

La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997)

María TERESA ALONSO PÉREZ
Profesora Ayudante de Derecho Civil.
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: Presupuestos fácticos. Fundamentos jurídicos de la sentencia. *El comentario:* Planteamiento. **Primera crítica:** La configuración del deber de prestar servicios médicos como obligación de resultado: *Introducción*. 1.– *Análisis de la cuestión en la jurisprudencia* 2.– *La Medicina curativa*. 3.– *La Medicina no curativa*. 4.– *Estudio del caso concreto*: 1.– La calificación que realiza la sentencia: ¿cirugía estética? 2.– Posturas doctrinales en torno a la cirugía estética. 3.– Estudio de las circunstancias que pueden ser relevantes en el caso concreto para la determinación del tipo de obligación asumida por el médico. a– Inseguridad en la consecución del resultado. b.– Los riesgos de la intervención. 5.– *Conclusión y crítica de la solución dada al problema por la sentencia*. **Segunda crítica:** La relevancia dada a la naturaleza de la obligación en el ámbito de la responsabilidad civil. 1.– *Originalidad de la sentencia: la traslación al ámbito extracontractual de la clasificación de las obligaciones entre las de medios y las de resultado*. 2.– *Análisis jurisprudencial de la cuestión*: a) Sentencia de 11 de febrero de 1997 (RAJ 1997, 940); b) Sentencia de 16 de abril de 1991 (RAJ 1997, 2697); c) Otras sentencias. 3.– *Esquema argumental de la sentencia*. 1.– Una argumentación propia del ámbito de la responsabilidad contractual. 2.– La referencia a la asunción de los riesgos. 4.– *Finalidad perseguida por la sentencia*. 5.– *Crítica de la argumentación empleada por la sentencia*. 1.– La utilización de la vía extracontractual. 2.– La asunción de un esquema argumental propio de la vía contractual. *Conclusión*.

PRESUPUESTOS FÁCTICOS

Aparecen recogidos en el primer fundamento de Derecho de la sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA

Primero.– La base fáctica del proceso, del que dimana el presente recurso de casación, se halla explicada con detalle en la sentencia de instancia: 1.^º) La

demandante, D.^a Silvia J. G., actualmente parte recurrida en este recurso, beneficiaria de la Seguridad Social, y entonces de 16 años de edad, tenía el deseo de alcanzar cuando menos la estatura de su madre (1'55 metros para lo que tenía que crecer 7 centímetros más). Para dar satisfacción a estos deseos, en parte suscitados por ciertos medios de comunicación en los que se hablaba de la facilidad del alargamiento de las piernas y del éxito del « Sistema Ralka» empleado con este objeto, los padres de la entonces menor de edad, la llevaron a la consulta del doctor M. M., Jefe del Servicio de Traumatología del Hospital General de Asturias, quien después de examinar a la menor obtuvo la autorización formal para su intervención quirúrgica, sin que conste acreditado que hubieran sido informados de forma completa, veraz y asequible, como ordena la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, de los graves riesgos y posibles secuelas de la operación. 2.^o) La intervención quirúrgica del alargamiento tibial se realizó por el citado doctor M.M., el 11 de marzo de 1987, las de alargamiento de los tendones de aquiles el 17 de junio y 19 de agosto del mismo año, y el 16 de septiembre, con anestesia general, se retiró el sistema de alon-gación Ralka. 3.^o) Casi dos meses después de la primera intervención, en 6 de mayo de 1987 se remite a la paciente al Servicio de Rehabilitación del mismo hospital para la recuperación funcional de las extremidades inferiores. En el informe de la Dra. M., emitido en esta fecha se hace constar que «llama la atención la importante deformidad que presenta la paciente en ambas rodillas y pie, consistentes en contracturas de la flexión de 60º en la articulación de la rodilla derecha y de 40º en la izquierda; la deformidad en equino de ambos pies, que alcanza 50º en el derecho y 40º en el izquierdo» ... «se observa también contractura en flexión de 30º en la cadera derecha con tendencia a la rotación externa de toda la extremidad e importante atrofia de la musculatura del cuádriceps». Permanece en el Hospital hasta el 20 de octubre de 1987, fecha en que se le da el alta hospitalaria, continuando en tratamiento ambulatorio. 4.^o) El 7 de enero de 1988 ingresa en el Hospital de Cabueñes de Gijón, dependiente del Insalud, en silla de ruedas, ante la imposibilidad de mantener la bipedestación, con el fin de corregir la rigidez de rodillas y pies y proseguir el tratamiento rehabilitador; 5.^o) Estimándose que el tratamiento fisioterapéutico era insuficiente para corregir el equinismo, con fecha de 22 de agosto de 1988 se le practica una cetoplastia del tendón de Aquiles derecho, inmovilizándolo seguidamente mediante férula posterior de yeso. 6.^o) Con fecha 19 de noviembre de 1988 y en el Departamento de Neurofisiología Clínica del Hospital Valle del Nalón de Riaño, se le realiza una exploración Neurofisiológica, que permite observar una neuropatía de los nervios tibial y peroneal derechos por debajo del huseo plopícteo, con signos de degeneración Walleriana. 7.^o) De nuevo en el Hospital de Cabueñes de Gijón, en vista de la dificultad de corregir el equinismo de los pies y la poresias musculares se decide la práctica de una osteotomía tarsiana en el pie derecho, tipo «Lambrinudi», que se realiza el 4 de abril de 1990, y posteriormente se le practica una artrodesis de tarso. 8.^o) El alta definitiva no tiene lugar hasta el 24 de julio de 1991, quedándole como secuelas: primera, 8 cicatrices en cada una de las piernas; segunda, pies en equino, con rigidez a la movilidad de ambos tobillos de 10º en el derecho y 30º en el izquierdo y limitación global a la movilidad de los dedos del pie derecho; tercera, disimetría de 1'5 centímetros, por menor alargamiento de la tibia derecha; cuarta, parastésias por afectación del nervio peroneal y tibial y pérdida de fuerza muscular en la pierna derecha; quinta, triple artrodesis (subastragaliana y astrágalo escafoidea) en el pie derecho, fijadas con grapas de tipo «Blound».

Estas limitaciones funcionales determinan notables dificultades para la marcha por terrenos desiguales, accesos por escaleras, para correr, y, en general, para la práctica de deportes y para ciertos trabajos.

Segundo. Interpuesta demanda por doña Silvia J. G., ejercitando acción de responsabilidad civil extracontractual basada en los artículos 1902 y 1903 CC es desestimada en primera instancia por el Juzgado de Oviedo núm. 2, que entendió que la técnica empleada fue correcta y ajustada a las exigencias propias de la ciencia médica y que no quedó probado de forma patente el desconocimiento de las complicaciones. Formulado recurso de apelación, la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 5.ª, de Oviedo, de fecha 28 de octubre de 1993 revocó la anterior y, tras la detallada exposición de los hechos acreditados, relacionados en el fundamento anterior, declaró que no consta que en el proceso de alargamiento de las tibias se hubiera realizado por parte del cirujano interviniente un cuidadoso control del equinismo, que haría aconsejable detener el proceso de alargamiento en evitación de las graves secuelas producidas; asimismo, declaró que no consta acreditado que se hubiera realizado una previa preparación psicológica de la paciente, necesaria para obtener la colaboración de la misma y para la superación de las dificultades que puedan presentarse en el postoperatorio y durante la rehabilitación. En consecuencia, estimó la demanda y condenó al Principado de Asturias, como Administración de la que dependía el Hospital General de Asturias y al INSS, a indemnizar a la actora en la cantidad de 10.000.000 ptas.

El Instituto Nacional de la Salud ha formulado el presente recurso de casación, articulado en tres motivos, todos ellos al amparo de lo dispuesto en el artículo 1692.4 LEC.

Tercero. La base jurídica del presente caso, tal como se desprende de la demanda *causa petendi*, y se recoge en las sentencias de instancia, es la llamada responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y 1903 (párrafo 4.º). No se ha demandado a médico alguno, sino al centro médico –Hospital General de Asturias que depende del Principado de Asturias– y al Instituto Nacional de la Salud, del que el anterior era un centro concertado y cuya intervención se realizó por orden y cuenta del mismo.

Ciertamente, el artículo 1903 presupone una actuación culposa, pero ésta se deduce del propio resultado producido. Tal como dice la S 12 de junio de 1997, que reitera la de 22 de abril de 1997: El primer párrafo del artículo 1903 CC dispone que la obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Por lo cual, la aplicación del artículo 1903 sobre obligación de indemnizar por hecho ajeno, presupone la obligación derivada de acto ilícito, responsabilidad extracontractual, del artículo 1902. En cuanto a ésta, se trata de responsabilidad médica, que ya ha sido objeto de numerosas sentencias de esta Sala y ha sido tratada globalmente en la de 22 de abril de 1997, de la cual conviene destacar el siguiente párrafo: 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 actitud y cumple con su ejecución adecuada y

correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado: todo ello, según expresa la S 21 de julio de 1997.

En el presente caso, como apunta la sentencia de instancia, el tratamiento que sufrió la demandante no tenía una finalidad curativa, sino se comprende en la llamada medicina voluntaria, que se califica de contrato de obra y, en todo caso, la obligación del médico es de resultado, no de actividad. Así lo ha entendido este Tribunal desde la S 21 de marzo de 1950 y las más recientes de 16 de abril de 1991, 25 de abril de 1994 (la de 7 de febrero de 1990, lo apunta al final del Fundamento 4.º y la de 11 de febrero de 1997 que dice que cuando la medicina tiene un carácter voluntario, en que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético, la relación se aproxima de una manera notoria al contrato de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue.

Así en el presente caso el resultado que se perseguía no fue obtenido, se produjo un daño y no se ha probado que éste tuviera una causa ajena a la actuación médica; por el contrario, sí se ha probado que el nexo causal y la culpa se hallan en la misma. El resultado dañoso en estos supuestos de medicina voluntaria, con obligación de resultado hace presumir la culpa en el profesional médico que fue causa (nexo causal) del mismo.

Cuarto. Los motivos de casación del recurso del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se basan, todos ellos, en el artículo 1692.4 LEC y alegan infracción, el primero, del artículo 1104 CC y jurisprudencia; el segundo, del artículo 1902 CC, y el tercero, del artículo 1105 CC.

El primero debe desestimarse por tres razones. La primera es que dicho artículo 1104 CC del que se denuncia aplicación indebida no ha sido aplicado por la sentencia de instancia, ya que dicha norma define la culpa contractual, dentro del capítulo dedicado a la naturaleza y efectos de las obligaciones, mientras que la *causa petendi* de la demanda y el fondo de la sentencia es la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC con un concepto más amplio y genérico de la culpa. La segunda razón es por llevar a la argumentación jurídica del motivo, hechos distintos a los acreditados en la instancia y no combatidos en casación. La tercera de las razones de desestimación del motivo es puramente jurídica: se insiste, en el desarrollo del mismo, en el tema de la necesidad de la prueba de la culpa y del nexo causal, para poder dar lugar a la responsabilidad extracontractual, pero olvida que la realidad jurídica no es tan clara y rotunda como se expone en el motivo; cierto que la obligación del médico es, normalmente, de actividad (o medios) y que, incluso ésta, un resultado dañoso anómalo o desproporcionado hace presumir la culpa, pero si, como en el presente caso, se trata de obligación de resultado, la no producción de éste y producción de un daño, si presume la culpa en el autor, médico; tanto más cuanto el paciente (en este caso, por ser menor, los padres) no consta que supiera y asumiera el riesgo; y mucho más cuanto en el presente caso constan como hechos probados los que suficientemente acreditan el nexo causal y la culpa.

El segundo motivo de casación debe desestimarse por cuanto, al amparo de la alegación de la aplicación indebida del artículo 1902 CC no se hace otra cosa que dar una versión distinta –lógicamente subjetiva e interesada– de los hechos, respecto a los que han quedado acreditados y relacionados así en la sentencia de instancia.

Lo mismo ocurre en el tercer motivo de casación. Se alega infracción del artículo 1105 CC por darse –según se expresa en el breve contenido de este motivo– «un caso fortuito que no pudo ser previsto o que, previsto, era inevitable, lo cual se opone frontalmente a lo declarado probado por la sentencia de instancia, hechos incólumes en casación».

Quinto. Desestimados todos los motivos de casación debe declararse no haber lugar al recurso imponiendo las costas al recurrente tal como establece el artículo 1715.2 LEC.

EL COMENTARIO

PLANTEAMIENTO

La sentencia de 2 de diciembre de 1997 ¹ viene a alterar, en cierta forma, los esquemas a los que nos tenía acostumbrados el Tribunal Supremo en materia de responsabilidad civil médica.

De entrada se dedica a justificar la existencia de una obligación médica de resultado para después extraer las consecuencias que estima pertinentes. Todo ello en un litigio sustanciado conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual.

No cabe duda de que para solventar problemas de responsabilidad profesional es fundamental conocer las estructuras jurídico-obligacionales que sustentan las relaciones en el seno de las que surgen los conflictos. La sentencia se aplica a fijar precisamente cuál es en el caso concreto dicha estructura, llegando a la conclusión de que la obligación asumida por el médico es una obligación de resultado. La primera parte de este estudio revisa toda esta cuestión a partir de los argumentos empleados por el pronunciamiento.

Además, la sentencia da relevancia a la naturaleza de la obligación médica para proceder a un favorecimiento de la posición del perjudicado-demandante en el proceso. Y todo ello en un litigio sustanciado conforme a las normas de la responsabilidad extracontractual. La segunda parte del estudio analiza hasta qué punto en la vía extracontractual se debe dar relevancia a la estructura jurídica de la relación en el seno de la cual se ha producido el daño.

PRIMERA CRÍTICA. LA CONFIGURACIÓN DEL DEBER DE PRESTAR SERVICIOS MÉDICOS COMO OBLIGACIÓN DE RESULTADO

INTRODUCCIÓN

Ha sido objeto de preocupación para la doctrina la configuración jurídica de las relaciones que vinculan a los profesionales médicos con los pacientes. Sin

¹ Se puede consultar en *Actualidad Civil*, 1998, núm. 10, del 9 al 15 de marzo, pp. 724 a 727, núm. de referencia: 275.

embargo, de la amplia problemática que al respecto se puede suscitar y que ya he analizado en otro lugar ² nos centramos ahora en el estudio de en qué medida las relaciones por las que se prestan servicios médicos pueden adoptar la configuración de contratos de obra, o, formulado de otro modo, en qué medida el profesional puede ser deudor de una obligación de resultado.

Antes de adentrarnos en el estudio de la problemática planteada por la sentencia, conviene recordar que en los contratos civiles de trabajo, el objeto de la relación es un servicio, el cual, por supuesto, siempre va encaminado a la consecución de un resultado, ya que el trabajo no es un fin en sí mismo, sino un medio, de modo que nadie contrata a cambio de un precio a una persona para que ésta trabaje sin más, o sea, sin pretender ninguna finalidad concreta ³. Ahora bien, lo que diferencia a unos tipos contractuales de trabajo de otros es que el deudor de la actividad se encuentre obligado o no a la consecución del resultado: en el primer caso, nos encontraríamos ante un contrato de obra y, en el segundo, ante un contrato de servicios propiamente dicho ⁴.

El pacto celebrado entre las partes sobre si se debe o no obtener un resultado es lo que nos permite calificar jurídicamente la relación de una u otra forma ⁵. El problema que plantean este tipo de relaciones es que las partes no suelen pronunciarse sobre si el profesional médico debe alcanzar el resultado pretendido para cumplir su obligación o no; no suele estar claro, de entrada, cuál es el contrato celebrado. De ahí que haya que atender a las circunstancias concretas de cada caso, para detectar los indicios que nos permitan interpretar la voluntad de las partes en un sentido o en otro.

De entrada, convendremos en descartar una solución del problema que prescinda de una diferenciación de los múltiples ámbitos de ejercicio de la Medicina; en consecuencia, desecharemos una configuración genérica de los contratos de servicios médicos bien como contratos de obra ⁶, bien como con-

² ALONSO PÉREZ, M.^a Teresa, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, edit. Bosch, Barcelona, 1997.

³ Una de las críticas que se hacen a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultados es que toda obligación va encaminada necesariamente a la consecución de un resultado. Sin embargo, esta crítica, así como otras que se han efectuado, no ha impedido la consolidación de la distinción. Vid. en este sentido: JORDANO FRAGA, FRANCISCO, «Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)» en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 12 ss.; LOBATO GÓMEZ, J. Miguel, «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», en *Anuario de Derecho Civil*, 1992, p. 665; CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, edit. Bosch, Barcelona, 1993, p. 34.

⁴ En mi opinión que el deudor del trabajo deba o no conseguir un resultado es un indicador de tipo a los que se refiere la profesora GETE ALONSO y CALERA, M.^a del Carmen, *Estructura y función del tipo contractual*, edit. Bosch, Barcelona, 1979, pp. 40-42.

⁵ ALONSO PÉREZ, M.^a Teresa, *Los contratos...*, cit. pp. 107 ss.

⁶ Sólo admite esta calificación con un carácter general para todos los contratos de servicios médicos, DE LA QUINTANA FERGUSON, Manuel, *La responsabilidad civil del médico*, editorial Estades, Madrid, 1949, p. 63. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la afirmación de este autor viene determinada porque asume en sus planteamientos la configuración de los contratos de trabajo propia del Código civil francés, así como la sistematización que de los mismos hace la doctrina, de modo que, identificado el arrendamiento de servicios única y exclusivamente con el contrato laboral de trabajo, y siendo el mandato esencialmente representativo, los contratos de este tipo de profesionales sólo pueden incardinarse en el arrendamiento de obra, lo que actualmente se conoce con el nombre de *contrat d'entreprise*.

tratos de servicios propiamente dichos ⁷. La solución a la cuestión planteada depende de las circunstancias que rodeen la relación concreta de prestación de asistencia médica.

1. Análisis de la cuestión en la jurisprudencia

Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad civil de los profesionales médicos nos descubre como el deber de prestar asistencia médica se configura, por regla general, como obligación de medios. Consecuentemente, los pronunciamientos del Tribunal Supremo parten de la consideración de que el médico no asume, en principio, la obligación de obtener el resultado último al que va encaminada la relación que le vincula con su paciente, que en la mayoría de los casos no es otro que la curación de éste ⁸.

No obstante, y pese a ser ésta la idea que aparece reflejada en la generalidad de pronunciamientos del Tribunal Supremo, nos encontramos en los últimos tiempos con una serie de sentencias, que afirman, insinúan, apuntan o consideran la posible configuración de las obligaciones de prestación de servicios médicos como obligaciones de resultado ⁹. Entre ellas, la que de una forma más decidida contempla las obligaciones de los profesionales médicos como de resultado se encuentra la que ahora comentamos de 2 de diciembre de 1997.

Es preciso poner de manifiesto que estos pronunciamientos referidos a la configuración estructural de las obligaciones que asumen los médicos frente a sus pacientes como obligaciones de resultado no tienen un alcance general, de modo que afecten a cualquier tipo de prestación médica, sino que, al contrario, el análisis de los supuestos de hecho que generan las sentencias protagonistas del proceso, limita el fenómeno a sectores muy concretos del ejercicio de la Medicina: de las referencias consideradas en la sentencia objeto de análisis, dos de ellas van referidas a casos de cirugía estética [las de 21 de marzo de 1950 (RAJ 1950/354) y la de 16 de abril de 1991 (RAJ 1991/2697)] y las otras dos a intervenciones de vasectomía [las de 25 de abril de 1994 (RAJ 1994/3073) y la de 11 de febrero de 1997 (RAJ 1997/940)]; por su parte la de 7 de febrero de 1990 (RAJ 1990/668) se refiere a un supuesto de cirugía curativa, pero en ella la posibilidad de que las obligaciones médicas sean de resultado se vierte en

⁷ Hago alusión con esta expresión a los contratos de trabajo cuyo objeto es un servicio y en los que no existe obligación de alcanzar un resultado para entender cumplida la obligación asumida por el deudor de la prestación de hacer. Normalmente se habla para aludir a la misma idea de arrendamiento de servicios. El contrato de servicios propiamente dichos es el cauce jurídico habitual para la estructuración de estas relaciones según la doctrina mayoritaria pero se suele admitir la posibilidad de ciertos contratos de obra. Vid. por todos GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, «Configuración jurídica de los servicios médicos», en *Estudios de Derecho público y privado*, I, Universidad de Valladolid, 1966, p. 371.

⁸ Vid. por ejemplo: STS de 12 de julio de 1988 (RAJ 1988/5991), STS de 2 de febrero de 1993 (RAJ 1993/793), 29 de julio de 1994 (RAJ 1994/6937), 16 de febrero de 1995 (RAJ 1995/844).

⁹ También alude a este movimiento de la jurisprudencia DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 92: *Ahora bien, lo que sí se está produciendo es un cambio progresivo de orientación en orden a aceptar la posible calificación de la obligación médica como «de resultado».*

relación a la implantación de prótesis dentarias o de otra índole. La sentencia de 28 de junio de 1997 (RAJ 1997/5151) no se cita en el pronunciamiento comentado, pero también apunta la idea referida y se produce a raíz de una intervención de cirugía estética.

Por ello es posible afirmar que la admisión por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la posibilidad de que las obligaciones médicas sean de resultado va referida a un sector muy concreto del ejercicio de la Medicina, denominado por la sentencia comentada Medicina voluntaria, es decir, aquella en la que el paciente acude al profesional sin que exista una enfermedad que sea necesario curar.

La consideración de la obligación de asistencia médica como obligación de resultado que, para el caso concreto, realiza la sentencia comentada no es novedosa, sino que aparece apuntada, afirmada o insinuada en otros pronunciamientos, en los que la propia sentencia se apoya. Así en la de 21 de marzo de 1950 (RAJ 1950/394) se dice sin ningún reparo, que la relación —se trataba de una operación de cirugía estética— *tiene más aspecto de contrato de obra que de arrendamiento de servicios*. La de 7 de febrero de 1990 (RAJ 1990/668) al final del fundamento cuarto dice que ... *la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de obra, como sucede en el caso de prótesis dentarias o de otra índole ...* En la de 16 de abril de 1991 (RAJ 1991/2697) se dice en el fundamento de derecho segundo que ... *o bien incurrió en un error profesional culposo al comprometerse a mejorar a la paciente, o si esto era en realidad lo previsible, no realizó correctamente la operación y, por tal razón, no se obtuvo el resultado esperado, sin que lo dicho signifique, en modo alguno, que la actividad médica haya de obtener en todo caso la recuperación o mejoría del enfermo —obligación de resultado— sino que lo rechazable es que se comprometa a un buen fin de la operación y ésta no sólo no se consiga sino que incluso empeore la situación de la paciente ...* En la de 25 de abril de 1994 (RAJ 1994/3073) se dice que cuando la medicina tiene un carácter meramente voluntario, ... *el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra*. Por su parte la de 11 de febrero de 1997 (RAJ 1997/940), tras reiterar lo que había dicho al respecto la de 25 de abril de 1994, sigue diciendo que ... *De ahí que se haya distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una «cirugía asistencial» que identificaría la prestación del profesional con la «locatio operarum» y una «cirugía satisfactiva» (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la presente) que identifican aquella con la «locatio operis»*. La de 28 de junio de 1997 (RAJ 1997/5151) dice: *el contrato que tiene por único objeto la realización de una operación de cirugía estética participa en gran medida de la naturaleza del contrato de obra*.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que en las propias sentencias en que se apoya la que es objeto de comentario se detecta un esfuerzo por dejar sentada la normal configuración como de medios de la obligación asumida por el médico en el desempeño de las funciones que le son propias. Así se dice que ... *el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios ... De ahí, que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, [sentencia de 25 de abril de 1994 (RAJ 1994/3073), sentencia de 28 de junio de 1997 (RAJ 1997/5151)].* Por su parte la de 16 de abril de 1991 (RAJ 1991/2697) dice que ... *sin que lo dicho signifique en modo alguno, que la actividad médica haya de obtener en todo caso la recuperación o mejoría del*

enfermo; no obstante tal afirmación, este pronunciamiento tiene más presente que otros la normal configuración del deber del médico como obligación de medios hasta el punto de contemplar la posibilidad de que el compromiso por parte del profesional de alcanzar el resultado pretendido pudiera constituir un comportamiento culposo, diciendo que ... *o bien incurrió en un error profesional culposo al comprometerse a mejorar a la paciente*. La sentencia de 8 de febrero de 1990 (RAJ 1990/669) insiste en la idea diciendo que *la relación jurídica médico-enfermo, cuyo objeto en modo alguno ha de ser el compromiso del médico de curar en todo caso al enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar normalmente en ningún caso el definitivo resultado de la actividad médica...*

Estas vacilaciones del Tribunal Supremo han sido interpretadas por Díaz-Regañón como *muestra de una inseguridad palpable, una falta de claridad a la hora de considerar o no la obligación del médico como «de resultado»*¹⁰. Sin embargo, no creo que quepa hablar de falta de claridad cuando se aprecia que la consideración de la idea de que las obligaciones médicas se configuren como de resultado sólo surge al hilo de sectores muy concretos de la Medicina. Las vacilaciones en mi opinión no existen, sino que esas «concesiones» a la idea de que la obligación del médico es de medios, en supuestos en los que el Tribunal considera o insinúa que deberían ser calificadas como de resultado, vienen determinadas por el hecho de que en esos casos el Tribunal no necesita para resolver el litigio hacer relevante la calificación dada a la relación, como se verá en la segunda parte de este estudio.

2. La medicina curativa

Hemos rechazado de partida cualquier solución a la cuestión de la configuración jurídica de la obligación del profesional médico que no atendiera a las particulares circunstancias de cada caso concreto y al amplio espectro de actividades que abarca el ejercicio de la ciencia médica. A este respecto, la sentencia de 2 de diciembre de 1997 habla de Medicina voluntaria para aludir a los supuestos en que la actividad médica no va encaminada a la *curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético*. Ésta podría ser la primera gran catalogación de las diferentes actividades médicas.

Centrémonos ahora justamente en el ejercicio de la Medicina encaminada a la sanación de una dolencia física o psíquica. En este ámbito, entiendo que la voluntad de los sujetos implicados —que es la única que determina el tipo de obligación— debe interpretarse en el sentido de que difícilmente puede existir un compromiso de conseguir un resultado por parte del profesional, siendo que en estos casos no hay seguridad en alcanzarlo pese a trabajar adecuadamente para ello. Normalmente en estos casos el particular tampoco exige al profesional que obtenga un resultado, sino que trabaje para su curación, que ponga los medios para ello. De manera que en estos casos la voluntad de las partes habrá de ser interpretada en el sentido de que entre ellas media una obligación de medios. Así parecen entenderlo, Díez-Picazo y Gullón, que afirman la existencia de una pre-sunción en favor del arrendamiento de servicios cuando la obtención del resultado no está en la mano del deudor del trabajo¹¹. La presencia de álea en la con-

¹⁰ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *El régimen...*, cit., pp. 90 ss.

¹¹ DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de Derecho civil*, vol. 1, edit. Tecnos, 1995, p. 715; también en *Sistema de Derecho civil*, Tecnos, vol. II, 1995, p. 449.

secución del resultado ha sido considerada como elemento que puede ser determinante de la presencia de una obligación de medios ¹².

En cuanto a la postura jurisprudencial sobre la naturaleza de la obligación médica en los supuestos de Medicina curativa, es reiterada su posición favorable a considerarla una obligación de medios ¹³. Así mismo, parece basarse en la inseguridad en la consecución del resultado final para optar por esta configuración, como se puede comprobar en las sentencias de 11 de febrero de 1997 (RAJ 1997/940) y en la de 7 de febrero de 1990 (RAJ 1990/668) ¹⁴.

Pero, yendo más lejos, ¿qué ocurriría si las partes pactaran expresamente en estos casos la obligación del médico de conseguir el resultado para entender cumplida la obligación?, ¿por qué recelamos ante la mera posibilidad de que se pueda celebrar un contrato de obra cuya finalidad sea curar a una persona, es decir, una relación en que el médico deba curar necesariamente a una persona para cumplir su obligación ¹⁵? Quizás la propia inercia, la tradicional configuración de estas relaciones como contratos de servicios propiamente dichos nos haga rechazar tal posibilidad, sin que, a lo mejor, exista ningún argumento de Derecho positivo que impida la celebración válida de este tipo de pactos. Quizá sea esta inercia también la que lleva al Tribunal Supremo a plantearse si el profesional *incurrió en*

¹² JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, edit. Civitas, Madrid, 1987, p. 174, y en *Obligaciones de medios...*, cit., p. 10; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de medios...*, cit. p. 43.

¹³ Se pueden citar, a título de ejemplo, las siguientes sentencias: STS 7 de febrero de 1990 (RAJ 1990/668) y la de 22 de abril de 1997 (RAJ 1997/3249) con cita de abundantes sentencias en este mismo sentido.

¹⁴ La sentencia de 11 de febrero de 1997 (RAJ 1997/940) dice:

«... cuando se trata de curar o mejorar a un paciente ... esta Sala en doctrina constante, 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) 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...».

Por su parte, la sentencia de 7 de febrero de 1990 (RAJ 1990/668) parece basarse en esta circunstancia de la inseguridad en la consecución del resultado final:

«... la relación jurídica médico-enfermo, cuyo objeto en modo alguno ha de ser el compromiso del médico de curar en todo caso al enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar normalmente en ningún caso el definitivo resultado de la actividad médica, siempre influyente por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad profesional del médico y en realidad significativo de un contrato de obligación de medios adecuados y no de resultado...».

¹⁵ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, en *Configuración...*, cit., nota núm. 94 al pie de la p. 355 se pregunta: *¿Quién puede obligarse seriamente, seguramente, a curar una enfermedad?* LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, edit. Trivium, Madrid, 1988, pp. 85 y 86; este autor, parece admitir al amparo del principio de autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 1255 CC un pacto de estas características, sin embargo después plantea la dificultad de probar el contenido del pacto, también apunta la existencia de una presunción en favor de las obligaciones de medios, para acabar diciendo que cabría considerar un incumplimiento del deber de información.

un error profesional culposo al comprometerse a mejorar a la paciente [S de 16 de abril de 1991 (RAJ 1991/2697)], en un caso en el *que se declara probado en la sentencia, ... que aseguró a la paciente su mejoría mediante intervenciones quirúrgicas*.

No obstante hay afirmaciones que parece que consiguen desligarse del sentir tradicional ¹⁶; pese a ello se detecta un casi intuitivo rechazo a la posibilidad mencionada de que se pueda prometer válidamente la curación. La razón quizás se encuentre en el resultado o fin último que se pretende o persigue en este tipo de relaciones: la salud humana. No entendemos –yo al menos– que dicho resultado se pueda erigir válidamente por voluntad de las partes en elemento objetivo referencial de la relación, acaso porque la salud humana, el hombre y su integridad en definitiva, sean *rei extracommercia*, de manera que un pacto sobre dichos bienes podría contravenir el requisito de la licitud del objeto del contrato que establece el artículo 1271 CC, que supone un límite legal a la libertad de pacto.

Lo que sí es claro y no presenta ninguna duda es que cuando se trata de enfermedades que la ciencia médica no ha llegado a descifrar y son incurables, como por ejemplo el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, la inseguridad o aleatoriedad del resultado determina la imposibilidad del resultado –la curación– que se erigiría en su caso en elemento objetivo referencial de la relación junto con el trabajo del profesional médico, contraviniendo el artículo 1272 CC ¹⁷.

3. Medicina no curativa

Frente al ejercicio de la Medicina encaminado a curar enfermedades del que nos hemos ocupado en el epígrafe precedente, se encuentra lo que la sentencia denomina Medicina voluntaria, entendiendo por tal la que no tiene como objetivo restablecer la salud del individuo.

De entrada conviene evidenciar lo inadecuado de la terminología empleada, al menos desde un punto de vista jurídico. Se quiere aludir a la circunstancia de que el sujeto receptor de los servicios médicos no acude al profesional urgido por la presencia de una enfermedad que afecte a su organismo, es decir, que sus funciones vitales no se encuentren mermaidas o alteradas ¹⁸. Ahora bien, cuando alguien acude a que le curen una enfermedad también lo hace voluntariamente; la voluntad

¹⁶ Por su parte, ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, edit. Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 172 y 173, viene a decir *que como criterio general puede decirse que cuando el médico ha prometido un resultado concreto, responde cuando éste no se produce*. Y con relación a la promesa de sanación supone que el facultativo asume el riesgo del fracaso, sin poder en consecuencia alegar caso fortuito o fuerza mayor.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones...*, cit., p. 43: *En este sentido a pesar de la aleatoriedad existente, la obligación del médico, por ejemplo, puede ser configurada como obligación de resultado, garantizando el médico la curación al enfermo*.

En relación a la misma sentencia que acabo de citar [sentencia de 16 de abril de 1991 (RAJ 1991/2697)], DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *El régimen...*, cit., p. 88, dice que *en este caso no hubiera sido descaminado el intento de justificar el compromiso de mejoría como un supuesto de obligación de resultado*.

¹⁷ Vid. sobre el objeto de los contratos de servicios, ALONSO PÉREZ, M.^a Teresa, *Los contratos...*, cit., pp. 384 ss.

¹⁸ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, «En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho» en *Anuario de Derecho Civil*, nota núm. 18 al pie de la p. 281, ya aludió a la idea de que el contrato de servicios médicos era seguramente más necesario que el denominado depósito necesario.

sólo se encuentra excluida –total o parcialmente– de las relaciones forzosas, que cabe incardinar dentro de lo que en otro lugar calificué como relaciones necesarias ¹⁹. Por ello, desde el punto de vista jurídico esta denominación puede ser equívoca.

Dejando a un lado la cuestión terminológica, veamos cuál es en estos casos la estructura de la obligación que asume el médico.

El hecho de que cuando la Medicina es curativa sea posible interpretar la voluntad de las partes en el sentido de que la obligación asumida por el profesional es de medios, puede llevar a establecer un paralelismo, sosteniendo que cuando la actividad del facultativo no se encamina a sanar, debe entenderse que las partes han convenido en que la obligación asumida por el profesional debe ser considerada como de resultado. Ésa efectivamente es la postura que adopta el Tribunal Supremo y que arranca en la sentencia de 25 de abril de 1994 (RAJ 1994/3073) ²⁰, para reiterarse posteriormente en la de 11 de febrero de 1997 (RAJ 1997/940) ²¹, en la de 28 de junio de 1997 (RAJ 1997/ 5151) ²², y finalmente en la de 2 de diciembre de 1997 ²³.

Estos pronunciamientos nos proporcionan la certeza de que el Tribunal adopta como criterio general el paralelismo citado: asistencia médica curativa-obligación de medios, frente al binomio asistencia médica no curativa-obligación de resultado.

¹⁹ ALONSO PÉREZ, M.^a Teresa, *Los contratos...*, cit., pp. 213 ss.

²⁰ STS de 25 de abril de 1994 (RAJ 1994/3073) (Ponente: José Luis Albacar López) dice en su tercer fundamento de Derecho:

«... Que si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nitidamente 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, como en el estudiado en los presentes autos, 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 manera 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».

²¹ STS de 11 de febrero de 1997 (RAJ 1997/940), de la que es ponente D. Antonio Gullón Ballesteros, y que decía en relación a la cirugía:

«... De ahí que se haya distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una “cirugía asistencial” que identificaría la prestación del profesional con la “locatio operarum” y una “cirugía satisfactiva” (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la presente), que identifican aquélla con la “locatio operis”».

²² La STS de 28 de junio de 1997 (RAJ 1997/5151) de la que es ponente Francisco Morales Morales reproduce parcialmente lo que dice la STS de 25 de abril de 1994.

²³ STS de 2 de diciembre de 1997 de la que es ponente Xavier O’Callaghan Muñoz: «En el presente caso, como apunta la sentencia de instancia, el tratamiento que sufrió la demandante no tenía una finalidad curativa, sino se comprende en la llamada medicina voluntaria, que se califica de contrato de obra y, en todo caso, la obligación del médico es de resultado, no de actividad. Así lo ha entendido este Tribunal desde la S 21 de marzo de 1950 y las más recientes de 16 de abril de 1991, 25 de abril de 1994 (la de 7 de febrero de 1990, lo apunta al final del Fundamento 4.º y la de 11 de febrero de 1997 que dice que cuando la medicina tiene un carácter voluntario, en que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético, la relación se aproxima de una manera notoria al contrato de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue».

En mi opinión, atender exclusivamente al dato de si la intervención médica va encaminada a sanar al individuo o no, para interpretar la voluntad de las partes en un sentido o en otro, es un planteamiento excesivamente reduccionista. Ya que si el hecho de que la intervención se encamine a curar es determinante sin más para que pueda entenderse que la obligación contraída es de medios por las circunstancias a que antes nos hemos referido, no significa que ocurra lo mismo en el otro gran sector de la Medicina —el que no se encamina a curar—; eso es lo que se deduce tanto del tratamiento doctrinal²⁴ del problema como del jurisprudencial²⁵. En este ámbito del ejercicio médico para interpretar la voluntad de las partes a propósito del tipo de obligación contraída por el profesional deben tenerse en cuenta una serie de circunstancias de las que nos ocupamos a continuación.

Para empezar ha de ponerse de relieve que dicho sector es muy amplio y diverso; tomando sólo como referencia los pronunciamientos del TS, se pueden incluir en él: intervenciones de vasectomía, implantación de prótesis dentales, aquellos casos en que se pretende un mejoramiento del aspecto físico o estético de las personas. Pero podrían incluirse otros muchos, como extracción de órganos destinados a donación, diagnósticos, elaboración de informes, etc. Teniendo en cuenta la diversidad de los bienes implicados en cada una de estas actividades no parece adecuado, de entrada, adoptar, sin ninguna otra consideración, una solución unívoca. En este ámbito de la Medicina considero que la solución debe atender a las circunstancias de cada caso, que son las que nos van a permitir interpretar la voluntad de las partes en un sentido o en otro. Y precisamente a continuación nos dedicamos al estudio del caso concreto planteado por la sentencia.

4. Estudio del caso concreto

1. La calificación que realiza la sentencia: ¿cirugía estética?

Centrémonos, pues, en el caso analizado por la sentencia. Se trata de realizar a la paciente —de 16 años— en base al requerimiento de sus padres un estiramiento de piernas mediante el sistema Ralka para que creciera 7 centímetros y así llegar a la altura de su madre que era de 155 centímetros. La aplicación de dicho sistema, por lo que se deduce de la exposición de los hechos contenida en la sentencia, requirió en este caso tres intervenciones, alguna de ellas o las tres con anestesia general —no queda claro en el relato de los hechos—.

El Tribunal entiende que se trata de un supuesto en el que se acude al médico *para el mejoramiento de su aspecto físico o estético*, admitiendo sin ningún título que *la relación se aproxima de manera notoria al contrato de obra...*, repitiéndolo más adelante: *en estos supuestos de medicina voluntaria, con obligación de resultado*.

Se centra, por tanto, la sentencia en el ámbito de la cirugía estética, ya que se trata de efectuar una intervención para aumentar la altura de la paciente; y, en

²⁴ El análisis de los autores suele ser pormenorizado en estos casos y suele atender a las circunstancias del caso concreto, vid. por ejemplo y por todos el tratamiento de las diferentes especialidades que realiza FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, en su libro *El contrato de servicios médicos*, Civitas, 1987.

²⁵ En el epígrafe referido al análisis jurisprudencial hemos hecho referencia a supuestos de medicina voluntaria a los que el TS da la calificación de arrendamiento de servicios, o de obligaciones de medios.

consecuencia, en el ámbito de lo que llama Medicina voluntaria, lo que le lleva a calificar la obligación del médico como de resultado.

Sin embargo, es discutible la calificación que efectúa de la intervención como un supuesto de cirugía estética. Hay un dato que nos permite dudar de que esto fuera efectivamente así: la paciente es atendida en cuanto beneficiaria de la Seguridad Social y cabe plantear la cuestión de si las intervenciones de cirugía estética se encuentran cubiertas por la Seguridad Social.

En la actualidad se encuentran expresamente excluidas ²⁶, salvo que guarden relación con alguna enfermedad, accidente o malformación congénita; de manera que podría perfectamente pensarse que a través de esa intervención se estaba tratando un problema patológico, ya fuera físico o psíquico. En el tiempo en el que se hizo la intervención tampoco parecen estas intervenciones encontrarse cubiertas por dicha entidad ²⁷.

Con lo que quizás se estaba solventando alguna patología, física o psíquica, que justificara la utilización de dicho medio; en caso de que esto fuera así, y siguiendo la argumentación de la sentencia, la obligación asumida por el profesional hubiera sido calificada de medios por el Tribunal.

2. Posturas doctrinales en torno a la cirugía estética

Pero aun admitiendo que se trata de un supuesto de cirugía estética, no es tan evidente que se trate de una obligación de resultado. Frente a la posición de la sentencia que no duda en calificar en este caso la obligación del médico como de resultado, nos encontramos con una amplia panoplia de posturas doctrinales, que no vienen si no a demostrar la dificultad de acoger sin más el paralelismo en que basa su solución el Tribunal Supremo en esta y otras sentencias ya referidas.

Por un lado, se encuentran los que, al igual que la sentencia objeto de comentario consideran que sobre el profesional pesa una obligación de resultado ²⁸. Se pueden citar varias sentencias dentro de esta coordenada; a excepción de la de

²⁶ Vid. el Anexo III del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, en el que se recogen las prestaciones no financiables con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria; entre esas prestaciones no cubiertas se encuentran : 3.- La cirugía estética que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación congénita.

²⁷ Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos, cuyo artículo 1.1, remite al capítulo IV del título II de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966. Este artículo del Decreto es derogado por la disposición derogatoria única del Real Decreto 63/1995 de 20 de enero sobre prestaciones sanitarias del sistema nacional de Salud.

El decreto de 30 de mayo de 1974 que aprueba el texto refundido de la Seguridad Social (se refunden en él la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 y el de la ley 24/1972 de 21 de junio), parece referirse únicamente a que sólo se prestaran servicios conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios de dicho régimen, así como su aptitud para el trabajo; de donde difícilmente cabe deducir que tales intervenciones estuvieran cubiertas por la Seguridad Social.

²⁸ Entre la doctrina defiende esta posición, GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, «Configuración...», p. 355; ROMERO CASABONA, Carlos M.^º, *El médico ante el derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1985, p. 109; SANTOS BRIZ, Jaime, «La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, p. 666; RAMÍREZ, José A., «La cirugía estética y el derecho», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1960, pp. 225 y 236; GARCÍA IGLESIAS, Demetrio «El contrato de obra: Concepto y contenido. Los riesgos y la responsabilidad según la doctrina del Tribunal Supremo», en *La Ley*, 1993-4, p. 1121.

STS de 20 de marzo de 1950 (RAJ 1950/393) todas son muy recientes: STS de 11 de febrero de 1997 (RAJ 1997/940)²⁹, la de 28 de junio de 1997 (RAJ 1997/5151)³⁰ y la de 2 de diciembre de 1997.

Otra postura matiza al diferenciar la cirugía reparadora de la estética propiamente dicha. La primera *persigue la curación de una deformidad innata o adquirida, que pueda considerarse lesiva para la salud*³¹, en cuyo caso el profesional está obligado a poner los medios; en realidad, este tipo de intervenciones entran dentro del concepto de medicina curativa que hemos analizado con anterioridad ya que su objetivo es el de sanar alguna disfunción orgánica. La cirugía estética propiamente dicha es la que pretende un mero embellecimiento estético, para esta postura, si el riesgo que se asume con la intervención es alto, el médico asume una obligación de resultado³².

Dentro de esta segunda dirección se puede citar la sentencia de 16 de abril de 1991 (RAJ 1991/1697) contempla un supuesto de cirugía reparadora; en él pese a que se declara probado que el médico aseguró a la paciente su mejoría mediante sucesivas intervenciones, se niega la calificación de la obligación médica como de resultado.

La tercera postura es la de aquellos que consideran que en todo caso se está ante un contrato de servicios propiamente dicho³³, en el que el profesional en ningún caso está obligado a obtener el resultado, sino que sobre él pesa una obligación de medios.

3. *Estudio de las circunstancias que pueden ser relevantes en el caso concreto para la determinación del tipo de obligación asumida por el médico*

Pero, aun admitiendo que efectivamente se tratara de una intervención de cirugía estética, me parece discutible que, en este caso concreto, la voluntad de las partes deba ser interpretada en el sentido de que el médico se comprometió a obtener un resultado.

En los casos de Medicina curativa entiendo que no debe de haber ningún problema en entender que las dos voluntades coincidirán normalmente en que el profesional sólo está obligado a realizar su trabajo. Ahora bien, cuando alguien se somete a una intervención quirúrgica con el único fin de ser más bello —en el caso de la sentencia comentada más arriba—, ¿estará conforme con que el profesional médico sólo ha asumido una obligación de medios, o entenderá que está obligado a conseguir el embellecimiento pretendido? En mi opinión, las personas que se

²⁹ Aunque esta vaya referida a un supuesto de vasectomía pone como ejemplo una intervención de cirugía estética.

³⁰ Esta sentencia al reproducir parcialmente los fundamentos de la sentencia de 25 de abril de 1994 (RAJ 1994/3073) alude a que sigue manteniéndose dentro del arrendamiento de servicios, pero, en mi opinión, cabe incluirla dentro de esta tendencia.

³¹ LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad...*, cit., p. 398.

³² Se pueden citar dentro de esta solución que matiza los diferentes casos de cirugía estética: FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1984, pp. 86 y 87; FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1988, p. 89, y en *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, edit. por La Ley, Madrid, 1987, pp. 136-137; LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad...*, cit., p. 82; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil Contractual y extracontractual*, edit. Reus, Madrid, 1993, p. 156.

³³ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad...*, cit., pp. 73-74.

someten a una intervención de este tipo buscan un resultado y entienden que el médico está obligado a proporcionárselo. Ahora bien, esto no debe llevarnos a la conclusión de que la obligación del profesional deba ser configurada necesariamente como de resultado. Lo único que evidencia la circunstancia puesta de relieve es que en este caso no se puede aceptar de una manera tan evidente como para la Medicina curativa que las voluntades de los sujetos implicados –casi nunca claras en este sentido– coincidan o converjan en que la obligación asumida por el profesional sea de uno u otro tipo.

Para interpretar la voluntad de las partes en relación a cuál es la obligación asumida por el profesional, debemos atender a circunstancias del caso concreto que nos sirven de indicios a la hora de descifrar el contenido del pacto: la seguridad o inseguridad en la consecución del resultado, y el problema de los riesgos que implica la intervención médica.

A. INSEGURIDAD EN LA CONSECUCCIÓN DEL RESULTADO

Una de las circunstancias que pueden ser indicativas a la hora de interpretar qué fue lo que pactaron las partes en relación a la obligación asumida por el profesional es la mayor o menor seguridad en la consecución del resultado final pretendido, lo cual se encuentra en relación directa con el estado del conocimiento de la ciencia médica sobre el problema concreto a solventar.

En ciertos ámbitos de la cirugía estética *la técnica* se encuentra en un estado de desarrollo muy avanzado –probablemente debido a los intereses económicos tan importantes que existen en torno a la misma–, de manera que la consecución del resultado es prácticamente segura en muchas prestaciones médicas de este tipo. En este caso será el profesional médico el que no dudará en garantizar a su cliente la consecución del resultado; no planteándose aquí la posible vulneración del requisito de la licitud del servicio que establece el artículo 1271 CC, porque la imagen de las personas no vulnera dicho límite.

En lo referente a la técnica empleada en el caso apreciado por la sentencia, se nos dice que se trata del sistema Ralka ideado para el alargamiento de piernas. A primera vista, no parece que se trate de una técnica inocua, ni de fácil aplicación (requirió en el caso de la sentencia tres intervenciones quirúrgicas, un largo período de rehabilitación, etc.); más bien al contrario, a cualquier lego en la materia se le antoja complicado y difícil un estiramiento de los huesos de las piernas con vistas a crecer. Dicha técnica no parece encontrarse desarrollada hasta el punto de poder garantizar el éxito del resultado pretendido en un alto porcentaje de casos; es más, han saltado a la opinión pública varios casos en que el fracaso de la técnica había producido daños irreparables.

El relato fáctico de los hechos nos revela, cuando alude a que no consta que se informara de los graves riesgos y posibles secuelas de la intervención, que efectivamente se trata de una técnica no muy desarrollada.

Basándonos en que el éxito de la técnica no puede garantizarse en un alto porcentaje de casos, parece sensato afirmar que el profesional no se comprometiera a obtener un resultado. Además, los padres de la paciente eran conscientes de la novedad de dicha técnica, lo que siempre implica que no ha sido muy experimentada, ya que tienen noticias de la misma por un programa de televisión.

B. LOS RIESGOS DE LA INTERVENCIÓN

Otro dato importante a la hora de precisar si las partes convinieron en que el profesional debía obtener el resultado o sólo trabajar en orden a su consecución, entiendo que es la circunstancia de que la intervención a afectar implique riesgos de producción de daños para la salud, la vida o la integridad física o psíquica del paciente.

En mi opinión, cuando el riesgo de dañar tales bienes es considerable, entiendo poco probable que la voluntad de las partes haya sido la de obligar al profesional a obtener el resultado, y ello aunque se trate de intervenciones aparentemente sencillas pero que requieren, por ejemplo, anestesia general. Aunque también es cierto que debido precisamente a los riesgos existentes, acaso el particular no quiera someterse a la intervención, si no se le garantiza un resultado.

No obstante, admitiendo que en estos casos sea posible que las partes efectivamente convinieran la obtención de un resultado, me planteo la validez de dicho pacto. Si existe riesgo de que vayan a ser dañados dichos bienes, incluso cuando se trata de intervenciones quirúrgicas muy sencillas en las que hay un alto porcentaje de resultados satisfactorios por el desarrollo técnico alcanzado, me resulta difícil admitir que la obligación asumida por el profesional pueda configurarse válidamente en algún supuesto como obligación de resultado por las partes; acaso porque contratar poniendo en riesgo tales bienes vulnera, *cuando se asegura un resultado*, el requisito de la licitud del artículo 1271 CC. Y ello aunque se trate de intervenciones de cirugía estética ³⁴.

5. Conclusión y crítica de la solución dada al problema por la sentencia

Parte la sentencia de un presupuesto discutible, concretamente que se trataba de una intervención de cirugía estética, para después utilizar como único argumento en orden a calificar la obligación médica como de resultado, que es un supuesto de los que denomina Medicina voluntaria, es decir, un caso en el que la intervención médica no viene exigida por una dolencia patológica, y, por tanto, la obligación debe calificarse como de resultado. Recurre así la sentencia a un, en mi opinión, peligroso paralelismo al que ya había ocurrido con anterioridad: Medicina curativa/obligación de medios frente a Medicina no curativa/obligación de resultado.

Es criticable la argumentación seguida, de entrada, porque puede discutirse si efectivamente nos encontramos ante una intervención de cirugía estética; si no fuera así, el Tribunal no hubiera dudado, tal y como se deriva de la argumentación empleada, en calificar la obligación del médico como de medios. Pero, aun admitiendo que efectivamente se tratara de una intervención de cirugía estética, tampoco me parece acertada la calificación de la obligación del médico como de resultado, ya que la voluntad de las partes sobre este punto concreto debe interpretarse basándose en circunstancias que concurren en el caso concreto. El escaso desarrollo de la técnica empleada, así como el dato de los altos riesgos para la integridad física que implicaba la intervención y las importantes secuelas que podía

³⁴ ALONSO PÉREZ, M.^a Teresa, *Los contratos...*, cit., p. 389. En estos casos debe considerarse la posibilidad de que el contrato de obra pactado por las partes se convierta en un contrato de servicios propiamente dichos.

tener y que, de hecho, tuvo, me inclinan a pensar que en el caso concreto de la sentencia, el facultativo no asumió más que una obligación de medios; y ello con independencia de que se trate de un caso de Medicina curativa o no curativa.

SEGUNDA CRÍTICA. LA RELEVANCIA DADA A LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La segunda crítica que, en mi opinión, merece esta sentencia es que se da relevancia en un caso resuelto por la vía extracontractual, a la naturaleza de la obligación previa que vinculaba a las partes del conflicto.

1. Originalidad de la sentencia: la traslación al ámbito extracontractual de la clasificación de las obligaciones entre las de medios y las de resultado

Iniciamos este análisis poniendo de relieve la importancia y especificidad de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997.

Pese a no ser novedosa, como se ha puesto de manifiesto en la primera parte del estudio, la calificación que realiza de la obligación de servicios médicos como de resultado, este pronunciamiento sí que presenta una sustancial y radical novedad respecto a los demás: es la sentencia en la que de una forma más rotunda y clara se hace responsable al demandado –el Insalud– en base a dicha circunstancia; concretamente, se considera que la no consecución del resultado a cuya obtención estaba comprometido el médico en función de la obligación que éste había asumido –siempre según la sentencia–, determina un comportamiento negligente del mismo, hace presumir la culpa. Lo cual cobra especial trascendencia en la medida en que se trata del único caso sustanciado por la vía extracontractual en el que se emplea tal argumentación.

Es cierto que, en casi todas las sentencias de responsabilidad civil médica sustanciadas por la vía extracontractual, se alude a la citada clasificación de las obligaciones entre las de medios y las de resultado, con lo que no se puede decir que sea ésta la primera sentencia que la acoja en dicho campo. Pero sí es posible afirmar que permite demostrar que dicha distinción se asume con todas sus implicaciones.

En efecto, las sentencias que enjuician un supuesto en el que la obligación médica es calificada como de actividad o de medios no son indicativas a la hora de comprobar si el Tribunal Supremo ha adoptado esta clasificación en el ámbito extracontractual con todas las consecuencias que se le anudan en el contractual, debido a que el esquema probatorio no presenta diferencias en tal caso³⁵: tanto si se trata de responsabilidad extracontractual como de responsabilidad contractual derivada de una obligación de medios, la carga de la prueba de la culpa recae sobre el demandante.

Tampoco las sentencias que vienen introduciendo la idea de que ciertas obligaciones médicas son de resultado, han sido capaces de traslucir ese completo

³⁵ LOBATO GÓMEZ, J. Miguel, «Contribución al estudio...», cit., p. 692.

acogimiento de la clasificación en el ámbito extracontractual, ya que resuelven los litigios en base a otras consideraciones; a su análisis dedicamos el siguiente epígrafe.

2. Análisis jurisprudencial de la cuestión

Se trata ahora de analizar los argumentos en que han basado su solución las sentencias que han apuntado o afirmado la posible configuración de ciertas obligaciones médicas como de resultado.

a) *Sentencia de 11 de febrero de 1997 (RAJ 1997/940)*

Con anterioridad a la sentencia de 2 de diciembre de 1997, la de 11 de febrero de 1997 (RAJ 1997/940) afirmaba de un modo claro la identificación de la prestación médica para realizar una vasectomía con la *locatio operis*, y también en ella se hace depender el resultado del litigio de dicha circunstancia. Sin embargo, a diferencia del caso que ahora nos ocupa, la demanda interpuesta es desestimada, porque el resultado pretendido se había alcanzando, ya que *mediante los análisis espermiográficos necesarios se dictamina la infertilidad del varón de acuerdo con las reglas de la ciencia médica*. En este caso, el hecho de que el resultado final pretendido –la infertilidad– estuviera dentro o fuera de la obligación asumida por el médico, como consecuencia de la relación concertada, es irrelevante, ya que en cualquiera de los dos casos quedaba patente la diligente actuación del profesional al haberse obtenido la infertilidad deseada.

Es decir, si bien las dos sentencias parten para resolver el supuesto de que la relación encaja en un contrato de obra –es decir, en una obligación de resultado–, mientras en la de 11 de febrero de 1997 (RAJ 1997/940) se desestima la demanda y se hubiera desestimado del mismo modo aunque se hubiera calificado la obligación de medios, en la de 2 de diciembre de 1997 que es objeto de análisis, se imputa al facultativo un comportamiento negligente haciendo al Insalud responsable de los daños sufridos por la paciente, en función de que no se había obtenido el resultado a cuya consecución se había comprometido el médico.

Pero, además, hay un dato diferencial entre estos dos pronunciamientos que hace criticable –a mi entender– en un caso el esquema argumental seguido, mientras en el otro no –como se verá más adelante–: la sentencia de 11 de febrero de 1997 resuelve el problema por la vía contractual, mientras que la que ahora comentamos lo resuelve por la extracontractual.

b) *Sentencia de 16 de abril de 1991 (RAJ 1997/2697)*

Otra sentencia importante que incide en el aspecto abordado y que se sustancia por la vía del artículo 1902, es la del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1991 (RAJ 1991/2697). Se trata de un supuesto de cirugía reparadora en la que el profesional había asegurado a la paciente que mejoraría mediante sucesivas intervenciones, pese a lo cual el Tribunal Supremo rechaza la calificación de la obligación médica como de resultado; sin embargo, sí parece tener presente la posibilidad de que se trate de una obligación de resultado. La alternativa propuesta para solventar el caso es la siguiente: *o bien incurrió en un error profesional culposo al comprometerse a mejorar a la paciente o, si esto era en reali-*

dad lo previsible, no realizó correctamente la operación y por tal razón no se obtuvo el resultado esperado. En la segunda alternativa propuesta parece encontrarse implícita la admisibilidad de que se pudiera tratar de una obligación de resultado, ya que se da relevancia exclusivamente a que no se obtuvo el éxito esperado³⁶. Finalmente, dice la sentencia que *lo rechazable es que se comprometa a un buen fin de la operación y ésta no sólo no lo consiga sino que incluso empeore la situación de la paciente.* En este proceso, por último, se condena al facultativo. Sin embargo, pese a la existencia de un compromiso de curación por parte del profesional, se ofrece una solución alternativa a la mera no consecución del resultado para responsabilizar al facultativo, que no es otra que entender como negligente el compromiso de curación. Si bien puede entenderse que en esta sentencia ya se trasluce la asunción de esa clasificación en el ámbito extracontractual, no se acoge la clasificación de un modo tan rotundo como en la de 2 de diciembre de 1997.

c) *Otras sentencias*

Otras sentencias, pese a que entiendan que la obligación médica *se aproxime o tenga más aspecto* a una obligación de resultado, no resuelven los litigios en base a dicha circunstancia. En la de 21 de marzo de 1950 (RAJ 1950/394), no se aprecia responsabilidad en los cirujanos que efectuaron una intervención de cirugía estética pese a no conseguirse el resultado final, porque intervino una infección no imputable a los demandados que el Tribunal entiende que encaja en el caso fortuito del artículo 1105 CC. Esta sentencia no es significativa –por su carácter aislado– para analizar la evolución más reciente de la jurisprudencia en materia de responsabilidad médica³⁷.

Por su parte, la sentencia del TS de 25 de abril de 1994 (RAJ 1994/3073), que contempla un supuesto de vasectomía, en el que la esposa queda embarazada de gemelos, resuelve la cuestión litigiosa al margen de la consideración de que la relación *se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra*, y al margen de que en este caso no se obtuviera el resultado pretendido: la infertilidad. El comportamiento negligente en este caso consiste en un defecto de información al paciente, con lo que es irrelevante para la solución del litigio –sustanciado por la vía contractual– que la obligación asumida por el profesional fuera de medios o de resultado.

La sentencia de 7 de febrero de 1990 (RAJ 1990/668) contempla un supuesto en el que la intervención quirúrgica tiene una finalidad evidentemente curativa, con lo que pese a que mencione la posibilidad de que ciertos contratos médicos deban ser calificados como de obra, no es relevante a los efectos ahora analizados.

Tras este análisis se puede detectar la especificidad y relevancia que esta sentencia tiene en el conjunto de aquellas en las que se apunta la obligación médica como de resultado: pese a sustanciarse por la vía extracontractual, basa la solución en la naturaleza de la obligación del médico como de resultado.

³⁶ Una interpretación similar de este pronunciamiento en DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *El régimen de la prueba...*, cit., p. 89.

³⁷ Sobre esta sentencia puede verse: RAMÍREZ, José A., «La cirugía estética...», cit., ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos...*, cit., p. 174, aunque referido al problema del compromiso del resultado; GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 51 ss.

3. Esquema argumental de la sentencia

El esquema que sigue la sentencia es un tanto desconcertante. De entrada, se dedica a justificar que la obligación que había asumido el profesional en el caso concreto es de resultado para, a continuación, extraer las consecuencias pertinentes, a saber:

«... El resultado que se perseguía no fue obtenido, se produjo un daño, y no se ha probado que éste tuviera una causa ajena a la actuación médica; por el contrario, sí se ha probado que el nexo causal y la culpa se hallan en la misma. El resultado dañoso en estos supuestos de medicina voluntaria con obligación de resultado, hace presumir la culpa en el profesional médico que fue causa (nexo causal) del mismo» Fto., 3.º *in fine*.

«... pero si, como en el presente caso, se trata de obligación de resultado, la no producción de éste y producción de un daño, sí presume la culpa en el autor, médico; tanto más cuanto el paciente (en este caso, por ser menor, los padres) no consta que supiera y asumiera el riesgo; y mucho más cuanto en el presente caso constan como hechos probados los que suficientemente acreditan el nexo causal y la culpa» Fto. 4º.

Antes de analizar la argumentación seguida por la sentencia es preciso aclarar cómo entiendo la afirmación de que ha sido acreditada suficientemente la culpa que se contiene en el Fundamento cuarto. En mi opinión se alude a lo que dice el Fundamento anterior, es decir, que la presume el Tribunal de la no consecución del resultado y de los daños producidos. No creo que pueda entenderse como una alusión a los motivos en los que se había basado el Tribunal de apelación para estimar que el facultativo se había comportado culpablemente, entre otras cosas porque no se recurre a ellos para decidir y de haber tenido la entidad suficiente se hubiera hecho hincapié en ellos.

1. Una argumentación propia del ámbito de la responsabilidad contractual

Nos encontramos, por tanto, ante una sentencia que permite demostrar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha acogido en el campo extracontractual la clasificación de las obligaciones entre las de medios y las de resultado con las implicaciones que para la doctrina tienen en el ámbito contractual.

Mucho se ha escrito sobre la relevancia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado en el ámbito de la responsabilidad contractual. Existe unanimidad en reconocer que la consecuencia fundamental se produce en el ámbito de la prueba³⁸, en el sentido de que cuando se reclama en base a una obligación

³⁸ Los estudios que existen sobre las obligaciones de medios o de resultado se dedican a estudiar la incidencia que en el ámbito de la carga de la prueba tiene tal clasificación. JORDANO FRAGA, FRANCISCO, «Obligaciones de medios...», cit., a lo largo de todo el artículo demuestra que no existen principios de carga probatorios diferentes en función de que la obligación sea de medios o de resultado, que lo único que ocurre es que el diferente modo de configurarse la prestación del deudor en unas y en otras repercute en el contenido de la carga probatoria del acreedor que demanda al deudor de dichas obligaciones. YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, también considera que una de las consecuencias prácticas de la distinción se da en el ámbito de la prueba, *La responsabilidad del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989, pp. 268 y 299 ss. Para este autor, sí que la clasificación determina regímenes diversos en lo relativo a la carga de la prueba según la obligación sea de medios o de resultado, *Responsabilidad civil. Contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993, pp. 155-156.

de medios, el acreedor demandante debe probar la negligente actuación del deudor; y que cuando se reclama en base a una obligación de resultado, el acreedor sólo debe probar la no consecución del resultado. Sin adentrarnos en tan espinosa y difícil cuestión, partimos de que la posición en el proceso del acreedor insatisfecho o dañado es más cómoda, a efectos de la carga de la prueba, cuando la obligación originadora de la responsabilidad contractual se califica de resultado, que cuando se califica de medios; opinión que puede mantenerse con independencia de la postura que se sostenga a propósito del fundamento de la responsabilidad contractual ³⁹.

Para los que consideran el incumplimiento como fundamento de la responsabilidad contractual, la posición del deudor será más favorable porque la prueba del incumplimiento material —que incumbe al acreedor— no requiere la acreditación de la culpa, como en el caso de las obligaciones de medios, sino únicamente la de que no se ha obtenido el resultado —o que se ha cumplido defectuosamente—. Será en el juicio de responsabilidad en el que el deudor deba probar que el incumplimiento no le es imputable ⁴⁰. Pero de entrada el acreedor-demandante sólo debe probar el incumplimiento, lo que en el caso de las obligaciones de resultado no equivale a probar la negligencia del deudor.

También para los que consideran la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual ⁴¹, la posición del deudor es más favorable cuando la obligación es de resultado, ya que éste sólo debe probar la no consecución del resultado; mientras que en las de medios el acreedor debe probar la negligencia del deudor ⁴². De la no consecución del resultado se puede derivar una presunción de culpa por aplicación del artículo 1183 ⁴³.

También ponen de relieve las diferencias existentes en el ámbito de la prueba: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones...*, cit., p. 154; LOBATO GÓMEZ, J. Miguel, «Contribución al estudio...», cit., pp. 725 ss., donde explica las diferentes posturas que existen.

³⁹ Varios autores coinciden en afirmar que las consecuencias prácticas de las teorías enfrentadas de JORDANO FRAGA e YZQUIERDO TOLSADA son prácticamente las mismas, lo único que varía es la explicación teórica: vid. LOBATO GÓMEZ, J. Miguel, «Contribución al estudio...», cit., pp. 725 y ss., donde explica las diferentes posturas que existen; y DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, Calixto, *El régimen de la prueba...*, cit., nota 103 al pie de la p. 78. También el propio YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, en *Responsabilidad civil. Contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993, p. 162, en donde admite que todo puede ser un problema de terminología.

⁴⁰ Para esta postura, tras la prueba del incumplimiento material sigue el juicio de responsabilidad en el que el deudor puede probar que el incumplimiento no le es imputable, y ello tanto en las obligaciones de medios como en las de resultado. Vid. JORDANO FRAGA, Francisco, «Obligaciones de medios...», cit., pp. 26 ss.

⁴¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, *Parte general. Teoría General del Contrato*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 172. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad...*, cit., pp. 150-151.

⁴² Para YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, cuando se trata de una obligación de resultado, el deudor debe probar únicamente la no consecución del resultado, y además en ese caso, probado el incumplimiento de una obligación de resultado, no puede liberarse el deudor demostrando que se comportó diligentemente, sino que debe demostrar la ruptura del nexo causal. *Responsabilidad...*, cit., p. 155. En las obligaciones de resultado la culpa es irrelevante —vid. *La responsabilidad...*, cit., pp. 275, 291, 300-301—. Por el contrario, cuando se trata de una obligación de medios, entiende este autor que el acreedor debe probar la negligencia del deudor —vid. *La responsabilidad...*, cit., p. 301, y *Responsabilidad...*, cit., pp. 155-156—.

⁴³ LACRUZ BERDEJO, José Luis, y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos...*, II, vol. 1.º, cit., p. 179: *En las obligaciones de resultado la culpa se presume a partir del incum-*

No es lugar este para pronunciarse sobre cuál de las posturas acerca de la responsabilidad contractual considero más acertada, únicamente quiero hacer patente la utilización de una argumentación propia del ámbito contractual a un supuesto de responsabilidad extracontractual. Más adelante entraré en la crítica sobre este punto concreto.

2. *La referencia a la asunción de los riesgos*

Es interesante también la alusión a la circunstancia de que no queda patente que la paciente (sus padres, por tratarse de una menor) supiera y asumiera el riesgo.

En efecto, hubiera sido muy interesante y muy valioso a la hora de resolver el litigio la determinación de quién había asumido el riesgo de producción de los daños que se pudieran derivar de la intervención. Lo que evidentemente está relacionado con la cuestión del alcance del consentimiento del paciente al acto médico. Sin embargo, la cuestión sobre la información proporcionada a la paciente y a sus padres queda al margen del proceso porque no se acredita, no se prueba nada al respecto.

No obstante, creo que puede ser significativo a estos efectos la circunstancia de que el profesional no haya sido demandado; la demanda sólo se dirige contra el Insalud y el centro sanitario. Ciertamente el artículo 1903 permite que así sea, pero, ¿no cabe pensar que si el profesional hubiera ocultado en su información los riesgos que la intervención a todas luces supone, sí hubiera sido llamado al proceso? De todos modos como tal extremo no se ventila en el proceso, nos limitamos a apuntarlo, no sin antes criticar el uso que del mismo efectúa la sentencia.

La sentencia hace referencia al hecho de que no se ha conseguido probar la información que se proporcionó como argumento añadido a aquel en que principalmente se basa para condenar al Insalud —el incumplimiento de la obligación de resultado—. Es decir, hace recaer sobre el profesional —en este caso, el Insalud— la carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de informar; de tal manera que, no habiéndose probado, las consecuencias negativas las repercute sobre el que venía obligado a la misma ⁴⁴.

4. **Finalidad perseguida por la sentencia**

¿Cuál es la finalidad que con ello persigue el Tribunal Supremo? La única finalidad que persigue el Tribunal Supremo acogiendo la clasificación de las obligaciones como de medios y como de resultado en el ámbito de la responsabilidad extracontractual médica, unida a la calificación de algunas obligaciones médicas como de resultado, es la siguiente: no dejar el sector de la responsabilidad médica al margen de la evolución que se opera en el tratamiento de la responsabilidad extracontractual en general. Algo por lo que parece abogar la sentencia de 21 de julio de 1997 (RAJ 1997/5523) cuando dice:

plimiento: al acreedor le bastará demostrar la obligación y afirmar la inejecución para que sea el deudor quien haya de hacer patente su diligencia. [...] En las obligaciones de medios ninguna presunción ayuda al acreedor, quien habrá de probar que el deudor faltó a las reglas técnicas.

⁴⁴ No ocurre lo mismo en la sentencia de 25 de abril de 1994 (RAJ 1994/3073) en la cual el Tribunal considera probado que no se ha suministrado la información a la que el profesional venía obligado.

«Insalud, como empresaria de aquel centro, tiene responsabilidad directa de aquel hecho, por el artículo 1903, párrafo 4.º del Código Civil y responsabilidad objetiva no sólo por la objetivación creciente de la responsabilidad extracontractual, sino también por aplicación de la Ley de consumidores y usuarios».

El artículo 1214 determina que, en materia de responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba de la culpa recaiga sobre el demandante que reclama el cumplimiento de la obligación. Ahora bien, la rigidez de esta norma ha venido siendo suavizada por el Tribunal Supremo, llegando a decir algún autor que *la inversión jurisprudencial de la carga de la prueba se presenta como norma de aplicación general en el ámbito de la responsabilidad extracontractual* ⁴⁵. Sin embargo, como pone de manifiesto este mismo autor en el mismo lugar, el ámbito de la responsabilidad médica y hospitalaria queda expresamente al margen de dicha evolución ⁴⁶.

Al introducir la idea de que ciertas obligaciones médicas son de resultado, se consigue insertar un sector de la responsabilidad civil médica extracontractual —concretamente aquel en el que cabe calificar estas obligaciones de resultado— en el marco general que ha venido inspirando o rigiendo el tratamiento de la responsabilidad extracontractual en los últimos tiempos, tendiendo siempre a favorecer al perjudicado. O sea, mediante ese mecanismo se procura una posición más beneficiosa para el demandante, sobre el que no pesa la carga de la prueba de la culpa.

Este intento de aplicar al ámbito médico los cánones conforme a los que se funciona con carácter general en el campo extracontractual son comprensibles —lo que no significa que los comparta—, desde el momento en que la mayor parte de los procesos se sustancian por dicha vía.

No obstante, es preciso dejar sentado que, a través del medio usado en esta sentencia, dicha finalidad —favorecer la posición del perjudicado en el proceso— sólo se consigue de modo parcial: concretamente, en relación a aquellos supuestos en los que las obligaciones médicas merecen ser calificadas por la jurisprudencia de obligaciones de resultado.

Acaso el Tribunal pretende que la inserción de la responsabilidad civil médica en el marco general de la responsabilidad civil extracontractual tenga un alcance limitado. Hemos de tener en cuenta que la posible configuración de la obligación médica como de resultado sólo se ha apuntado o afirmado en supuestos de cirugía estética, de vasectomía, de prótesis dentales. En estos ámbitos en los que la Medicina no tiene el fin que tradicionalmente se le ha venido atribuyendo de curación de enfermedades, quizá no se considere justificado dejar la responsabilidad de los profesionales fuera del marco general de la responsabilidad extracontractual.

Cuando la obligación médica debe ser calificada de medios —lo que conforme a su doctrina habría de identificarse con el ejercicio de la Medicina curativa— acaso no considere el Tribunal Supremo oportuno suspender sobre la cabeza de los profesionales la espada de Damocles, que supondría la posibilidad de que las demandas de responsabilidad civil prosperaran sin necesidad de que se acredite su comportamiento negligente.

⁴⁵ CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 24.

⁴⁶ Se pueden citar varias sentencias, a título de ejemplo, que se pronuncian expresamente sobre este punto, negando la inversión de la carga de la prueba en el ámbito de la responsabilidad médica: STS de 8 de octubre de 1992 (RAJ 1992/7540), STS de 13 de octubre de 1992 (RAJ 1992/7547), STS de 20 de febrero de 1992 (RAJ 1992/1326).

5. Crítica de la argumentación empleada por la sentencia

No creo que haya ninguna duda en admitir que la argumentación seguida por la sentencia no tiene otra intención sino la de favorecer la posición del demandante en el proceso. No entro a juzgar –por no considerarlo el lugar– la oportunidad de aplicar en este ámbito los parámetros usados con carácter general por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad civil extracontractual. Lo que sí creo es que el mecanismo que utiliza para conseguir el fin –siquiera en relación a un sector muy concreto de la Medicina– no es el más adecuado, al tratarse de una construcción que a duras penas encaja en la elaboración dogmática de la responsabilidad civil extracontractual.

Veamos cuáles son las críticas que merece la argumentación usada por la sentencia, basada en la asunción de la diferenciación entre obligaciones de medios y de resultado en el ámbito extracontractual.

1. La utilización de la vía extracontractual

El proceso se sustancia por la vía extracontractual tal y como se especifica al comienzo del Fundamento tercero, y también en el fundamento cuarto de la sentencia, y ello pese a que exista una obligación previa que vincule a las partes que se encuentran en el proceso, lo que de entrada puede considerarse suficiente para que se apliquen las normas de la responsabilidad contractual ⁴⁷. Sin embargo, quizá sea éste el aspecto menos criticable de la sentencia, o al menos más justificable de la misma; y ello por varios motivos.

De entrada, las partes suelen basar sus demandas –como en el caso presente– a través de dicha vía; y ese es uno de los motivos en que se basa el Tribunal para proceder a la aplicación de la normativa propia del ámbito extracontractual –Fundamento de Derecho Tercero–.

Otro factor que influye en la aplicación sin titubeos de las normas de responsabilidad civil extracontractual a supuestos como el enjuiciado es la dificultad de encuadrar jurídicamente la relación trilateral que se establece entre el Insalud, el médico y el paciente-beneficiario de la Seguridad Social ⁴⁸. Casi todo el mundo niega que las mismas respondan al concepto de contrato ⁴⁹, lo que supone un espaldarazo a la doctrina jurisprudencial favorable a aplicar las normas de la responsabilidad extracontractual –de la que hablamos más adelante–. Sin embargo, en mi opinión, la relación que vincula al Insalud con el paciente –que sería la que al final determinaría las reglas a aplicar– no es más que una relación necesaria, concertada como consecuencia del cumplimiento de obligaciones legales, y a la que por aplicación analógica del artículo 1782 –referido al

⁴⁷ JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, cit., p. 28: *Con la expresión responsabilidad contractual se designa la responsabilidad dimanante de obligaciones preexistentes a la propia afirmación de la responsabilidad, cualquiera que sea su fuente.*

⁴⁸ La paciente fue intervenida en cuanto beneficiaria de la Seguridad Social, ya que la sentencia dice que la intervención se hizo por orden y a costa del Insalud.

⁴⁹ La sentencia del TS de 29 de octubre de 1992 (RAJ 1992/8178) aplica normativa propia del ámbito contractual a una relación de un paciente con el Insalud; esta sentencia es comentada por DÍAZ ALABART, Silvia, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil*, núm. 30, pp. 971 ss.; esta autora se manifiesta en el sentido de que la relación Insalud-paciente no es contractual, vid. p. 979. DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *El régimen de la prueba...*, cit., p. 290, se pronuncia en el mismo sentido.

depósito necesario— le son aplicables las normas de los contratos, en defecto de regulación especial. De manera que acaso podrían la demandas por daños producidos con ocasión de las mismas sustanciarse por la vía contractual⁵⁰. De lo que no cabe ninguna duda es de que si la paciente hubiera pagado su intervención, no habría habido ningún problema en aplicar las normas propias de la responsabilidad contractual.

Además, es preciso tener en cuenta, para justificar el recurso a la vía del 1902, la reiterada doctrina jurisprudencial en materia de responsabilidad civil médica que afirma que, al vulnerarse bienes de la personalidad, la existencia de una relación obligatoria previa no impide la aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual⁵¹. Pese a que tal postura es discutible⁵², se trata de una doctrina muy asentada.

Por otro lado es preciso poner de relieve que ante este tipo de casos en los que parece que los dos regímenes —el contractual y el extracontractual— pueden ser de aplicación, el Tribunal Supremo siempre opta por el que resulta más favorable para la víctima⁵³. En este caso, el Tribunal no lo hace así, puesto que, partiendo como parte de que la obligación del médico es de resultado y de que su no consecución hace presumir la culpa, habría favorecido a la víctima mediante el régimen contractual; sin embargo, rechaza expresamente su aplicación. Aunque también es cierto que la víctima no resulta perjudicada por tal decisión, en la medida en que finalmente el Tribunal, de manera nada ortodoxa, procede a aplicar un razonamiento propio de la vía contractual, desde luego sin explicitarlo.

Es decir, por un lado, se muestra incapaz de romper la inercia provocada por el uso reiterado de la vía extracontractual para resolver estos supuestos; y, por otro, en aras de favorecer la posición del perjudicado en el proceso, incorpora sin ningún reparo razonamientos propios de la vía contractual; cuestión, esta última, que abordamos a continuación.

⁵⁰ ALONSO PÉREZ, M.^a Teresa, *Los contratos de servicios...*, cit., pp. 213 ss.

⁵¹ SANTOS BRIZ, Jaime, «La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, p. 668. Se pueden citar entre las sentencias que se pronuncian en este sentido las siguientes: STS 7 de febrero de 1990 (RAJ 1990/668), 15 de febrero de 1993 (RAJ 1993/771).

⁵² En contra de esta doctrina, vid. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil...*, cit., p. 190 y en «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1991, pp. 472 a 474, donde dice: *Si hubo vínculo, la obligación encuentra en el contrato su única fuente posible, y las normas han de ser las contractuales.*

⁵³ Así lo entiende CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *La concurrencia...*, cit., pp. 127-128. La STS de 28 de junio de 1997 (RAJ 1997/5151) en la que se enjuicia un supuesto sustanciado por la vía extracontractual pese a mediar un contrato, dice al respecto lo siguiente:

«Ya que es doctrina de esta Sala [sentencias de 6 de octubre de 1992 (RAJ 1992/7529), 15 de febrero de 1993 (RAJ 1993/771), y 27 de septiembre de 1994 (RAJ 1994/7307) entre otras] la de que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible».

2. La asunción de un esquema argumental propio de la vía contractual

Habiéndose sustanciado el proceso por la vía extracontractual, entiendo criticable el hecho de dar relevancia a la existencia de una obligación previa que vincula a las partes que se encuentran en el proceso para argumentar la solución dada. Una cosa es que se considere que la existencia de una obligación previa no impida la aplicación de normas propias del campo extracontractual, y otra muy diferente que el carácter o naturaleza de esa obligación altere el régimen propio de la responsabilidad extracontractual⁵⁴.

Me explico: una vez que se obvia la existencia de esa obligación y se procede a aplicar las normas de la responsabilidad extracontractual, no parece adecuado, o al menos ortodoxo, atender a la naturaleza de esa obligación para alterar sustancialmente el esquema de la carga de la prueba que se deriva del artículo 1902 en relación con el 1214. Ciertamente es que, en aquellas sentencias en las que se califica la obligación del médico como de medios, se usa el mismo esquema argumental; sin embargo, como he puesto de relieve, esto no produce una alteración del mencionado esquema probatorio, con lo que no se percibe —obviamente porque no se produce— la disfunción que se provoca cuando, como en el caso de esta sentencia, se lleva a sus últimas consecuencias la argumentación usada, y se aplica a un supuesto en el que la obligación es calificada de resultado.

En esta sentencia, sustanciada conforme al régimen de los artículos 1902 y siguientes, se parte de que la obligación previa, que se ha obviado para aplicar el régimen de responsabilidad extracontractual, debe calificarse de resultado, con el objetivo de favorecer al demandante liberándolo de la carga de la prueba de la culpa, que recaería sobre él en otro caso. Es decir, lo que se hace es dar a la clasificación de medios y de resultado en el ámbito extracontractual la misma relevancia que se le ha dado en el contractual, ya que se presume, a partir de la no consecución del resultado, la concurrencia de culpa en el profesional⁵⁵.

Al hilo de esta crítica y en apoyo de la misma, se puede traer a colación la sentencia de 28 de junio de 1997 (RAJ 1997/5151) en la que se aborda el problema del fallecimiento del paciente a raíz de una intervención de cirugía estética y en la que mediaba un contrato entre las partes. El juicio se encauza a través de las normas de la responsabilidad extracontractual, y pese a los intentos del recu-

⁵⁴ En relación al problema de la relevancia de la clasificación de las obligaciones entre las de medios y las de resultado en el campo extracontractual, hay dos posturas de las que da cuenta LOBATO GÓMEZ, J. Miguel, en «Contribución al estudio...», cit., pp. 692 ss.: por un lado, se encuentran los que la consideran relevante también en el campo extracontractual como YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil...*, cit., p. 157. En este sentido se pronuncia la STS de 22 de abril de 1997 (RAJ 1997/3249) que dice: es preciso partir de la naturaleza de la obligación tanto si procede de contrato [...] como si deriva de una relación extracontractual.

Por otro lado, hay otros autores que se muestran contrarios a reconocer relevancia a esta distinción en el ámbito contractual como DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, Calixto, *El régimen de la prueba...*, cit., p. 80. En este sentido puede citarse la STS de 28 de junio de 1997 (RAJ 1997/5151) en el que en un supuesto sustanciado por la vía extracontractual —pese a haber contrato previo— se limitan a ver si hay culpa, y aunque consideran y abordan el problema de la clasificación de la obligación médica como de medios o como de resultado no deciden en base a la misma.

Por su parte, la sentencia de 11 de febrero de 1997 (RAJ 1997/940) se da relevancia a la obligación que se califica como de resultado, pero se trata de un supuesto de responsabilidad contractual.

⁵⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis, y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos...*, II, vol. 1.º, cit., p. 179.

rrente en plantear si la obligación médica era de medios o de resultado, el Tribunal afirma que es indiferente tal cuestión en la medida en que se ha probado la actuación negligente del profesional (el cirujano había omitido dar al intensivista una información sobre el tipo de operación y las circunstancias específicas del paciente que en ese caso concreto eran fundamentales). Es decir, sustanciándose el proceso por la vía extracontractual, a lo que atiende es a probar la culpa, no al esquema probatorio a aplicar según la obligación médica fuera de medios o de resultado. O sea, pese a haber afirmado que el contrato se aproximaba al arrendamiento de obra, prescinde en su argumentación del dato de que no se hubiera conseguido el resultado, resolviendo en base al comportamiento culpable del cirujano.

¿Qué es lo que determina la diferente forma de resolver en una sentencia y en otra? ¿Por qué la de 2 de diciembre de 1997 recurre a un esquema argumental propio del ámbito contractual? La nota diferencial entre estos dos pronunciamientos que determina su divergencia desde el punto de vista argumental es la mayor o menor dificultad de la prueba de la culpa en una y en otra.

En la de 28 de junio de 1997 (RAJ 1997/5151), se constata fehacientemente un comportamiento negligente en el cirujano, mientras en la de 2 de diciembre de 1997 no aparece –al menos a mi modo de ver– suficientemente acreditada la concurrencia de un comportamiento negligente por parte del profesional. Esta es la impresión que se obtiene de una serie de datos que proporciona la sentencia.

De entrada, los motivos en los que la sentencia de apelación basa la existencia de un comportamiento culpable no son a mi entender demasiado sólidos: por un lado, se aduce que el profesional no había preparado psicológicamente a la paciente, y por otro lado, que no había procedido a un control del equinismo, cuando son hechos probados que la doctora encargada del Servicio de Rehabilitación, antes de que se efectuaran las dos últimas intervenciones, había hecho constar tal problema en su informe. Tampoco el Tribunal Supremo parece darles relevancia a la hora de fundamentar en ellos la culpa, ya que no los usa en su argumentación –ni tan siquiera a mayor abundamiento– para condenar al profesional.

En mi opinión, el Tribunal recurre al esquema probatorio propio de las obligaciones de resultado en el ámbito contractual, debido a la dificultad que encuentra para probar un comportamiento negligente del facultativo. Ninguna necesidad habría tenido el Tribunal de invertir el esquema probatorio propio de la responsabilidad extracontractual, recurriendo al expediente de las obligaciones de resultado propio del ámbito contractual, si se hubiera acreditado suficientemente la culpa.

En este sentido se podría pensar que el facultativo incurrió en culpa al acceder a realizar una intervención con tales riesgos a una joven, cuya altura no era excesivamente reducida; además tratándose de una adolescente –tenía 16 años en el momento de la intervención–, cuando a esa edad es muy difícil aceptarse incluso físicamente. Acaso el profesional debía haberse negado a ese requerimiento que le hacen los padres de la paciente. Esta solución entiendo que se cifra en exigir la negativa del profesional a realizar una intervención difícil y complicada, pese al deseo del paciente, cuando la misma no es necesaria para resolver algún problema patológico; a pesar de que tal conducta profesional, desde un punto de vista deontológico, no me parezca reprochable, sino todo lo contrario, no es una solución fácilmente admisible desde la perspectiva del mayor respeto posible a la libertad de los particulares. No obstante, el Tribunal podía haber encontrado aquí una vía para apreciar un comportamiento negligente en el profesional.

CONCLUSIÓN

Esta sentencia viene a romper, en cierta forma, los moldes en los que se había encorsetado la responsabilidad civil médica y que la acomodan a los criterios que vienen aplicándose a la responsabilidad extracontractual en general. Al margen de que esto sea lo más oportuno, el mecanismo empleado por este pronunciamiento me parece absolutamente contraproducente. Criticables son, a mi modo de ver, los dos pilares en que se fundamenta la decisión judicial contenida en esta sentencia. Por un lado, entender que el profesional se encuentra obligado a la consecución de un resultado en un supuesto de tal complejidad y con tales riesgos de producción de daños. Y, después, la aplicación al ámbito extracontractual del esquema probatorio propio de las obligaciones de resultado en el campo contractual.

Desde mi perspectiva, según la cual la obligación médica era de medios, el uso de la vía contractual, nada hubiera colaborado en orden a procurar una posición más cómoda en el proceso para la víctima a efectos de la carga probatoria. Pero desde la consideración de la obligación médica como de resultado, el uso de la vía contractual hubiera permitido llegar a la misma solución –en la medida en que no se acreditó el caso fortuito– sin que eso hubiera sido merecedor de la crítica negativa que supone el hecho de usar argumentos propios de otro ámbito de responsabilidad. No obviamos, sin embargo, las grandes dificultades que para ello existen; no obstante, el Tribunal podía haber empleado el motivo del recurso interpuesto por el Insalud que denunciaba inaplicación del artículo 1104 para encauzar el proceso por dicha vía, lo que en mi opinión hubiera quedado justificado por la existencia de una obligación previa entre los implicados en el proceso, y más aún teniendo en cuenta que encaja en el concepto de relación necesaria.

En cuanto a la justicia del caso, tengo mis dudas sobre si el Tribunal llegó a la solución más justa; sí llegó a la más cómoda: compensar a la víctima; por otro lado, también la solución más humana a la vista de las graves secuelas sufridas por la joven. No obstante, no entro a valorar si esa es la dirección que hay que seguir en materia de responsabilidad civil médica; de ser así, no es el cauce usado por la sentencia, en modo alguno, el más adecuado.

