mismo. En realidad no se tratará de invertir la carga de la prueba traspasando la misma del demandante al demandado sin razón alguna o directamente por el mero hecho de producirse una situación atípica, sino que se tratará de inferir al demandante la necesidad de probar la situación negativa que fundamente sus alegaciones y oposición a los hechos ciertos ya las presunciones derivadas de los mismos que buscan el convencimiento del Juzgador. Sólo en el caso que ello no sea posible, y atendiendo a tazonos de flexibilidad, normalidad y facilidad probatoria, deberá acudir al instituto de la inversión del onus probandi, como así ha venido recogiendo en forma restrictiva la moderna doctrina. Reseñar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo todavía está alejada de la fundamentación doctrinal anteriormente realizada, pero que poco a poco va acercándose a estos postulados, que conducirán a una definitiva admisión del criterio final de inversión de la carga de la prueba.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO PÉREZ, MT: "La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil". Anuario de Derecho Civil. 1998-2.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A: "La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de *lex artis* y la carga de la prueba. Anuario de Derecho Civil. 1991.

CARNELUITI, F: "Derecho Procesal Civil y Penal". Madrid. 1971. CORBAL FERNANDEZ, JE: "La adquisición procesal y la carga de la prueba", en la obra general "La prueba en el proceso civil". Madrid. 1993.

CORTÉS DOMINGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA: "Derecho Procesal Civil". Tomo I. Valencia. 1994.

DE ANGEL y AGÜEZ, R: "Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba". Madrid. 1999.

DE LA OLIV A SANTOS, A y FERNANDEZ, MA: "Lecciones de Derecho Procesal Civil". Barcelona. 1991.

DÍEZ PICAZO, L: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo III. Madrid. 1996.

FAIREN GUILLEN, V: "Doctrina General del Derecho Procesal". Barcelona. 1990.

GÓMEZ ORBANEJA, E: "Derecho Procesal Civil". Vol. I. Madrid. 1979

GUASP, J: "Derecho Procesal Civil". Tomo I. Madrid. 1977.

MONTERO AROCA, J: "Derecho Jurisdiccional". Barcelona. 1993. Tomo II.

MUÑOZ SABATÉ, L: "Tratado de probática judicial". Barcelona. 1995.

PRIETO CASTRO, L: "Exposición de Derecho Procesal Civil". Madrid. 1941.

SERRA DOMÍNGUEZ, J: "Contribución al estudio de la prueba". Revista Jurídica de Catalunya. Marzo-abril. 1962.

SILVA MELERO, V: "La prueba procesal". Madrid. 1963.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Sentencias del tribunal constitucional

- 5 de marzo de 1989.
- 8 de junio de 1989.
- 13 de enero de 1992.

Sentencias del tribunal supremo

- 11 de mayo de 1981.
- 28 de noviembre de 1981.
- 17 de octubre de 1983.
- 5 de marzo de 1984.
- 20 de noviembre de 1984.
- 15 de abril de 1985.
- 30 de diciembre de 1985.
- 26 de septiembre de 1986.
- 24 de abril de 1987.
- 2 de junio de 1987.
- 25 de junio de 1987.
- 13 de octubre de 1987.
- 29 de octubre de 1987.

- 10 de febrero de 1988.
- 18 de mayo de 1988.
- 15 de julio de 1988.
- 5 de noviembre de 1988.
- 17 de noviembre de 1988.
- 3 de diciembre de 1988.
- 24 de diciembre de 1988.
- 3 de enero de 1989.
- 26 de enero de 1989.
- 30 de mayo de 1989.
- 17 de junio de 1989.
- 7 de julio de 1989.
- 23 de septiembre de 1989.
- 18 de abril de 1990.
- 21 de diciembre de 1990.
- 6 de junio de 1991.
- 17 de julio de 1991.
- 18 de julio de 1991.
- 19 de julio de 1991.
- 22 de julio de 1991.
- 18 de septiembre de 1991.
- 26 de septiembre de 1991.
- 23 de octubre de 1991.
- 15 de noviembre de 1991.
- 20 de noviembre de 1991.
- 20 de enero de 1992.
- 6 de marzo de 1992.
- 30 de abril de 1992.
- 16 de julio de 1992.
- 30 de septiembre de 1992.
- 23 de octubre de 1992.
- 28 de noviembre de 1992.
- 19 de diciembre de 1992.
- 22 de diciembre de 1992.
- 11 de febrero de 1993.
- 26 de febrero de 1993.
- 10 de marzo de 1993.
- 3 de junio de 1993.
- 5 de julio de 1993.
- 17 de noviembre de 1993.
- 25 de abril de 1994.
- 14 de julio de 1994.
- 26 de septiembre de 1994.
- 10 de octubre de 1994.
- 25 de noviembre de 1994.
- 16 de noviembre de 1995.
- 23 de febrero de 1996.
- 8 de marzo de 1996.
- 18 de marzo de 1996.
- 1 de abril de 1996.
- 4 de julio de 1996.
- 9 de septiembre de 1996.
- 25 de noviembre de 1996.
- 10 de diciembre de 1996.
- 7 de marzo de 1997.
- 22 de abril de 1997.
- 5 de mayo de 1997.
- 6 de junio de 1997.
- 29 de julio de 1997.
- 29 de septiembre de 1997.
- 30 de diciembre de 1997.
- 31 de diciembre de 1997.
- 24 de marzo de 1998.
- 14 de abril de 1998.
- 30 de abril de 1998.
- 29 de mayo de 1998.
- 24 de octubre de 1998.
- 27 de octubre de 1998.
- 30 de octubre de 1998.
- 24 de noviembre de 1998.
- 22 de diciembre de 1998.
- 7 de enero de 1999.
- 12 de enero de 1999.
- 28 de enero de 1999.
- 25 de noviembre de 1999.