

OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADO: ¿TIENE RELEVANCIA JURÍDICA SU DISTINCIÓN?

LOURDES BLANCO PÉREZ-RUBIO

*Profesora Titular de Derecho Civil**
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 26.03.2014 / Aceptado: 07.04.2014

Resumen: La idea fundamental a la que responde la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, consiste en examinar aquella prestación que ha prometido el deudor y que el acreedor puede razonablemente esperar. En unos casos que se denominan convencionalmente obligaciones de resultado (o contrato de obra), el deudor se compromete a proporcionar al acreedor un resultado preciso. En otros, por el contrario, que se denominan obligaciones de medios (o de arrendamiento de servicios), el deudor se compromete únicamente a emplear los medios apropiados en la realización de una tarea de modo que el acreedor pueda conseguir el resultado deseado que le llevó a contratar. Pero ese resultado no está garantizado por el deudor. Si bien esta distinción tiene detractores en la doctrina y algunas Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) niegan la misma, nosotros pondremos de manifiesto en este trabajo que las críticas no obstaculizan su admisión. Tras el estudio del concepto y la distinción de ambos tipos de obligaciones dado por doctrina y jurisprudencia, a falta de regulación legal expresa, analizaremos si en realidad diferenciar una obligación de medios de otra de resultado tiene virtualidad jurídica. A pesar de existir un sector doctrinal y alguna STS que no encuentran relevancia alguna a la distinción, veremos que, en efecto, la caracterización de una obligación como de medios o como de resultado tiene una importante relevancia jurídica, cual es la de determinar el alcance de las obligaciones del deudor y, por tanto, para identificar los supuestos de incumplimiento contractual. Por último, veremos la perspectiva de esta distinción en los instrumentos de armonización.

Palabras clave: Obligaciones de medios y de resultado. Clases de obligaciones. Naturaleza de las obligaciones. Obligaciones.

Abstract: The main reason for the distinction between obligations of means and obligations of result consists on the appraisal of the performance promised by the debtor that the creditor can reasonably expect. In cases conventionally referred to as obligations of result (or construction contracts) the debtor undertakes to achieve a particular result. On the contrary, in other cases referred to as obligations of means (or provision of services) the debtor only undertakes to use the appropriate means in the performance of a duty so that the creditor can achieve the expected result that made him enter into the contract. But that result is not guaranteed by the debtor. If it is true that this difference has detractors among scholars and some decisions of the Spanish Supreme Court deny it, we are going to show in this paper that such critics do not hinder its admission. After the study of the concept and the distinction between the two types of obligations made by scholars and the jurisprudence, and lacking an express regulation, we shall analyse if it is legally relevant to distinguish between an obligation of means and an obligation of result. Notwithstanding the opinion of some scholars and some decisions of the Supreme Court that do not find the difference relevant, we shall see that the characterization of an obligation as an obligation of means or an obligation of result is of great legal importance; mainly to determine the scope of the debtor's obligations and, therefore, to identify the cases of breach of contract. Finally, we shall see the perspective of such a difference in the instruments of harmonization.

Keywords: Obligations of means and obligations of result. Types of obligations. The nature of obligations. Obligations.

* Miembro del Grupo de investigación "Derecho de daños" de la Universidad Carlos III de Madrid.

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. Distinción y definición de obligaciones de medios y de resultado. 1. Según la doctrina. 2. Según la jurisprudencia. III. Relevancia jurídica de la distinción. 1. Posturas doctrinales. 2. Su determinación por el Tribunal Supremo. IV. Las obligaciones de medios y de resultado en los Principios Unidroit, en los Principios de Derecho Contractual Europeo y en el Marco Común de Referencia.

I. Consideraciones preliminares

1. Atendiendo a la naturaleza de la prestación, las obligaciones se diferencian entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Esta distinción ha pugnado por encontrar acomodo en la doctrina civilista y en la práctica jurisprudencial. Sin embargo, los problemas teóricos y prácticos que plantea, y particularmente, su falta de regulación legal expresa, han hecho que, como veremos en el presente trabajo, su aceptación haya sido muy desigual en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y bastante controvertida.

2. No hay controversia, en cambio, en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, pues la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado se encuentra regulada explícitamente, por ejemplo, en Italia¹, Francia², Portugal³ y Alemania, cuyo BGB, parágrafo 631, distingue los contratos de servicios, en los que se deben los servicios pero no se garantiza un resultado, de un contrato de obra en el que debe alcanzarse un resultado específico (sin embargo, el common law no utiliza esta distinción). También se recoge la distinción de forma explícita en los Principios UNIDROIT 2010 (PU); no se hace esta distinción en el Draft Common Frame of Reference, al que nos referiremos como Marco Común de Referencia (MCR). De forma implícita lo hacen los Principios de Derecho Contractual Europeo (PCEL).

3. Se critica esta distinción, por ejemplo, entendiéndola que comporta una visión falseada y simplista de la realidad jurídica, afirmando que si se miran las cosas de manera realista es imposible establecer una distinción nítida y radical entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, ya que toda obligación podría ser considerada de medios o de resultado, según el punto de vista desde el cual se contemple.

4. No obstante, nosotros pondremos de manifiesto que las críticas no obstaculizan su admisión tanto con carácter general por sus cualidades descriptivas, como para intentar concretar y definir el carácter de las obligaciones que competen a los profesionales, especialmente a los médicos, en relación con los clientes a los que prestan sus servicios, así como para determinar la responsabilidad generada por el incumplimiento de las mismas. Del mismo modo, encuentra apoyo en ciertas sentencias (no hay unanimidad al respecto), puesto que utilizan la distinción con cierta frecuencia para fundamentar sus pronunciamientos (facilitan la comprensión de que la culpa contractual se presume en las obligaciones de medios y debe ser probada en las de resultado).

5. La idea fundamental a la que responde esta distinción consiste en examinar aquella prestación que ha prometido el deudor, y que el acreedor puede razonablemente esperar. En unos casos que se denominan convencionalmente obligaciones de resultado (o contrato de obra), el deudor se com-

¹ Arts 1655 y 2222 Codice civile. Sobre el origen de esta distinción vid., P. MENGONI, "Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi", *Rivista di Diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1954, pp 185 y ss.

² El art 1137 Code civil es el que se refiere a las obligaciones de medios, y el art 1147 a las de resultado. Vid en la doctrina francesa, J. BELLISENT, *Contribution a l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*, Paris, 2001.

³ El CC portugués conoce también la distinción entre contratos de servicios y de obra, pero con unas connotaciones que no permiten la equiparación automática con las obligaciones de medios y de resultado. El art 1154 se refiere al contrato de prestación de servicios, que incluye como modalidad de servicios a los contratos de obra previstos en el art 1207, que contiene una obligación de resultado.

promete a proporcionar al acreedor un resultado preciso. En otros, por el contrario, que se denominan obligaciones de medios (o de arrendamiento de servicios), el deudor se compromete únicamente a emplear los medios apropiados en la realización de una tarea de modo que el acreedor pueda conseguir el resultado deseado que le llevó a contratar. Pero ese resultado no está garantizado por el deudor. Por ejemplo, el médico no promete la curación a su paciente enfermo, se obliga únicamente a practicar su curación empleando sus cuidados y atenciones conforme a los conocimientos desarrollados por la ciencia médica (*lex artis*).

6. Efectuada así la distinción, la discusión sobre la misma sigue estando viva, pero se ha trasladado hacia otro punto de interés, concretamente, el de su relevancia jurídica, tanto teórica como práctica. Lo relevante es el resultado y la actividad como criterios diferenciadores del contrato de obra y el arrendamiento de servicios.

7. Esta distinción comienza en nuestro país utilizándose como argumento para diferenciar los contratos de arrendamiento de obra y de arrendamiento de servicios, atendiendo al tipo de obligaciones que generan uno y otro. En efecto, ya M. TRAVIESAS, señalaba en 1919 que “*En el arrendamiento de servicios se promete la actividad (operae), y en el arrendamiento de obra, el resultado de la actividad (opus)*”⁴, argumento que hizo suyo años después el Tribunal Supremo (TS), en Sentencia de 4 de febrero de 1950, al considerar que, aun admitiendo que los servicios ofrecidos por los letrados, y otros profesionales liberales constituyen generalmente un contrato de arrendamiento de servicios, la relación contractual entre el letrado y su cliente también puede aparecer como un contrato de obra, “*supuesto que se da cuando mediante remuneración se obliga aquél a prestar no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, cual ocurre, entre otros casos, en el de aceptar el letrado el encargo de emitir un dictamen*”.

8. Será en este contexto de las diferencias entre el contrato de obra y el arrendamiento de servicios, y a partir de la anterior sentencia, en el cual cierto sector doctrinal y jurisprudencial irán acogiendo la distinción entre las obligaciones de medios (de actividad o de diligencia), y las obligaciones de resultado. Sin embargo, en la práctica, resultará dudoso muchas veces determinar si un contrato ha de ser calificado como arrendamiento de obra o servicios, puesto que toda prestación tiende, por esencia, a la satisfacción de un interés, a un resultado que el acreedor juzga útil: es evidente que al contratar un servicio perseguimos un resultado, por lo que será preciso encontrar un adecuado criterio para la calificación auténtica del contrato⁵.

9. Nuestro estudio va a centrarse en la naturaleza de la obligación que une al médico con el paciente, que se presenta siempre como el prototipo de obligación de medios, pero también por el resultado buscado tanto por el médico como por el enfermo: la mejoría del estado del paciente, por lo que se trata de un resultado. Y si el tratamiento o la operación ha producido ese resultado, no se le podrá pedir responsabilidad al médico, incluso si los medios empleados por éste hayan sido censurables o criticables. La problemática que nos interesa es doble: por una parte, la distinción y definición de las obligaciones de medios y de las obligaciones de resultado, controvertida en la doctrina, la cual postula criterios distintos, manifestando nuestra inclinación por la postura que más nos satisfaga o convenza para resolver el segundo problema que se plantea (y al que va unido inexorablemente): la relevancia jurídica de la distinción: ¿es relevante? ¿tiene vigencia? ¿es utilizada en la actualidad? ¿sirve para solucionar problemas entre médicos y pacientes? ¿qué influencia tiene en sus consecuencias? ¿Es relevante en relación con el criterio general de imputación de responsabilidad? A todo ello dedicaremos las páginas siguientes.

⁴ “Contrato de arrendamiento”, *Revista de Derecho Privado*, 1919, p 36, poniendo como ejemplo el siguiente: si un sastre se obliga a hacer un traje a un cliente, “le promete a éste el resultado de su actividad”: la hechura del traje. El sastre por su parte, compromete a otras personas para que cosan el traje, y a cada una de ellas no les paga por que hagan la chaqueta o el chaleco, sino porque cosan simplemente. Estas personas “se obligan sólo a proporcionar su actividad”, ciertamente para un fin, “pero no se comprometen a proporcionar el fin, el resultado”.

⁵ A. GULLÓN, *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1969, p 178.

II. Distinción y definición de las obligaciones de medios y de las obligaciones de resultado

1. Según la doctrina

10. Centrándonos en el tema de estudio que nos ocupa, esto es, la naturaleza del contrato que liga al médico con el paciente, la doctrina ha sostenido que la obligación del médico frente al paciente, en los supuestos llamados de medicina curativa o asistencial, es una obligación de medios y no de resultados, ya que el facultativo debe procurar la salud del enfermo mediante el uso de los medios idóneos de que disponga, pero sin considerar la curación como un resultado ineludible y de obligado cumplimiento⁶. Sin embargo, en la medicina voluntaria o satisfactiva lo que se pretende conseguir es un resultado. Por lo tanto se distingue, por un lado, el contrato de arrendamiento de servicios y, por otro, el contrato de obra. La diferencia entre un contrato y otro radica fundamentalmente en el tipo de obligación que en cada caso nace, pues si del contrato de servicios no nace para el médico más que una obligación de medios o de mera actividad en la que la prestación se nutre sólo del comportamiento –activo u omisivo– del facultativo, en el contrato de obra o de ejecución de obra la prestación del médico va más allá de su mero comportamiento, pues requiere, en todo caso, la consecución de un resultado esperado⁷.

11. La doctrina se ha ocupado de definir y distinguir las obligaciones de medios de las obligaciones de resultado (queremos señalar que los conceptos doctrinales no son meramente descriptivos, sino que cada autor aporta ciertos matices que son susceptibles de ponerlos de manifiesto). Así, por ejemplo, J. M. LOBATO GÓMEZ,⁸ proporciona el siguiente concepto:

- se entiende por obligación de medios aquella obligación en la cual la prestación debida consiste en el despliegue de una actividad del deudor, dirigida a proporcionar, de forma mediata, la satisfacción del interés del acreedor, o lo que es lo mismo, en el desarrollo de una conducta diligente encaminada a conseguir el resultado previsto por el acreedor al contratar. Esto es, el deudor debe poner los medios a través de una actuación diligente, que posibiliten al acreedor obtener el resultado o fin práctico esperado al contraer la obligación, resultado que, sin embargo, no forma parte de la prestación, no está *in obligatione*. Consiguientemente, su cumplimiento e incumplimiento son independientes de la obtención del resultado esperado por el acreedor y dependen únicamente de la actuación diligente o negligente del deudor;
- por el contrario, se entiende por obligaciones de resultado aquéllas en las que el deudor se obliga de forma directa e inmediata a la satisfacción del interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado pactado que integra la prestación, un resultado que está *in obligatione*. Por tanto, su cumplimiento o incumplimiento dependerán directamente de la producción o no del resultado y, en cierta medida, serán independientes del grado de diligencia que emplee el deudor en el cumplimiento de la obligación.

⁶ Vid., J. FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, 1985, p 60; AA.VV., *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Abogacía general del Estado Navarra 2009, p 366; T. GARCIA HERNANDEZ, *Elementos de Derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, Madrid, 2002, p 22; J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 5ª ed, Granada, 2008, pp 29 y ss; R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos”, en L. MARTÍNEZ CALCERRADA Y R. DE LORENZO MONTERO, (dir.), *Derecho médico. Tratado de Derecho sanitario*, t I, Madrid, 2001, pp 97 y ss; E. GÓMEZ CALLE, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, 1998, p 1698; C. BLAS ORBÁN, *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*, Barcelona, 2003, pp 69; J. JORDANO FRAGA, “Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp 7 y ss.

⁷ J. M. BADENAS CARPIO, “La responsabilidad civil médica” en *Lecciones de responsabilidad civil*, coord. REGLERO CAMPOS, Navarra, 2002, p 257. Sobre la distinción entre ambos tipos de obligaciones, vid., más extensamente, J. JORDANO FRAGA, op. cit., pp 5 y ss; J. M. LOBATO GÓMEZ, “Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado”, *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pp 651 y ss; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993.

⁸ J. M. LOBATO GÓMEZ, op.cit., p 653.

12. En parecido sentido, M. GITRAMA GONZÁLEZ,⁹ afirma que en el arrendamiento de servicios (obligación de medios) se despliega una actividad en interés de otro sin prometer el resultado de dicha actuación, mientras que en el de obra (obligación de resultado) se promete la concreción final de la actividad desplegada en el resultado perseguido, es decir, en el contrato de servicios las partes pretenden obtener, simplemente, que otra persona desarrolle cierta actividad, mientras en el de obra persiguen, no estrictamente esa actividad ajena, sino su resultado¹⁰.

13. Poniendo el acento en la diligencia del médico, MORENO QUESADA, B.¹¹, hace una distinción entre las obligaciones de medios, de actividad o pura diligencia y las de resultado. Estas últimas las define como *“aquéllas en las que se es deudor de un resultado que el obligado se compromete a procurar cualquiera que sean las dificultades que pueda encontrar, le cueste lo que le cueste, siendo responsable de la no obtención del mismo, salvo que pruebe la fuerza mayor”*; y define la obligación de medios como *“aquélla por la cual el deudor se compromete solamente a hacer lo posible para procurar al acreedor la prestación que éste espera: no se compromete a procurarle, cueste lo que le cueste, un resultado, sino a actuar diligentemente. Son obligaciones en que la diligencia misma del deudor se hace objeto de la obligación”*.

14. De igual manera, J. JORDANO FRAGA¹² entiende que en la obligación de resultado el deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado, sino que es precisamente el logro de este concreto resultado el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, en lo debido por éste; en cambio, cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios, el contenido de la prestación del deudor –en lo debido por éste–, el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está, desde luego, teleológicamente determinada.

15. Refiriéndose al interés primario que tiene el paciente, A. CABANILLAS SÁNCHEZ¹³ opina que, cuando la obligación es de actividad, el deudor está obligado a desarrollar, a favor del acreedor, una determinada conducta, encaminada a satisfacer el resultado esperado por el acreedor; sin embargo, debido al carácter aleatorio o incierto de dicho resultado, el deudor no garantiza su obtención y cumple si actuó con la diligencia debida, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Cuando la obligación es de resultado, el deudor garantiza la obtención del resultado que constituye el interés primario del acreedor.

16. De forma aislada, algún autor, como J. M. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ¹⁴, sostiene, en relación con los servicios médicos, que el acento no hay que ponerlo en la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, sino insistir en el deber de información que tiene que abarcar todos los riesgos posibles, incluso los que sólo se producen excepcionalmente, ya que el profesional conoce los riesgos quirúrgicos y los resultados fallidos en la estadística.

17. Frente a estas posturas, más o menos uniformes en cuanto a la aceptación de la distinción entre ambos tipos de obligaciones, se señalan algunas críticas a la misma, que podemos resumir de la siguiente forma¹⁵:

⁹ “Configuración jurídica de los servicios médicos”, *Estudios Serrano*, I, Valladolid, 1966, p 353.

¹⁰ En opinión de J. M. LOBATO GÓMEZ, op. cit., p 682, en la práctica resultará dudoso muchas veces determinar si un contrato ha de ser calificado como arrendamiento de obras o de servicios, puesto que, según este autor, toda prestación tiende, por esencia, a la satisfacción de un interés, a un resultado que el acreedor juzga útil. Es evidente que al contratar un servicio perseguimos un resultado, luego de ahí que sea preciso encontrar un adecuado criterio para la calificación auténtica del contrato.

¹¹ “Problemática de las obligaciones de hacer”, *Revista de Derecho Privado*, 1976, pp 474 y ss.

¹² Op. cit., p 7.

¹³ *Las obligaciones ... cit.*, pp 29-30.

¹⁴ *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada, 1997, p 346.

¹⁵ Siguiendo a J. M. LOBATO GÓMEZ, op. cit., pp 665 y ss.

1º. Un primer argumento consiste en afirmar que la distinción comporta una visión falseada, simplista o deformante de la realidad jurídica, pues de entiende que si se miran las cosas de manera realista es imposible establecer una distinción nítida y radical entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, ya que toda obligación podría ser considerada de medios o de resultado, según el punto de vista desde el cual se contemple. Así se ha criticado la distinción argumentando que en definitiva, todas las obligaciones apuntan a la obtención de un resultado, e incluso, en una posición extrema que apunta mucho más lejos, que todas las relaciones obligatorias son de resultado. Y con una perspectiva contrapuesta pero similar, se considera que toda obligación supone el empleo de determinados medios y, consiguientemente, todas las obligaciones podrían considerarse como de medios, incluso las encaminadas a producir un determinado resultado como las obligaciones de dar.

Estas objeciones no son convincentes. Y no sólo por centrarse en una crítica puramente terminológica que deja sin juzgar la diferencia sustancial entre ambos tipos de obligaciones¹⁶, sino que, como se ha puesto de manifiesto, no se puede negar que la concreta ejecución de cualquier obligación, incluidas las de resultado, comporte una actividad e imponga siempre una cierta diligencia al deudor. Pero esto no impide afirmar que, en ciertos casos, el acreedor contrata para obtener un resultado final que espera con certeza, por ejemplo, la entrega de la cosa o el transporte de un lugar a otro. Como señala MORENO QUESDA, B.¹⁷, “bien es verdad que las obligaciones de resultado no excluyen, antes bien la imponen, una actividad diligente para conseguirlo; pero las partes, al concertarlas, piensan en el resultado y no en los medios que han de permitir alcanzarlo, por lo que hacen al resultado el objeto directo de la obligación, y en cuanto a la diligencia con que haya de actuarse, será toda la necesidad, no es cuestión de cantidad, sino de eficacia de la utilizada, de tal manera que al no alcanzar el resultado hace presumir que no se empleó la necesaria”.

En consecuencia, nosotros entendemos que la crítica anterior se basa en un equívoco derivado de asimilar e identificar prestación debida y resultado. Pero aunque toda obligación lleva consigo una prestación, la naturaleza de la misma es muy diferente según consista en conseguir un resultado determinado o, tan sólo, en intentar lograrlo por medio de una conducta prudente y diligente.

2º. En segundo lugar, se ha criticado la distinción de las obligaciones de medios y de resultado señalando que es empobrecedora de la realidad, pues en la vida jurídica real nos encontramos con obligaciones de contenido infinitamente variado; que las dos categorías que se pretenden oponer no son homogéneas, y que, consiguientemente, es una clasificación arbitraria de las obligaciones infinitamente variadas que se derivan, como consecuencia lógica, del juego del principio de autonomía de la voluntad en materia contractual. Por ello, más que una negación, lo que pone de manifiesto es que las obligaciones no pueden ser reconducidas a una de estas categorías contrapuestas si no es con ciertos matices correctores, evidenciando las dificultades de encajar las obligaciones en una de estas categorías de forma rígida y la existencia de ulteriores subcategorías en cada una de ellas.

Ciertamente estas críticas han de ser tomadas en consideración, pues contienen buena parte de verdad y revelan los límites y los matices que es preciso introducir en la utilización de la clasificación estudiada, pero no llegan a desnaturalizarla, ni la privan de su interés teórico, ni de su alcance práctico. Esta clasificación no puede, obviamente, ser considerada la *summa divissio* de las obligaciones, ni con ella se puede responder a todos los problemas que implica el estudio de las obligaciones (ni siquiera de las contractuales), ni ser aplicada mecánicamente y *a priori* por categorías de contratos, pero lejos de ser una variedad escolástica, sirve para justificar el empleo de dos sistemas diferentes en la determinación del objeto de la obligación (o del contenido de la prestación, si se prefiere) y de la prueba del hecho generador de la responsabilidad contractual y su respectivo ámbito de aplicación, lo que tampoco impide, obviamente, la admisión de variantes y matices dentro de cada una de las dos categorías en estudio¹⁸.

En consecuencia, a la vista de todo lo expuesto y argumentado, y refiriéndonos a las obligaciones médicas, llegamos a la conclusión de que lo que el paciente le exige al médico no es la curación, sino

¹⁶ J. M. LOBATO GÓMEZ, op. cit., p 665.

¹⁷ “Problemática de las obligaciones de hacer”, *Revista de Derecho Privado*, 1986, p 475.

¹⁸ Cfr. J. M. LOBATO GÓMEZ, op. cit., p 669.

la utilización diligente y correcta de los medios que, en el estado actual de la ciencia y de las técnicas médicas, son considerados como los más apropiados para alcanzar la mejoría del estado del paciente. Y si, en caso de curación consecutiva al empleo de medios inapropiados o empleados sin la debida diligencia no se incurre en responsabilidad, no es porque la obligación no haya sido cumplida, sino porque, en tal caso, no existe perjuicio.

2. Según la jurisprudencia

18. Por lo que a la jurisprudencia se refiere, la distinción entre arrendamiento de servicios, en el que se promete una actividad, y el contrato de obra, en el que se exige el resultado de la actividad, ya fue señalada (como hemos visto en las consideraciones preliminares, a las que nos remitimos) por el TS en Sentencia de 4 de febrero de 1950, que si bien no hace referencia específica a la relación médico-paciente, sí se refiere a las profesiones liberales.

19. De cita obligada por su importancia es la STS de 26 de mayo de 1986, pues fue la primera que definió la obligación de medios. Esta Sentencia, relativa a una operación quirúrgica con posterior infección y fallecimiento del paciente, diferencia ambos tipos de obligaciones al considerar que “(...) de los hechos acreditados no deriva la negligencia grave ocasionante de la muerte, puesto que dado el estado del enfermo eran posibles “toda clase de complicaciones”, y el demandado recurrido desplegó su actividad profesional poniendo todos los medios de que disponía para alcanzar la curación (...) todo ello de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una “obligación de medios”, es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica”¹⁹.

20. El TS utiliza como criterio para distinguir las obligaciones de medios de las obligaciones de resultado, el objeto inmediato de la obligación del arrendador. En este sentido podemos traer a colación la Sentencia de 29 de julio de 2008, la cual considera que “de los diferentes criterios ideados por la doctrina para distinguir el arrendamiento de servicios del de obra, el que goza de mayor predicamento y el aceptado por este tribunal, radica en el objeto inmediato de la obligación del arrendador, de manera que si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no del resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra, sin que para suponer la existencia de un contrato de esta última especie sea suficiente que la actividad se prometa en dirección a un resultado determinado, cosa no infrecuente dado que toda actividad humana va dirigida a un fin o resultado”. De esta forma queda claro que el contrato de arrendamiento de servicios genera una obligación de medios o de actividad, que se contrapone al resultado que podría esperarse de un comportamiento diligente del deudor, o lo que es lo mismo, el objeto de las obligaciones puede

¹⁹ El supuesto de hecho es el siguiente: 1º. Don Lorenzo padecía una úlcera duodenal sometida a tratamiento médico unos nueve años antes de ser operado; 2º. El demandado, observada la friabilidad que presentaba el duodeno al realizar la operación previó un fallo de sutura, por lo que hizo un doble cosido de seda y colocó un drenaje en el muñón duodenal; 3º. Posteriormente el enfermo observó complicaciones, que hicieron que a los ocho días de la operación, el propio médico demandado le practicase una laparotomía en fosa ilíaca izquierda, procediendo a la extracción de líquido sero-purulento que se había formado y a la colocación de un segundo drenaje; 4º. Tres días después, y visto que el enfermo empeoraba, se le trasladó a otro hospital, lo que ordenó el mismo demandado, puesto que allí existían mejores medios para tratar adecuadamente al paciente, siendo pocos días después nuevamente operado, ahora por otros médicos, y falleciendo a los dos días de esta última operación. Se desestima la pretensión indemnizatoria de la viuda al considerar “que el demandado procedió como un buen técnico en la medicina imperante y que la causa de la muerte hay que buscarla fuera del hacer médico, en este caso en la conjunción de lo aleatorio existente en la experiencia médica, del estado del órgano dañado del paciente y del siempre presente factor reaccional del enfermo”. La doctrina de la presente sentencia ha sido recogida en numerosas sentencias, pudiendo citarse, entre otras, las sentencias de 12 de julio de 1988, 7 de febrero de 1990, 12 de diciembre de 1990, 16 de abril de 1991, 20 de febrero de 1992, 13 de octubre de 1992, 2 de febrero de 1993, 15 de febrero de 1993, 15 de noviembre de 1993, 29 de marzo de 1994, 26 de septiembre de 1994, 10 de octubre de 1994, 22 de abril de 1997, 27 de junio de 1997, 21 de julio de 1997, 16 de diciembre de 1997, 6 de febrero de 2001, 10 de abril de 2001, 14 de mayo de 2001, 19 de julio de 2001.

consistir en la prestación de una actividad en sí misma (obligación de medios), o en la prestación de un resultado (obligación de resultado).

21. Se explicita también el contenido de la obligación de medios en la Sentencia de 25 de abril de 1994, si bien se trata de un supuesto de obligación de resultados puesto que resuelve un caso relativo a una vasectomía²⁰. En ella se considera que la obligación que une al médico con el paciente es de arrendamiento de servicios (si bien después considera que se parece a un contrato de obra, para exigir una mayor garantía en la obtención del resultado), obligación que puede condensarse en los siguientes deberes imputables al médico:

- a) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento de manera que la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*²¹, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o a la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, al menos en estos supuestos, “*la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo*”;
- b) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, que pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado;
- c) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar, y
- d) En los supuestos –no infrecuentes- de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recisivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia.

22. En esta sentencia, se contemplan algunos argumentos que justifican que se tipifique a la obligación como de medios: 1º. La naturaleza mortal del hombre; 2º. Los insuficientes niveles a que llega la ciencia médica, insuficiente para la curación de determinadas enfermedades; 3º. La circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos, lo que hace que alguno de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros.

23. También encontramos una referencia a la distinción entre obligación de medios y obligación de resultado, entre otras, en las siguientes sentencias:

1. La STS de 9 de junio de 1997, en un caso de paciente con diagnóstico de amigdalitis con resultado de hemiplejía izquierda secundaria, señala que “*conforme reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial, la responsabilidad en el ámbito sanitario no lo es en función del*

²⁰ Vid., comentario a esta Sentencia por E. LLAMAS POMBO, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1994, nº 36, pp 1005 y ss.

²¹ Señalando E. LLAMAS POMBO, Comentario a la STS de 25 de abril de 1994., cit., p 1013, que el cumplimiento de *la lex artis ad hoc* debe hacerse con arreglo a las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar a que se refiere el art 1104 CC.

resultado, sino de adecuación de los medios a emplear y exige la necesaria e incluso concentrada y máxima atención al enfermo, por no resultar de recibo satisfactorio las precipitaciones ni los diagnósticos inadecuados, incompletos, rutinarios o apresurados, al tratarse la salud de un derecho fundamental de las personas, que les hace acreedores de obtener todas las prestaciones sanitarias precisas e idóneas, sin regateos u omisiones injustificadas, para el logro de su restablecimiento”.

2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1997, resuelve el caso de una paciente que sufre una anoxia cerebral consecuencia de una operación de timpanoplastia correctora de otitis crónica supurada, con anestesia general, controlada por un aparato con un sistema de alarma que no fue probado por el anestesista antes de la intervención, y al realizar la misma no sonó la alarma que hubiera evitado la lesión de la demandante. En esta Sentencia, se analiza la diferencia entre obligaciones de actividades y obligaciones de resultado, indicando que *“la idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente), 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 actividad 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”.*
3. La Sentencia del TS de 3 de octubre de 2000 se centra en la diligencia del médico, referida tanto a la medicina curativa como a la satisfactiva. En ella se manifiesta que *“(…) es preciso hacer referencia a la distinción existente, en materia sanitaria, entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera, la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención”.*
4. En la STS de 26 de julio de 2005, el supuesto de hecho es el siguiente: tratamiento de fotodepilación con resultado de quemaduras. Considera el TS que *“(…) en modo alguno puede conceptuarse la relación contractual habida entre las partes como un contrato de prestación de servicios, mediante el cual la demandada, únicamente, pudiera responder por su obligación de prestar “los medios” para paliar o curar una situación previa de la actora, sino que muy por el contrario, hallándonos ante un caso de actuación médica meramente satisfactiva, de carácter voluntario, la relación entre médico-paciente se constituirá como un contrato de ejecución de obra, donde el profesional está obligado a proporcionar al paciente el resultado estético comprometido”.*
5. La STS de 24 de enero de 2007 afirma que *“... es reiterado criterio de esta Sala, que la obligación 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 de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia; además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada la responsabilidad objetiva, ya que a la relación causal ha de sumarse ese reproche culpabilístico". (En el mismo sentido, STS de 10 de junio de 2008).

6. STS de 20 de noviembre de 2009²², a nuestro juicio errónea e inadmisibles: en un caso de tratamiento de fertilidad, mediante el método de inseminación artificial, con un resultado de ictus en la paciente, es claro que estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva y, por tanto, ante una obligación de resultado, pues realmente de lo que se trata es de que la mujer se quede embarazada. Sin embargo, llama la atención que el TS considere que estamos ante una obligación de medios, en la que no se puede asegurar un resultado concreto, considerando que *"las doctrinas sobre medicina curativa-medicina satisfactiva, y sobre obligación de medios-obligación de resultado, no se resuelven en respuestas absolutas, dado que según los casos y las circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias. Las singularidades y particularidades y, por tanto, de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable y de la responsabilidad consiguiente"*.
7. Considerando también que la responsabilidad profesional del médico es de medios y que como tal no puede garantizar un resultado concreto, la STS de 19 de julio de 2013 se pronuncia en el sentido de que la obligación del facultativo *"es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención"*.
8. Negando que sea posible la distinción entre obligación de medios y obligación de resultado, la STS de 28 de junio de 2013, entiende que *"no es posible mantener la distinción en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras (...) a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos psíquicos y social y no sólo físico"*.

24. Sin embargo, existen algunos supuestos en los que no puede afirmarse de forma tajante que la obligación del médico sea de arrendamiento de servicios, sino que el contrato que vincula al médico con el paciente es un contrato de obra, con obligación de resultados, ya que en estos casos no se pretende la curación del enfermo, sino un resultado concreto querido por el paciente y ofrecido por el médico. Son los casos de intervenciones quirúrgicas que se desarrollan en la medicina voluntaria: cirugía estética, odontología, vasectomía, tratamientos de fertilidad y ligadura de trompas.

25. En relación con esta cuestión de la naturaleza de la obligación del médico en la medicina voluntaria, no existe una postura unánime en la doctrina. Así, algunos autores consideran que, sin ninguna duda, las intervenciones que se practican en el campo de la medicina voluntaria se encuadran dentro de las obligaciones de resultado²³, a excepción de determinados supuestos de intervenciones que traten de corregir deformidades físicas que afectan psíquica y funcionalmente a la persona del paciente, en cuyo

²² Cuyo supuesto de hecho es el siguiente: "en el mes de marzo de 1997, Doña Gregoria convino con el Servicio de Ginecología y Obstetricia de la Clínica Quirón, es San Sebastián, someterse a un tratamiento de fertilidad, mediante el método de inseminación artificial, el cual dio comienzo el 1 de junio siguiente, con el suministro adecuado de inyecciones neo-fertinon, procediéndose a verificar los oportunos controles realizándose dos inseminaciones los días 16 y 17 de julio. Antes, el día 15 se prescribió la utilización del H.C.G., con dosis a administrar los días 15, 18 y 20 de julio. El día 21 de julio, la demandante manifiesta dolencias y malestar que son atendidos por el Dr. Fidel. Finalmente el día 25 sufre un infarto isquémico en el territorio de la arteria cerebral media izquierda".

²³ T. GARCIA HERNANDEZ, op. cit., pp 22 y 23; J. FERNÁNDEZ COSTALES, op. cit., pp 61 y ss; M. GARCIA-BLAZQUEZ PÉREZ y J.J. MOLINOS COBO, *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica*, Granada, 1997, p 193; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid, 2003, p 61.

caso el médico está determinado solamente por una obligación de diligencia no configurándose, en consecuencia, un contrato de obra, sino un contrato de servicios²⁴.

26. En contra de esta postura B. GARZÓN, afirma que en los supuestos de medicina voluntaria, “... no se garantiza la infalibilidad del resultado y habrá que atender en todo caso al cumplimiento por el cirujano de las normas de la *lex artis*. Por supuesto que si como consecuencia de una intervención estética se produce un perjuicio para la salud por mala preparación, error, impericia, etc, en el cirujano, éste responderá del resultado en la forma y medida de su imprudencia, como con carácter general cualquier otro cirujano o facultativo que practique intervenciones terapéuticas”²⁵. En parecido sentido se pronuncia A. CABANILLAS SÁNCHEZ²⁶, para quien la circunstancia de que la denominada cirugía reparadora no tenga un carácter puramente estético, sino también una finalidad curativa, no justifica, jurídicamente hablando, que la obligación del cirujano reparador sea de actividad, mientras que si se trata de la cirugía estética, en la que se persigue el embellecimiento del paciente, la obligación del cirujano ha de ser de resultado. En su opinión, ambas obligaciones son de actividad, justificándolo las mismas razones.

27. Negando también el carácter de obligación de resultado GALÁN CORTÉS, J.C. ha señalado que estamos en presencia de una obligación de medios “*acentuada*”, salvo que se haya comprometido un “*resultado*”, pues la condición del cirujano en estos casos no puede ser peor que la de cualquier otro tipo de cirujano, en cuanto que también interviene el azar o elemento aleatorio, consustancial a toda actuación quirúrgica, dada la incidencia, en su evolución posterior, de múltiples y variados factores endógenos y exógenos que pueden truncar el fin o resultado perseguido²⁷.

28. También se ha sostenido una postura ecléctica al considerar que “*cuando la finalidad de la intervención es meramente estética el médico, o bien asume una obligación de resultado, garantizando el logro de dicha finalidad, o bien incurre en una culpa in contrahendo, por cuanto que se hace cargo, sin una necesidad perentoria, o sea, temerariamente, de una obligación superior a sus fuerzas, y provoca un riesgo o peligro evitable con solo dejar de operar*”²⁸.

29. Para otros autores el acento no hay que ponerlo en la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, sino insistir en el deber de información, distinguiendo entre no lograr el beneficio esperado para el cuerpo del paciente y empeorar éste o proporcionarle una lesión o enfermedad adicional o, incluso, la propia muerte²⁹.

30. Por último, se señala que lo importante es atender a la relación concreta de que se trate y si en la misma ha habido contrato (que en estos supuestos suele ser más frecuente que en otras intervenciones médicas) o no y al contenido del mismo. Habría que estar por tanto, a los términos convenidos para calificar el contrato de obra o no pero, entendiendo por las razones mantenidas por la doctrina sobre el carácter no necesario de la cirugía estética, que de no tratarse de un contrato de obra habría que aplicar en cualquier caso la presunción de culpa³⁰.

31. En la jurisprudencia, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de marzo de 1950, dictada en relación a un caso de cirugía estética realizada con el propósito de rectificar defectos corporales de forma, consideró que el convenio que celebraron médico y paciente “*tiene más aspecto de contrato de obra que de arrendamiento de servicios*”, y sin embargo, a pesar de esta afirmación, rechazó la demanda alegando que no se había demostrado que el fundamento de la responsabilidad en el caso de autos

²⁴ J. FERNÁNDEZ COSTALES, op. cit., p 62.

²⁵ B. GARZÓN, “Responsabilidad civil, negligencia profesional e imprudencia médico-sanitaria”, *La Ley*, nº 1811, 1989, p 74.

²⁶ *Las obligaciones* ... cit., p 73.

²⁷ J.C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, 2001, pp 268-269.

²⁸ E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988, p 84.

²⁹ J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada, 1997, pp 346 y ss.

³⁰ J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, op. cit., p 43.

fuera de los médicos al no lograr el correcto resultado, ya que obedeció a una infección que no puede atribuirse a la actuación de los médicos demandados. En esta sentencia se aplican las consecuencias propias de la prestación de actividad: los médicos demandados no han de responder porque han cumplido, han operado correctamente, y, según se ha señalado, la sentencia no da demasiada luz para resolver el problema de la configuración de la prestación médica³¹. La posición del TS se vio muy clara a partir de la STS de 26 de mayo de 1986, anteriormente citada, y que afirma que el médico no tiene obligación de curar sino de poner los medios para la curación.

32. Entendiendo que en los supuestos de medicina voluntaria el contrato que liga al médico con el paciente se aproxima al arrendamiento de obra, es de señalar la Sentencia del TS, de 25 de abril de 1994 ya citada, que resolvió un recurso en relación con una operación de vasectomía. Al respecto consideró en el fundamento de derecho tercero, que *“a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica –insuficientes para la curación de determinadas enfermedades-, y, finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual, lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros, todo ello impide reputar el aludido contrato como arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado –el de la curación del paciente- que, en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca conseguirse, dada la aludida naturaleza mortal del hombre, entendiéndose que por tratarse de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios”*.

33. Mas a continuación entiende que *“si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al médico para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en los que el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o para la transformación de una actividad biológica –la actividad sexual-, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de forma notoria al de arrendamiento de obra que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente –que no paciente-, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención”*³².

34. Al igual que en páginas anteriores hicimos referencia a una STS que en un supuesto de fertilidad entendió, en nuestra opinión, de forma equivocada, que estábamos en presencia de una obligación de medios y no de resultado, encontramos otra Sentencia que comete el mismo error, en un caso de

³¹ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones...*, cit., p 100.

³² Esta doctrina ha sido seguida por numerosas Sentencias del Tribunal Supremo. Entre otras cabe citar: 11 de febrero de 1997 (vasectomía), 28 de junio de 1997 (lifting facial), 2 de diciembre de 1997 (alargamiento tibial), 28 de junio de 1999 (implante de prótesis dentarias), 11 de mayo de 2001 (vasectomía), 11 de diciembre de 2001 (cirugía maxilofacial), 22 de julio de 2003 (cirugía estética correctora de senos), 12 de marzo de 2004 (ligadura de trompas), 26 de marzo de 2004 (cirugía estética reparadora) y 29 de octubre de 2004 (vasectomía).

cirugía maxilofacial, donde la obligación del médico es de resultado y el TS considera que estamos ante un arrendamiento de servicios y por tanto la obligación que una al médico con el paciente es de medios. Se trata de la Sentencia de 11 de diciembre de 2001, cuyo supuesto de hecho es el de una cirugía maxilofacial: la demandante acudió a la consulta privada de un médico especialista en cirugía maxilofacial, el cual le diagnosticó “protusión de maxilar superior” y le aconsejó la intervención quirúrgica, que fue practicada el 23 de marzo de 1997. La operación no obtuvo el resultado esperado, no estando conforme la paciente demandante con este resultado y de acuerdo con el médico, éste le practicó una nueva el 3 de julio siguiente; ésta tampoco produjo resultado satisfactorio, al infectarse los injertos, dando lugar a que el maxilar volviese a la posición que ocupaba tras la primera intervención. Decidió seguir tratamiento en Estados Unidos, que solventó su problema; éste terminó con tres intervenciones de cirugía plástica, en Barcelona, por el doctor P, quedándole secuelas. El TS considera que “(...) *la obligación del médico es una obligación de actividad (o de medios) en el sentido de que debe prestar al paciente el cuidado correspondiente a su enfermedad y excepcionalmente es una obligación de resultado, cuando se ha comprometido a la obtención de un resultado; distinción que tiene consecuencias en orden al cumplimiento o incumplimiento, a la responsabilidad y a la prueba (...)*”.

35. Resulta interesante la STS de 21 de octubre de 2005³³, que trata de un supuesto de cirugía estética con resultado de secuelas de cicatrices y una neurosis de angustia. La resolución del TS es curiosa, puesto que de forma desafortunada y de difícil entendimiento dice que “(...) *no debe hacerse de peor condición al cirujano estético que al cirujano general, por la única razón de que la actuación del primero tiende a mejorar el aspecto estético de un cliente y la del segundo a curarle, pues en ambos casos tanto el alea consustancial a todo acto médico, como el factor reaccional individual de cada paciente imposibilitan, en puridad conceptual, calificar su obligación como propia de las de resultado, lo que no obsta a que en muchas ocasiones, su obligación revista tal naturaleza como consecuencia de una información sesgada, intencional o incompleta, por cuya virtud se induce al cliente a pensar que se trata de una operación sencilla y exenta de riesgos, y que el resultado está prácticamente garantizado, con lo que el propio facultativo es quien transforma en este caso, con tan inadecuada información, su inicial obligación de medios en una clara obligación de resultados (...)* por lo que en este tipo de cirugía debe ponerse en acento en la información”. Y decíamos al principio que es curiosa y, en nuestra opinión errada, porque de una cuidada lectura de la sentencia se observa que el TS califica en este caso la obligación como de resultado como consecuencia de una información sesgada o incompleta.

36. En nuestra opinión, sin embargo, en el caso de medicina satisfactiva es claro que estamos ante una obligación de resultados. Así lo consideran, por ejemplo:

1. La STS de 12 de marzo de 2008 que resuelve un caso en que se interpone una acción contra el cirujano maxilofacial, en reclamación del precio de una nueva operación para la rehabilitación del maxilar superior izquierdo. En la sentencia se dice que estamos ante un contrato de arrendamiento de obra entre médico y paciente, dado que comprometió un resultado satisfactorio al término de la intervención.
2. Respecto de la medicina satisfactiva se pronuncia la STS de 30 de junio de 2009 al considerar que “*en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa, la relación contractual médico paciente deriva de un contrato de obra, por el que una parte –el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra –médico- por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o por cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso. Como consecuencia, a quien recibe el servicio se le ha llamado paciente, mientras que al que reclama una obra adquiere la condición de cliente ya que lo hace de forma voluntaria y no necesaria*”.

³³ Vid., comentario a esta Sentencia por J.C. GALÁN CORTÉS, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 2006, nº 72, pp 1435-1450.

3. No obstante de forma aislada, y a nuestro juicio equivocada, las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2005 y de 22 de noviembre de 2007 se apartan de esta doctrina, la primera, por entender, en un caso de vasectomía, que debe aplicarse el concepto de arrendamiento de servicios, pues el paciente queda vinculado contractualmente a la clínica donde se le operó y no al médico que le realizó la intervención, al pertenecer éste al cuadro médico de aquélla; y la segunda, porque haciendo una referencia exclusivamente a la obligación de resultado, afirma que la misma no compromete un resultado. Y en contra de las aseveraciones vistas hasta ahora sobre este tipo de obligación, cabe citar la STS de 28 de junio de 2013, analizando un supuesto de medicina voluntaria o satisfactiva, declara que los actos de medicina voluntaria *“no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida”*.

III. Relevancia jurídica de la distinción

37. A la vista de todo lo expuesto hasta ahora, y defendiendo nuestra postura de que la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado tiene relevancia jurídica, vamos a ver ahora, tomando como ejemplo el derecho que el paciente tiene a ser informado, cuál es o cómo se articula la citada relevancia jurídica de la distinción.

38. Las cuestiones que nos planteábamos al inicio de este trabajo eran las de saber si la distinción está vigente, si se utiliza en la actualidad, si sirve para solucionar problemas entre médicos y pacientes, y si tiene influencia en el régimen de la prueba. Todos estos interrogantes deben contestarse afirmativamente, de tal forma que con ello se pone de manifiesto la relevancia jurídica de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado.

39. Y ¿cuál es esa relevancia? La fundamental es la relativa al régimen de la prueba, y que referiremos, como ya se ha señalado, al derecho de información que tiene el paciente sobre la intervención o tratamiento que le prescriban, esto es, si en caso de incumplimiento de la obligación por parte del médico, el paciente tiene que demostrar la negligencia del facultativo o, al contrario, si recaerá sobre el médico la carga de probar que actuó con la diligencia debida. Podría pensarse que, a partir de la distinción entre las citadas obligaciones, pueden existir dos disciplinas diferentes en lo que respecta al cumplimiento/incumplimiento de las mismas y a su prueba, de dos formas distintas de imputación de la responsabilidad derivada del incumplimiento y de su posible exoneración e, incluso, de articular, en base a la distinción, dos regímenes de responsabilidad civil diferenciados, objetiva en el caso de las obligaciones de resultado, culposa en el caso de las obligaciones de medios.

40. Respecto de la cuestión relativa a sobre quién recae la carga de probar que la información se ha facilitado al paciente, la doctrina y la jurisprudencia, a la hora de analizar la distribución del riesgo y el concepto de incumplimiento total o parcial, no mantienen una postura unánime. Así, hay autores que han venido distinguiendo entre medicina curativa y medicina voluntaria o satisfactiva. Mientras en la primera el médico, en tanto deudor de una obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta, en la segunda, y como ya hemos señalado, se obliga el médico a obligación de resultado, ejecutando la prestación bajo su propio riesgo, de forma que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. Se presume la culpa del deudor en las obligaciones de resultado, en tanto que en las de actividad o de medios el acreedor habrá de probarla siempre (de la jurisprudencia nos ocuparemos más adelante).

41. En efecto, la principal virtualidad de esta distinción estaría en el régimen de la prueba o, más concretamente, en la manera de repartir la carga de la prueba del incumplimiento de la obligación de información del médico. Cuando el facultativo asume una obligación de resultado, se considera que el

paciente no tiene que establecer la culpa del mismo por omisión del deber de información: es suficiente que pruebe que el resultado prometido no se ha obtenido. El incumplimiento habla por sí mismo: *res ipsa loquitur*. La prueba de la culpa se confunde con la prueba del incumplimiento. Hay una presunción desfavorable para el médico por el hecho del incumplimiento en la medida de que el daño sólo puede explicarse *a priori* por la culpa de éste. Por el contrario, si el facultativo (o centro sanitario, en su caso) asumen una obligación de medios, la carga de la prueba de la culpa, esto es, la prueba de la falta de información, pesa sobre el paciente. Será éste quien ha de probar, para determinar el incumplimiento, que el médico no se ha conducido con la diligencia debida y, por tanto, al no informarle, ha incurrido en culpa. Como veremos a continuación, un sector de la doctrina entiende que la importancia práctica de la distinción está precisamente en el establecimiento de la carga probatoria acerca de si se cumple o no la prestación, y de la consiguiente responsabilidad en este último supuesto.

1. Posturas doctrinales

42. A la vista de los presupuestos propios de esta distinción, la gran mayoría de los autores opinan que, dentro del contexto de la responsabilidad contractual, según estemos frente a uno y otro tipo de obligación (de medios o de resultado), tendrá el paciente la carga de probar un contenido diverso por lo que se refiere al hecho del incumplimiento. Si es de resultados la obligación, tendrá la carga de probar solamente la no obtención del resultado. Por el contrario, si la obligación es de medios, será el paciente el que deberá probar la negligencia o culpa del médico para lograr la imputación de responsabilidad a dicho profesional, es decir, la violación de los deberes inherentes al desarrollo de la actividad profesional y, en particular, el deber de diligencia, valorada de acuerdo con la naturaleza de la actividad ejercitada, en relación al grado de progreso logrado por la ciencia médica y de las técnicas profesionales en el momento en que la actividad tuvo lugar. Asimismo, como veremos al analizar la jurisprudencia, la distinción también es sostenida en sede de responsabilidad extracontractual.

43. Como decimos, la doctrina no mantiene un criterio unívoco. Respecto de los autores que también recurren a la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado a efectos de la carga de la prueba por falta de información al paciente, podemos citar los siguientes:

44. Distinguiendo las obligaciones de medios de las de resultado, LLAMAS POMBO, E.³⁴ señala que en el primer caso incumbe al paciente o a su heredero la prueba del incumplimiento de la actividad a la que se había comprometido el facultativo, mientras que en las obligaciones de resultado bastaría demostrar, por parte del paciente, que el resultado esperado no se produce para aplicar una presunción de culpa en contra del médico³⁵. Resalta este autor, que cuando de obligación es de resultado se trate, la prueba del incumplimiento de las mismas es suficiente, puesto que el resultado no se ha producido, lo que ya comporta un daño, una culpa y una relación de causalidad; mientras tanto, en las obligaciones de medios, es a través de la prueba de estos dos extremos como se llega a la del incumplimiento.

45. Para L. GONZÁLEZ MORÁN³⁶, en las obligaciones de resultado incumbe al acreedor únicamente demostrar la existencia de una obligación y su incumplimiento, y los daños que tal incumplimiento le han irrogado, mientras que sobre el deudor pesa la carga de probar que la obligación ha sido cumplida, y, en caso de incumplimiento, demostrar que no obedece a causas imputables a él, probando la existencia de fuerza mayor o de caso fortuito. En el caso de obligaciones de medios, al deudor solamente le constriñe el deber de prestar una actividad diligente, de acuerdo con las reglas (en el supuesto de la responsabilidad médica) del arte y ciencia propios de la especialidad; él no ha prometido ni comprometido, frente al enfermo, la obtención de un resultado cerrado y comprobable; por lo tanto, en el caso

³⁴ “Responsabilidad civil, culpa y carga de la prueba”, cit., pp 230 y 425.

³⁵ En el mismo sentido, LORENTE REJÓN y CENDRERO MELGUIZO, *Responsabilidad civil en Medicina legal: responsabilidad por las actuaciones sanitarias*, Coord. García Barrios, Madrid, 2003, pp 163-164.

³⁶ *La responsabilidad civil del médico*, Barcelona, 1990, pp 90-91.

de que el paciente alegue incumplimiento del proyecto de comportamiento estipulado en el contrato, recaerá sobre el propio acreedor demostrar que la conducta del médico y su quehacer profesional no se han ajustado por lo querido y pactado³⁷.

46. En opinión de B. MORENO QUESADA, en las obligaciones de resultado las partes hacen al resultado el objeto directo de la obligación, de tal manera que no alcanzar un resultado hace presumir que no se empleó la diligencia necesaria. Se presume por ello que la no obtención del resultado se debe a la culpa del deudor, pero permitiéndose destruir esta presunción (*iuris tantum*) mediante la prueba de que ha encontrado un obstáculo que su diligencia no podía o no debía vencer. En las obligaciones de medios el alea es tal que su incidencia en la consecución del resultado, como puede ser la curación del enfermo, no permite presumir la culpa del deudor. Si el deudor no debe más que una prestación de la actividad o de medios, su objeto le liga únicamente a comportarse con la suficiente pericia profesional y, en consecuencia, no responde sino de su negligencia; si por el contrario su obligación es de obtener un resultado, en razón de que es éste el que ha de alcanzar, su responsabilidad le será atribuida por el sólo hecho de la falta de obtención del resultado, a no ser que encuentre su excusa en un caso de fuerza mayor³⁸.

47. Sin embargo, en contra de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados para la distribución de la carga de la prueba de la falta de información al paciente, se alzan las opiniones de varios autores: J. JORDANO FRAGA³⁹, A. CARRASCO⁴⁰ y R. DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴¹, para quienes la distinción las dos mencionadas categorías de obligaciones no es útil para distribuir la carga de la prueba.

48. Señala A. CARRASCO que el único uso útil de la distinción es el de articular la asignación de riesgos, de tal forma que considera que la obligación es de medios si el riesgo no pertenece al deudor en caso de frustración del resultado o los intereses del acreedor: es de medios aquella obligación donde el interés empírico del acreedor no se corresponde en toda su medida con el interés contractual que el deudor debe satisfacer.

49. Para J. JORDANO FRAGA, la distinción entre obligaciones de medios y de resultados no sirve para la distribución de la carga de la prueba, ya que el acreedor de una obligación de resultado que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, habrá de probar: 1.la obligación que le une al deudor (el hecho o causa que la origina); 2.la infracción de tal obligación, su no cumplimiento o no exacto cumplimiento por parte del deudor; 3.los daños que hayan derivado de esa infracción; del mismo modo, el acreedor de una obligación de medios que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, deberá

³⁷ En este sentido, vid., R. CASTILLEJO MANZANARES, “La carga de la prueba en el proceso civil por responsabilidad médica”, *La Ley*, 2006, vol 4, pp 1729-1730. Esta autora afirma que no cabe la responsabilidad objetiva, pues considera que partiendo de que la obligación del médico es de medios, si tras su actuación el resultado no es el esperado por el paciente, éste podrá exigirle responsabilidad, para lo que, instado el oportuno proceso, habrá de probarse la culpa del médico, así como la existencia de relación de causalidad entre la actuación del facultativo y el daño causado, y, por tanto, se exige a quien reclame el deber de probar que el médico no puso los medios, las precauciones y los cuidados suficientes que *la lex artis* entiende como necesarios, no siendo suficiente con probar la existencia de un nexo causal entre la actuación del médico y el daño causado.

³⁸ “Problemática de las obligaciones de hacer”, cit., pp 475-476, añadiendo que si el deudor no debe más que una prestación de medios o diligencia, su objeto le liga únicamente a comportarse como un buen padre de familia y, en consecuencia, no responde sino de su culpa; si por el contrario, su obligación es de obtener un resultado, en razón de que es éste el que ha de alcanzar, su responsabilidad le será atribuida por el sólo hecho de la inejecución que no encuentre su excusa en un caso de fuerza mayor y, consiguientemente, con independencia de la diligencia puesta en la actuación.

³⁹ Op. cit., pp 77-80.

⁴⁰ Artículo 1214, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dirs), XV-1, 1989, p 592.

⁴¹ *Responsabilidad civil por actos médicos*, Madrid, 1999, p 34. Apoya su criterio en la STS de 28 de junio de 1997, dictada en un caso de fallecimiento del paciente cuando se le había practicado una operación de lifting. Efectivamente de la Sentencia se desprende que a efectos de la carga de la prueba es indiferente que nos encontremos ante una obligación de medios o una obligación de resultado; lo significativo en esta resolución es que se invierte la carga de la prueba y se condena al médico que “(...) no cumplió la obligación que a él le incumbía, conforme a las pautas profesionales (*lex artis ad hoc*) que le eran exigibles, de comunicar al intensivista, a la finalización del acto quirúrgico, la clase de operación realizada al paciente, así como los antecedentes del mismo y posibles complicaciones postoperatorias que eran muy previsibles (...)”

probar también los puntos ya expuestos, siendo trascendental el incumplimiento de la obligación: que la conducta de cumplimiento del deudor no alcanzó el nivel de diligencia debido, según la obligación (esto es, culpa o negligencia del deudor).

50. R. DE ÁNGEL YAGÜEZ sostiene que de la calificación de la obligación del médico como de actividad o de resultado “*no puede extraerse necesariamente un régimen diferente al general en materia de carga de la prueba*”.

51. También es contrario a la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados, C. DÍAZ-REGAÑÓN⁴², pues considera que existe una invariabilidad de efectos en la distinción de ambos tipos de obligaciones en el terreno de la carga probatoria de la culpa, ya que en su opinión, la distinción efectuada es susceptible de ser fuertemente cuestionada, señalando las razones que le llevan a tal afirmación: en primer lugar, porque el Código civil no recoge la distinción; en segundo lugar, porque esta teoría cabría ser sostenida en sede de responsabilidad contractual, pero no cuando estemos frente a un supuesto de responsabilidad extracontractual; en tercer lugar, continúa diciendo este autor, la distinción es insostenible por el propio subjetivismo y arbitrariedad a la hora de considerar un supuesto incluido en uno u otro tipo de obligación. En consecuencia, señala este autor, para lograr una pretensión resarcitoria frente al deudor, el acreedor deberá probar la infracción de la obligación o incumplimiento material (art 1101CC), además de la existencia de la obligación: es en el cumplimiento de las obligaciones donde la distinción mencionada despliega todos sus efectos.

52. En absoluto compartimos estas últimas opiniones. Por el contrario entendemos que para determinar la cuestión de la carga de la prueba es absolutamente necesario hacer la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados, pues según estemos frente a un tipo u otro de obligación o de contrato (de arrendamiento de servicios o de obra), la carga de la prueba recaerá en sujetos diferentes, es decir, bien sobre el paciente, bien sobre el facultativo. Y a mayor abundamiento, consideramos que la distinción cabe ser sostenida, como dijimos anteriormente, tanto en sede de responsabilidad contractual como en sede de responsabilidad extracontractual, es decir, el deber que corresponde al médico (y a los centros sanitarios) de informar al paciente se presenta como un deber profesional necesario que opera tanto en los supuestos de culpa contractual como extracontractual, procediendo la yuxtaposición de ambas responsabilidades⁴³, como así lo ha puesto de manifiesto el TS en numerosas resoluciones⁴⁴.

53. Por tanto, según las opiniones mayoritarias recién expuestas, (al margen de las contrarias), se mantiene en todo su rigor el principio de que en el médico no se presume la culpa y de que, por ello, es el paciente el que debe demostrarla para que aquél sea condenado a indemnizar, cuando de una obligación de medios se trata, y que se aplica una presunción de culpa en el médico cuando se trata de una obligación de resultado, teniendo que demostrar el paciente, solamente, que no se ha obtenido el resultado buscado. Este es el modo de entender la carga de la prueba. Y lo mismo da, como ya ha quedado dicho de forma reiterada, si se trata de prueba en la culpa contractual o en la extracontractual⁴⁵. Para

⁴² Op. cit., pp 79 y ss.

⁴³ En contra, D. BELLO JANEIRO, Comentario a la STS de 23 de octubre de 2008, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 2009, nº 80, p 788, puesto que en su opinión, esta yuxtaposición de responsabilidades no resulta respetuosa con la nítida diferencia de nuestro legislador entre ambos, especialmente en los plazos de prescripción.

⁴⁴ A modo de ejemplo, entre otras, SSTS de 7 de febrero de 1990, 22 de enero de 1991, 31 de diciembre de 1997, 26 de septiembre de 2000, 31 de marzo de 2004.

⁴⁵ Vid., también, en sentido de la doctrina mayoritaria, la postura de R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1983”, *Anuario de Derecho civil*, 1985, pp 205-209. Según estos autores, la diferencia entre obligaciones de medios y obligaciones de fines radica en la necesidad de que la falta de diligencia se pruebe en las primeras y se presuma en las segundas. Para J. M. LOBATO GÓMEZ, *Estudio de la distinción ...cit.*, pp 691 y 692, el punto más conflictivo se refiere al hecho de determinar si la teoría de las obligaciones de medios y de resultados ha de ser aplicada a todo tipo de obligaciones contractuales y extracontractuales, o sólo a las primeras. Señala este autor, que en materia contractual se admite que cuando el deudor está sujeto por una de las llamadas obligaciones de resultado, puede incurrir en responsabilidad sin necesidad de que

SANTOS BRIZ, J.⁴⁶, la carga de la prueba, tanto de la culpa del médico como de la relación causal entre la culpa y el daño sobrevenido, incumbe al paciente o a sus herederos, tanto si se trata de relación contractual como si es extracontractual⁴⁷.

54. Ahora bien, lo que debe quedar bien claro es que, aunque el médico actúe diligentemente en la intervención o tratamiento de que se trate, si ha incumplido con su obligación de informar, tanto si la prueba recae sobre el enfermo-demandante, como si recae sobre el facultativo-demandado, será responsable, aunque el paciente sane, por la omisión de su deber, puesto que se le ha negado al paciente de su posibilidad de no someterse a la intervención o al tratamiento, evitándosele con ello también la posibilidad de que acuda a otro profesional o a otro centro sanitario. Se ha vulnerado, por tanto, la *lex artis ad hoc*.

2. Su determinación por el Tribunal Supremo

55. El TS, tradicionalmente ha venido considerando que el paciente, cuando demanda a un médico por falta de información, tiene que probar que el daño que alega habersele ocasionado se lo produjo el facultativo, de tal forma que sobre él recae la carga de la prueba. El citado Tribunal, así como la doctrina mayoritaria que hemos analizado supra, mantiene y defiende la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado al efecto de determinar la actuación culposa o negligente del médico. En principio, como veremos a continuación, no existe una unanimidad de criterios en las resoluciones jurisprudenciales, pues comprobaremos que unas sentencias atribuyen la carga de la prueba de la falta de información al paciente, y otras, tras admitir la inversión de la carga de la prueba, condenan al facultativo por omisión de su deber de informar.

56. Queremos resaltar que los diferentes pronunciamientos no tienen una continuidad en el tiempo, es decir, las sentencias no siguen un orden cronológico según el cual hasta un determinado año la carga de la prueba de la falta de información que tenía que proporcionarle el médico, recae sobre el paciente y desde otra fecha determinada la carga probatoria incumbe al médico. Las decisiones del TS dependen del supuesto de hecho de que se trate, entremezclándose sus criterios, pero, en todo caso y de forma indiscutible, resuelvan lo que resuelvan, lo hacen teniendo en cuenta la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, o, lo que es lo mismo, haciendo distinción entre el contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de obra. Como sentencias significativas de nuestra postura, de la de la doctrina y de la jurisprudencia, podemos citar, entre otras, las siguientes:

1. La STS de 13 de julio de 1987 considera que *“la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño sobrevenido incumbe probarla al paciente o a sus herederos y representantes legales, conclusión que se refuerza si se tiene en cuenta que en la conducta de profesionales sanitarios queda, en general, descartada en su actuación personal toda idea de responsabilidad más o menos objetiva para situarnos en el concepto clásico de la culpa en sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso, sin que se les pueda atribuir cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga dentro de su campo de imputación, máxime cuando en los tratamientos u operaciones quirúrgicas aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa*

el acreedor pruebe su culpa o negligencia. La no obtención del resultado prometido es suficiente para entender incumplida la obligación y, consiguientemente, para generar responsabilidad, a menos que se pruebe por el deudor la existencia del caso fortuito. Del mismo modo, trasladando esta idea al campo extracontractual, cuando el legislador impone expresamente deberes a los particulares que consistan en la obtención de un resultado, la víctima podría exigir responsabilidad probando únicamente un hecho material, sin necesidad de entrar a valorar la conducta generadora del daño y, consiguientemente, a determinar el carácter socialmente reprochable de la misma.

⁴⁶ “La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, 1984, p 673.

⁴⁷ En este sentido, entre otras, SSTs de 12 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1997.

*curación sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica*⁴⁸.

2. Se admite la prueba de presunciones en la STS de 31 de enero de 1991, considerando que *“la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño incumbe probarla al paciente, pero esto no excluye que dichos extremos puedan resultar acreditados por la prueba de presunciones”*. El TS admite que *“puede sentarse la conclusión presuntiva de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido, originador del edema que dañó el nervio, y la apreciación de la prueba de presunciones es función atribuida a la Sala de instancia, cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación, salvo que notoriamente aparezca la falta de enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las de la lógica, entre los hechos demostrados y aquellos otros que se trata de deducir, y no cabe duda que el razonamiento deductivo de la Sala en modo alguno puede ser calificado de ilógico o contrario a ley alguna*⁴⁹.
3. En el mismo sentido, la STS de 8 de octubre de 1992, afirma que *“la relación jurídica médico-enfermo no tiene por objeto la curación del paciente, que normalmente nadie puede asegurar, sino el compromiso de utilizar los medios adecuados conforme a la lex artis y las circunstancias del caso, y su responsabilidad ha de basarse en culpa patente que revele un desconocimiento de ciertos deberes, según el estado actual de la ciencia, sin que se le imponga al facultativo el deber de vencer dificultades que puedan equipararse a la imposibilidad. La parte actora viene obligada a demostrar en juicio que concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 1902 CC para que prospere una demanda en él fundada y, naturalmente, entre ellos la actuación negligente del cirujano. (...) la conducta de los médicos queda en general descartada de toda responsabilidad más o menos objetiva y no opera la inversión de la carga de la prueba, a la que sólo muy excepcionalmente han acudido nuestros tribunales, aunque apoyados, además, en la prueba de presunciones. (...) En cualquier caso, como ya se ha dicho, incumbe a la parte demandante 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”*.
4. Respecto a la consideración de que la carga probatoria recae sobre el paciente, se pronuncian, entre otras, las SSTS de 18 de mayo de 2012, 12 de julio de 1994⁵⁰ y 16 de diciembre de 1997, en las que el Tribunal Supremo sostiene que la falta de constancia escrita y de prueba de la falta de información no puede perjudicar al médico, recayendo sobre el paciente la carga de probar que la intervención se realizó sin estar debidamente informado. Considera la citada STS de 18 de mayo de 2012, en un supuesto de intervención de cirugía plástica para una blefaroplastia, tras la cual la paciente sufrió un ictus cerebral, que es el paciente el que debe demostrar *“la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no de las técnicas médicas exigibles para el mismo”*. No obstante, a efectos de la carga de la prueba, en la práctica tiene escasa repercusión la diferencia entre culpa contractual y extracontractual, diferencia que se ha puesto de manifiesto en numerosas sentencias.

⁴⁸ Lo mismo considera el TS en Sentencia de 12 de julio de 1988: *“(...) en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, 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 relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico”*. En el mismo sentido, STS de 11 de marzo de 1991.

⁴⁹ Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones...* cit., p 168, quien cita, además, la STS de 12 de febrero de 1990, que se limita a admitir la prueba de presunciones para demostrar el nexo causal entre el daño sufrido por el enfermo y la intervención quirúrgica practicada por el cirujano.

⁵⁰ Vid., comentario a esta Sentencia por R. SÁNCHEZ GÓMEZ, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº 38, 1995, pp 471 y ss.

5. Sobre la falta de información al paciente, es interesante la STS de 27 de septiembre de 2001. El interés de esta Sentencia radica en que hace un extenso análisis de los distintos argumentos que en materia de culpa médica se han barajado, como la diligencia exigible, la prueba de la culpa, la presunción de la misma, así como el derecho de información y los efectos de su ausencia.

El TS entiende que "la Sentencia recurrida claramente establece la base fáctica y adecuada diagnosis jurídica que permite apreciar que la atención médica dispensada en el servicio de urgencias del hospital G fue totalmente correcta. La exploración médica necesaria para establecer un diagnóstico de rotura de talón de Aquiles (al menos de la total) no exige radiografías, placas u otro tipo de pruebas o contrastes objetivos, pues es perfectamente apreciable por el "signo de hachazo" mediante la prueba de la maniobra de Trompson.

No hay soporte alguno que permita sostener que el 8 de abril de 1990 existía ya una rotura total del tendón de Aquiles, por lo que el diagnóstico efectuado ("el tendón funciona") y el tratamiento seguido respecto de la lesión de rotura de fibras diagnosticada, que consistió en inmovilización mediante escayola, fueron totalmente correctos.

Por otro lado es preciso destacar que la carga de la prueba del nexo causal corresponde en todo caso al demandante.

La denuncia que se hace en el recurso respecto a la falta de información escrita, adolece de una gran imprecisión, por lo que su planteamiento en el sentido de que "ninguno de los doctores que sucesivamente atendieron al paciente realizaron ningún tipo de informe médico por escrito explicando el tratamiento médico necesario y cuál era el alcance de la lesión", parece obedecer exclusivamente a la búsqueda de algún motivo que permita justificar la reclamación y el recurso.

Para desestimar la alegación basta con señalar que la falta de información no es "per se" una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido) y en el caso no es de ver en qué pudo influir una hipotética falta de información por escrito en el resultado lesivo, además de que no se da la exigencia informativa en el ámbito para que se invoca".

En cualquier caso, aun existiendo falta de información al paciente, resulta absolutamente necesaria la prueba del nexo causal del daño vinculado a la omisión o intervención médica para la procedencia de la reclamación, como concluye la STS de 3 de julio de 2013 (siguiendo a la de 14 de mayo de 2008), "en que en ninguno de los informes que han sido objeto de una razonable valoración sitúa el origen del daño en una mala praxis médica, sino en una previa enfermedad sufrida por la actora, habiendo reiterado la Sala primera que la carga de probar la base fáctica del nexo causal corresponde a la parte demandante, que es quien debe soportar las consecuencias desfavorables de su falta de acreditación".

57. Por tanto, según las posturas jurisprudenciales citadas (coincidentes con las doctrinales que hemos señalado supra) analizadas, será el demandante, en este caso el paciente, el que deberá demostrar los hechos constitutivos del derecho reclamado y, una vez establecidos en el proceso, al sujeto pasivo incumbe la acreditación de aquellos otros que han impedido la constitución válida del derecho (hechos impeditivos) o la han paralizado o extinguido (hechos extintivos)⁵¹. Y le corresponde probar el comportamiento culposo del médico tanto si la relación es contractual como si se califica de extracontractual⁵².

58. Por último, cabe citar aquí una sentencia en la que, de forma excepcional, el TS considera que de la calificación de las obligaciones como de medios o de resultados, no puede extraerse necesariamente

⁵¹ R. GARCÍA VARELA, op. cit., p 132.

⁵² Vid., M.T. ALONSO PÉREZ, "Responsabilidad civil derivada de una actuación médica arbitraria en el seno de una relación trilateral (a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995)", *Anuario de derecho civil*, 1997, p 931; y también, J. M. BADENAS CARPIO, "La responsabilidad civil médica", en *Lecciones de responsabilidad civil*, F. REGLERO CAMPOS, (coord.), Pamplona, 2012, p 261, para quien la carga de la prueba relacionada con la falta de diligencia del profesional sanitario, así como respecto del aislamiento de la causa productora del daño, incumben al demandante, sin que en ningún caso opere cualquier tipo de inversión.

un régimen diferente al general en materia de la carga de la prueba, en el que queda constancia de las opiniones en este sentido por varios autores. Como ejemplo de lo dicho puede traerse a colación la STS de 28 de junio de 1997, dictada en un caso de fallecimiento del paciente cuando se le había practicado una operación de lifting, en la que no se informó al paciente sobre las posibles complicaciones postoperatoria.

59. Como conclusión de lo dicho hasta ahora cabe señalar que cuando de medicina asistencial se trata, en los supuestos de responsabilidad civil por omisión del deber de información, no es de aplicación la inversión de la carga de la prueba, lo que implica que el paciente deberá probar, además de la existencia del daño, la actuación culposa del médico y la relación de causalidad entre la falta de información y el daño causado, tanto en las relaciones contractuales como en las extracontractuales (STS de 23 de octubre de 2008)⁵³. Y como señala BLAS ORBÁN, la demostración de la patología que sufre el paciente puede que no sea difícil de demostrar; lo difícil será probar que el médico no actuó conforme a la *lex artis*, debiendo probar también que de este incumplimiento de ha derivado un resultado dañoso⁵⁴.

60. ¿De qué medios de prueba puede valerse el paciente para demostrar lo anteriormente dicho? En principio la prueba será difícil puesto que el artículo 4.1 Ley 41/2002 establece que la información se haga de forma verbal, pero se admitirá cualquier medio de prueba documental como la historia clínica⁵⁵, prueba testifical, informes médicos, dictamen de peritos, ... Además, debe señalarse que existe una obligación de colaboración procesal del profesional sanitario, especialmente en la aportación de pruebas documentales y de los historiales clínicos completos, considerando la STS de 29 de noviembre de 2002 que el personal sanitario, por sus conocimientos técnicos en materia litigiosa, y por los medios a su disposición, gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la víctima a la hora de buscar la prueba⁵⁶.

61. Por ello, debe ponerse de manifiesto, como hace A. CABANILLAS SÁNCHEZ, la evidente dificultad probatoria que recae sobre el paciente demandante, por lo que, señala este autor, no ha sido infrecuente la desestimación de la demanda indemnizatoria en la mayor parte de los procesos, ya que, formalizado recurso por infracción de ley, es desestimado en su totalidad⁵⁷.

62. Una posición ecléctica es la propugnada por J. ATAZ LÓPEZ⁵⁸, quien sostiene que *“es cierto que cargar al enfermo con la carga de la prueba de diligencia médica, es, en la práctica, conseguir que le sea muy difícil tener una sentencia condenatoria. También lo es que no sería justo presumir una culpa médica ante cada fracaso. Por ello ninguna de las dos soluciones es totalmente satisfactoria, y parece que lo adecuado es exigir al médico la prueba de su diligente cumplimiento, y al enfermo la de la ausencia del mismo: el enfermo ha de probar la existencia de la obligación y su incumplimiento, y el médico ha de probar que cumplió con toda la diligencia exigible”*.

⁵³ Sentencia comentada por D. BELLO JANEIRO, cit., quien en p 788 se muestra contrario a esta yuxtaposición, pues entiende que la misma no resulta respetuosa con la nítida diferencia que hace nuestro legislador entre ambos tipos de obligaciones, especialmente en los plazos de prescripción.

⁵⁴ Op. cit., p 222.

⁵⁵ Respecto a la historia clínica como documento probatorio de haberse proporcionado la información, el TS manifiesta sus reservas ya que en Sentencia de 5 de junio de 1998 considera que (...) el error de la Audiencia ha sido estimar como intocable lo que se dice en la historia clínica, como hechos probados, sin apercibirse que tal historia no es más que el relato de un proceso médico, que puede o no ser verídico, confrontado con los demás medios probatorios. No haciéndolo, o si se ha hecho no se manifiesta cómo lo ha sido, queda la historia clínica como verdad irrefutable, lo que no puede admitirse”.

⁵⁶ Ante la falta de determinados documentos en la historia clínica aportada, el TS en sentencia de 6 de febrero de 2001 (citada por J. CORBELLA DUCH, *Manual de Derecho sanitario*, 2ª ed., Barcelona, 2012, p 175), entiende que *“no se está sometiendo al organismo demandado al rigor de una inversión de la carga de la prueba, sino que se está poniendo de manifiesto que es dicha institución quien dispone de facilidad para aportar las pruebas. Su omisión reduce la exigencia de tales pruebas a simple alegación unilateral de parte”*. El autor citado entiende que *“este principio se impone con carácter general en la vigente LEC, cuando en su art 247 exige a las partes que ajusten sus actuaciones a las reglas de la buena fe, y en el art 328 reconociendo el derecho de cada parte de solicitar a las demás la exhibición de los documentos que no se hallen a su disposición”*.

⁵⁷ Cfr. “La responsabilidad por infracción ...” cit., p 909.

⁵⁸ Op. cit., p 255.

63. Sobre la dificultad en la que se encuentra el paciente para probar la culpa del médico, el TS en S de 12 de diciembre de 1998 alude a la falta de colaboración y hasta a la “oposición sostenida y conciliada” de los profesionales, así como también se apunta de forma tímida hacia la inversión de la carga de la prueba.

64. Considera la sentencia que *“Resulta sabido, por ser notorio del conocimiento popular, lo difícil que es en estos casos para los litigantes el precisar las actuaciones médicas y las sanitarias, que, por negligentes o defectuosas, atentan y dañan la salud de las personas, así como aportar las pruebas corroboradoras necesarias, ante la pasividad unas veces y otras la falta de colaboración y hasta oposición sostenida y conciliada de médicos, sanitarios y centros asistenciales, y es la actividad probatoria llevada a cabo con las debidas garantías legales-procesales la que los determina. En el caso de autos la causa petendi no es otra que la conducta culpabilística del facultativo anestesiólogo que recurre, por mala, deficiente y negligente actuación, con graves y permanentes consecuencias, dañosa para la salud de la persona, que resultó perfectamente identificada, lo que hace aplicable la responsabilidad por culpa extracontractual del art 1902 CC.*

Conforme la doctrina más avanzada de esta sala de casación civil, en materia de culpa médica, correspondía a los recurrentes haber probado que se empleó correcta praxis y se practicó el intubado con todas las condiciones de previsión, oportunidad y seguridad suficientes para evitar los gravísimos daños ocasionados, lo que llevaría a la posibilidad de poder contemplar supuesto de caso fortuito, cuya demostración cumplida corresponde a quien resulte demandado en asuntos como el presente”⁵⁹.

65. Como señala GÓMEZ CALLE, E.⁶⁰, a los pacientes les puede resultar muy complicado acreditar que hubo negligencia en la asistencia recibida y ello por diversos factores. Serían, según esta autora, los siguientes: básicamente porque estamos en un sector altamente especializado, que requiere conocimientos profesionales para determinar si el tratamiento ha sido o no el correcto o el más idóneo, y porque con frecuencia los elementos que pueden servir para valorar la corrección de la intervención médica (la historia clínica, por ejemplo) se encuentran en poder de aquellos a los que se pretende exigir responsabilidad.

66. No es fácil que el paciente disponga de la prueba, siendo el médico, en muchas ocasiones, quien tiene acceso a las fuentes de prueba que fundamenten su exculpación; además, es mejor su posición en lo relativo a las posibilidades de acceso al conocimiento, que cada uno de ellos tiene, acerca del desarrollo de los hechos, así como de su valoración técnica o científica⁶¹. Por ello lo razonable es que quien disponga de la prueba la aporte, en tal forma que, como dice la STS de 19 de julio de 2013, la carga de probar hay que combinarla con la facilidad para probar. Esta teoría de la facilidad probatoria ha sido incorporada a la LEC en su art 217.⁶²

⁵⁹ No obstante, años atrás el TS ya reconoció la responsabilidad médica sin culpa o inversión de la carga de la prueba en la S de 1 de diciembre de 1987: la demandante padecía un angioma plano (mancha roja en la mejilla) y para eliminar esta imperfección fue sometida a un tratamiento de radioterapia. Las consecuencias de dicho tratamiento fueron altamente dañosas para la actora: le produjo una profunda afección calificada de radionecrosis que, debidamente tratada, dejó secuelas que se extendían a medio paladar, siete piezas dentarias, cicatriz de diecisiete centímetros en mejilla izquierda desde el pabellón auricular hasta el mentón con pérdida de sensibilidad en la cara, parálisis que conlleva alteraciones de la mímica, dificultades respiratorias, pronunciación deficiente y lagrimeo. La causa de todas estas consecuencias radica en una sobredosis de radioterapia, dosis superior a la planificada. La culpa médica se encuentra en que debía haber prestado especial cuidado en la aplicación de la dosis, cuidado que debía extenderse a la revisión de los aparatos, a sus elementos funcionales y al tiempo de la administración. Se observa la enorme dificultad que se presenta a la demandante, si pesa sobre ella la carga de probar que el médico encargado de aplicar el tratamiento de radioterapia no lo hizo con la diligencia debida en tan complicadas y técnicas tareas. El TS establece la inversión de la carga de la prueba: es al médico a quien corresponde probar que actuó con la exigible diligencia, considerando que “A lo largo del proceso el demandado no ha probado el agotamiento de su diligencia en el uso de un medio que se considera peligroso. Esta falta de diligencia en el manejo del medio peligroso constituye el inicio de la cadena causal que termina con el grave resultado de una lesión física en la paciente”.

⁶⁰ Op. cit., pp 1749-1750.

⁶¹ R. CASTILLEJO MANZANARES, op. cit, p 1731.

⁶² Respecto del principio de facilidad probatoria, J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La nueva Ley de Protección de datos de carácter personal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi.*, n° 34, 2000, p 133, dice que se apunta tal principio como fundamento al que responde la existencia de presunciones: sería la previsión de una situación procesal en la que una de las partes puede verse gravada con la

67. En efecto, en dicho precepto se distingue entre disponibilidad probatoria, según la cual es la contraparte la que posee el medio probatorio o, incluso, aun gozando la parte de medios probatorios, los mismos tienen menor entidad para probar que los que únicamente dependen de la voluntad de la otra; y facilidad probatoria que implica que si bien la parte podría aportar la prueba de los hechos que le incumben, la contraparte se encuentra en una posición en que le es más fácil, menos gravoso o incluso más rápido llevar la prueba al caso. Por lo tanto, que es quien ejercita la acción quien debe probar la culpa, no es óbice para que el médico pueda colaborar, por cuanto la carga de la prueba se desplaza hacia quien se halla en mejor posición en relación con las fuentes de prueba, siendo de su interés demostrar que actuó con la máxima diligencia y que no existe el necesario nexo de causalidad entre el hecho denunciado y el daño causado⁶³.

68. En el caso de que sea el paciente, suficientemente informado por su médico de los riesgos, consecuencias y alternativas de las pruebas a las que deba de someterse o a una intervención, el que quiera operarse o que se le realicen las pruebas que sean pertinentes, a pesar de la recomendación expresa de su médico de que no lo haga, el médico no incurre en culpa, y será el paciente el que deberá demostrar que hubo información.

69. En esta orientación cabe citar la STS de 11 de mayo de 1999, cuyo supuesto trata de la lesión medular y paraplejia que a la demandante le había producido la intervención quirúrgica de la escoliosis que padecía, cirugía que le había sido desaconsejada por los propios cirujanos. La Sentencia declara que *“Así las cosas y en congruencia con cuanto dejamos expuesto en los fundamentos anteriores, parece oportuno e incluso obligado recordar, por su trascendencia a efectos decisivos, el concreto relato fáctico que se incorpora en la motivación jurídica 6ª de la sentencia recurrida, en la que literalmente se expresa ”sin embargo, la actuación de los médicos viene forzada por la voluntad de la paciente y en contra de las recomendaciones médicas”, haciéndose notar a seguido que en el expediente del hospital G.U. consta que “se le aconseja la no intervención por los riesgos que conlleva.*

Al no poder estimar concurrente, en puridad, el inexcusable nexo causal entre la actividad sanitaria desarrollada y el daño producido, en razón de la asunción por la paciente de los riesgos que comportaba la intervención quirúrgica y que le habían sido comunicados previamente, no pudiendo, pues, compartirse ni las afirmaciones que formula la parte recurrente en orden a “la falta de información sobre los riesgos y la carencia de consentimiento de la paciente”, como contrarias a los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, o a que “la paraplejia se produciría por empleo de técnica incorrecta, por consecuencia de alguna circunstancia ignorada que sucedió en el quirófano o bien por mor de la lesión de tipo isquémico no advertida oportunamente” (...), ni las consecuencias que pretenden deducirse de tales alegaciones, ya que la previa advertencia médica de los gravísimos riesgos que conllevaba la operación y la voluntad de la paciente de que se llevara a cabo la misma asumiendo sus riesgos, impiden como decíamos la responsabilidad pretendida por la parte recurrente como derivada de la actuación de los servicios médicos del hospital, los cuales están llamados (...) “no a obtener un resultado (la salud del paciente), sino a prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado”.

IV. Las obligaciones de medios y de resultado en los Principios Unidroit, en los Principios de Derecho Contractual Europeo y en el Marco Común de Referencia

70. Por lo que se refiere a los Principios UNIDROIT, regulan en el art 5.1.4, del capítulo relativo a las obligaciones, las obligaciones de medios y las de resultado, si bien por las primeras utiliza una

carga de probar un hecho muy difícil o imposible acreditación la que lleva a establecer este tipo de reglas, a partir de las cuales la parte a la que, en principio, le correspondía probar, queda exonerada de tal prueba o sólo tener que acreditar el hecho del que se deduce el hecho presumido. De este modo, continúa diciendo la autora, aunque no siempre se produce una exoneración total de la carga de la prueba, las presunciones suponen, al menos, una clara facilitación de la prueba, puesto que la parte a la que beneficia la presunción tendrá que acreditar un hecho cuya prueba es claramente más fácil que la del hecho que tendría de demostrar si no existiese dicha presunción.

⁶³ R. CASTILLEJO MANZANARES, op.cit., p 1731.

denominación distinta, refiriéndose a ellas como las obligaciones “de emplear los mejores esfuerzos”. En concreto el citado artículo dispone que:

- “(1) *En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.*
- (2) *En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición*”.. En el artículo siguiente, para delimitar cuando se está en presencia de una obligación de resultado o de una obligación de emplear los mejores esfuerzos, tiene en cuenta, entre otros, los siguientes factores: “(...) (a) *los términos en los que se describe la prestación en el contrato; (b) el precio y otros términos del contrato; (c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado; (d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la prestación*”.

71. De forma muy diferente, los Principios de Derecho Contractual Europeo no regulan explícitamente ambos tipos de obligaciones sino que hay que hacer una labor de deducción, de lo dispuesto en el art 6:102: *Términos implícitos: Junto a cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que derivan de:*

- (a) *La intención de las partes;*
 (b) *la naturaleza y objeto del contrato;*
 (c) *Y la buena fe*”.

72. Como se observa, el precepto se refiere a la “naturaleza (...)” del contrato. De este apartado, O. LANDO, y H. BEALE⁶⁴, al comentar este artículo, señalan un epígrafe denominado *Obligación de resultado y obligación de medios*, en el que, sin embargo, utilizan la denominación de los PU para referirse a las obligaciones de medios. Así entienden estos autores que “con frecuencia resulta necesario determinar si un contrato de hacer obliga a lograr un resultado específico o si requiere que la parte lleve a cabo un esfuerzo razonable; la primera exige que se llegue a un determinado resultado”. Y señalan varios ejemplos de estos tipos de obligaciones. Uno de ellos, relativo a la medicina, dice lo siguiente: Se contrata a un cirujano para llevar a cabo una operación para esterilizar a un hombre. El cirujano pone de su parte todo el cuidado y pericia razonables, pero la operación sufre con posterioridad un contratiempo natural y la esposa del hombre operado queda embarazada. Puesto que las operaciones médicas conllevan como es sabido un elemento de riesgo y los pacientes rara vez esperan que se garantice su cura, no se considerará que el cirujano estaba garantizando que el hombre resultaría estéril, aunque podría ser responsable en caso de que no hubiera advertido al paciente que existe el riesgo de contratiempos espontáneos.

73. Como se deduce de su lectura, la interpretación a la que se llega es justamente contraria a la nuestra. Para nosotros se trata de un caso de medicina voluntaria y por tanto de obligación de resultado, recayendo sobre el facultativo la carga de probar que el paciente fue debidamente informado de las consecuencias que se podrían ocasionar después de la intervención.

74. Y, por último, el Marco Común de Referencia. Su art IV.C.-8:104, dentro del capítulo 8 titulado “servicios médicos”, contiene explícitamente una distinción entre las obligaciones a las que denomina “Obligación de competencia y diligencia”, acercándose al arrendamiento de servicios y excluyendo el contrato de obra. Dispone el precepto que:

⁶⁴ *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, Madrid, 2003, p 440. Vid., también, P. JIMÉNEZ BLANCO, “Contenido y condicionantes de las obligaciones contractuales: tipología en Derecho comparado”, en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, SÁNCHEZ LORENZO (editor), 2ª ed, Navarra, 2013, pp 847 y ss.

- “(1) *La obligación de competencia y diligencia del profesional sanitario requiere específicamente que actúe con la competencia y diligencia que un profesional razonable y competente demostraría en las circunstancias de que se trate.*
- (2) *Si el profesional sanitario carece de la experiencia o la competencia para tratar al paciente con el grado necesario de competencia y diligencia, deberá derivar al paciente a un profesional que pueda hacerlo.*
- (3) *Las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo ni derogar o modificar sus efectos en perjuicio del paciente”.*

75. Realmente a lo que hace referencia el artículo citado en el párrafo primero, que es el que aquí interesa, es la exigencia al facultativo (y personal sanitario) de una actuación diligente conforme a la *lex artis ad hoc*, entendiendo como tal, según definición dada por el TS “(...) *no sólo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias*” (TS de 19 de octubre de 2007). También es evidente que no se hace referencia al contrato de obra, que se encuentra regulado en el capítulo 3 del libro IV.

76. Pero como se observa, no se resuelve la cuestión de si el cumplimiento de tales reglas exonera de responsabilidad al profesional médico o si, en función de las circunstancias del caso, la diligencia exigible puede requerir del profesional actuaciones distintas a las generalmente aceptadas en el sector. El criterio de determinación del estándar exigible es, por tanto, el del profesional razonablemente competente que actúa de conformidad con las guías de práctica clínica y protocolos de actuación aceptados generalmente como válidos de acuerdo con el estado actual de la ciencia, teniendo en cuenta las circunstancias en las que el tratamiento médico debe ser prestado⁶⁵.

77. La regulación del contrato de servicios médicos en el MCR se aplica por igual a los contratos sobre tratamientos de medicina curativa como de medicina voluntaria, por lo que en ambos casos el médico se obliga a prestar diligentemente una actividad dirigida a la sanación del paciente, pero sin garantizar su curación o mejoría, esto es, sin garantizar el resultado, de tal forma que no habrá incumplimiento por el hecho de que no se obtenga el resultado perseguido. En conclusión, se abandona la asociación entre medicina voluntaria y obligación de resultado que nuestro TS y la doctrina han venido sosteniendo.

78. En nuestra opinión, la opción del MCR no merece una valoración positiva, puesto que la configuración de la obligación del médico como de resultado depende del carácter voluntario del tratamiento o intervención médica y, por tanto, de la voluntad de las partes. Como hemos sostenido a lo largo de este trabajo, este tipo de obligaciones muestran algunas de las tendencias actuales más importantes en el ámbito de la contratación precisamente en relación con el modelo de incumplimiento y la determinación del régimen de responsabilidad contractual. En contra encontramos, por ejemplo, de forma aislada, la STS de 27 de septiembre de 2010, que en un supuesto de medicina voluntaria (la práctica de una abdominoplastia) consideró que “(...) *hay que partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos psíquico y social y no sólo físico (...)* Además, *toda intervención médica está sujeta al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía: hemorragias, infecciones, cicatrización, problemas con la anestesia, etc*”. Sin embargo, nosotros mantenemos nuestro posicionamiento en cuanto a la distinción de obligaciones de medios y obligación de resultado y su relevancia jurídica respecto de la carga de la prueba y el régimen de imputación de la responsabilidad.

⁶⁵ Vid., S. RAMOS GONZÁLEZ, Libro IV, Parte C. Servicios. Capítulo 8. Servicios médicos, en *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, VAQUER ALOY, Bosch Capdevila, Sánchez González (coords), t II, Barcelona, 2012, pp 1343-1349.